Rivista Giuridica Europea
European Law Journal

MARIA CAMILLA SPENA
Presentazione

LUCIA PICARDI
Prevenzione della crisi d'impresa e governance delle società pubbliche

GIUSEPPINA MARI
La confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva nel dialogo tra Corte Europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale

ALDO IANNOTTI DELLA VALLE
Profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea del rito "super-speciale" in materia di appalti pubblici in attesa del pronunciamento della Corte di Giustizia UE

Rivista Giuridica Europea

Direttore responsabile *Prof. Guglielmo Trupiano*

Direttore scientifico *Prof. Lucia Picardi*

Comitato Scientifico e di Valutazione (Scienze giuridiche - Area 12)

Filippo Annunziata
(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto dell'Economia Università degli Studi di Milano Bocconi)
Marco Calabrò
(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto Amministrativo Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli)
Barbara Cortese
(Prof. associato di Storia del Diritto Romano Università degli Studi Roma Tre)
Ruggiero Dipace
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università del Molise)
Roberto Leonardi
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)
Paola Lombardi
(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)
Giuseppina Mari
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)
Francesco Marone
(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto Costituzionale Università degli Studi di Napoli S. Orsola Benincasa)
Enrico Minervini
(Prof. ordinario di Diritto Privato Università degli Studi di Napoli Federico II)
Lucia Picardi
(Prof. ordinario di Diritto Commerciale Università degli Studi di Napoli Federico II)
Maria Alessandra Sandulli
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi Roma Tre)
Renata Spagnuolo Vigorita
(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

Docenti Stranieri

Cristina Fraenkel-Haeberle
Außerplanmäßige Professorin, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Koordinatorin des Programmbereichs „Europäischer Verwaltungsraum" und Gleichstellungsbeauftragte
Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer

Fernando Garcia Rubio
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Rey Juan Carlos
Maria Teresa Carballeira Rivera
Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela (Spagna)
Jan Lieder
Professor of Civil law, Commercial law and Business law, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social Law, Albert Ludwigs University of Freiburg
Ana Munoz Perez
Profesora titular de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos
Francine Macorig-Venier
Professeur Droit Privé et Sciences criminelles
Université Toulouse 1 Capitole

Segreteria del Comitato Scientifico e di Valutazione

Maria Camilla Spena
(Prof. aggr. Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

Comitato editoriale

Flaminia Aperio Bella
(Assegnista di ricerca, idoneo Professore associato Diritto Amministrativo)
Nicola Posteraro
(Assegnista di ricerca Diritto Amministrativo)
Martina Sinisi
(Ricercatore Diritto Amministrativo, idoneo Professore associato)
Maria Camilla Spena
(Prof. aggr. Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)
Sabrina Tranquilli
(Assegnista di ricerca Diritto amministrativo)

Segreteria di redazione

Alessandra Bifani Sconocchia
Aldo Iannotti della Valle
Paolo Mammola
Giusy Sica

editore

Edicampus Edizioni

ISSN 2612-2995
Anno I, Numero 1
mese di dicembre 2018

Indice

Presentazione Rivista Giuridica Europea 7
di Maria Camilla Spena

Prevenzione della crisi d'impresa e *governance* delle società pubbliche* **13**
di Lucia Picardi
Abstract (En): 13
1. Premessa..... 15
2. L'adozione degli strumenti «integrativi» di governo societario e il principio di adeguatezza organizzativa..... 17
3. I programmi per la valutazione del rischio di crisi aziendale ... 23
4. L'informazione sui presidi organizzativi nella relazione sul governo societario..... 28
5. Segue. L'applicazione della regola «*comply or explain*»..... 31
6. I rimedi per la mancata o insufficiente attuazione dei presidi organizzativi..... 33
7. Assetti organizzativi adeguati per la rilevazione della crisi d'impresa e interessi protetti..... 37

La confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva nel dialogo tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte costituzionale 43
di Giuseppina Mari
Abstract (En): 43
1. Premessa..... 45
2. Misure ripristinatorie e sanzionatorie 46
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. 51
4. L'atteso intervento della Grande Camera: prescrizione, presunzione di innocenza, proporzionalità della misura 71
5. Considerazioni di sintesi e questioni che rimangono aperte.....76

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

1. Il rito sulle ammissioni ed esclusioni negli appalti pubblici: il fine giustifica i mezzi? 87
2. Il primo quesito e la compromissione del principio di effettività sostanziale della tutela per gli appalti di minore rilevanza economica 93
3. Il secondo quesito e la riduzione degli spazi di operatività dello strumento del ricorso incidentale 101

ALLEGATI 105

Presentazione Rivista Giuridica Europea

Di Maria Camilla Spena

(Prof. aggr. Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

Il Centro Interdipartimentale L.U.P.T. (www.lupt.it), nato nel 1976 dal Laboratorio sperimentale afferente alla Cattedra Urbanistica della Facoltà di Architettura diretta dal Prof. Raffaele d'Ambrosio, è un Centro Interdipartimentale di Ricerca istituito ai sensi dell'art. 89 del DPR 11.07.1980 dall'Università degli Studi di Napoli Federico II con D.R. n. 8592 del 22.02.1985.
Il Centro ha natura interdisciplinare, coopera organicamente con significativi Partners pubblici e privati e vi partecipano 11 Dipartimenti dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.
Il Centro è articolato in Aree di Ricerca, Centri di Studio, Strutture di valore strategico e Organismi tecnici per l'espletamento di attività di servizio. Il Centro inoltre, per numero di docenti afferenti, per il personale tecnico-amministrativo organico, per la dotazione strumentale, per il bilancio gestito e per la superficie assegnata, è storicamente il più grande e complesso dei Centri di ricerca dell'Ateneo Federiciano nonché una delle maggiori Strutture pubbliche di ricerca operanti a livello nazionale ed europeo.
A seguito di delibera del Senato Accademico dell'Ateneo Federiciano e con D.R. n. 1707 del 21.05.2014, il Centro è stato intitolato al suo fondatore, Prof. Raffaele d'Ambrosio.
Direttore del centro LUPT è il Prof. Avv. Guglielmo Trupiano.

Sul piano dell'internazionalizzazione, il Centro L.U.P.T. svolge un ruolo di primaria rilevanza essendo partner strategico dell'Agenzia UN-HABITAT della Organizzazione delle Nazioni Unite e ospitando dal 2013 il Centro Europe Direct Lupt della Rete Europe Direct della Commissione Europea e l'Alto Osservatorio per le Politiche Europee (H.O.P.E.) organismo a supporto del Centro nell'ambito del Partenariato Quadro con il Parlamento europeo per l'area eventi.

Sul piano delle relazioni con le Imprese, il Centro è socio affiliato del Consorzio Sannio Tech, Polo dell'Innovazione al Servizio del Mezzogiorno promosso da Confindustria-Bn.

