

La confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva nel dialogo tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte costituzionale

DI GIUSEPPINA MARI

(Prof. associato di Diritto amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

Abstract (En):

The paper analyzes the decision of June 28, 2018, on the subject of confiscation under Article 44, § 2, of Presidential Decree no. 380/2001, with which the Grand Chamber of the European Court of Human Rights has condemned Italy for the violation of Articles. 1, Prot. N. 1 Add., 6, § 2, and 7 C.E.D.U. The decision concerns the confiscation without conviction (because of the statute of limitations) and the principles of presumption of innocence and proportionality of the measure.

The sentence also concerns the relationship between national and international human rights law and the binding nature of every decision of the European Court of Human Rights.

Sommario: 1. Premessa – 2. Misure ripristinatorie e sanzionatorie – 3. La nozione autonoma europea di “pena” e la confisca urbanistica. Dalle sentenze della Corte EDU *Fondi e Varvara* alla Corte costituzionale: il complesso dialogo tra Corti – 4. L’atteso intervento della Grande Camera: prescrizione, presunzione di innocenza, proporzionalità della misura - 5. Considerazioni di sintesi e questioni che rimangono aperte.

1. Premessa

La decisione della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018 (caso *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*), in tema di confisca urbanistica prevista in caso di lottizzazione abusiva dall’art. 44 d.P.R. n. 380/2001 (t.u. edilizia), ha fornito importanti chiarimenti in merito alla possibilità che essa venga disposta senza condanna per prescrizione del reato, al rispetto del principio della presunzione di innocenza ed alla proporzionalità della misura sanzionatoria.

Sotto il primo profilo, la sentenza è intervenuta, in chiave positiva, a dissipare un acceso dibattito, tradottosi anche in un dialogo a distanza tra Corte Europea dei diritti dell’uomo e Corte costituzionale italiana, avente ad oggetto l’ammissibilità dell’applicazione della confisca tramite una pronuncia giudiziale che non sia formalmente di condanna per il reato sottostante di lottizzazione abusiva, alla luce della configurazione di questa misura ablatoria – da parte della Corte EDU – quale sanzione sostanzialmente penale, come tale meritevole della garanzie di cui all’art. 7 CEDU.

Sotto il secondo profilo, alla qualificazione “penale” di matrice sovranazionale della misura, viene collegata la necessità di rispettare la presunzione di innocenza di cui all’art. 6, par. 2, CEDU e, conseguentemente, di individuare un corretto equilibrio tra verifica dell’attribuibilità soggettiva della “sanzione punitiva” all’autore della condotta o al terzo acquirente e sentenza di proscioglimento dovuta a prescrizione del reato.

Quanto alla proporzionalità della misura, la rilevanza del principio ai fini del rispetto dell’art. 1 Prot. add. n. 1 CEDU e l’interpretazione fornita dalla Grande Camera è tale da far dubitare, come si vedrà, della persistente applicabilità della confisca obbligatoria prevista dall’art. 44 citato.

Il complesso tema della confisca urbanistica ha offerto inoltre occasione, ben oltre il tema specifico trattato, per discutere del rapporto tra diritto europeo – comprensivo di quello giurisprudenziale – e ordinamento nazionale e per interrogarsi sull’efficacia vincolante da riconoscere alle pronunce della Corte EDU, a prescindere dal carattere consolidato o meno dell’orientamento espresso, anche al

di là della specifica controversia da cui esse promanano, tra interpretazione conforme ed interpretazione costituzionalmente orientata.

2. Misure ripristinatorie e sanzionatorie

La questione del rapporto tra confisca urbanistica e lottizzazione abusiva costituisce un interessante campo di indagine della trasformazione delle categorie giuridiche indotta dalla relazione tra ordinamento nazionale e giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹.

Per affrontare la questione è opportuna una breve premessa in ordine alla distinzione tra misure amministrative ripristinatorie e misure propriamente sanzionatorie. La distinzione riveste un ruolo fondamentale nel settore dell'edilizia, dove le due forme di reazione ad una violazione coesistono.

Nell'evoluzione dottrinale sulla nozione di sanzione amministrativa², anche quando l'elemento specifico dell'istituto – idoneo a differenziarlo da altri provvedimenti con contenuto ablatorio - veniva identificato nel rapporto con la violazione di un precetto, si distingueva comunque tra sanzioni punitive e sanzioni ripristinatorie. La distinzione originava dalla constatazione che il rapporto con la violazione di un precetto può essere vario e corrispondere a realtà giuridiche diverse: l'infrazione può rilevare in modo autonomo e diretto, quale unico presupposto per l'esercizio del potere, oppure può rilevare in modo indiretto, come quando costituisce un antecedente di fatto dell'esercizio del potere avendo determinato una situazione non conforme al diritto cui l'amministrazione è tenuta a porre rimedio. Il diverso atteggiarsi del rapporto con la violazione di un precetto rilevava per identificare la funzione esercitata, volta, rispettivamente, a punire una condotta illecita o a ripristinare o conservare interessi affidati alla cura dell'amministrazione.

Le successive riflessioni della dottrina hanno condotto ad individuare la specificità della sanzione amministrativa, rispetto ad altre forme di reazione amministrativa alla violazione di un precetto, as-

¹ In argomento, con specifico riferimento all'influenza sulla disciplina nazionale relativa alla repressione di condotte illecite, G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della p.a. e diritti dell'Uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018.

² In argomento cfr. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, 1989, XLI, 351 ss.; ID., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Padova, 1988, *passim*. Da ultimo S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018.

sumendo a premessa la tesi di Zanobini della sanzione quale «pena in senso tecnico»³, come tale non assimilabile a strumenti *principalmente* diretti a conservare o a ripristinare interessi sostanziali lesi dall'infra-azione⁴. Tale concezione è stata recepita nella l. n. 689 del 1981, ove si considerino sia i relativi principi generali sia la finalità della depenalizzazione, la quale non muta la struttura dell'illecito e, quindi, la relativa funzione. Ne consegue la natura affittiva della sanzione amministrativa, «volta ... essenzialmente a produrre un effetto dannoso per il responsabile, che esula dalla soddisfazione diretta (inteso quest'ultimo aggettivo in senso finalistico e non contenutistico) dell'interesse (del soggetto pubblico o privato) specificamente pregiudicato»⁵.

Esulano, pertanto, dalle sanzioni amministrative propriamente dette (o in senso stretto⁶) le misure ripristinatorie (o misure amministrative di esecuzione), in quanto queste rispondono all'esigenza di ristabilire una situazione di legalità materiale violata e sono espressione del potere di amministrazione attiva⁷. Esulano da esse, inoltre, le misure pecuniarie collegate a quelle ripristinatorie in regime di «alternatività» o sostituzione⁸, le quali rappresentano una sorta di compensazione per la conservazione dello *status quo*, con finalità di riequilibrio patrimoniale, di ablazione di risultati conseguiti indebitamente (con ciò giustificandosi la relativa parametrizzazione non direttamente alla gravità dell'abuso e alla personalità del trasgressore,

³ G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 38.

⁴ C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., 351.

⁵ M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981, 28.

⁶ Sulla progressiva elaborazione di una nozione di sanzione in senso stretto distinta dal concetto di 'sanzione in senso ampio' (intesa come qualsiasi reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto), da ultimo, A. PORPORATO, *Misure ripristinatorie. Governo del territorio, Ambiente, Beni culturali e Paesaggio*, Torino, 2018, 25 ss.

⁷ Su tale distinzione, tra i molti contributi dottrinari, M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria*, cit., 27 ss.; AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1980, Milano, 1982; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 2 ss.; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 37 ss.; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., 355; E. CASETTA, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, XIII, 1997, 598 ss.; P. CERBO, *Artt. 160 e 161*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 654 ss. Più recentemente A. PORPORATO, *Misure ripristinatorie*, cit., 24 ss. In giurisprudenza, da ultimo, T.A.R. Molise, 7 dicembre 2018, n. 689, in *www.giustizia-amministrativa.it*, sulla distinzione tra sanzioni punitive e ripristinatorie ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

⁸ C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 46.

ma al pregiudizio arrecato o al vantaggio illecitamente perseguito). La differenza tra le due categorie comporta che esse soggiacciono ad un regime giuridico diverso. Le misure del secondo tipo, ad esempio, prescindono dalla valutazione dei requisiti soggettivi del trasgressore (anzi, talvolta - come nel caso delle misure ripristinatorie a fronte di abusi edilizi - si applicano anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la *res* tale da assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato⁹), sono imprescrittibili¹⁰ e possono avere carattere retroattivo¹¹. Esemplificando, nell'ambito della repressione degli abusi edilizi le indagini in ordine alla natura giuridica della reazione prevista per ciascun tipo di abuso hanno condotto la giurisprudenza a conclusioni così sintetizzabili: riconoscimento della natura ripristinatoria all'ordine di demolizione di cui all'art. 31 t.u. edilizia per interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali¹²; riconoscimento della natura ripristinatoria all'ordine di ripristino o demolizione per gli interventi di ristrutturazione edilizia pesante in assenza di permesso di costruire o in totale difformità, di cui all'art. 33 t.u. edilizia¹³, e alla sanzione pecuniaria alternativa¹⁴; riconoscimento della natura riparatrice alla misura pecuniaria, di cui all'art. 34 t.u. edilizia, irrogata nelle ipotesi di interventi eseguiti in parziale difformità allorquando

⁹ Si consideri l'ordine di demolizione o di ripristino dello stato dei luoghi di cui all'art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001, su cui sia consentito rinviare a G. MARI, *L'acquisizione di diritto ex art. 31 t.u. edilizia nei confronti dell'attuale proprietario del bene erede del responsabile dell'abuso*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 419. In giurisprudenza, da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9, *ivi*, 2018, 113, con nota di L. DROGHINI, G. STRAZZA, *L'ordinanza di demolizione degli abusi edilizi tra tempo, legittimo affidamento e obbligo di motivazione*.

¹⁰ Tra le più recenti Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017 n. 9, cit.

¹¹ T.A.R. Lazio, Sez. I-*quater*, 24 febbraio 2016, n. 2588, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹² Tra le più recenti T.A.R. Lazio, Sez. II-*quater*, 30 agosto 2018, n. 9074, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³ Si v. C. IAIONE, P. STELLA RICHTER, *Art. 33*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 807 ss. (sulla natura ripristinatoria delle misure repressive pag. 818 ss.).

¹⁴ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4651, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 2588 (“*il carattere ripristinatorio e non punitivo delle sanzioni pecuniarie comminate in alternativa a quelle demolitorie, ai sensi dell'art. 33, comma 2 del d.P.R. n. 380 del 2001, ne rende legittima l'adozione ... nei confronti dei proprietari attuali degli immobili, a prescindere dalla modalità con cui l'abuso è stato consumato*”). In dottrina P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2015, 111, che ravvisa nella sanzione pecuniaria una logica “*riequilibratrice, diretta ad evitare che, nei casi in cui non sia possibile la demolizione, l'interessato consolidi un utile non meritevole di esserle*”.

la riduzione in pristino non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in parziale conformità¹⁵.

Dagli esempi riportati risulta come le misure ripristinatorie identifichino rimedi tramite cui l'amministrazione mira ad eliminare una situazione di oggettivo squilibrio nell'assetto del territorio determinata dall'abuso edilizio o, comunque, a riequilibrarla tramite la soddisfazione di altri interessi pubblici egualmente attinenti all'ordinato assetto del territorio, come la destinazione del ricavato delle sanzioni alla realizzazione delle opere di urbanizzazione¹⁶. Ciò consente di giustificare il concorso delle misure in questione con le sanzioni penali¹⁷, di cui altrimenti finirebbero per rappresentare una duplicazione, che, seppure non più ingiustificabile¹⁸ alla luce della più

¹⁵ Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2013, n. 2060, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 961, affermata la natura ripristinatoria della misura, ne ha dedotto l'esistenza di un vincolo di solidarietà tra i responsabili ai sensi dell'art. 29 t.u. edilizia. Sulla responsabilità solidale, nel caso in cui responsabili dell'abuso siano più soggetti, P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, cit., 113.

¹⁶ C. IAIONE, P. STELLA RICHTER, *Art. 33*, cit., 819.

¹⁷ P. STELLA RICHTER, *Principi di diritto urbanistico*, Milano, 2006, 153; Id., *Diritto urbanistico*, cit., 112; C. IAIONE, P. STELLA RICHTER, *Art. 33*, cit., 819.

¹⁸ Cfr. Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ricorsi nn. 18640, 18647, 18663, 18668, 18698/2010, che ha giudicato incompatibile con il diritto fondamentale al *ne bis in idem*, riconosciuto dall'art. 4 prot. 7 CEDU, il sistema di doppio binario tra sanzione amministrativa e sanzione penale (e tra i relativi procedimenti applicativi) in una fattispecie in cui un medesimo soggetto era stato sanzionato per un fatto sostanzialmente identico, la diffusione di un comunicato stampa falso, sia dalla CONSOB, per violazione dell'art. 187-ter d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, sia dall'autorità penale, per il corrispondente reato di cui all'art. 185 del medesimo d.lgs. n. 58. Nel caso di specie la necessità di riscontrare la compatibilità con il principio del *ne bis in idem* derivava dalla riconduzione dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-ter t.u.f. alla *matière pénale* (in argomento si v. oltre nel testo del contributo), con conseguente assimilazione del relativo procedimento, concluso, a quello vertente su una "*accusation en matière pénale*". Divenuto definitivo l'esito del procedimento "penale" scaturito dalla contestazione dell'illecito penale-amministrativo di cui all'art.187-ter cit., veniva constatata la pendenza di quello "penale-criminale" avente alla base l'accusa del delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 t.u.f. Rilevato che i fatti sussunti nelle due fattispecie e giudicati nei due procedimenti erano i medesimi, la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 4 citato. Commentano la sentenza, tra gli altri, F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 3-4, 219 ss.; G.M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte edu condanna l'Italia per la violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, 9, 3099 ss.; M. ALLENA, *Il Caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni CONSOB alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053 ss. In argomento E. BINDI, *Divieto di bis in idem*

recente giurisprudenza euro-unitaria¹⁹ e della Corte di Strasburgo²⁰,

e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali, in *Federalismi*, 2018, 12 settembre 2018.