Il Centro Europe Direct Napoli, Benevento, Avellino LUPT "Maria Scognamiglio" dell'Università degli Studi di Napoli Federico II è attivo sul territorio dell'Area metropolitana di Napoli, della provincia di Avellino ed in quella di Benevento e, nel tempo, è divenuto uno dei principali punti di contatto per Napoli e le aree interne campane tra la cittadinanza e le istituzioni europee mediante tre grandi front office nei tre capoluoghi di provincia ed una fitta rete di sportelli di prossimità territoriale nei principali agglomerati urbani delle tre province, giungendo a 16 presidi territoriali sul territorio campano.
I Centri Europe Direct sono delle vere e proprie antenne territoriali della Commissione Europea e dipendono dalla rappresentanza della Commissione europea in Italia
Il Centro Europeo a livello editoriale si articola in vari livelli e settori di interesse. Alla rivista R.I.S.E.– Rivista Internazionale di Studi Europei si affiancano la Collana "Europarole" e il BLOG denominato "EuroIdee" all'interno del sito web del Centro.
Il Centro intende attivare Rivista Giuridica Europea che, specificamente attinente all'area giuridica, si connota per uno spiccato carattere interdisciplinare e per la prospettiva europea da cui le questioni sono esaminate.
La strategia editoriale del periodico semestrale si propone nell'ambito delle scienze giuridiche di coinvolgere non solo la comunità degli Studiosi del diritto, ma anche le pubbliche amministrazioni e tutti gli operatori pubblici e privati presenti nel settore, sempre con un respiro internazionale, e in particolare europeo, al fine di evidenziare trame e radici comuni agli ordinamenti, valori e principi di riferimento per la costruzione di linee unitarie di sviluppo.
Ciò avverrà con la pubblicazione anche di contributi in lingua straniera e con l'attivazione di forme di collaborazione con riviste straniere per l'organizzazione di incontri, seminari o convegni e la cura di ricerche e pubblicazioni di interesse comune.
Sebbene si tratti di una rivista on line, la Rivista Giuridica Europea vuole essere una rivista giuridica tradizionale scientifica con sistema di referaggio anonimo.
Il Direttore responsabile della Rivista, Prof. Guglielmo Trupiano, ed il Direttore scientifico, Prof. Lucia Picardi, ringraziano anticipata-

mente chiunque vorrà contribuire con consigli, segnalazioni e contributi scientifici a questa nuova iniziativa scientifica ed editoriale.

La Direzione della Rivista invita quindi studiosi e operatori interessati a sottoporre propri scritti per la pubblicazione tramite invio alla Segreteria del Comitato scientifico e di valutazione, all'indirizzo mariacamilla.spena@unina.it.

Overview of the "Rivista Giuridica Europea" (European Law Journal)

by Maria Camilla Spena
(Professor of Health Law, "Federico II" University of Naples).

The L.U.P.T. (www.lupt.it) is an Interdepartmental Research Centre, founded in 1976 from the Experimental Laboratory of Urban Planning, directed by Prof. Raffaele D'Ambrosio – Faculty of Architecture – at the "Federico II" University of Naples (established according to art. 89 of the DPR 11.07.1980 by the "Federico II" University of Naples, with D.R. n. 8592 of 22.02.1985).
The Centre has an interdisciplinary nature and it organically cooperates with significant public and private partners, with 11 Departments of the "Federico II" University involved. It is divided into: Research Areas, Study Centres, Strategic Structures and Technical Boards, operating in service activities. The LUPT Centre is, historically, the largest and most highly articulated Research Centre in the "Federico II" University, as well as one of the major public research institutions operating at the national and European level, with a significant number of teaching staff members and technical-administrative staff involved, considering its facilities equipment, and budget managed.
Since 2014, the Centre is entitled to its founder, professor Raffaele D'Ambrosio (resolution of the Academic Senate, D.R. n. 1707, 21.05.2014), and is now directed by Prof. Avv. Guglielmo Trupiano.
With reference to internationalization, the LUPT Centre plays a major role as a strategic partner of UN -Habitat - The United Nations Human Settlements Programme – and, since 2013, it hosts the LUPT Europe Direct Centre, within the Europe Direct Network of the European Commission and the High Observatory on European Policies (H.O.P.E.), a supporting body within the Framework Partnership with the European Commission in the Events area.
As for corporate relationships, the LUPT Centre is member of the Sannio Tech Consortium, the Innovation Centre for Southern Italy promoted by Confindustria-Bn.

The Europe Direct "Maria Scognamiglio" LUPT Centre of Naples, Benevento and Avellino, is active on the metropolitan area of Naples, the provinces of Avellino and Benevento; over time, it has become one of the main connectors

between the citizens of Naples as well as the internal areas within the Campania region and European institutions, by offering three large front offices – one in each of the three main cities in the provinces – and an articulated network of local offices in the main urban areas of the three provinces, reaching 16 territorial offices throughout the Campania region. The Europe Direct Centres represent real local interceptors of the European Commission and depend on the representatives of the European Commission in Italy.

At the editorial level, the European Centre covers different sectors and topics. Besides the journal "R.I.S.E.- Rivista Internazionale di Studi Europei" (European Journal of European Studies), it also publishes the "Europarole" series and the "EuroIdee" blog, accessible on the Centre website.

The Center now establishes "Rivista Giuridica Europea" (European Law Journal), with a special focus on juridical issues and a marked interdisciplinary approach, in a European perspective.

The six-monthly journal will involve not only the scholars of Juridical Sciences, but also public authorities, as well as operators in both public and private sectors, with an international – especially European – scope. The aim is to highlight common threads and origins in regulations, values and main principles, in order to build common priorities for development.

In this perspective, publications in foreign languages are accepted, and active collaborations with foreign magazines will be established, in order to organize events, seminars and conferences, along with research and publications on topics of common interest.

Though it is an on-line journal, the "Rivista Giuridica Europea" is intended as a traditional scientific legal publication, with an anonymous referral system. The Director in charge of the Rivista, Prof. Guglielmo Trupiano, and the Scientific Director, Prof. Lucia Picardi, welcome in advance anyone interested in contributing with advice, reports and scientific contributions to this new scientific and editorial initiative. The Rivista Editorial Board, therefore, invites scholars and interested professionals to submit their works for publication to the Scientific and Evaluation Committee, at mariacamilla.spena@unina.it.

Prevenzione della crisi d'impresa e *governance* delle società pubbliche*

di Lucia Picardi
(Professore ordinario di Diritto commerciale – Università degli Studi di Napoli Federico II)

Abstract (En):
The Italian Statute of public-owned companies provides some general principles about the governance of public-controlled companies. Particularly, article 6, second paragraph, establishes that these companies prepare specific corporate crisis risk assessment programs and inform the shareholders' meeting within the corporate govenance report. Moreover, article 14, second paragraph, requires that when one or more signals of crisis occur the company's directors have to adopt the essential measures in order to prevent the deepening of the corporate crisis, to correct its effects and to eliminate its causes through an appropriate recovery plan. The paper analyses these rules within the framework of the special discipline of the public-controlled companies' governance and the more general rules provided by the Italian Civil Code. It emphasizes the close relationship between the "alert procedure" provided by Italian Statute of public-owned companies and the goals as well as the means established by the new Italian Code of the enterprise crisis and insolvency (according to the European legislation) in order to enable viable enterprises with financial difficulties to restructure at an early stage with a view to prevent their insolvency.

* Lo scritto è destinato agli Studi in memoria del Prof. Michele Sandulli.