¹⁹ Corte just. U.E., Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, in relazione all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che recita: “nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”. In argomento A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2018, 3, 286 ss. L'art. 50 ripropone le medesime garanzie approntate dall'art. 4 Prot. 7 CEDU nell'interpretazione fornita dalla Corte EDU; a tale ultimo proposito, è noto che, laddove la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea contenga diritti corrispondenti a quelli previsti dalla CEDU (e relativi protocolli), sussiste l'obbligo di garantirne il livello e la portata in maniera quanto meno uguale nelle materie ricadenti nell'ambito di applicazione del diritto dell'U.E. (art. 52, par. 3 Carta). In argomento cfr. M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU*, in *Federalismi*, 22 febbraio 2017, n. 4, 6.

²⁰ Corte EDU, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ricorsi nn. 24130/11 e 29758/11, con nota di F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo.it*, 2016, 18 novembre 2016. La Corte ha statuito che non viola il *ne bis in idem* la celebrazione di un processo penale – con irrogazione della relativa sanzione nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa, purché sussista tra i due procedimenti una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”. Più nel dettaglio, l'art. 4 prot. 7 CEDU non esclude in linea di principio che lo Stato possa apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive che si articolano – secondo un approccio unitario e coerente – attraverso procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato (par. 121). La valutazione, da parte della Corte, della sussistenza di una connessione sufficientemente stretta dal punto di vista sostanziale e cronologico e della previsione di meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e prevedibili, deve tener conto di questi fattori: - se i procedimenti previsti per la violazione abbiano scopi differenti e abbiano ad oggetto, non solo in astratto ma anche in concreto, profili diversi della medesima condotta antisociale (si deve trattare, cioè, di sanzioni complementari e non reiterative); - se la duplicità dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile della condotta; - se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare “per quanto possibile” ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una “adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento”; - se la sanzione imposta nel procedimento che si concluda per primo sia tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo che venga rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena rispetto al disvalore del fatto (par. 133). Quanto al collegamento di natura cronologica, esso non implica che i due procedimenti debbano essere condotti in modo necessariamente parallelo: “the connection in time must be sufficiently close to protect the individual from being subjected to uncertainty and delay and from proceedings becoming protracted over time” (par. 134). Detta valutazione è efficacemente

impone comunque il rispetto del principio di proporzionalità delle sanzioni complessivamente irrogate²¹.

3. La nozione autonoma europea di “pena” e la confisca urbanistica. Dalle sentenze della Corte EDU *Fondi* e *Varvara* alla Corte costituzionale: il complesso dialogo tra Corti.

Sulla concreta identificazione delle sanzioni amministrative in senso stretto rileva la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo²². Questa ha elaborato, con un approccio sostanzialistico, una nozione autonoma²³ di “pena”, estendendo le garanzie del giusto processo e quelle derivanti dal principio di legalità, ai sensi rispettivamente degli artt. 6 e 7 CEDU²⁴, a misure che, ancorché amministrative, hanno una finalità deterrente ed afflittiva²⁵. L’am-

sintetizzata da Cass. pen., Sez. II, 24 febbraio 2017, n. 9184 (con nota di E. ZUFFADA, *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al “doppio binario” sanzione penale - sanzione disciplinare (penitenziaria)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 4, 295 ss.): “il diritto a non essere perseguiti due volte per il medesimo fatto in presenza di diversi procedimenti penali ed amministrativi, che conducono alla irrogazione di sanzioni sostanzialmente “penali” non è violato se le due procedure risultano dirette al soddisfacimento di finalità sociali differenti e generano un risultato sanzionatorio integrato, definito da misure complementari che si presenti, nel complesso, proporzionale al disvalore del fatto e prevedibile”. In argomento R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, 3809; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1047; M. DELSIGNORE, *Le regole di convivenza della sanzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 235.

²¹ In argomento, per la giurisprudenza nazionale, Cass. pen., Sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829, in *Dir. e giust.*, 2018, 11 ottobre, in tema di abusi di mercato.

²² In argomento F. GOISIS, *Sanzioni amministrative e diritto europeo*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI, F.F. TUCCARI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni*, Torino, 2016, 29 ss.; M. ALLENA, *La sanzione amministrativa*, cit.

²³ C.E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 90.

²⁴ Gli artt. 6 e 7 CEDU sono rispettivamente dedicati al “Diritto a un equo processo” e al principio “Nulla poena sine lege”.

²⁵ Come evidenziato da V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.rivistaaic.it*, *Riv. Ass. It. Costituzionalisti*, maggio 2015, “salvo che i termini usati richiama espressamente il significato che essi assumono nel diritto nazionale, occorre tener presente che la Corte opera ricorrendo a “nozioni autonome”. Esse sono adottate ai soli fini dell’interpretazione e applicazione della Convenzione, perché ritenute idonee ad assicurarne l’applicazione, conforme al suo oggetto e scopo, in tutti gli Stati europei che sono parte del sistema”.

bito delle garanzie convenzionali non è condizionato, quindi, dalla “forma” della reazione sanzionatoria scelta dagli ordinamenti nazionali (e, quindi, dalle modalità con cui la sanzione è inflitta e dall’autorità che vi provvede), ma tiene conto piuttosto della sostanza della misura²⁶.

Tra le misure cui la Corte EDU ha riconosciuto natura punitiva, a prescindere dalla qualificazione normativa nazionale (comunque nella specie non chiara), vi è la confisca prevista in caso di lottizzazione abusiva ed applicata dal giudice penale.

Il t.u. edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001), all’art. 30, definisce la condotta integrante la fattispecie della lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quale trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni stessi, mediante la realizzazione di opere (lottizzazione abusiva materiale) o frazionamento (lottizzazione abusiva negoziale), in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione. Qualora il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale accerti l’effettuazione di lottizzazione senza la prescritta autorizzazione, dispone con ordinanza la sospensione, implicante l’immediata interruzione delle opere in corso e il divieto di disporre dei suoli e delle opere con atto tra vivi. Decorsi novanta giorni, qualora il provvedimento di sospensione non sia stato revocato, le aree lottizzate sono acquisite di diritto al patrimonio disponibile del comune, il cui dirigente o responsabile del competente ufficio deve provvedere alla demolizione delle opere, così ripristinando la situazione preesistente.

Il successivo art. 44 del t.u. disciplina (così come il previgente art. 19 l. n. 47 del 1985) le sanzioni penali per il reato di lottizzazione abusiva, rinviando per la definizione delle condotte integranti il reato al già ricordato art. 30 e stabilendo, al co. 2, che la sentenza definitiva del giudice penale, che «accerti che vi è stata lottizzazione abusiva» (senza quindi che sia testualmente necessaria una condanna), dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusiva-

²⁶ F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall’art. 7 CEDU*, in *Foro. amm. T.A.R.*, 2013, 1228 ss. Nella sentenza Engel, su cui *infra*, la Corte EDU afferma (par. 81) che: “If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a “mixed” offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7) would be subordinated to their sovereign will. ... In short, the “autonomy” of the concept of “criminal” operates, as it were, one way only”.

mente costruite, per effetto della quale i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio comunale.

La relativa applicazione da parte dell'autorità giudiziaria penale nel sistema normativo dovrebbe, in astratto, essere residuale²⁷. Tuttavia, se ciò è vero nel caso in cui sia mancata l'autorizzazione a lottizzare, lo è meno nel caso in cui l'amministrazione comunale abbia autorizzato la lottizzazione ma questa sia poi giudicata illegittima dal giudice penale²⁸.

La gravità della confisca è speculare alla gravità dell'offesa recata al bene giuridico protetto dall'art. 30 t.u. edilizia, da identificare nella razionale e sostenibile gestione del territorio tramite scelte urbanistiche tradotte in piani urbanistici attuativi e, quindi, collocate all'interno di un disegno urbanistico di dettaglio che preveda le necessarie urbanizzazioni²⁹. Nel caso della lottizzazione abusiva sostanziale, il bene giuridico protetto non è solo la riserva pubblica di programmazione territoriale, ma la risultante di questa programmazione, ossia la concreta conformazione del territorio derivata dalle scelte di programmazione effettuate³⁰. La rilevanza del bene giuridico spiega la previsione anche della lottizzazione negoziale, la cui punibilità realizza una sensibile anticipazione della tutela del bene giuridico protetto. In tale contesto la confisca rappresenta un

²⁷ Cass. pen., Sez. III, 20 dicembre 1995, n. 12471, in *Cass. pen.*, 1997, 192: "Trattasi di un provvedimento che viene emanato con carattere di supplenza rispetto all'inerzia della P.A., posto a chiusura di un complessivo sistema sanzionatorio con il quale tuttavia deve essere coordinato".

²⁸ Cass., Sez. un., 8 febbraio 2002, n. 5115, ha chiarito che la lottizzazione abusiva è reato a consumazione alternativa, potendo realizzarsi sia per il difetto di autorizzazione sia per il contrasto dell'autorizzazione con le prescrizioni degli strumenti urbanistici; il giudice è chiamato a verificare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, ivi compresa la legittimità dei provvedimenti autorizzatori, senza alcuna limitazione, perché non si tratta di disapplicare l'atto amministrativo, bensì di verificare gli elementi della fattispecie penale. Cfr., inoltre, Cass. pen. Sez. III, ord. 20 maggio 2014, n. 20636: "il reato di lottizzazione abusiva è configurabile anche in presenza dell'autorizzazione della p.A., nel caso in cui quest'ultima contrasti con gli strumenti urbanistici vigenti (... il giudice, ove ravvisi tale contrasto, può accertare l'abusività dell'intervento prescindendo da qualunque giudizio sull'autorizzazione, senza necessità di operare alcuna disapplicazione del provvedimento amministrativo...)".

²⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 834: l'art. 30 t.u. edil. (così come in precedenza l'art. 18 l. n. 47/1985) costruisce la lottizzazione abusiva come un illecito permanente e insanabile, al fine di garantire un'ordinata pianificazione urbanistica, di salvaguardare il corretto sviluppo degli insediamenti abitativi e dei correlativi standard compatibili con la finanza pubblica e con il vivere civile, di assicurare un effettivo controllo da parte del comune titolare della funzione di pianificazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3381, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 802).

³⁰ Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2012, n. 1374, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 437.

forte elemento di deterrenza, avendo ad oggetto – come si vedrà – tutte le *aree lottizzate*.

Superata una prima fase in cui la giurisprudenza attribuiva alla confisca in questione natura penale³¹, con conseguente esclusiva applicabilità ai beni dell'imputato riconosciuto colpevole del reato, un successivo orientamento giurisprudenziale ha ravvisato nella stessa una sanzione amministrativa (intesa ancora in senso lato), applicata obbligatoriamente dal giudice penale in via di supplenza rispetto all'autorità amministrativa e, quindi, rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio comunale disponibile di cui al citato art. 30³².

Si poneva, peraltro, l'ulteriore interrogativo se la misura integrasse una sanzione amministrativa in senso stretto o una misura ripristinatoria.

L'iniziale adesione della giurisprudenza alla seconda tesi conduceva la giurisprudenza penale a ritenere la confisca applicabile: - senza necessità di altre condizioni se non l'esistenza di una sentenza definitiva di *accertamento* della sussistenza del fatto di lottizzazione (così come testualmente recita l'art. 44 t.u. edilizia), a prescindere da un giudizio di responsabilità: la confisca era esclusa unicamente in caso di assoluzione *perché il fatto non sussiste*; - anche nei confronti di terzi estranei all'accertamento penale, come terzi acquirenti o sub-acquirenti, ancorché in buona fede (per i quali sarebbe residuata una tutela solo in sede civile con azione risarcitoria nei confronti del dante causa).

A fronte dei dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 44 così interpretato in relazione agli artt. 27 e 42 Cost., la Cassazione giudicava insussistente il contrasto con l'art. 27, co. 1, Cost. – "*perché tale norma si riferisce alla responsabilità penale*" -, con l'art. 27, co. 2, Cost., invocato per asserita violazione del principio della funzione rieducativa della pena – "*perché ... nella fattispecie in esame non può parlarsi né di pena né di condannato*" - e con l'art. 42 Cost. - poiché la funzione sociale della proprietà implica che "*nel contrasto tra interesse collettivo [alla corretta*

³¹ Cass. pen., Sez. 3, 18 ottobre 1988, *Brunotti*; 8 maggio 1991, *Ligresti*; Sez. un., 3 febbraio 1990, *Cancellieri*. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 dicembre 1995, n. 12471, cit., ha escluso l'assimilabilità alla confisca facoltativa di cui all'art. 240, co. 1, c.p., e a quella obbligatoria di cui al co. 2, n. 2, della medesima disposizione.

³² Cass. pen., Sez. III, 1 ottobre 2008, n. 37274; ; Id., 2 ottobre 2008, n. 37472, in *Cass. pen.*, 2008, 2009, 3062. Sulla natura di sanzione amministrativa anche C. cost., 26 maggio 1998, n. 187.

pianificazione territoriale: n.d.r.] *ed interesse privato, e quindi tra diritti della collettività e del privato (del pari costituzionalmente garantiti), è ovvio che debbano prevalere i primi*³³.

È in tale contesto che si inserisce la nota vicenda della lottizzazione in località Punta Perotti, conclusasi con la confisca disposta nonostante l'assoluzione degli imputati per difetto dell'elemento soggettivo. Nella specie veniva in rilievo un intervento urbanistico ed edilizio oggetto di un piano di lottizzazione e di titoli abilitativi edilizi giudicati in sede penale illegittimi a causa del contrasto con la normativa di tutela dei beni paesaggistici recata dalla Legge Galasso (l. n. 431/1985) e dalla disciplina regionale. La Cassazione³⁴ aveva disposto la confisca delle aree, accertando la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva (all'epoca disciplinato dall'art. 19 l. n. 47/1985 in termini sostanzialmente analoghi agli odierni artt. 30 e 44 t.u. edilizia). La confisca era applicata pur in assenza di responsabilità penale degli imputati per difetto dell'elemento soggettivo, essendo gli imputati incorsi in un errore giudicato inevitabile e scusabile a causa del mancato coordinamento delle disposizioni regionali e nazionali in tema di tutela del paesaggio, "*oscuri e mal formulate*" (riconoscendosi, quindi, lo stato di "*ignoranza inevitabile*", secondo le indicazioni della Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988³⁵), e a causa della condotta dell'amministrazione locale.