Sommario: 1. *Premessa.* – 2. *L'adozione degli strumenti «integrativi» di governo societario e il principio di adeguatezza organizzativa.* – 3. *I programmi per la valutazione del rischio di crisi aziendale.* – 4. *L'informazione sui presidi organizzativi nella relazione sul governo societario.* – 5. Segue. *L'applicazione della regola «*comply or explain». – 6. *I rimedi per la mancata o insufficiente attuazione dei presidi organizzativi.* – 7. *Assetti organizzativi adeguati per la rilevazione della crisi d'impresa e interessi protetti.*

1. Premessa

La disciplina della *governance* delle società pubbliche delineata nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 recante il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (come integrato e corretto dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100: d'ora in avanti t.u.s.p.p.), si segnala all'attenzione dello studioso del diritto dell'impresa per la previsione di una serie di doveri gestori (aventi carattere puntuale) concernenti l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile[1], fra i quali spicca l'obbligo di predisporre specifici programmi per la valutazione del rischio di crisi aziendale.

Ne risulta un quadro normativo, per un verso, coerente con il principio di adeguatezza organizzativa in grado di definire il catalogo degli obblighi imposti ai titolari degli organi di amministrazione e controllo delle società di capitali «ordinarie»; per l'altro, destinato (come si vedrà oltre) a porsi in continuità con gli aspetti salienti della riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Sullo sfondo di queste direttrici, il presente contributo cercherà, anzitutto, di esaminare il rilievo sistematico e i riflessi applicativi del dovere, sia pure «condizionato»[2], di integrare gli strumenti di gover-

---

[1] Non si è mancato di osservare che l'art. 6 del t.u.s.p.p. (le cui disposizioni, per quanto direttamente interessa ai fini delle presenti note, saranno oggetto di attenzione), di là dall'«enfasi» della rubrica «Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico», intende trasmettere un messaggio effettivamente «di principio», vale a dire che la gestione delle società qui oggetto di attenzione deve essere improntata a una «speciale responsabilità». Ne consegue «l'imposizione di standard di condotta che, per le società private, rimangono invece puramente facoltativi» (M. Libertini, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)*, in S. Fortunato, F. Vessia (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e* in house providing, Milano, 2017, 45).

[2] Cfr., ancora, M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 55, che discorre al riguardo di una «doverosità condizionata» richiamando, fra l'altro, il principio di doverosità dell'azione amministrativa.

no societario, imposto alle società a controllo pubblico dall'art. 6, comma 3, del predetto t.u. sulle società pubbliche[3].

---

[3] È utile segnalare come l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 6 sia circoscritto – in linea di principio e salvo quanto si dirà più avanti – alle sole società a controllo pubblico *non quotate*, le quali integrano una *species* all'interno del *genus* delle «società a partecipazione pubblica» e sono identificate dalla norma definitoria di cui all'art. 2, comma 1, lett. *m)*, nelle «società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b», ovvero si trovano nella situazione descritta dall'art. 2359 c.c., avendo presente, peraltro, che il «controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo». Al fine di delimitare più compiutamente la sfera di operatività della disciplina in esame giova poi richiamare la lett. *a)* del succitato art. 2, che definisce le «amministrazioni pubbliche» come «le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le società portuali» (cfr., per un approfondimento della portata e del significato di queste nozioni, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 1161, 1275 ss., 1313 s.; desume da quest'ultima definizione una conferma della significatività e dell'ampiezza delle limitazioni imposte alle pubbliche amministrazioni M. Stella Richter *jr.*, *Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 T.U.S.P.*, studio n. 227-1/2017, approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 26-27/10/2017, 2, il quale rileva come esse avessero interessato in passato i soli enti pubblici territoriali o locali). Questa scelta è parsa conforme all'impostazione sistematica accolta in via generale dal t.u.s.p.p., che detta princìpi e regole di organizzazione rivolti alla società piuttosto che all'ente socio, da cui scaturiscono precetti che integrano e specificano il catalogo dei doveri di comportamento imputabili agli organi sociali della stessa società (cfr., ancora, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica,* cit., 1161). Viene dunque a delinearsi un regime speciale delle società a controllo pubblico, che si compone di norme assai rilevanti come quelle dell'art. 11, sugli organi amministrativi e di controllo, e dell'art. 19, sulla «gestione del personale», rispetto alle quali si è posto nella prassi il dubbio se per «società a controllo pubblico» debbano intendersi anche tutte quelle società che siano partecipate in misura maggioritaria da diverse amministrazioni pubbliche, quand'anche nessuna di esse risulti da sola titolare di una posizione di influenza dominante, e quando le stesse, attraverso un comportamento concludente, esercitino di fatto un controllo congiunto pure in assenza di vincoli legali, statutari, contrattuali o parasociali (cfr. l'orientamento datato 15 febbraio 2018 della «Struttura di monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche» istituita presso il MEF ai sensi dell'art. 15 t.u.s.p.p.; si pronuncia contro l'applicazione della disciplina in questione alle società a *semplice* partecipazione pubblica maggioritaria, V. Donativi, *"Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 747 ss.). Come si è anticipato, i princìpi e gli strumenti organizzativi previsti dalla disposizione di cui all'art. 6 non trovano, invece, applicazione, in assenza di un espresso richiamo, alle società quotate, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 5, del medesimo testo unico (O. Cuccurullo, Sub *art. 6*, in *Il testo unico sulle società pubbliche*. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, Bari, 2016, 100).

L'analisi tenderà quindi a valorizzare il diverso grado di cogenza che caratterizza tale integrazione rispetto all'adozione dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale ai sensi dell'art. 6, comma 2, del medesimo testo normativo, nonché gli ulteriori doveri derivanti dalla loro predisposizione e, soprattutto, dal loro funzionamento, secondo quanto disposto dal successivo art. 14.
Il tentativo di confrontare e coordinare la normativa speciale in materia di società a controllo pubblico con le regole di diritto comune consentirà di evidenziare il crescente *favor* del legislatore non solo nazionale, ma anche europeo, verso strumenti di prevenzione e gestione della crisi che – dapprima introdotti nello statuto delle imprese operanti in settori sottoposti a vigilanza – sono stati poi estesi ad altri contesti disciplinari contraddistinti da un raggio di applicazione via via più ampio. Sicché vale la pena di domandarsi se detti strumenti, originariamente intesi a tutelare gli interessi coinvolti nel singolo ambito normativo di riferimento, siano ormai diretti a perseguire finalità di conservazione dell'impresa mediante l'imposizione *ex ante* di specifici doveri comportamentali.

2. L'adozione degli strumenti «integrativi» di governo societario e il principio di adeguatezza organizzativa

L'esistenza di un rapporto dialettico fra la disciplina speciale e i princìpi e le regole di diritto comune emerge – come si è accennato – dalla lettura della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 6, che richiede alle società a controllo pubblico di valutare l'opportunità di integrare – in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative, nonché dell'attività svolta (e fatte salve le funzioni degli organi di controllo previste dalle disposizioni di legge o di statuto) – gli ordinari strumenti di governo societario con: regolamenti in tema di *compliance*; un ufficio di controllo interno; codici di condotta; programmi di responsabilità sociale d'impresa.
Pur senza scendere ad un esame analitico degli eventuali strumenti «integrativi»[4], può essere utile cercare di ricondurre tale valutazione

[4] Si tratta di una serie di strumenti di «autoregolamentazione» rivolti ad assicurare un assetto dell'organizzazione aziendale trasparente ed efficiente (cfr. O. Cuccurullo, *Sub art. 6*, cit., 104), nonché a promuovere la correttezza dell'attività imprenditoriale sotto una serie di profili, che spaziano dal rispetto della disciplina in materia di concorrenza e di privative industriali e intellettuali alla predisposizione di un ufficio di controllo interno, dalla tutela di soggetti terzi quali consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori,

(e i parametri ai quali ancorarla) alle regole di *governance* delle società di capitali, in generale, e di quelle direttamente o indirettamente controllate dalle pubbliche amministrazioni, in particolare.
Atteso che queste ultime possono partecipare solo a società (anche consortili) costituite secondo i tipi della società per azioni o a responsabilità limitata (pure in forma cooperativa) *ex* art. 3, comma 1, t.u.s.p.p.[5], occorre interrogarsi sul rapporto fra la scelta di strumenti ulteriori rispetto a quelli ordinari di governo societario e il dovere degli amministratori di dotare l'impresa di assetti organizzativi adeguati, variamente modulati poi in relazione sia al tipo sociale adottato sia alla natura dell'attività esercitata e alle dimensioni della stessa.
Non è superfluo rimarcare come la valutazione in merito all'integrazione degli strumenti di governo societario spetti all'organo amministrativo e vada ricondotta entro l'alveo del generale dovere di predisporre assetti organizzativi adeguati, la cui cura – in base al dettato dell'art. 2381, in combinazione con l'art. 2403 c.c. – compete agli organi delegati sotto la vigilanza del consiglio di amministrazione e dell'organo di controllo[6].

---

all'attuazione di programmi di responsabilità sociale dell'impresa, in conformità delle raccomandazioni dell'Unione europea (cfr., per una puntuale illustrazione, S. Serafini, *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in G. Guizzi (a cura di), *La* governance *delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, Milano, 2017, in specie 92 ss.; V. Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1165 ss.). Ciò è coerente con il disposto dell'art. 1, comma 2, t.u.s.p.p., a mente del quale le disposizioni del medesimo devono essere applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e alla promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica (F.A. Cancilla, *Sistemi di controllo interno, efficienza e tutela della concorrenza nelle società a controllo pubblico: brevi annotazioni sull'integrazione degli strumenti di governo societario*, in F. Fimmanò, A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, t. 2, s.l., 2016, 965).

[5] Non si è mancato di osservare (M. Stella Richter *jr*., *Tipi di società*, cit., 3) come la limitazione della possibilità per le pubbliche amministrazioni di partecipare solo ai suddetti tipi di società di capitali (pur con tutte relative «varianti», «sottospecie» e «sottotipi») trova giustificazione non solo nell'intuitiva esigenza di evitare che il socio pubblico possa finire per assumere una sua responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, ma «anche alla luce del fatto che le società per azioni e le società a responsabilità limitata sono quelle con il modello di amministrazione e controllo più formalizzato» e dunque più adatto alla partecipazione del socio pubblico di per sé *inidoneo* ad assumere «quel ruolo imprenditoriale con spiccata rilevanza personale» che connota la partecipazione in società di persone.

[6] L'affermazione formulata nel testo riflette il più ampio dibattito – che in questa sede può essere solo brevemente richiamato – se il dovere di predisporre assetti organizzativi adeguati costituisca una «novità» della riforma organica del 2003, la cui violazione può costituire autonomo titolo di responsabilità per l'impresa e i suoi gestori (V. Buo-

In tal senso depone l'evidente contiguità fra i menzionati parametri della dimensione e della natura dell'impresa sinteticamente indicati dal legislatore del codice civile (art. 2381, comma 5)[7], allo scopo di definire il contenuto del principio di adeguatezza, nonché il riferimento alle dimensioni, alle caratteristiche organizzative e all'attività svolta, portato dalla disposizione dell'art. 6, comma 3, t.u.s.p.p.
D'altro canto, se è vero che i criteri di cui alla norma codicistica sono declinati, nei diversi settori dell'ordinamento, mediante specifiche prescrizioni rivolte ad integrare la disciplina di diritto comune a seconda delle dimensioni dell'impresa e dei rischi tipici ad essa sottesi[8], potrà aversi un arricchimento dei modelli di *governance* deri-

---

NOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 23; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2/2008, 204; M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2009, 50; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo.* Liber amicorum *Antonio Piras*, Torino, 2010, 707 ss.; G. RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella s.p.a.: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, in G. MERUZZI, G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. XVI, Padova, 2011, 161), oppure se fosse già contenuto nell'obbligo di amministrazione diligente (P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, t. 2, Torino, 2006, 493).

[7] Si osserva che i criteri di riferimento rappresentati, ai sensi dell'art. 2381, comma 5, c.c., dalle dimensioni e dalla specifica attività esercitata dall'impresa, «relativizzano» il concetto di adeguatezza e vanno ulteriormente coordinati con gli artt. 2083 e 2195 c.c. che indicano, rispettivamente, nelle «dimensioni» e nella «natura» gli elementari parametri di classificazione e di valutazione delle imprese (V. BUONOCORE, *Adeguatezza*, cit., 12 ss.): i predetti criteri presuppongono, dunque, la «variabilità degli assetti che possono essere giudicati adeguati solo caso per caso e non, certo, in astratto» (M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 84). In ragione di quanto testé richiamato si può aggiungere che la dimensione dell'impresa e l'estensione e la pervasività della regolamentazione della sua attività influenzano concretamente il livello di «rischio organizzativo» dell'impresa medesima, ovvero il suo «grado di fallibilità» rispetto alle regole in base alle quali quest'ultima si struttura (M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo.* Liber amicorum *Antonio Piras*, cit., 728 s.).

[8] Possono citarsi, da un lato, la disciplina in materia di società quotate e, dall'altro, la regolamentazione delle imprese operanti nei settori bancario, finanziario e assicurativo (e v. in tal senso, G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella* corporate governance *delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna,

vante dalla predisposizione e razionalizzazione degli assetti organizzativi nelle società a controllo pubblico[9].
Giova segnalare che, del resto, era la stessa legge delega per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni (anteriormente alla sentenza Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251) a prevedere, all'art. 18, comma 1, lett. *a)*, l'introduzione di discipline differenziate, in considerazione, fra l'altro, delle attività svolte, degli interessi pubblici di riferimento, della misura e della qualità della partecipazione.
La prescrizione di tale criterio direttivo, da un lato, giustifica l'introduzione di regole specifiche sulla *governance* delle società non quotate direttamente o indirettamente controllate dallo Stato o da enti pubblici[10]; dall'altro, rafforza l'impressione che gli assetti organizzativi adeguati – da ritenersi espressione di un «principio generale dell'impresa» applicabile a prescindere dalla forma giuridica adottata e dal criterio d'imputazione dell'attività imprenditoriale[11] – debbano

2016, 59 ss.; cfr., inoltre, P. Montalenti, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, in specie 712 ss.; per la sottolineatura della peculiarità degli assetti organizzativi idonei ad assicurare una efficiente «gestione del rischio» nelle imprese bancarie e finanziarie, in ragione sia della struttura patrimoniale di queste ultime, sia della capacità delle banche di provocare il c.d. rischio sistemico, cfr. M. Maugeri, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, t. 1, Milano, 2015, 385 s.).