Le società proprietarie del complesso edilizio si rivolgevano quindi alla Corte EDU, deducendo la violazione degli artt. 7 CEDU e 1 prot. n. 1 della CEDU, in quanto il provvedimento di confisca sarebbe stato sproporzionato e disposto in un caso non previsto chiaramente dalla legge.

Nella dichiarazione di ricevibilità del 30 agosto 2007³⁶ la Corte europea ha evidenziato come la confisca sia una *pena* ai sensi dell'art. 7 CEDU, poiché "*non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira essenzialmente a punire al fine di impedire la reiterazione delle inosservanze previste dalla legge*". "*Questa conclusione*", ha spiegato la Corte, "*è confermata dalla constatazione che la confisca ha colpito l'85% di terreni non edificati, quindi in mancanza di un reale pericolo per il paesaggio*". Al contempo, ne ha sottolineato la *severità*, concernendo essa tutte le aree incluse

³³ Cass. pen., Sez. III, 27 gennaio 2005, n. 10037.

³⁴ Cass. pen., Sez. III, 29 gennaio 2001, n. 11716, in *Cass. pen.*, 2003, 244.

³⁵ C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, 320.

³⁶ Corte EDU, Sez. II, 30 agosto 2007, *Sud Fondi s.r.l. e a. c. Italia* (ric. n. 75909/01).

nel progetto di lottizzazione, secondo i noti criteri *Engel*³⁷ (dal nome del ricorrente nella sentenza in cui sono stati enucleati con maggiore chiarezza) relativi alla qualificazione delle misure sanzionatorie.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ai fini della qualificazione di una sanzione come “*pena*” (e più precisamente al fine di definire i concetti di “*accusa in materia penale*” di cui ai par. 2 e 3 dell’art. 6, e di “*reato*” e “*pena*”, di cui al par. 1 dell’art. 7 CEDU), ha infatti elaborato tre criteri, di cui il secondo ed il terzo di natura sostanziale e non cumulativi³⁸ ma alternativi³⁹: qualificazione giuridica dell’infrazione nell’ordinamento nazionale (vincolante solo in senso estensivo); natura della misura disposta, vale a dire funzione deterrente e repressiva (e, quindi, carattere punitivo e non principalmente risarcitorio o ripristinatorio) di essa, o natura dell’infrazione (rispetto alla quale si tiene conto del carattere e della struttura della norma trasgredita, verificando ad esempio se essa si caratterizza in termini di generalità dei destinatari); grado di severità della sanzione, da intendersi come significatività del sacrificio imposto. Il criterio dello scopo della sanzione ha progressivamente acquisito nella giurisprudenza della Corte un ruolo preminente: come rilevato dalla dottrina⁴⁰, se infatti nella sentenza *Engel* un peso decisivo svolgeva il profilo della severità della sanzione, nel caso *Ozturk*⁴¹ ha assunto un ruolo centrale l’analisi della funzione o dello scopo della sanzione che la Corte EDU qualifica in

³⁷ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Olanda*, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71 (par. 82 ss.), in tema di sanzioni militari qualificate come disciplinari nell’ordinamento nazionale interno e in ordine alle quali il ricorrente lamentava una violazione dell’art. 6 CEDU. Su detti criteri, tra i molti contributi, S.L. VITALE, *Le sanzioni*, cit., 96; G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della p.a. e diritti dell’uomo. I vincoli CEDU all’amministrazione repressiva*, Napoli, 2018, 171 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015; Id., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1 ss.; V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 988 ss. La valutazione secondo i criteri Engel è stata condivisa anche dalla Corte di giustizia U.E., Grande sezione, 26 febbraio 2013, *Aklagaren v. Fransson*, punto 35.

³⁸ Corte EDU, 29 settembre 2011, in C-43509/08, *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*.

³⁹ Corte EDU, 18 ottobre 2011, *Tomasovic c. Croazia*.

⁴⁰ V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 988; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit.; M. COLACURCI, *La nozione di “materia penale” nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cass. pen.*, 2016, 794; R. RUSSO, *Il diritto punitivo della CEDU e il “tranello” di civil law al banco di prova della confisca*, *ivi*, 2016, 1805.

⁴¹ Corte EDU, 21 febbraio 1985, *Ozturk c. Germania*, par. 53, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894, con nota di C.E. PALIERO, “*Materia penale*” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione classica e una svolta radicale.

termini di dissuasione e repressione (e che può eventualmente concorrere con un fine preventivo⁴²).

Sulla base di questi criteri non è riconosciuta natura sostanzialmente penale a quelle misure che soddisfano pretese risarcitorie o sono volte a ripristinare la situazione di legalità, restaurando l'interesse pubblico leso ed eliminando le conseguenze materiali di un'infrazione⁴³. L'elaborazione di una nozione sostanziale di pena da parte della giurisprudenza europea può essere collegata all'elaborazione nazionale della distinzione tra misure ripristinatorie e sanzioni amministrative (si consideri, ad esempio, la sentenza *Valico c. Italia* del 2006⁴⁴)⁴⁵.

Inquadrata la confisca nella nozione europea sostanzialistica di “pena”, la Corte europea⁴⁶ ha quindi vagliato la compatibilità tra tale misura e il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, inteso come prescrizione di accessibilità, precisione e chiarezza del precetto – e, quindi, ragionevole prevedibilità delle conseguenze della relativa violazione⁴⁷.

⁴² Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*.

⁴³ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 55; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1906.

⁴⁴ Corte EDU, 21 marzo 2006, *Valico c. Italia*, che ha considerato pena ai fini dell'art. 7 CEDU la sanzione pecuniaria prevista dalla l.r. Piemonte n. 20/1989 in tema di tutela dei beni paesaggistici, non diretta alla riparazione pecuniaria di un pregiudizio, ma avente scopo anche repressivo, in quanto irrogata in caso di realizzazione di opere non autorizzate o comunque non conformi all'autorizzazione indipendentemente dal pregiudizio recato al paesaggio.

⁴⁵ Cfr. Corte EDU, 7 luglio 1989, *Tre Traktorer Aktiebolag*, dove è stata esclusa la natura penale del provvedimento di ritiro di una licenza motivata dalle trasgressioni alla disciplina di riferimento dell'attività, considerandolo strumento preordinato alla tutela dell'interesse pubblico sotteso al regime giuridico dell'attività stessa.

⁴⁶ Corte EDU, Sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e a. c. Italia* (ric. n. 75909/01), in *Cass. pen.*, 2008, 3504 ss., con nota di A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*.

⁴⁷ Come anche chiarito nella sentenza *Varnava* nel 2013 (su cui v. *infra*), “53. L'articolo 7 § 1 sancisce in particolare il principio della legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Esso vieta in particolare di estendere il campo d'applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano reati, ordinando inoltre di non applicare la legge penale in maniera estensiva a scapito dell'imputato, per esempio per analogia (vedi, tra le altre, *Coëme e altri c. Belgio*, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, §145, CEDU 2000 VII). 54. Ne segue che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene applicabili (*Achour c. Francia [GC]*, n. 67335/01, § 41, CEDU 2006 IV). Questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dalla formulazione della norma pertinente e, se necessario, con l'aiuto dell'interpretazione data dai tribunali, quali atti e omissioni implicino la sua responsabilità penale”. La Corte europea ha anche aggiunto che “55. La nozione di «diritto» (*«lam»*) usata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che figura in altri articoli della Convenzione; essa

Nella vicenda Perotti le descritte condizioni di legalità sostanziale, a giudizio della Corte europea, non erano soddisfatte, in ragione dell'oscurità della legge regionale e delle difficoltà di coordinamento con quella nazionale, con conseguente arbitrarietà della sanzione.

La Corte ha inoltre aggiunto che la logica stessa della pena e della punizione implica la necessaria ricorrenza di un legame di natura intellettuale – quindi di consapevolezza e volontà - tra elementi materiali della violazione ed autore: l'irrogazione della pena senza che sia accertato il dolo o la colpa dei destinatari di essa viola dunque l'art. 7 CEDU, considerando il principio di colpevolezza compreso nelle garanzie di cui all'art.7 cit.

Quanto all'art. 1 Prot. n. 1 CEDU, l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni è stata giudicata arbitraria per l'assenza di una base legale chiara, già riscontrata nell'ambito della valutazione della violazione dell'art. 7. *Ad abundantiam* (dal momento che il carattere arbitrario della misura avrebbe potuto dispensare la Corte dall'esaminare se ricorresse nella specie una rottura del giusto equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato), la Corte ha aggiunto alcune considerazioni sull'equilibrio che deve sussistere tra esigenze dell'interesse generale e imperativi della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo: esso implica un "*rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito*". Il rispetto di tale condizione è stato escluso in ragione della portata della confisca (avente ad oggetto l'85% di terreni inedificati), non giustificata rispetto all'obiettivo (ricostituire i terreni ad una situazione di conformità urbanistica), per il quale sarebbe stato sufficiente il rimedio della demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e della dichiarazione di inefficacia del progetto di lottizzazione.

Dalla pronuncia della Corte EDU emerge, dunque, che, indipendentemente dalla qualificazione nazionale della misura acquisitiva dell'area come sanzione penale o amministrativa, presupposti per

comprende il diritto d'origine sia legislativa sia giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità (Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, § 29, Recueil des arrêts et des décisions 1996 V; S.W., sopra citata, § 35; Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993, §§ 40-42, serie A n. 260 A). Al successivo punto 56 è chiarito che "*La prevedibilità di una legge non si contrappone al fatto che la persona interessata sia portata ad avvalersi di consigli illuminati per valutare, a un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto. Questo vale in particolare per i professionisti, abituati a dover dare prova di grande prudenza nell'esercizio del loro lavoro. Perciò ci si può aspettare che essi valutino con particolare attenzione i rischi che esso comporta (Pessino c. Francia, n. 40403/02, § 33, 10 ottobre 2006)*".

la legalità e non arbitrarietà di essa, stante la natura sostanzialmente affittiva, sono la percepibilità e la conoscibilità della fattispecie di illecito, la colpevolezza e la proporzionalità della misura assunta.

La sentenza *Perotti* ha determinato la giurisprudenza nazionale (chiamata a questo punto a fornire un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 44 t.u. edilizia in relazione alla natura dell'art. 7 CEDU quale norma interposta): alla qualificazione della confisca come sanzione amministrativa in senso stretto; ad escludere la relativa irrogazione a titolo di responsabilità oggettiva⁴⁸, non essendo possibile prescindere dalla consapevolezza del reato e dalla partecipazione psicologica (eventualmente sotto gli aspetti dell'imprudenza, della negligenza o del difetto di vigilanza) del soggetto sul cui patrimonio la misura venga ad incidere⁴⁹.

Contestualmente, la Cassazione ha però evidenziato la differenza tra applicazione della confisca a soggetti incolpevoli (siano essi terzi estranei o imputati non condannati per difetto dell'elemento soggettivo) e applicazione della confisca agli autori della violazione nei cui confronti non si sia giunti ad una pronuncia di condanna per intervenuta prescrizione del reato: "*l'estinzione del reato*", si legge nelle pronunce in questione, "*non è affatto ostativa alla applicazione della confisca quale sanzione amministrativa, regolata da disposizioni diverse da quelle proprie del diritto penale*"⁵⁰, dal momento che il citato art. 44 richiede testualmente solo l'intervenuto effettivo *accertamento*⁵¹ della sussistenza di una condotta di lottizzazione in tutti i relativi elementi oggettivi e soggettivi⁵².

Del resto, è stato osservato che un giudizio di colpevolezza può essere formulato anche nell'ambito di sentenze di proscioglimento per estinzione (come avallato anche dalla Corte costituzionale⁵³),

⁴⁸ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 10 giugno 2011, n. 1091; Cass., Sez. III, 14 maggio 2009, n. 20243.

⁴⁹ Tra le molte, Cass. pen., Sez. III, 21 ottobre 2009, n. 48924, in *Riv. not.*, 2010, 4, 1132; Id., 29 settembre 2009 n. 42178, in *Cass. pen.*, 2010, 2841.

⁵⁰ Cass., 24 ottobre 2008, n. 42741, in *Cass. pen.*, 2009, 2553.

⁵¹ Significativa è la differenza rispetto al tenore letterale dell'art. 31 t.u. edilizia (e del previgente art. 7 l. n. 47/1985) dove l'ordine di demolizione presuppone la condanna. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 8 febbraio 1994, n. 4954, in *Cass. pen.*, 1995, 381 ss.

⁵² Cass., III, 20 maggio 2009, n. 21188.

⁵³ Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239, in *Foro it.*, 2010, 1, I, 345. Nel pronunciarsi su alcune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, t.u. edilizia sollevate in relazione agli artt. 3, 25, 27 Cost. nella parte in cui impone al giudice penale di disporre la confisca a prescindere da un giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti, e nel dichiararne l'inammissibilità in ragione della possibilità – quale scelta prioritaria – di un'interpretazione costituzionalmente orientata dei presupposti della confisca, la Corte co-

con l'unico limite da ravvisare nel caso in cui la prescrizione sia maturata in data antecedente all'esercizio dell'azione penale⁵⁴.