[9] L'esigenza di introdurre, anche per il diritto societario pubblico, norme e criteri generali intesi a individuare «una *governance* modulata a seconda dell'ambito operativo e dei compiti svolti da ciascuna società» è rimarcata da G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 1014, nel convincimento che pure per i pubblici poteri si ponga il problema di scegliere (eventualmente, mediante l'utilizzo della fonte statutaria) la struttura organizzativa più efficiente in relazione agli obiettivi da perseguire.

[10] Sebbene sulla questione si tornerà in seguito, è il caso già da ora di evidenziare come le ragioni della limitazione dell'ambito applicativo dell'art. 6 alle *sole* società a controllo pubblico siano state ricondotte all'esigenza di una «sana e corretta gestione» sociale connessa alla sussistenza del controllo in capo alle pubbliche amministrazioni: tanto sia per l'ingente investimento pubblico effettuato già al momento della costituzione della società o dell'acquisizione della partecipazione, sia per le ripercussioni che una gestione negativa o negligente potrebbe avere in termini di abbassamento della qualità dei servizi prestati e di incremento dei costi a carico degli utenti e, indirettamente, della collettività. Si noti altresì che tali società sono spesso inserite nel conto consolidato delle amministrazioni pubbliche, che costituisce il documento esaminato dalle istituzioni europee ai fini della verifica del rispetto dei noti parametri fissati dal c.d. Patto di stabilità (cfr., in tal senso, F.A. Cancilla, *Sistemi di controllo*, cit., 966).

[11] Muovendo dal rilievo – correntemente utilizzato per illuminare il significato del

essere modulati in considerazione delle peculiari esigenze legate alla situazione di controllo diretto o indiretto sussistente in capo all'amministrazione pubblica[12].

Appare, dunque, confermato l'assunto secondo cui l'utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni dello strumento privatistico societario e la connessa incidenza, sulla «causa concreta» del contratto e del rapporto sociale, di istanze connesse all'interesse pubblico devono avvenire in conformità alle regole inderogabili dell'organizzazione societaria, pena la «mancanza di tenuta non solo del modello, ma dell'attività»[13].

Se così è, merita adesione la tesi favorevole[14] all'estensione dei presìdi organizzativi di cui all'art. 6, comma 3, anche alle società nelle quali il socio pubblico detenga una partecipazione *non* di con-

---

principio dell'adeguatezza organizzativa – che la valenza sistematica e i profili innovativi degli artt. 2381 e 2403 c.c. non possano essere compiutamente colti mediante il richiamo alla «procedimentalizzazione» dell'attività imprenditoriale, (cfr., ad es., M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 75; M. Mozzarelli, *Appunti*, cit., 739), si afferma che tale principio trova riconoscimento anche nell'impresa esercitata in forma di s.r.l., la cui disciplina consente una marcata «deprocedimentalizzazione» delle decisioni gestorie e dell'attività di amministrazione (G. Scognamiglio, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 164). Tale posizione appare in sintonia con quella secondo cui il dovere degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati è espressione di «una *regola di diritto dell'impresa*, funzionale al *governo del rischio dell'attività* e alla sua conservazione nel medio-lungo termine», idonea ad operare anche al di fuori del tipo azionario: cfr. M. Maugeri, *Note in tema di doveri*, cit., 410 s. (corsivi nell'originale), che richiama le posizioni di V. Buonocore, *Adeguatezza*, cit., 18, nonché di G.C.M. Rivolta, *Ragioni dell'impresa e principio di conservazione nel nuovo diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 572.

[12] Cfr. F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 100, che – sullo sfondo della contrapposizione fra società *in house* e società c.d. a capitale misto – ravvisa, con riferimento a quest'ultima, una «*specialità in senso debole*», ritenendo che l'ampia autonomia statutaria (consentita dalla riforma del 2003) renda possibile l'adattamento del codice organizzativo della s.p.a. e della s.r.l. alle caratteristiche di tali società (corsivo nell'originale).

[13] Il rispetto di tale condizione consente di realizzare il contemperamento degli interessi pubblici istituzionali di cui lo Stato è legittimo portatore (anche quando si avvale dello strumento privatistico societario) con le istanze di concorrenzialità del mercato e di efficienza della gestione sottese all'esercizio dell'impresa in forma di società (cfr., in tal senso, D.U. Santosuosso, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica,* cit., 135).

[14] G. Strampelli, *Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza*, in *I controlli nelle società pubbliche. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, diretto da F. Auletta, Bologna, 2017, 108 s.

trollo, qualora la natura e le dimensioni dell'impresa lo richiedano. Infatti, acquisita la sottoposizione delle società pubbliche alle disposizioni del codice civile in materia societaria[15] e, segnatamente, dell'art. 2381, l'obbligo di predisporre assetti adeguati – pur con le precisazioni che saranno sviluppate in prosieguo – troverà applicazione a prescindere dalla natura dei soggetti partecipanti al capitale sociale e, là dove costoro s'identifichino nelle pubbliche amministrazioni, indipendentemente dalla partecipazione da esse detenuta. Va altresì richiamata – e si cercherà, nei limiti contenuti di queste note di verificarne la tenuta – l'idea che l'art. 6 preveda soluzioni *già* consentite dal diritto comune[16], dato che la presenza e la (decisiva)

---

[15] L'applicazione alle società pubbliche delle disposizioni del codice civile relative agli assetti organizzativi dell'impresa non può essere posta in dubbio alla luce dell'art. 1, comma 3, t.u.s.p.p., il quale stabilisce che «per tutto quanto non derogato dal presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato». Accanto all'argomento letterale, si adduce, a sostegno di questa soluzione interpretativa, anche l'idoneità delle disposizioni di diritto societario riguardanti la struttura organizzativa dell'impresa (esercitata in forma di società) a tutelare interessi assunti come pubblici, ovvero generali siccome ascrivibili ai terzi e al mercato, come testimoniato, per un verso, dalla inderogabilità dei tipi sociali e di parte della stessa disciplina societaria (in specie, di quella della società per azioni), per l'altro, dalla tendenza propria delle norme relative ai vincoli organizzativi delle imprese operanti nei settori regolamentati a perseguire gli interessi dei risparmiatori e dei clienti, nonché quello della stabilità del sistema finanziario. La rilevanza della prospettiva dell'impresa nella disciplina societaria conferma l'attitudine della stessa a salvaguardare altresì, in linea di principio e fatte salve le disposizioni connotate da un grado crescente di specialità (a seconda delle «categorie» di società pubbliche: F. Massa Felsani, *Partecipazioni pubbliche e "tipi" sociali*, in R. Garofoli, A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, 2018, in specie 186 ss.), i diversi interessi generali tutelati dall'ordinamento e identificabili nella tutela della concorrenza per il mercato, nel contenimento degli oneri gravanti sulla spesa pubblica, nella corretta gestione delle risorse provenienti dalla collettività e raccolte mediante l'imposizione fiscale, nell'efficienza del servizio pubblico (che costituisce spesso la principale prestazione da parte di tali società): cfr. G. Strampelli, *Il sistema*, cit., 96 ss.