La natura amministrativa della sanzione (e non formalmente penale) ha anche condotto all'ulteriore precipitato per cui la confisca può avere ad oggetto beni appartenenti a terzi⁵⁵ di cui venga esclusa la buona fede⁵⁶.

stituzionale ha rilevato – allo scopo di tenere separate le diverse figure soggettive poc'anzi indicate in relazione all'irrogabilità della confisca – come “*fra le sentenze di proscioglimento ve ne sono alcune che pur non applicando una pena comportano, in diverse forme e gradazioni, un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo*”: “*non si può affermare che siffatto sostanziale riconoscimento, per quanto privo di effetti sul piano della responsabilità penale, sia comunque impedito da una pronuncia di proscioglimento, conseguente a prescrizione, ove invece l'ordinamento imponga di apprezzare tale profilo per fini diversi dall'accertamento penale del fatto di reato*”. Cfr., in senso analogo, Corte cost., 4 aprile 2008, n. 85 (par. 5.1), in *Giur. cost.*, 2008, 1032.

⁵⁴ Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 2010, n. 5857. Sulla compatibilità tra confisca ed estinzione del reato per prescrizione cfr. Cass., Sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066, in *Cass. pen.*, 2014, 3380: nella specie l'accertamento del reato di lottizzazione abusiva e l'attribuzione dal punto di vista psicologico agli imputati erano avvenuti sulla base degli elementi di prova raccolti in un primo grado contraddistinto dal più ampio contraddittorio tra le parti e all'esito di un secondo grado in cui, pure a fronte della dichiarazione di improcedibilità per estinzione, si era proceduto a riesaminare integralmente le risultanze probatorie in ragione della presenza, nel giudizio, delle parti civili costituite. In argomento M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1672 ss.

⁵⁵ Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 10 ottobre 2013, n. 2109: “*L'irrogazione della confisca è ... indipendente dall'attività della p.A., risolvendosi, invero, in una sanzione amministrativa accessoria applicata dal giudice penale, misura, peraltro, obbligatoria a prescindere dalla condanna, essendo suo unico presupposto l'accertamento giurisdizionale della lottizzazione abusiva - anche se, per una causa diversa, non si pervenga alla condanna del suo autore ed all'irrogazione della pena Nello specifico, infatti, la confisca può essere applicata anche al di fuori dei casi di condanna a condizione che nella condotta del terzo acquirente, sul cui patrimonio la misura viene ad incidere, siano riscontrabili - in modo conforme ai principi affermati dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 30 agosto 2007 e del 20 gennaio 2009 (relative alla confisca della cosiddetta Punta Perotti) - quantomeno profili di colpa, sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere. In tale contesto, la regolarità dell'acquisto di terreni oggetto di lottizzazione abusiva, pertanto, non dimostra in modo risolutivo la buona fede dei terzi acquirenti bensì solo la legittimità formale del contratto di acquisto sotto il profilo civilistico, mentre a dovere essere provata è l'assenza di colpa - imprudenza o negligenza - secondo quanto richiesto all'uomo medio (Cassazione penale, sez. III, 13 febbraio 2013, n. 19085, 4 febbraio 2013, n. 17066 e 18 ottobre 2012, n. 45833)”; Cass. pen., Sez. IV, 27 marzo 2012, n. 25541, in *Dir. e giust.*, 2012, 2 luglio; Cass. pen., Sez. III, 24 ottobre 2013, n. 51387, *ivi*, 2013, 20 dicembre.*

⁵⁶ “*Adempimento la cui valutazione spetta ... al giudice di merito il quale – trattandosi di soggetto rimasto estraneo al processo per lottizzazione abusiva – non può non essere il giudice dell'esecuzione*” (il quale dovrà accertare la sussistenza o meno dei profili di colpa cui è subordinata la

Senonché, in tale contesto è intervenuta nel 2013 – come fattore di complicazione degli approdi giurisprudenziali - la sentenza della Corte EDU *Varvara c. Italia*⁵⁷, sulla compatibilità con l'art. 7 CEDU, anche alla luce della presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2 CEDU, dell'applicazione della confisca in caso di prescrizione del reato e, quindi, in assenza di una sentenza di condanna⁵⁸.

Ribadito che “*la logica della “pena” e della “punizione”, e la nozione di “guilty” (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di “persona colpevole” (nella versione francese), depongono a favore di un’interpretazione dell’articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore*”, la Corte europea ha giudicato illegittima l’applicazione di sanzioni penali per fatti compiuti da altri e, comunque, che non sia fondata su di un giudizio di colpevolezza “*consignée dans un jugement de condamnation*”.

Il tenore letterale della sentenza è tale da avere rimesso in discussione le conclusioni della giurisprudenza nazionale nella misura in cui essa è parsa recare una lettura anche *formalmente* penale della confisca.

Come evidenziato dalla dottrina⁵⁹, diversamente dal caso della *Sud Fondi* la questione da trattare non era limitata alla necessità di accertare o meno gli elementi anche soggettivi della fattispecie per irrogare una sanzione, ma concerneva se l'accertamento della responsabilità dovesse essere suggellato in una constatazione formale definitiva.

Nel caso *Varvara* si erano infatti succeduti vari gradi di giudizio, nel corso dei quali erano state pronunciate due sentenze di condanna – in primo grado, con sentenza però riformata in appello, e nel secondo giudizio di appello, in sede di rinvio, con sentenza poi annullata dalla Cassazione, cui aveva fatto seguito nell’ulteriore giudizio di rinvio la declaratoria di estinzione della prescrizione con conferma però della confisca.

confiscabilità del bene nei confronti dei soggetti non condannati per il reato di lottizzazione abusiva): Cass. pen., Sez. III, 21 ottobre 2009, n. 48924, in *Riv. not.*, 2010, 1132.

⁵⁷ Corte EDU, Sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia* (n.17475/09), in *Cass. pen.*, 2014, 1392 ss., con nota di A. BALSAMO, *La Corte europea e la “confisca senza condanna” per la lottizzazione abusiva*.

⁵⁸ Mentre, quindi, nella sentenza *Sud Fondi* i ricorrenti avevano beneficiato di una sentenza assolutoria nel merito per essere incorsi in un errore inevitabile, nel caso *Varvara* i ricorrenti avevano beneficiato di una sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione del reato.

⁵⁹ V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015, 23.

La Corte, valorizzando nel proprio *iter* argomentativo la competenza del giudice penale, è parsa dedurne la natura di sanzione penale anche formalmente in base al diritto nazionale e la pertinente conseguente soggezione ai principi della CEDU (artt. 7 e 6, par. 2), della Costituzione (artt. 25 e 27), del c.p. (artt. 1, 42 e 5 c.p.) e del c.p.p. (artt. 129, 530 e 533 c.p.p.), tra cui vi è quello del divieto di applicazione della pena se non a seguito di una formale sentenza di condanna e del divieto di irrogazione di sanzioni ove il reato sia estinto per prescrizione⁶⁰.

Dalla sentenza *Varvara* ha avuto origine un dialogo a distanza con la Corte costituzionale, pronunciatisi con la sentenza n. 49 del 2015⁶¹, la cui rilevanza eccede la questione della natura giuridica della confisca concernendo, in termini più generali, quella del rapporto tra diritto interno e Convenzione.

La sentenza della Consulta ha tratto origine da due diverse ordinanze di rimessione. La prima, della Cassazione, era relativa ad un caso in cui, nei gradi precedenti di giudizio, era emersa la responsabilità degli imputati per il reato di lottizzazione abusiva ma era maturato il termine di prescrizione; la Suprema Corte rilevava come, per effetto della sentenza *Varvara*, la misura della confisca non potesse essere adottata “quando il reato è prescritto, e nonostante sia stata, o possa

⁶⁰ Al punto 72 della sentenza si legge che: “*la sanction pénale infligée au requérant, alors que l’infraction pénale était éteinte et que sa responsabilité n’a pas été consignée dans un jugement de condamnation, ne se concilie pas avec les principes de légalité pénale que la Cour vient d’expliciter et qui font partie intégrante du principe de légalité que l’article 7 de la Convention commande d’observer. Dès lors, la sanction litigieuse n’est pas prévue par la loi au sens de l’article 7 de la Convention et est arbitraire*”. La sentenza della Corte EDU nel caso *Varvara c. Italia* è divenuta definitiva a seguito del rigetto, il 25 marzo 2014, della richiesta del Governo italiano di rinvio alla Grande Camera.

⁶¹ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Riv. giur. edil.*, 2015, I, 544. Tra i molti commenti alla sentenza: V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.rivistaiaic.it*, maggio 2015; M. COLACURCI, *La nozione di “materia penale”*, cit., 794; V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit., 1. ss.; V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, 2015, 421 ss.; G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. cost.*, 2015, 411 ss.; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Crisciulo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 333 ss.; G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio penale*, 2015, 1.

venire, incidentalmente, accertata la responsabilità personale di chi è soggetto alla confisca”, con conseguente “*iperprotezione del diritto di proprietà*” “*a discapito degli interessi tutelati*” dalla misura, quali il paesaggio, la salute e l’ordinato assetto urbanistico. In definitiva, la Cassazione invocava – pur implicitamente - i c.d. ‘controlimiti’ ovvero i principi e valori costituzionali del nostro ordinamento prevalenti sul diritto di Strasburgo identificati negli artt. 2, 9, 32 Cost., i quali impongono che il paesaggio, l’ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà tutelato dall’art. 42 Cost.⁶².

All’origine della seconda rimessione – di direzione simmetrica, ma contraria⁶³ - vi era un procedimento penale pendente dinanzi al Tribunale di Teramo⁶⁴ nei confronti di un imputato la cui responsabilità per il reato di lottizzazione abusiva era stata dimostrata nel dibattimento, nel corso del quale era però maturata la prescrizione. Il giudice rimettente aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 44, co. 2, t.u. edilizia, rilevando il contrasto tra il diritto vivente formatosi sulla base della giurisprudenza della Cassazione – diritto vivente giudicato dal rimettente in linea con il tenore letterale dell’art. 44 citato (e quindi non emendabile in via interpretativa) - che impone in tal caso di disporre la confisca e l’art. 117, co. 1, Cost. in relazione all’art. 7 CEDU, così come interpretato nella ricordata sentenza *Varvara*, ove si fosse considerato che “*con questa decisione, la Corte di Strasburgo avrebbe escluso la conformità al principio di legalità in materia penale di una confisca urbanistica applicata unitamente ad una sentenza dichiarativa della estinzione del reato per prescrizione, e dunque in assenza di condanna*”.

La Corte costituzionale ha argomentato l’inammissibilità, per plurime ragioni, delle questioni sollevate, rilevando quanto segue. In primo luogo, l’ordinanza della Cassazione è stata dichiarata inammissibile in quanto la questione di legittimità costituzionale da essa sollevata aveva per oggetto l’art. 44, co. 2, t.u. edilizia, anziché la legge di esecuzione della Convenzione (l. 4 agosto 1955 n. 849) nella parte in cui questa dà accesso nell’ordinamento ad una norma di dubbia costituzionalità⁶⁵, quale il divieto di applicare la confisca ur-

⁶² Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 2014, n. 20636.

⁶³ V. MANES, *La “confisca senza condanna”*, cit.

⁶⁴ Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014.

⁶⁵ In chiave critica sulle conseguenze di un’eventuale dichiarazione di incostituzio-

banistica se non unitamente ad una pronuncia di condanna penale. Ciò in ragione del carattere sub-costituzionale della CEDU⁶⁶, da cui consegue (come già chiarito dalla Consulta nel 2007) che, constatata l'incompatibilità tra una disposizione della CEDU e l'ordinamento costituzionale, compito del Giudice delle leggi è quello di dichiarare l'inidoneità della prima ad integrare il parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, co. 1, Cost., “*provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano*”⁶⁷, facendo valere, di fatto, i c.d.

nalità (parziale) della legge di adesione alla Convenzione europea dei diritti umani V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit.

⁶⁶ In argomento, da ultimo, G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della p.a.*, cit., 147 ss.

⁶⁷ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3475. In tale sentenza (rilevante unitamente alla quasi “gemella” n. 349, *ivi*, 3535) la Consulta, per la prima volta, ha trattato espressamente ed ampiamente la questione dei rapporti tra legislazione nazionale e obblighi internazionali alla luce delle modifiche apportate dalla l. cost. n. 3/2001 all'art. 117, co. 1, Cost., chiarendo che la norma convenzionale – come interpretata dalla Corte EDU – vale quale *norma interposta* che integra il parametro di costituzionalità di cui all'art. 117: peraltro, “*L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione*”. Pertanto, “*In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta*”. Qualora una norma interposta risulti in contrasto con una norma costituzionale, la Corte ha sancito il proprio dovere “*di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano*” (punto 4.7 dei motivi in diritto). Inoltre, poiché le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene fornita dalla Corte europea, “*la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata*”. Il Giudice delle leggi ha inoltre escluso che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali (ancora punto 4.7) aggiungendo che “*Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione*”.

In definitiva, “*la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione*”.

Come osservato da G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della p.a.*, cit., 152, la sentenza n. 348 “*sembra voler rivendicare uno spazio interpretativo in capo alla Consulta rispondente alla medesima logica che impronta il rapporto tra CEDU e Costituzione, e cioè alla primazia della Costituzione segue una primazia interpretativa del Giudice costituzionale italiano*”. L'orientamento è poi ribadito nelle sentenze Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Foro amm.-C.d.S.*,

“*controlimiti allargati*”⁶⁸.

L’obbligo di interpretazione conforme (del diritto interno alla CEDU), infatti, si impone ai giudici solo in quanto il risultato ottenuto da questo processo ermeneutico conduca a risultati compatibili con la Costituzione, essendo “*subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme*”. Pertanto, qualora nella soluzione del caso concreto non sia possibile conciliare i principi desumibili dalle due fonti, “*è fuori di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana*”⁶⁹ - cui la Consulta riconosce “*predominio assiologico ... sulla CEDU*” - con soccombenza - a valle dell’operazione di bilanciamento - del vincolo all’obbligo sovranazionale rispetto al “*controinteresse costituzionale*” confliggente⁷⁰.

L’ulteriore ragione di inammissibilità della questione sollevata dalla

2010, 246, e Id., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, 4747. In quest’ultima, al punto 7 del Considerato in diritto, si legge che: “*appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali ... si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea*”. Tale giudizio di bilanciamento può essere operato oltre che dal legislatore o dal Giudice costituzionale, anche dal giudice comune nell’ambito della propria competenza, realizzandosi, così, quello che G. MARTINI, *op cit.*, 155, definisce un “*sindacato diffuso di ‘compatibilità sistemica’ della disciplina sovranazionale ... in materia di diritti umani*”.

⁶⁸ T.F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e “controlimiti allargati”*: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?, in *www.giurcost.it*, 2007.

⁶⁹ La Corte costituzionale (punto 4) conclude quindi che: “*il giudice a quo non avrebbe potuto assegnare, in sede interpretativa, all’art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, un significato che la stessa Corte di cassazione reputa incostituzionale. La pretesa antinomia venutasi a creare tra il diritto nazionale interpretato in senso costituzionalmente orientato, e dunque fermo nell’escludere che la confisca urbanistica esiga una condanna penale, e la CEDU, che a parere del rimettente esprimerebbe una regola opposta, avrebbe perciò dovuto essere risolta ponendo in dubbio la legittimità costituzionale della legge di adattamento, in quanto essa permette l’ingresso nell’ordinamento italiano di una simile regola*”.

⁷⁰ V. MANES, *La “confisca senza condanna”*, cit.: “*il verificarsi dell’ipotesi in cui la norma internazionale risulti in contrasto con la Costituzione esclude l’operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell’art. 117, primo comma, Cost., cosicché un tale contrasto – non potendosi evidentemente incidere sulla legittimità della “norma convenzionale” e neppure sull’“interpretazione particolarmente qualificata” data dalla Corte europea – può condurre la Corte a negare in concreto l’integrazione ordinamentale, ovviamente se (e solo se) la Corte costituzionale – a valle della menzionata operazione di bilanciamento – ritenga appunto soccombente il vincolo all’obbligo sovranazionale rispetto al “controinteresse costituzionale” eventualmente confliggente*”. Cfr. in argomento V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, 3586: **il ragionevole bilanciamento è quindi “tra il diritto o principio costituzionale che ... “tende ad opporsi” alla soluzione di Strasburgo e il principio, parimenti costituzionale, di cui all’art. 117, che tale soluzione “tende ad accogliere”**”.

Cassazione (il difetto di motivazione sulla rilevanza) ha offerto il destro alla Corte di ribadire la natura giuridica della confisca e la rilevanza dell'elemento soggettivo: la confisca, pur sanzione amministrativa nell'ordinamento nazionale, costituisce “*sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della Cedui*”, e dunque presuppone l'accertamento della responsabilità di colui nei cui confronti venga disposta in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti⁷¹. Viene peraltro specificato che, “*nel nostro ordinamento, l'accertamento ben può essere contenuto in una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato, la quale, pur non avendo condannato l'imputato, abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l'autore del fatto, ovvero il terzo di mala fede acquirente del bene*”⁷². Recepito il principio enunciato dalla sentenza *Sud Fondi* ed interpretato alla luce di esso l'art. 44, co. 2, t.u. edilizia, “*tale motivazione non costituisce una facoltà del giudice, ma un obbligo dal cui assolvimento dipende la legalità della confisca*”.

Sia che la misura colpisca l'imputato, sia che essa raggiunga il terzo acquirente di mala fede estraneo al reato, è necessario, perciò, che il giudice penale accerti la responsabilità delle persone che subiscono la confisca, “*attenendosi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto*”.

Da tali considerazioni consegue che il terzo acquirente di buona fede, “*che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca*” e che l'onere di dimostrare la mala fede del terzo grava, nel processo penale, sulla pubblica accusa, “*posto che una “pena”, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, può essere inflitta solo vincendo la presunzione di non colpevolezza formulata dall'art. 6, comma 2, della CEDU*”⁷³.

Entrambe le ordinanze sono state dichiarate poi inammissibili perché basate su un erroneo presupposto interpretativo.

Nel giudizio della Corte, dal tenore letterale della sentenza *Varvara* non risulta in modo univoco se la Corte abbia inteso l'espressione

⁷¹ Punto 5 del Considerato in diritto.

⁷² Come già chiarito da Corte cost., n.239/2009, cit., e Id., n. 85/2008, cit.

⁷³ È sulla base di questi argomenti che la Corte costituzionale (punto 5 del Considerato in Diritto) ha ravvisato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale proposta dalla Cassazione anche per difetto di motivazione sulla rilevanza: “*sarebbe stato necessario argomentare il raggiungimento della prova della responsabilità del terzo acquirente, perché, seguendo il ragionamento del rimettente, solo in tal caso vi sarebbe stata la necessità di applicare la contestata regola di diritto tratta dal caso Varvara*”. La Corte richiama, *ex plurimis*, Corte EDU, 1° marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*.

“*jugement de condamnation*” nel senso formale di sentenza definitiva di condanna penale o nel senso sostanziale di provvedimento definitivo che contenga – comunque – un accertamento di responsabilità personale del soggetto destinatario della misura e che soddisfi i requisiti posti dagli artt. 6 e 7 CEDU, tra i quali la presunzione di innocenza. Nella seconda accezione potrebbe rientrare – come rilevato già - una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione purché contenente il prescritto accertamento.

Il giudice delle leggi ha propeso espressamente per un’accezione di condanna in senso sostanziale, sulla base dell’interpretazione “*costituzionalmente e convenzionalmente conforme*” della decisione della Corte europea⁷⁴. Ritenere infatti che una misura qualificata come pena ai sensi dell’art. 7 CEDU possa essere applicata solo in caso di condanna per un reato da parte del giudice penale, significherebbe attrarre nel diritto penale statale l’illecito amministrativo, con esiti incompatibili con la Costituzione e con la stessa CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo: sul piano interno, infatti, l’autonomia dell’illecito amministrativo dal diritto penale si collega alla discrezionalità del legislatore nella scelta dello strumento più efficace per perseguire l’effettività dell’imposizione di obblighi e doveri⁷⁵ e al principio di sussidiarietà, in forza del quale la criminalizzazione rappresenta l’ultima *ratio* deputata ad intervenire quando dagli altri rami dell’ordinamento non venga offerta adeguata tutela ai beni protetti⁷⁶; a livello europeo, i principi citati si coniugano armonicamente con la giurisprudenza di Strasburgo che ha individuato criteri autonomi di valutazione

⁷⁴ Punto 6.1 del Considerato in diritto: “*I canoni dell’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono infatti trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse ... non si è in grado di cogliere con immediatezza l’effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto (sentenza n. 236 del 2011)*”.

⁷⁵ Corte cost., 26 luglio 1996, n. 317, in *Foro amm.*, 1998, 316.

⁷⁶ Corte cost., 25 ottobre 1989, n. 487, in *Dir. e giust.*, 1990, 549; Id., 28 dicembre 1998, n. 447, in *Giust. pen.*, 1999, I, 250; Id., n. 317/1996, cit. Sulla distinzione tra sanzioni amministrative e penali, in mancanza di una definizione legislativa delle prime, cfr., da ultimo, G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della p.a.*, cit., 106 ss. (al quale si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali), che esclude che si possa ravvisare un criterio discrezionale nel profilo teleologico (p. 107) – come confermato dall’art. 9 l. n. 689/1981 sul principio di specialità -, nella funzione (p. 108) – e quindi nel collegamento della sanzione amministrativa ad un interesse pubblico particolare pertinente al settore di azione della p.a. e di quella penale ad un interesse generale della collettività, dal momento che non

della natura sostanzialmente penale di una sanzione proprio allo scopo di salvaguardare la sostanza dei diritti umani coinvolti dalla misura a prescindere dalla relativa qualificazione interna⁷⁷.

La Corte, infine, ha comunque rimproverato ai giudici rimettenti di essersi ritenuti vincolati a recepire il principio di diritto ricavato (peraltro erroneamente per quanto poc'anzi rilevato) dalla sentenza *Varvara* nonostante “*la pronuncia appena citata non fosse, con ogni evidenza, espressione di un’interpretazione consolidata nell’ambito della giurisprudenza europea*”.

Richiamato l’art. 101, co. 2, Cost. e l’esigenza ivi espressa che il giudice non riceva se non dalla legge l’indicazione delle regole da applicare nel giudizio e ricordato che il ruolo interpretativo dei giudici nazionali ha ad oggetto anche le norme della CEDU (“*che hanno ricevuto ingresso nell’ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento*”), la lettura coordinata degli artt. 117, co. 1⁷⁸, e 101, co. 2, Cost. ha indotto la Corte a concludere nel senso che “*è ... solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo*”.

Fermo l’obbligo del giudice comune di dare corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo quando questa abbia definito

può escludersi che interessi pubblici, affidati alla cura dell’amministrazione, per la loro particolare rilevanza, siano presidiati da sanzioni di carattere penale -, nella natura dell’organo competente all’applicazione della sanzione e della procedura da seguire per l’irrogazione (p. 110) – poiché il diritto positivo dimostra la mancanza di una riserva di potestà amministrativa in materia di sanzioni amministrative -, nella natura dei beni protetti dalla norma sanzionatoria (p. 116).

⁷⁷ La Corte costituzionale ha quindi rilevato (punto 6.1 del Considerato in diritto): che la “pena” ex art. art. 7 CEDU può essere applicata anche da un’autorità amministrativa, sia pure a condizione che vi sia facoltà di impugnare la decisione innanzi ad un tribunale che offra le garanzie dell’art. 6 della CEDU, ma che non esercita necessariamente la giurisdizione penale, citando al riguardo Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*; e che la “pena” può conseguire alla definizione di un procedimento amministrativo, pur in assenza di una dichiarazione formale di colpevolezza da parte della giurisdizione penale, citando al riguardo Corte EDU, 11 gennaio 2007, *Mamidakis c. Grecia*. L’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme impone quindi che, “*a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l’interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest’ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione*”.

⁷⁸ Su cui poggia il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo.

la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi per far cessare gli effetti lesivi della violazione accertata⁷⁹ (ex art. 46 CEDU), al di fuori di questa ipotesi “*l’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito ... in prima battuta ai giudici degli Stati membri*”⁸⁰.

⁷⁹ Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost.*, 2013, 2915.

⁸⁰ La Corte costituzionale evidenzia come tale conclusione si accordi sia con i principi costituzionali, “*aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell’uomo*”, sia con le modalità organizzative del Giudice di Strasburgo, il quale si articola per sezioni, ammette l’opinione dissidente, individua nella rimessione alla Grande Camera lo strumento per risolvere un contrasto interno di giurisprudenza. Questo dialogo costruttivo, che sottende l’idea del “*carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale*”, potrà essere ulteriormente fruttuoso con il Prot. n. 16 alla CEDU (adottato dal Comitato dei Ministri il 10 luglio 2013 e aperto alla firma degli Stati membri del Consiglio d’Europa il 2 agosto 2013), il quale prevede un ruolo consultivo della Corte EDU cui le giurisdizioni nazionali superiori possono richiedere - su questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli (art. 1) - pareri consultivi (*advisory opinions*) relativi a cause pendenti ed espressamente qualificati non vincolanti (art. 5): “*questo tratto conferma un’opzione di favore per l’iniziale confronto fondato sull’argomentare, in un’ottica di cooperazione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali?*” (punto 7 del Considerato in diritto). Nel Preambolo del citato Protocollo si legge, per l’appunto, che “*l’estensione della competenza della Corte a emettere pareri consultivi permetterà alla Corte di interagire maggiormente con le autorità nazionali consolidando in tal modo l’attuazione della Convenzione, conformemente al principio di sussidiarietà*”. Come previsto dall’art. 8, il Prot. n. 16 è entrato in vigore il 1 agosto 2018 nelle dieci Parti contraenti della Convenzione che hanno depositato la ratifica. In Italia il d.d.l. A.C. 1124 avente ad oggetto la ratifica e l’esecuzione del Protocollo - presentato il 10 agosto 2018 – legittima alla richiesta di parere la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (art. 3), mentre “*La Corte costituzionale può provvedere con proprie disposizioni all’applicazione del Protocollo*” (quindi con proprio regolamento): in argomento O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 2014, 2; I. ANRO, *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le corti?*, in *Eurojus*, 24 aprile 2018; E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Milano, 2015; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’Unione alla CEDU e all’entrata in vigore del Prot. 16)*, in *www.rivistaaic*, 2014, 1; R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta Online*, 2014. Lo stato delle firme e delle ratifiche è consultabile alla seguente pagina del Consiglio d’Europa https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=YGajAR9E.

In merito a cosa debba intendersi per *diritto consolidato*⁸¹, la Corte costituzionale ha fornito *a contrario* alcuni indici capaci di orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento, e al ricorrere anche solo di alcuni dei quali “*non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia*”: la creatività del principio affermato, gli eventuali punti di distinguo o di contrasto rispetto ad altre pronunce della Corte di Strasburgo, la ricorrenza di opinioni dissenzienti, la circostanza che il *decisum* promani da una sezione semplice e non abbia ricevuto l’avallo della Grande Camera, o ancora il dubbio che il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendo criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti e non confacenti.

In presenza di un diritto consolidato⁸² il giudice italiano è vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo e, in caso di contrasto con una legge interna, a tentare di superarlo “*per mezzo di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione*”, ovvero, ove ciò non fosse possibile, ricorrere all’incidente di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, co. 1, Cost. (che assumerà quale norma interposta il risultato stabilizzatosi nella giurisprudenza europea, da cui la Corte non può prescindere, salva l’ipotesi eccezionale di una non conformità della giurisprudenza europea alla Costituzione⁸³).

In assenza invece di un diritto consolidato, qualora il giudice comune si interroghi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, “*questo solo dubbio ... è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale*”.

Tornando, dunque, al caso *Varvara*, la lettura fornita della relativa sentenza dai giudici rimettenti, oltre ad essere errata, non sarebbe stata comunque espressione di un diritto consolidato, stante l’innovatività del principio desunto; con la conseguenza che entrambi i rimettenti avrebbero dovuto vagliare i profili di costituzionalità senza

⁸¹ In chiave critica per il carattere vago del concetto di diritto consolidato S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017, 198.

⁸² Al diritto consolidato la Corte costituzionale accomuna le sentenze pilota, ossia quelle che decidono un caso in vista della decisione di altri casi identici e seriali già pendenti.