[16] S'intende riferirsi alla prospettiva d'indagine sviluppata da C. Angelici, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in S. Fortunato, F. Vessia, *Le "nuove" società partecipate e* in house providing, cit., 16 ss., intesa a verificare se la presenza come socio di un soggetto pubblico e le regole dettate in considerazione di quest'ultimo si traducano, sul piano sistematico, in un'alterazione del «tipo» società, essenzialmente della società per azioni, come risulta dalla prassi e dal tenore dell'art. 3 t.u.s.p.p. L'attitudine della società per azioni a recepire al suo interno un «*pluralismo di interessi*» in corrispondenza delle molteplici (e, talora, potenzialmente contraddittorie) motivazioni dell'investimento azionario rende tale struttura societaria particolarmente idonea ad ammettere la partecipazione

rilevanza del socio pubblico (destinatario di una disciplina intesa a regolarne i comportamenti anche in sede societaria) non alterano, in definitiva, la configurazione «tipologica» della società (in specie, di quella per azioni).
In una simile prospettiva, il principio di adeguatezza organizzativa, visto come specificazione dello *standard* di corretta amministrazione[17], e l'istanza di una «sana ed efficiente attività amministrativa» – laddove quest'ultima, svolta con modelli privatistici, sia in grado di pesare sulla finanza pubblica – possono effettivamente coesistere e saldarsi in un connubio tendenzialmente «virtuoso»[18].

3. I programmi per la valutazione del rischio di crisi aziendale

Alla luce delle considerazioni finora svolte, è agevole comprendere come, sebbene gli strumenti di governo societario oggetto di attenzione siano qualificati come «facoltativi» nella *Relazione illustrativa* (*sub* art. 6, terzo cpv.), sussiste in capo agli amministratori, in linea con le funzioni loro ascritte dalla disciplina delle società di capitali,

---

del socio pubblico e a dare spazio anche ai suoi interessi pubblicistici (C. Angelici, *In tema di «socio pubblico»*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 175 ss., corsivi nell'originale).

[17] Si è riservata, in dottrina, particolare attenzione al legame intercorrente fra il principio di corretta amministrazione – idoneo, da una parte, a descrivere il contenuto della prestazione richiesta ai gestori dell'impresa, dall'altra, a definire l'oggetto della vigilanza che compete all'organo di controllo – e la predisposizione di assetti organizzativi adeguati (cfr., in particolare, A. Mazzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo*. Liber amicorum *Antonio Piras*, cit., 829; M. Irrera, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2/2011, 359; Id., *Assetti amministrativi*, cit., 528 ss.; G. Meruzzi, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 41 s.; C. Amatucci, *Adeguatezza degli assetti*, *responsabilità degli amministratori e* Business Judgement Rule, in *Giur. comm.*, 2016, I, 643 ss.; L. Picardi, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013, 68 ss.), pur precisandosi che l'obbligo dell'adeguatezza organizzativa rappresenta «un'articolazione dell'obbligo di corretta amministrazione, ma non ne esaurisce il contenuto» (G. Scognamiglio, *Recenti tendenze*, cit., 164).

[18] Cfr. D.U. Santosuosso, *I sistemi*, cit., 135. Più ampiamente, per l'affermazione che anche la società a partecipazione pubblica non possa sottrarsi al modello di società per azioni delineato nell'ordinamento giuridico vigente, che resta quello tipico di organizzazione dell'investimento e del finanziamento di un'attività economica esercitata in forma d'impresa, cfr. B. Libonati, *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata*, già in *Note e studi Assonime*, 5/2009, ed ora in *Opere Monografie II, (Appendice)*, Milano, 2016, 769 ss.; nonché, di recente, G. Guizzi, *Interesse sociale e* governance *delle società pubbliche*, in G. Guizzi (a cura di), *La* governance *delle società pubbliche*, cit., in specie 10 ss.

un *dovere* – anziché una mera facoltà – di valutare l'opportunità della loro adozione. Tale valutazione può condurre a un esito positivo o negativo o, ancora, parzialmente positivo, qualora nella singola società si reputi necessario adottare solo alcuni fra gli strumenti contemplati dall'art. 6, comma 3[19].

Sotto questo profilo, i strumenti di «autoregolamentazione» si discostano dai programmi per la valutazione del rischio di crisi aziendale, oggetto, invece, di un dovere qualificato come «incondizionato»[20], posto a carico degli stessi amministratori[21].

Tanto si ricava dalla lettura della disposizione ora in esame in combinazione con quella portata dal secondo comma dell'art. 14 del t.u.s.p.p., secondo cui qualora nell'ambito dei suddetti programmi emergano dei segnali di crisi l'organo amministrativo ha l'obbligo immediato di adottare i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della medesima, di correggerne gli esiti ed eliminarne le cause attraverso un idoneo piano di risanamento[22]. Il com-

---

[19] Cfr., in tal senso, V. Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1166 ss.; similmente M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 55; sui rimedi attivabili a fronte dell'eventuale mancata attuazione dell'obbligo di deliberare in merito all'adozione degli strumenti «integrativi», *infra*, § 5.

[20] L'espressione è usata da M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 52; circa l'obbligatorietà della predisposizione di programmi per valutazione del rischio di crisi aziendale, cfr. pure V. Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1165, 1205.

[21] Invero, non si può ragionevolmente dubitare che la predisposizione dei programmi per la valutazione del rischio sia di competenza dell'organo amministrativo: e v., in tal senso, M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 50 s.: cfr. pure S. Serafini, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 90, che intesta tale competenza all'organo collegiale là dove sia previsto un consiglio di amministrazione, in luogo dell'amministratore unico, adducendo a sostegno di questa affermazione sia la stretta inerenza dei programmi di valutazione del rischio alla sfera della definizione degli indirizzi strategici complessivi, sia la circostanza che di essi (come si vedrà nel § 4) debba essere data informazione all'assemblea nella relazione sul governo societario, ossia in un atto ascrivibile alla competenza dell'organo collegiale. Questa soluzione appare condivisibile là dove si consideri una ulteriore peculiarità della disciplina della *governance* delle società a controllo pubblico, rappresentata dall'obbligo del conferimento delle deleghe di gestione a un solo amministratore, salva l'attribuzione delle medesime al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea (cfr. L. Picardi, *Strutture e princìpi di* governance, in G. Guizzi (a cura di), *La* governance *delle società pubbliche*, cit., 46 ss.).

[22] Ne consegue che la predisposizione dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale non assolve una funzione meramente informativa rispetto ai soci e ai terzi, ma funge da presupposto per l'adozione di misure tempestive da parte dell'organo amministrativo (G. D'Attorre, *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmanò, A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 679).

ma successivo stabilisce, poi, che la mancata adozione dei suddetti provvedimenti costituisce «grave irregolarità» ai sensi dell'art. 2409 c.c.: da tale previsione normativa si è ritenuto di poter argomentare come costituirebbe grave irregolarità non solo la mancata assunzione di provvedimenti adeguati conseguenti alla rilevazione della crisi grazie a un efficiente funzionamento del relativo programma, ma anche (e a *fortiori*) il difetto di adozione dei programmi in questione in ragione della impossibilità di rilevare lo stesso insorgere della crisi e di «correre ai ripari»[23].