⁸³ Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Giur. cost.*, 2012, 4216; Id., 11 novembre 2011, n. 303, *ivi*, 553.

ritenere che la sentenza Varvara li vincolasse nel proprio processo interpretativo⁸⁴.

Le argomentazioni della Corte sono state poi ribadite nel 2015 nell'ordinanza n. 187⁸⁵, dove si trova efficacemente sintetizzato: “*che la sentenza della Corte EDU nel caso Varvara può essere letta nel senso che la confisca urbanistica non esige una sentenza di condanna da parte del giudice penale, posto che il rispetto delle garanzie previste dalla CEDU richiede solo un pieno accertamento della responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa; che i canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme avrebbero dovuto orientare il giudice a quo verso tale soluzione; che, infatti, esigere la condanna penale per l'applicazione di una sanzione di carattere amministrativo (quale è, secondo la giurisprudenza costante, la confisca di una lottizzazione abusiva), per quanto assistita dalle garanzie della “pena” ai sensi dell'art. 7 della CEDU, determina l'integrale assorbimento della misura nell'ambito del diritto penale e rappresenta una soluzione di dubbia compatibilità con il «principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire» (sentenza n. 487 del 1989; in seguito, sentenza n. 49 del 2015); che ai fini dell'osservanza della CEDU rileva non la forma della pronuncia con cui è applicata una misura sanzionatoria ma la pienezza dell'accertamento di responsabilità, tale da vincere la presunzione di non colpevolezza; che tale accertamento è compatibile con una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato conseguente alla prescrizione (sentenze n. 49 del 2015, n. 239 del 2009 e n. 85 del 2008)*”⁸⁶.

4. L'atteso intervento della Grande Camera: prescrizione, presunzione di innocenza, proporzionalità della misura

La pronuncia *G.I.E.M. e altri* della Grande Camera del 28 giugno 2018⁸⁷ è intervenuta a dipanare il possibile contrasto tra la lettura

⁸⁴ Punto 7.1 del Considerato in diritto.

⁸⁵ Corte cost., ord. 23 luglio 2015, n. 187, in *Giur. cost.*, 2015, 1443.

⁸⁶ Alle richiamate pronunce della Corte costituzionale ha fatto successivamente riferimento – come ricordato da Cass. pen., Sez. III, 5 luglio 2017, n. 32363, in *Cass. pen.*, 2018, 1760, con ampi richiami giurisprudenziali – la Cassazione, riconoscendo la possibilità di applicare la confisca anche in caso di sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato.

⁸⁷ Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia* (ricorsi nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11). Tra i commenti: A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte*

ra della sentenza *Varvara*, in base alla quale essa richiederebbe una condanna formale, e l'interpretazione sistemica della Corte costituzionale, in base alla quale sarebbe stato sufficiente un giudizio di responsabilità sostanziale, anche incidentale.

Nei casi oggetto di esame da parte della Corte EDU⁸⁸ – chiamata a valutare la legittimità convenzionale in relazione agli artt. 7 (*nulla poena sine lege*), 6, par. 2 (presunzione di innocenza) e 1 Prot. n. 1 alla CEDU (protezione della proprietà) –, nessuna delle tre società ricorrenti, che avevano subito il provvedimento ablatorio, aveva partecipato al processo all'esito del quale la confisca era stata comminata, mentre nei confronti dell'unico ricorrente persona fisica vi era stata una pronuncia di condanna in primo grado, l'assoluzione in appello per non aver commesso il fatto, seguita dalla dichiarazione di estinzione del reato da parte della Cassazione, che aveva comunque disposto la confisca.

La Corte EDU, rammentato – a superamento di ogni dubbio sulla possibile attrazione delle sanzioni amministrative in senso stretto nell'ambito penale – che “*il concetto di «pena» contenuto nell'articolo 7 ha portata autonoma*” (par. 210), ha ribadito la regola enunciata nella sentenza *Sud Fondi* (e il suo rapporto con le eccezioni costituite da ipotesi di responsabilità oggettiva, incidentalmente ammesse nella sentenza *Varvara*⁸⁹), sottolineando lo stretto legame tra principio

EDU, *Grande Camera*, in *materia urbanistica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 221 ss.; M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *Questionegiustizia.it*, 10 luglio 2018; G. REPETTO, *La Grande Camera della Corte EDU si pronuncia sulla confisca a seguito di lottizzazione abusiva e si riduce il divario con la Corte costituzionale*, in *www.diritticomparati.it*, 2018; G. DE MARZO, *Confisca di immobili e lottizzazione abusiva*, in *Foro it.*, 2018, IV, 389; G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza “Varvara”? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Archivio penale*, 2018, n. 3.

⁸⁸ La Corte decide su tre ricorsi riuniti: *G.I.E.M. c. Italia; Hotel Promotion bureau s.r.l. e R.I.T.A. Sarda S.r.l. Hotel c. Italia; Falgest s.r.l. e Gironde c. Italia* (nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11). In argomento G. CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza “Varvara”?*, in *Archivio penale*, 2015.

⁸⁹ Nella sentenza *Varvara* (par. 70) è stato incidentalmente chiarito che gli Stati parte possono prevedere forme di responsabilità oggettiva fondate su presunzioni di colpevolezza. Tali presunzioni, seppure non vietate dalla Convenzione, devono rispettare alcuni limiti, che la Grande Camera giudica superati (par. 243) “*quando la presunzione ha l'effetto di privare una persona di qualsiasi possibilità di discoltarsi rispetto ai fatti di cui è accusata, privandola così del beneficio dell'articolo 6 § 2 della Convenzione*”. Le presunzioni di colpevolezza nelle quali si risolvono i casi di responsabilità oggettiva – eccezionalmente

di legalità, inteso come prevedibilità della sanzione, e principio di colpevolezza. Sebbene l'art. 7 CEDU non menzioni “*espressamente un legame morale fra l'elemento materiale del reato ed il presunto autore*”, tuttavia “*La logica della «pena» e della «punizione»*”, “*depongono a favore di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore*” (par. 250).

Quanto alla possibilità di disporre la confisca in assenza di un provvedimento formale di condanna per il reato sottostante, la Grande Camera ha dichiarato la compatibilità con l'art. 7 CEDU della misura disposta a seguito di un accertamento che, pur non avendo le caratteristiche formali della condanna, ne presenti i requisiti sostanziali (ossia la verifica della sussistenza di tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, del reato) (par. 260-261).

Nel dettaglio, se la dichiarazione di responsabilità costituisce requisito necessario per imporre una sanzione compatibile con l'art. 7 CEDU (par. 258), il quesito che la Corte si è posta è se possa ritenersi sussistente detta dichiarazione nonostante l'intervenuta prescrizione, tenendo conto degli elementi del reato riscontrati dai giudici nazionali. Nella valutazione la Corte ha ricordato la necessità di impegnarsi “*al di là delle apparenze e del vocabolario utilizzato*”, per “*individuare la realtà di una situazione*”, ammettendo dunque di poter “*andare oltre al dispositivo di una decisione interna e tener conto della sua sostanza, in quanto la motivazione costituisce parte integrante della decisione*” (par. 259)⁹⁰. Tali considerazioni preliminari si accompagnano al rilievo attribuito all'obiettivo perseguito dal regime applicato dai Tribunali italiani, identificato nella “*lotta contro l'impunità che deriva dal fatto che, per l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione*

ammessi dalla Convenzione – devono, quindi, ammettere prova contraria e consentire al soggetto agente di esercitare il proprio diritto di difesa.

⁹⁰ M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca*, cit., esclude che vi sia una contraddizione tra l'affermazione, contenuta nelle decisioni della Corte costituzionale Tarico (ordinanza n. 24 del 2017 e sentenza n. 115 del 2018), “*a proposito della natura sostanziale della prescrizione, e quella, propria del caso Varvara, con cui si ammette che la confisca urbanistica possa sopraggiungere a reato prescritto (contraddizione lamentata, invece, nell'opinione in parte concorrente, in parte dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque)*. E questo perché, ai fini dell'ordinamento nazionale, la confisca urbanistica resta una sanzione amministrativa. Con la conseguenza che, di regola, il potere di applicarla non si consuma per il decorso del tempo, essendo la prescrizione in Italia istituito che concerne i reati. Spetterebbe, semmai, alla Corte Edu affermare che tra le garanzie assicurate dall'art. 7 Cedu quanto alle “pene” vi sia anche l'assoggettamento ad un regime prescrizione, perché in tal caso (e solo in esso) l'Italia sarebbe costretta ad adeguarsi?”.

ne relativamente brevi, gli autori di questi reati sfuggirebbero sistematicamente all'azione penale e, soprattutto, alle conseguenze dei loro misfatti"⁹¹.

Su tale base e con specifico riferimento ai casi decisi, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 7 con riguardo alla posizione del ricorrente persona fisica, ravvisando gli estremi di una dichiarazione di responsabilità compatibile con l'art. 7, in tale modo avallando la correttezza dell'interpretazione giurisprudenziale della Cassazione confermata dalla Costituzione nel 2015. È stata invece giudicata in contrasto con l'art. 7 CEDU la confisca urbanistica disposta nei confronti delle persone giuridiche proprietarie dei beni confiscati in quanto non sottoposte ad alcun procedimento giurisdizionale - né avrebbero potuto esserlo alla stregua del diritto vigente (v. *infra*) -, e quindi in ossequio al principio "*secondo cui una persona non può essere sanzionata per un atto che coinvolge la responsabilità penale altrui*" (par. 274). La Corte ha dichiarato poi che la misura in questione - che in base all'art. 44 t.u. edilizia ha natura obbligatoria - viola l'art. 1 Prot. add. n. 1 CEDU⁹², il quale, tra l'altro, in caso di ingerenza nel diritto di proprietà richiede, sotto il profilo sostanziale, che sia rispettato un ragionevole rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati e scopo perseguito e, sotto il profilo procedurale, che sia assicurato un contraddittorio che rispetti il principio della parità delle armi e che consenta di discutere aspetti rilevanti per l'esito della causa. Al fine di valutare la proporzionalità della confisca, la Corte ha elencato gli elementi rilevanti: la possibilità di adottare misure meno restrittive,

⁹¹ Come osservato da M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca*, cit., una diversa conclusione in punto di necessità di una sentenza formale di condanna "*avrebbe impedito che la confisca fosse disposta, previo accertamento incidentale della colpevolezza, insieme con la sentenza che dichiara non luogo a procedere a seguito di estinzione del reato per prescrizione (con grave danno per l'interesse pubblico, considerato che il reato di lottizzazione abusiva molto spesso si prescrive)*".

⁹² La Corte rammenta (par. 289) che "*L'articolo 1 del Protocollo n. 1 contiene tre norme distinte: la prima, espressa nella prima frase del primo comma e di carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, contenuta nella seconda frase dello stesso comma, riguarda la privazione di proprietà e la subordina a determinate condizioni; quanto alla terza, inserita nel secondo comma, essa riconosce agli Stati il potere, tra altri, di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale e di assicurare il pagamento delle ammende. Tuttavia, non si tratta di norme non correlate. La seconda e la terza riguardano particolari esempi di violazioni del diritto di proprietà e devono pertanto essere interpretate alla luce del principio sancito dalla prima*". Al par. 293 è chiarito ulteriormente che, "*poiché il secondo paragrafo dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 deve essere interpretato alla luce del principio generale enunciato nella prima frase di questo articolo, deve sussistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito; in altri termini, spetta alla Corte valutare se sia stato mantenuto un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale a tale riguardo e l'interesse della società parte in causa*".

quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione. L'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva è allora giudicata *“in contrasto con questi principi in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente [identificato nella difesa del territorio: n.d.r.] e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione”*; a ciò si aggiunge con riguardo alle società ricorrenti l'assenza delle garanzie procedurali poc'anzi dette, non essendo state esse parti nei procedimenti (par. 303)

Infine, la Corte EDU ha ritenuto integrata, con riguardo al ricorrente persona fisica, una violazione dell'art. 6, co. 2 CEDU, essendo stata la confisca urbanistica applicata nella specie direttamente dalla Corte di cassazione⁹³ sulla base degli atti disponibili, nonostante il ricorrente fosse stato assolto in appello e la Cassazione avesse dichiarato estinto il reato per intervenuta prescrizione del reato - e dunque non potesse esservi istruzione probatoria (par. 317).

Il punto merita un approfondimento: dichiarata la conformità all'art. 7 CEDU di un accertamento di colpevolezza compiuto in via incidentale, ne consegue necessariamente che tale accertamento è in grado di vincere la presunzione di innocenza *di cui all'art. 6 CEDU*, equivalendo esso a tutti gli effetti ad una *“condanna”*⁹⁴.

Senonché: la presunzione di innocenza si declina anche nell' *“impedire che le persone che hanno beneficiato di un proscioglimento o di un'archiviazione siano trattate da pubblici ufficiali o da autorità pubbliche come se fossero effettivamente colpevoli del reato che era stato loro ascritto”* ed implica che *“la colpevolezza non può essere stabilita legalmente in un procedimento chiuso da una autorità giudiziaria prima che siano state prodotte le prove o che si sia svolto un dibattimento che avrebbe permesso a quest'ultima di decidere sul merito della causa”* (par. 314-315)⁹⁵.

⁹³ Si tratta di Cass. pen., Sez. III, 27 settembre 2010, n. 34865.

⁹⁴ M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca*, cit.

⁹⁵ La Corte EDU al par. 315 rammenta che: *“Ad esempio, nella causa Didu c. Romania (n. 34814/02, §§ 40-42, 14 aprile 2009), la Corte ha concluso che vi era stata violazione dell'articolo 6 § 2 in ragione della decisione del giudice di ultimo grado di annullare le decisioni di proscioglimento emesse dai giudici di grado inferiore e di constatare la colpevolezza dell'interessato pur chiudendo il*

Si pone dunque un problema di compatibilità con l'art. 6, co. 2, CEDU quando il giudice che pone fine al procedimento per prescrizione annulli contestualmente le decisioni di proscioglimento dei giudici di grado inferiore e si pronunci sulla colpevolezza della persona interessata (su cui *infra*)⁹⁶.