Ciò premesso, giova altresì rimarcare come anche le disposizioni degli artt. 6, comma 2, e 14 del t.u.s.p.p. si pongono nel solco del generale dovere degli amministratori di dotare la società di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e di verificarne nel tempo la perdurante idoneità ed efficacia[24]. Può, anzi, dirsi che la disciplina di diritto speciale abbia «codificato» princìpi elaborati negli ultimi lustri dalla dottrina più avvertita, la quale afferma l'obbligo degli amministratori di monitorare la situazione economica e finanziaria della società al fine di cogliere tempestivamente l'emersione di segnali di tensione o di crisi, nonché, laddove questa si sia comunque manifestata, di adottare misure di risanamento in grado di ripristinare l'equilibrio finanziario[25].

Nell'indicata chiave di lettura, è tutt'altro che priva di rilevanza la norma dettata nell'art. 14, comma 4, t.u.s.p.p., secondo cui il piano di risanamento non può limitarsi alla previsione di un intervento finanziario del socio pubblico a copertura delle perdite (ad esempio,

---

[23] Cfr. ancora V. Donativi, *La società a partecipazione*, cit., 1165; concorda con questa posizione interpretativa G. Racugno, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 206, il quale osserva che il «nuovo ambito dell'art. 2409 c.c. […] ricomprende ora fra i doveri degli amministratori il dovere di monitorare l'*equilibrio finanziario* dell'impresa, vale a dire la condizione di solvibilità a breve e medio termine, al fine di cogliere prodromici segni di insolvenza e dello stato di crisi» (corsivi nell'originale) e di assumere gli opportuni provvedimenti secondo una scala che va dalla ristrutturazione del debito al ricorso al concordato preventivo sino alla domanda di fallimento della società; e ciò allo scopo di prevenire l'aggravamento del dissesto, qualora non siano percorribili vie alternative.

[24] Cfr. G. Guizzi, M. Rossi, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in G. Guizzi (a cura di), *La* governance *delle società pubbliche*, cit., 287 ss.

[25] Cfr., per limitarci alle più recenti trattazioni monografiche sul tema dei doveri gestori in prossimità della crisi, F. Brizzi, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, 17 ss.; A.M. Luciano, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, 186 ss.

mediante un aumento di capitale o il rilascio di garanzie), a meno che tale intervento sia inserito in un piano complessivo di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte[26]. Ciò conferma l'importanza di un'adeguata pianificazione finanziaria nell'attuazione dell'intervento funzionale al risanamento della società, come si desume, fra l'altro, dalle disposizioni della vigente disciplina in materia di piani attestati [art. 67, comma 3, lett. *d)*, l. fall.], di accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis*) e di concordato preventivo (art. 161, comma 3)[27].

---

[26] Diviene dunque rilevante identificare la nozione di crisi assunta dal legislatore del t.u.s.p.p. quale presupposto dei provvedimenti di cui all'art. 14 (cfr., per un'efficace ricostruzione attenta alle implicazioni desumibili dal linguaggio economico, G. Racugno, *Crisi d'impresa*, cit., 196 ss.) la quale non sembra coincidere con quella invalsa nel diritto fallimentare a seguito dei molteplici interventi riformatori susseguitisi negli ultimi due lustri e comprensiva tanto dello stato di insolvenza dell'art. 5 l. fall, quanto delle situazioni in cui essa è prossima a manifestarsi (cfr., per l'idea di «un rapporto di specialità tra le fattispecie, in cui lo stato di crisi si configura come la fattispecie maggiore e più ampia», S. Rossi, *Le crisi d'impresa*, in L. Calvosa, G. Giannelli, F. Guerrera, A. Paciello, R. Rosapepe (a cura di), *Diritto fallimentare. Manuale breve*3, Milano, 2017, 54). Ed infatti, tenuto conto del complessivo disegno della procedura di allerta della crisi ricavabile dagli artt. 6 e 14 t.u.s.p.p., una interpretazione nel senso appena riferito «avrebbe l'effetto di rinviare a un momento *troppo* avanzato l'emersione della crisi, assottigliando così le possibilità non soltanto di *evitarne l'aggravamento*, ma soprattutto di *correggerne gli effetti* ed *eliminarne le cause*» (G. Guizzi, M. Rossi, *La crisi di società*, cit., 296, corsivi nell'originale; analogamente V. Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1207). Appare altresì problematica la distinzione fra il piano di risanamento, di cui all'art. 14, comma 2, t.u.s.p.p. e il piano attestato di risanamento *ex* art. 67, comma 3, lett. *d)*, l. fall., dato che mentre il primo deve comprovare la «sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico», il secondo deve apparire idoneo a «consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa ed assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria». Tuttavia, malgrado la diversa formulazione letterale, il contenuto dei due piani non sarà del tutto difforme, dal momento che, da una parte, il piano di risanamento di cui all'art. 14 t.u.s.p.p. dovrà tendere ad un recupero non solo dell'equilibrio economico, ma anche di quello finanziario, dall'altra, il piano attestato di risanamento previsto dall'art. 67 l. fall. non potrà trascurare di considerare anche il profilo economico: cfr. G. D'Attorre, *La crisi d'impresa*, cit., 680 ss., che segnala altresì le differenze intercorrenti fra i due piani sotto il profilo del procedimento e degli effetti.

[27] Cfr., al riguardo, G. Strampelli, *Il sistema dei controlli interni*, cit., 112 s., il quale, riprendendo affermazioni sovente formulate a proposito degli sviluppi normativi in tema di società quotate ovvero operanti nel settore bancario e finanziario (cfr., per tutti, P. Montalenti, *La* corporate governance *degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, t. 3, Torino, 2014, 2170), perviene alla condivisibile conclusione che la disciplina delle

Preme dunque porre in evidenza che la normativa del t.u. sulle società pubbliche rende espliciti doveri gestori a carattere previsionale, relativi al rischio di crisi aziendale, che non sono espressamente previsti nel diritto societario comune, sebbene non manchino all'interno della disciplina delle società azionarie dati normativi da cui emerge l'obbligo degli amministratori di salvaguardare la prospettiva di continuità aziendale, ovvero di assumere quelle decisioni – e, prima ancora, di predisporre, adeguare e conservare nel tempo quei presìdi organizzativi – che consentano di mantenere l'impresa in condizioni tali da poter rimanere indefinitamente sul mercato.
Vanno in proposito menzionati gli obblighi, anche informativi, previsti in materia di funzionamento del consiglio di amministrazione, fra cui, in particolare, quello degli amministratori non esecutivi di valutare il generale andamento della gestione «sulla base della relazione degli organi delegati» (art. 2381, comma 3, c.c.), nonché quello intestato agli amministratori esecutivi di riferire al *plenum* dell'organo gestorio e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione (art. 2381, comma 5, c.c.)[28].
Un peso non minore, ai fini del discorso che si sta svolgendo, va riconosciuto alla disciplina in tema di bilancio e di documenti correlati: si pensi alla disposizione secondo la quale la relazione sulla gestione deve contenere un'analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione della società e dell'andamento e del risultato della gestione, tramite la descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta (art. 2428, commi 1 e 2, c.c.) e deve fornire «in ogni caso» una rappresentazione prospettica della prevedibile evoluzione della gestione (art. 2428, comma 3, n. 6, c.c.).
Da tale quadro normativo – che si completa con l'imposizione di una descrizione degli obiettivi e delle politiche di gestione del rischio finanziario e dell'esposizione ai rischi di prezzo, credito, liquidità e di variazione dei flussi finanziari là dove la società ricorra agli strumenti finanziari (art. 2428, comma 3, n. 6-*bis*, c.c.), nonché con la circostanza che la valutazione delle voci del bilancio deve essere effettuata secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività (art. 2423-*bis*, comma 1, n. 1, c.c.) – può ricavarsi la

società pubbliche possa rappresentare, per quanto concerne la definizione dei doveri degli amministratori in situazioni di crisi, un importante punto riferimento e assumere portata «anticipatrice» o, se non altro chiarificatrice, rispetto al diritto societario comune.