5. Considerazioni di sintesi e questioni che rimangono aperte

La sentenza *G.I.E.M. S.r.l. e altri v. Italia* sancisce quindi la rilevanza di un accertamento sostanziale dei requisiti oggettivi e soggettivi della fattispecie di lottizzazione abusiva, il divieto di applicare la confisca urbanistica nei confronti di persone fisiche e giuridiche che non siano state parti nel procedimento di cognizione avente ad oggetto lo scrutinio di fondatezza della contestata lottizzazione abusiva e il divieto di applicazione automatica e generalizzata della misura ablatoria, da irrogare solo all'esito di un'istruzione probatoria rispettosa dei canoni del *due process of law*.

Ciascuno degli indicati profili lascia aperte delle questioni.

Esclusa dalla Grande Camera la necessità di una condanna formale per il reato sottostante, ai fini della applicazione della confisca urbanistica gli elementi costitutivi della responsabilità soggettiva vanno però comunque verificati dal giudice, "*attenendosi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto*" (utilizzando le parole della Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015).

Il rispetto delle garanzie del giusto processo dovrebbe imporre per tale accertamento la pienezza del contraddittorio⁹⁷. Si pone poi la

procedimento per prescrizione della responsabilità penale, dal momento che i diritti della difesa non erano stati rispettati nel procedimento dinanzi a tale giurisdizione, anche se quest'ultima aveva per prima dichiarato il ricorrente colpevole. Analogamente, nella causa Giosakis c. Grecia (n. 3), (n. 5689/08, § 41, 3 maggio 2011), la Corte ha ritenuto che la Corte di cassazione avesse violato l'articolo 6 § 2 della Convenzione avendo annullato la sentenza di proscioglimento emessa dalla corte d'appello, pur rilevando che il procedimento era estinto per prescrizione".

⁹⁶ Come osservato da M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca*, cit., evidenziando la peculiarità del caso di specie, "*la presunzione di non colpevolezza non (può) essere vinta in sede di legittimità, a fronte di un contrario accertamento compiuto dal giudice del merito. Quest'ultimo, in altri termini, continua a proiettare la propria ombra sul giudizio, impedendo che la colpevolezza possa essere assunta a fondamento della decisione di confiscare un bene, essendo mancato in tal senso, a causa della prescrizione, un nuovo giudizio di merito. La violazione si coglie, in altri termini, nella gestione del rapporto tra Corte di legittimità e "lower courts" (paragrafo 316) e non certo sul piano sistematico della compatibilità della confisca senza condanna con la presunzione di innocenza*".

⁹⁷ V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit., 25.

questione della sede giudiziale e della sede per tale accertamento⁹⁸. Una soluzione considerata “*costituzionalmente ed europeisticamente orientata*”⁹⁹ pare essere quella proposta dal legislatore italiano con l’art. 578-*bis* c.p.p., recependo le indicazioni che erano state fornite dalla Sezioni unite della Cassazione nella sentenza *Lucci* del 2015¹⁰⁰. Ivi la Cassazione, occupandosi dell’ammissibilità di un provvedimento ablatorio, prescritto obbligatoriamente dalla legge, disposto mediante la sentenza che dichiara non doversi procedere a fronte della intervenuta prescrizione del reato, ha fornito risposta positiva a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato e alla responsabilità dell’imputato.

Positivizzando il principio, l’art. 578-*bis* c.p.p. (rubricato “*Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione*”), introdotto dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, dispone che “*1. Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell’articolo 240 bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull’impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell’imputato*”. Il riferimento alla confisca prevista “*da altre disposizioni di legge*” dovrebbe rendere la disposizione applicabile anche alla confisca urbanistica e impone, quindi, che la sentenza di condanna sia confermata nel merito¹⁰¹.

La violazione dell’art. 6, co. 2, CEDU riscontrata dalla Grande Camera in un caso in cui – come poc’anzi ricordato – la Cassazione aveva formulato un giudizio incidentale di colpevolezza sulla base degli atti disponibili e nonostante nel precedente grado di giudizio il ricorrente persona fisica fosse stato assolto, non può che essere letta, quindi, nel senso della necessità di un accertamento della colpevolezza da parte del giudice del merito, non surrogabile in sede

⁹⁸ V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit., 25 ss. e dottrina ivi citata.

⁹⁹ A. SCARCELLA, *La confisca urbanistica dopo la sentenza della Corte EDU del 28 giugno 2018 nel caso GIEM e altri c. Italia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018, 25.

¹⁰⁰ Cass. pen., Sez. un., 21 luglio 2015, n. 31617, *Lucci*, per un commento alla quale F.G. CAPITANI, *Le Sezioni Unite: la confisca sopravvive alla causa estintiva del reato, purché ci sia già stata condanna e si tratti di confisca diretta*, in *Dir. giust.*, 2015, fasc. 29, 44 ss.

¹⁰¹ A. SCARCELLA, *La confisca urbanistica*, cit., 26. *Contra* G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, cit., 12, che in ragione della natura penale affittiva della confisca ex art. 44 cit. non ritiene applicabile l’art. 578-*bis* c.p.p., aderendo alle considerazioni del giudice Pinto de Albuquerque in sede di *dissenting opinion*.

di legittimità in caso di impugnazione di una sentenza assolutoria¹⁰². Si pone peraltro l'ulteriore quesito se tale limite operi anche nei riguardi dei giudici di merito e, quindi, se esso vada collegato al limitato potere accertativo in capo al giudice di legittimità o sia destinato a operare anche nel caso di assoluzione in primo grado e prescrizione del reato maturata nelle more del giudizio d'appello¹⁰³.

¹⁰² A. SCARCELLA, *La confisca urbanistica*, cit., 26, il quale rileva che, “allo stato attuale della normativa, non pare che la Cassazione, una volta rilevata la prescrizione, possa cassare la sentenza di merito con rinvio, ai soli fini di un rinnovato giudizio incidentale sulla colpevolezza (a meno di non optare per una problematica applicazione analogica dell'art. 622 c.p.p., che permette la prosecuzione del giudizio, dopo l'annullamento della sentenza in Cassazione, ai soli fini della decisione sull'azione civile risarcitoria ivi intentata)”. Per considerazioni analoghe nonché sulla possibile rilevanza dell'art. 620, lett. l), c.p.p., come introdotto dall'art. 1, co. 67, l. n. 103 del 2017 (che consente alla Cassazione di pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio “se la corte ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio”) cfr. M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca*, cit., il quale rileva che “la confisca urbanistica è una misura sanzionatoria, sicché appare ben difficilmente accettabile che essa possa venire direttamente inflitta dal giudice della legittimità, senza procedere a rinvio: nessuno, ad esempio, sosterebbe che la Cassazione possa annullare una sentenza di assoluzione, e comunque ritenere il reato e applicare la pena per il sol fatto che dagli atti già emerge la prova insuperabile della colpevolezza (mentre vale il contrario, ma solo perché qui la regola opera in bonam partem: Sez. unite, Cass. pen., 30 ottobre 2003, Andreotti). Come è evidente che per infliggere una pena debba procedersi a nuovo giudizio di merito, così sembrerebbe nella nostra ipotesi attinente alla sanzione amministrativa, che funzionalmente finisce per essere assimilabile alla prima quanto alle forme processuali di accertamento”. Si v. inoltre G. RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un “equilibrio” possibile*, in *Archivio penale*, 2018, 29, che distingue, per l'appunto, tra i casi in cui, da un lato, in appello sia stata disposta la confisca confermando la sentenza di condanna o in riforma della sentenza di primo grado previa rinnovazione istruttoria, e, dall'altro lato, il giudice di appello non abbia applicato la confisca confermando la pronuncia di assoluzione o in riforma della pronuncia di condanna di primo grado.

¹⁰³ In argomento si rinvia alle considerazioni di G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M.*, cit., 16, per cui: “L'interrogativo... che rimane aperto... è se tale “ostatività” si ricolleggi al limitato potere accertativo in capo al giudice di legittimità, ovvero se essa sia, in ipotesi, destinata ad operare anche nel caso di assoluzione in primo grado (ad es., perché il fatto non sussiste, non costituisce reato o per non aver commesso il fatto) e prescrizione del reato maturata nelle more del giudizio d'appello. A fronte di tale quesito, tuttavia, pare opportuno aderire all'orientamento più garantista, per il quale in ogni caso, la presunzione di non colpevolezza non può dirsi vinta, sia che la prescrizione maturi nel secondo grado di merito, sia che essa maturi nel giudizio di Cassazione: il punto, infatti, non è tanto la differenza fra i poteri accertativi in capo alla Corte d'Appello e alla Suprema Corte di cassazione, quanto il fatto che, in presenza di un'assoluzione nel merito dell'accusa e di una sopraggiunta prescrizione del reato, a qualunque successivo giudice – sia esso di merito o di legittimità – resterà precluso il potere di accertare la penale responsabilità dell'imputato, seppur incidenter tantum, non essendovi

In secondo luogo, la violazione riscontrata dell'art. 1 prot. n. 1 CEDU rende di fatto inapplicabile il co. 2 dell'art. 44 t.u. edilizia¹⁰⁴, il cui tenore letterale è categorico: “*la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*”. La confisca deve essere dunque obbligatoriamente - in via inderogabile - disposta ogni qual volta il giudice penale accerti l'esistenza effettiva della lottizzazione¹⁰⁵ e deve avere ad oggetto i terreni abusivamente lottizzati (anche non edificati) e le opere realizzate.

alcuna disposizione processuale che affidi al giudice penale un tale potere in deroga ai principi generali, ai fini – si badi bene – dell'irrogazione di pene personali o pecuniarie (discorso differente vale, ovviamente, ai fini delle misure di sicurezza o delle statuizioni civili in sede penale, che godono di una certa “ultrattività” pur al cospetto di un illecito penale nelle more estinto)”.

Al riguardo, si deve tenere conto di un orientamento della Cassazione (Cass. pen., Sez. III, 29 novembre 2017, n. 53692, in *Dir. e giust.*, 2017, 30 novembre), interrogatasi sulla questione se il giudice del dibattimento, in presenza di un reato prescritto, sia titolare di un generale potere di accertamento della responsabilità per disporre la confisca e, quindi, se possa o meno continuare a celebrare il processo, acquisendo prove in funzione di quell'accertamento strumentale all'emanazione del provvedimento ablativo. La Cassazione ha rilevato che: “*il riconoscimento, in capo al giudice, di poteri di accertamento finalizzati all'adozione di una misura che incide negativamente sulla posizione dell'imputato (seppur nella sola sfera patrimoniale dell'interessato) e che presuppone l'accertamento della penale responsabilità del soggetto, rende recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato rispetto al correlativo e coesistente obbligo di accertamento*”; infatti, “*essendo detto accertamento richiesto dalla legge (art. 44, co. 2, d. P.R. n. 380 del 2001) e dovendo la disposizione essere interpretata da parte del giudice nazionale in senso convenzionalmente conforme nel senso che, anche in presenza di una causa estintiva del reato, è necessario, per disporre la confisca urbanistica, procedere all'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e verificare la sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura – il principio generale risulta implicitamente derogato dalle disposizioni speciali che prevedono l'applicazione di misure le quali, per essere disposte, richiedono inevitabilmente la prosecuzione del processo e la conseguente acquisizione delle prove in funzione di quell'accertamento strumentale all'emanazione del provvedimento finale*”. Pertanto, per la Cassazione il principio generale di cui all'art. 129 c.p.p. – relativo alla immediata declaratoria della causa di non punibilità - è recessivo rispetto alle disposizioni speciali dettate in materia di confisca che sanciscono l'obbligo di accertamento per l'adozione del provvedimento ablativo. Nel medesimo senso Cass. pen., Sez. III, 5 aprile 2018, n. 15126. Cfr. A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le ricadute in tema di riserva di codice nella materia penale*, in *Archivio penale*, 2018, fasc. 2.

¹⁰⁴ A. SCARCELLA, *La confisca urbanistica*, cit., 19; G. RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato*, cit., 25 ss.

¹⁰⁵ Come rilevato da V. POLI, *Art. 44*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, cit., 1047, l'accertamento penale è “*presupposto necessario e sufficiente per l'acquisizione al patrimonio immobiliare del Comune*”, “*e ciò, si badi bene, anche se, per una causa diversa, qual è ad esempio la prescrizione, non si pervenga alla condanna dei suoi autori e alla conseguente irrogazione della pena*”.

A fronte dell'antinomia tra testo della disposizione che commina la confisca e diritto europeo, all'interprete e al giudice comune, come ricordato poc'anzi, si pone l'alternativa di risolvere il contrasto mediante l'interpretazione conforme alla CEDU della norma interna oppure, qualora il contrasto sia insanabile, sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna.

L'interpretazione conforme dovrebbe consentire al giudice comune – o alla p.A. relativamente all'acquisizione di cui all'art. 30 t.u. edilizia (v. *infra*) – di valutare se la misura possa essere in concreto strumentale e proporzionata alla congrua tutela dell'ambiente e della potestà pianificatoria pubblica, all'esito di una istruzione probatoria aderente ai canoni del *due process of law*¹⁰⁶.

Senonché stante il tenore letterale dell'art. 44, essa non pare percorribile.

In termini generali ed astraendo dalla peculiarità dei casi decisi dalla Grande Camera, a chi scrive pare inoltre che l'estensione ai terreni abusivamente lottizzati ancorché inedificati della misura rispetti il principio di proporzionalità. Il riscontro di una fattispecie di lottizzazione abusiva impone, infatti, una lettura d'insieme delle trasformazioni urbanistiche ed edilizie del territorio che consente di superare la dimensione prettamente edilizia dei singoli illeciti consumati dai vari proprietari per approdare a un più ampio ed incisivo fenomeno di sostanziale stravolgimento del territorio¹⁰⁷. Per tale ragione alle ipotesi di lottizzazione non è stato esteso lo strumento del condono e della sanatoria previsto invece, a determinate condizioni, per l'edificazione senza titolo o in difformità da essa¹⁰⁸.

¹⁰⁶ In argomento G. RANALDI, *Confisca urbanistica*, cit., 27.

¹⁰⁷ Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. III, 17 settembre 2013, n. 1276: “*Ciò che qualifica la lottizzazione abusiva materiale non è, cioè, l'abuso singolo, ma la trasformazione complessiva derivante dall'insieme degli abusi, nelle loro reciproche interazioni; depone in tal senso il fatto che l'art. 30, primo comma, d.P.R. n. 380/2001 sanziona la trasformazione, e non il singolo intervento edilizio, differenziandosi dagli artt. 31 e ss. che riguardano invece la singola opera abusiva (cfr., TAR Puglia, III, 24 aprile 2008, n. 1017)*”. Cfr., inoltre, Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2017, n. 4400: “*La lottizzazione abusiva, «sottrae all'amministrazione il proprio potere di pianificazione attuativa e la mette di fronte al fatto compiuto di insediamenti in potenza privi dei servizi e delle infrastrutture necessari al vivere civile; ciò che, com'è notorio, è fra le principali cause del degrado urbano e dei gravi problemi sociali che ne derivano» (sentenza n. 3750 del 2017, cit.)*”.

¹⁰⁸ Sul punto si rinvia alle decisioni di manifesta infondatezza della Corte costituzionale concernenti la disciplina della lottizzazione; in particolare, C. cost., n. 107 dei 1989 e n. 148 del 1994 relative alla lottizzazione c.d. “negoziale”. Cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2018, n. 4486, dove si legge che “*la lottizzazione può configurarsi «solo in presenza della preordinata trasformazione di una porzione di territorio, in modo*

Nel t.u. edilizia l'art. 44, co. 2, riferisce la misura ai *terreni abusivamente lottizzati* e alle *opere abusivamente costruite* e l'art. 30, co. 8, del medesimo t.u. dispone che *le aree lottizzate* sono acquisite di diritto al patrimonio disponibile del Comune. La giurisprudenza della Cassazione ha stabilito che la confisca *“comprende anche i terreni lottizzati non ancora interessati da attività edificatoria”* e *“deve estendersi a tutta l'area interessata dall'intervento lottizzatorio, compresi i lotti non ancora edificati o anche non ancora alienati al momento dell'accertamento del reato, atteso che anche tali parti hanno perso la loro originaria vocazione e destinazione rientrando nel generale progetto lottizzatorio”*. È stato ulteriormente precisato che i *“terreni lottizzati”* ovvero *“rientranti nel generale progetto lottizzatorio”* vanno identificati in quelli che risultano oggetto di un'operazione di frazionamento preordinata ad agevolare l'utilizzazione a scopo edilizio; per cui, qualora esista un preventivo frazionamento, va confiscata tutta l'area interessata dal frazionamento e dalla previsione delle relative infrastrutture ed opere urbanizzative, indipendentemente dall'attività di edificazione posta concretamente in essere¹⁰⁹. Nell'ipotesi in cui, invece, non sia stato predisposto un frazionamento fondiario e, tuttavia, si sia di fatto conferito un diverso assetto ad una porzione di territorio comunale, la confisca va limitata a quella porzione territoriale effettivamente interessata dalla vendita di lotti separati, dalla edificazione e dalla realizzazione di infrastrutture¹¹⁰.

Le considerazioni svolte dalla Corte EDU sull'oggetto della confisca vanno dunque opportunamente collegate al caso di specie.

In terzo luogo, va considerata l'incidenza che la richiamata giurisprudenza europea sulla confisca ha anche sulla qualificazione e sui presupposti dell'acquisizione *ex art. 30, co. 8, t.u. edilizia*, compor-

tale da aggiungere una nuova e composita maglia al tessuto urbano, con conseguente necessità - per la consistenza innovativa dell'intervento - di costituzione o integrazione della necessaria rete di opere di urbanizzazione (caratteristica, al riguardo, la prefigurazione di interi quartieri residenziali - ovvero di complessi ad uso commerciale o direzionale - previa suddivisione del terreno in lotti edificabili)». Non occorre pertanto sovrapporre la lottizzazione abusiva con «l'effettuazione di qualsiasi pur ampio intervento edificatorio non autorizzato, o non compatibile con la disciplina urbanistica vigente»»; «Ne consegue che occorre avere riguardo «non tanto alla materiale entità dell'intervento - programmato o in corso di realizzazione - ma alle finalità ed alle conseguenze dello stesso, in termini di “peso insediativo” sul territorio». Tali finalità devono risultare da «elementi precisi ed univoci, ovvero da un quadro indiziario idoneo a prefigurare un perseguito assetto dell'area, globalmente incompatibile sia con quello esistente che con quello previsto dagli strumenti urbanistici» (Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2015, n. 5328)».

¹⁰⁹ Cass. pen., Sez. III, 2 ottobre 2008, n. 37472.

¹¹⁰ I medesimi principi sono applicati nel caso in cui la lottizzazione abbia riguardato non un fondo, ma un edificio: Cass., Sez. III, 17 settembre 2013, n. 3800.

tando, *in primis*, il riconoscimento della natura di sanzione amministrativa affittiva – non meramente ripristinatoria rispetto all'abuso perpetrato¹¹¹ - anche della seconda.

Le due fattispecie della confisca urbanistica di cui all'art. 44 e dell'acquisizione delle aree *ex art.* 30 presentano, infatti, un “*indubbio carattere di affinità e comunanza di elementi, stante l'identità dei presupposti (realizzazione di una fattispecie di lottizzazione abusiva descritta nella medesima norma) e degli effetti (dell'acquisizione dell'area al patrimonio della pubblica amministrazione)*”¹¹², nonostante la diversa autorità (giudiziaria l'una ed amministrativa l'altra) e il diverso procedimento di adozione (all'esito di un processo l'una e di un procedimento amministrativo l'altra)¹¹³. Le due misure sono infatti inquadrare nell'ambito di una visione unitaria e complementare della sanzionabilità del medesimo evento di lottizzazione abusiva e la confisca identifica una sanzione amministrativa speciale che il giudice penale irroga in funzione di supplenza della p.A.¹¹⁴.

La natura sostanzialmente penale anche della seconda comporta, allora, l'applicabilità dell'art. 7 CEDU anche in assenza di un procedimento penale: se è possibile per le autorità nazionali imporre una “pena” – nel significato autonomo europeo - mediante procedure diverse dai procedimenti penali nel senso del diritto nazionale, tuttavia in relazione a tale misura devono trovare applicazione le garanzie che la Convenzione

¹¹¹ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 10 giugno 2011, n. 1091.

¹¹² Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 4 agosto 2011, n. 4210; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 18 aprile 2013, n. 336.

¹¹³ In termini, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2017, n. 4400: “*L'art. 30 del d.lgs. n. 380 del 2001, nel prevedere l'acquisizione del bene al patrimonio pubblico, contempla una misura sanzionatoria sostanzialmente equiparata alla confisca. Ne consegue che valgono le medesime regole, elaborate in ambito europeo, con applicazione del regime delle “sanzioni penali” anche in punto di sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa. È, pertanto, «l'amministrazione, nell'emanare l'ordinanza di cui all'art. 30 T.U., a dover provare la mala fede del terzo acquirente, che in mancanza di ciò non potrebbe essere sanzionato» (sentenza n. 3750 del 2017, cit.). Questa Sezione ha già avuto modo di puntualizzare, inoltre, che queste regole non operano «per gli altri effetti previsti dall'art. 30 T.U., ovvero per il divieto di proseguire le opere e di disporre del bene dopo la trascrizione, trattandosi di effetti obiettivamente dipendenti dal carattere abusivo del bene e volti non a sanzionare, ma a impedire ulteriori conseguenze dell'abuso stesso» (sentenza n. 3750 del 2017, cit.)*”. La sentenza si segnala anche per l'accurata ricostruzione della nozione di terzo acquirente in buona fede (“*la regola di condotta che viene in rilievo non è quella della buona fede soggettiva in senso stretto ma quella della diligenza, quale declinazione della nozione di colpa. Si tratta, infatti, di nozioni che possono, in alcuni casi, sovrapporsi ma in altre rimangono distinte in ragione del fatto che l'esistenza di una situazione di buona fede non esclude di per sé la colpa?*”) e dell'eventuale rilievo della partecipazione del notaio all'attività in cui si sia concretizzata la lottizzazione cartolare.

¹¹⁴ *Ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4224.

riconosce alle sanzioni penali¹¹⁵. In definitiva, una sanzione formalmente amministrativa ma avente natura sostanzialmente penale può essere irrogata in esito ad un procedimento amministrativo, ma tale procedimento deve assicurare il nucleo minimo di garanzie correlate alla nozione convenzionale di *pena*¹¹⁶.

L'affinità e la comunanza di elementi, pertanto, impongono di estendere alla seconda le conclusioni raggiunte dalla Corte EDU¹¹⁷.

In quarto luogo, ulteriore questione su cui la sentenza induce a riflettere è il rilevato contrasto con l'art. 7 CEDU della confisca disposta nei confronti della persona giuridica che non abbia rivestito il ruolo di parte nel procedimento in cui tale "pena" è stata inflitta, operando il veto alla responsabilità per fatto altrui.

Senonché, il d.lgs. n. 231/2001 (recante "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*")¹¹⁸ non elenca - nella sezione III del Capo, agli artt. 24 ss. -, tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti, i reati edilizi¹¹⁹.

Ne consegue che, non essendo la partecipazione dell'ente al processo penale allo stato possibile¹²⁰, si impone con urgenza un intervento del

¹¹⁵ Par. 233 della sentenza *G.I.E.M. Srl e a. cit.*

¹¹⁶ A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo*, cit., 224.

¹¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 luglio 2017, n. 3788, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 1164.

¹¹⁸ Il d.lgs n. 231 del 2001 prescrive che gli enti siano citati personalmente; a tal fine è esclusa, però, la rappresentanza legale di chi sia imputato del reato, al fine di prevenire un conflitto di interessi (art. 39 d.lgs n. 231). Nelle fattispecie decise dalla Grande Camera nel 2018 in un caso la confisca era stata applicata ad una società r.l. che non era stata coinvolta nel processo (in quanto coinvolta d'ufficio nella lottizzazione); nelle altre ipotesi i legali rappresentanti delle persone giuridiche erano stati incriminati, per cui ciò che la Grande Camera ha contestato all'Italia è non avere citato tali persone anche nella loro qualità di rappresentanti legali, oltre che nella veste di imputati, così da assicurare alla società una formale partecipazione al processo penale. Senonché la disciplina vigente in Italia non lo avrebbe comunque consentito.

¹¹⁹ In argomento A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza*, cit., 227.

¹²⁰ A. SCARCELLA, *La confisca urbanistica*, cit., 28, il quale constata che "*la pronuncia europea trova nel nostro Paese del tutto impreparato a farvi fronte, con esiti potenzialmente drammatici sul piano della tutela del territorio: in un gran numero di casi la lottizzazione è stata commessa da società, che hanno ovviamente agito per mezzo dei propri legali rappresentanti. Tali persone giuridiche, a diritto vigente, non possono partecipare al processo penale, e comunque non vi hanno partecipato nei numerosi giudizi ancora pendenti, con la conseguenza che, se esse sono proprietarie del bene, di fatto quest'ultimo non può essere confiscato*". In argomento, per considerazioni analoghe, A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo*, cit.; M. BIGNAMI, *Da Strasburgo*, cit.

legislatore¹²¹.

Infine, la Grande Camera coglie l'occasione anche per replicare alla Consulta italiana in ordine al presunto diverso valore giuridico attribuibile alle sentenze europee a seconda che esse siano espressive di un diritto consolidato o meno: le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico ed il carattere vincolante e l'autorità interpretativa non possono dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate¹²².

Per vero, proprio il caso della sentenza *Varvara* dimostrerebbe come – fermo ed indiscusso il carattere vincolante di ogni decisione europea nel caso concretamente deciso *ex art. 46 CEDU* – solo un diritto vivente meditato sia idoneo ad essere recepito nell'ordinamento interno dal giudice comune in sede di interpretazione conforme o quale norma interposta con cui dichiarare con effetti *erga omnes* l'incostituzionalità di una legge. È questo un profilo che merita quindi senz'altro ulteriori riflessioni.

¹²¹ In chiave critica nei riguardi della pronuncia della Grande Camera cfr. M. BIGNAMI, *Da Strasburgo*, cit, il quale, alla luce dell'approccio sostanzialista della Corte EDU e della rilevanza dalla stessa attribuita alla tutela del territorio nel valutare la compatibilità con l'art. 7 CEDU della confisca senza condanna, osserva che “*vi sarebbe stato allora spazio per una decisione più flessibile, che, modulandosi sulla concretezza del caso di specie, permettesse di giungere alla confisca perlomeno nei casi in cui non vi fosse motivo di dubitare che l'accertamento della colpevolezza dell'imputato implichi equivalente responsabilità della persona giuridica (vuoi per la natura della società, perché vi è certo una differenza tra una srl e una spa; vuoi per l'assenza di ogni potenziale conflitto di interessi tra società e legale rappresentante; vuoi per il difetto di circostanze analoghe a quelle elencate dall'art. 6 del d.lgs n. 231 del 2001, e che permettono all'ente di sgravarsi da responsabilità)*”.

¹²² Par. 252 sentenza *G.I.E.M. e a. c. Italia*.

Profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea del rito “superspeciale” in materia di appalti pubblici in attesa del pronunciamento della Corte di Giustizia UE

(commento all'ordinanza T.a.r. Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88)

DI ALDO IANNOTTI DELLA VALLE

(Dottorando di ricerca Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, avvocato amministrativista specializzato in contratti pubblici)

Abstract (En):

The article focuses on the request to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling under Article 267 TFEU, made by decision of 17 January 2018, n. 88, from the Regional administrative Court for Piedmont (T.a.r. Piemonte), concerning the compatibility with the principles of the european law of the new procedure to challenge the measures of admission and exclusion in public procurements, introduced by the new Public Contracts Code. (legislative decree n. 50/2016).