[28] Cfr., fra gli altri, A. Vicari, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. comm.,* 2013, I, 136 ss.; G. Guizzi, M. Rossi, *La crisi di società*, cit., 292.

sussistenza di un dovere a carico degli amministratori, almeno nelle società aventi struttura organizzativa non elementare, di predisporre un sistema di rilevazione dei principali rischi attinenti all'attività d'impresa, in vista della loro individuazione, valutazione e gestione su base continuativa[29].
Lungo questo itinerario argomentativo, va osservato che nelle società partecipate (ma non controllate) dalle pubbliche amministrazioni, là dove la predisposizione di programmi per la valutazione del rischio di crisi aziendale non è oggetto di un obbligo, saranno gli amministratori a dover in concreto valutare l'opportunità della loro implementazione in funzione della natura e delle dimensioni dell'impresa, analogamente a quanto accade per gli strumenti di governo societario di cui all'art. 6, comma 3, t.u.s.p.p. e in conformità al riconosciuto e generale principio di adeguatezza organizzativa[30].

4. L'informazione sui presidi organizzativi nella relazione sul governo societario

Tanto gli strumenti di governo societario eventualmente adottati ai sensi dell'art. 6, comma 3, t.u.s.p.p., quanto i programmi per la valutazione del rischio di crisi aziendale di cui al comma precedente del medesimo articolo, devono essere indicati nella relazione sul governo societario predisposta annualmente e pubblicata contestualmente al bilancio di esercizio. Viene quindi esteso all'organo amministrativo delle società a controllo pubblico l'obbligo di redigere e pubblicare un documento analogo a quello già espressamente contemplato per le società quotate[31] dall'art. 123-*bis* del t.u.f.

---

[29] Aderisce a questa impostazione S. Serafini, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 85, pur evidenziando come le disposizioni dell'art. 2428, commi 1 e 3, n. 6-*bis*, c.c., sopra richiamate «attengono alla c.d. attività di *risk reporting*, e non già a quella di *risk management*, consistente nella definizione degli obiettivi di rischio, e degli *standard* e delle metodologie di gestione dello stesso»; sul compito degli organi sociali di riscontrare la continuità aziendale, avvalendosi, fra l'altro, dei rilevatori dell'equilibrio fra mezzi propri e di terzi al fine di verificare la capacità della società di generare flussi di cassa tale da coprire senza criticità il fabbisogno finanziario, cfr. C. Fiengo, *Il rendiconto finanziario: una valida fonte di informazioni nella prospettiva della prognosi della crisi*, in *Riv. dir. impresa*, 2018 in specie 348 ss.; G. Racugno, *Crisi d'impresa*, cit., 199 s.

[30] G. Strampelli, *Il sistema dei controlli interni*, cit., 109 s.

[31] L'adozione di *standard* di trasparenza pari a quelli fissati per le società quotate, in quanto fra i più elevati previsti a livello internazionale, è indicata dalle Linee guida formulate dall'OCSE (*Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*): cfr. S. Giacomelli, *Le tendenze internazionali in materia di impresa pubblica: le dimensioni del fenomeno*

Data la genericità delle previsioni normative sopra richiamate, si pone peraltro il problema di individuare i criteri in base ai quali gli obblighi informativi in esse previsti possano dirsi correttamente adempiuti. Con precipuo riferimento ai programmi per la valutazione del rischio di crisi aziendale, la questione è tanto più rilevante sol che si rifletta sulla circostanza che il legislatore non si diffonde sul contenuto dei medesimi, lasciando la definizione della relativa struttura e dei modelli di implementazione alla discrezionalità delle singole società[32].

Fermo restando che un valido aiuto all'identificazione del contenuto dei programmi in parola non potrà non venire – oltre che dalle acquisizioni della scienza aziendalistica[33] e dalla normativa sulle imprese operanti nei mercati vigilati[34] – dalla disciplina degli strumenti di allerta introdotta dalla riforma organica delle discipline della crisi e dell'insolvenza[35], è bene essere avvertiti del ruolo che una completa ed efficace informazione sui medesimi assume sotto diversi profili e in diverse direzioni soggettive.

Come si cercherà di chiarire più avanti[36], l'informazione sulla concreta attuazione dei programmi per la valutazione del rischio di crisi,

---

e le nuove linee guida dell'OCSE sulla governance, in *AGE,* 2/2015, 264.

[32] Cfr. M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 54, il quale considera tale circostanza «una lacuna di non poco conto». Si è ipotizzato (R. Tiscini, P. Lisi, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in F. Fimmanò, A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., t. 2, 794) che la definizione delle metodologie adottabili per ideare una griglia di indicatori segnaletici di una eventuale situazione di crisi, potrebbe essere rimessa alla struttura competente per il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del t.u.s.p.p., prevista dall'art. 15 (su cui *infra*, nt. 50), che dovrebbe tenere conto delle caratteristiche del settore operativo, della dimensione della società e di altre variabili, affidando così alla competenza dell'organo amministrativo la scelta degli indicatori effettivi. Coerentemente con tale impostazione, si ritiene (cfr., ancora, R. Tiscini, P. Lisi, *op. ult. cit.*, 803) che l'informativa sul governo societario debba necessariamente riguardare la valutazione del rischio di crisi e si avanza l'ipotesi di un contenuto minimo standardizzato della relazione di cui all'art. 6, comma 4, t.u.s.p.p., suscettibile di essere meglio specificato nella articolazione dalla predetta struttura.

[33] Cfr., nuovamente, R. Tiscini, P. Lisi, *Il programma di valutazione*, cit., in specie 794 ss.

[34] Infatti, è fondato ritenere che l'adeguatezza dei principi e degli strumenti organizzativi individuati nella regolamentazione secondaria emanata dalle autorità di vigilanza sui soggetti operanti nei settori a rischio sistemico abbia portata generale e non circoscritta alle specificità dell'attività regolata: cfr., per tutti, P. Sfameni, *Sub art. 2403*, cit., 1588, ove ampi riferimenti alla relativa dottrina.

[35] Cfr. *infra*, § 7.

[36] Cfr. *infra*, § 6.

così come degli strumenti di «autoregolamentazione» di cui al più volte citato art. 6, comma 3, t.u.s.p.p. costituisce il presupposto per verificare l'adempimento o meno da parte dell'organo amministrativo dei doveri variamente articolati di dotare la società a controllo pubblico di un assetto organizzativo adeguato. Va aggiunto che l'informazione in parola potrà consentire, a fronte dell'eventuale mancata attuazione dei presìdi organizzativi suddetti, l'attivazione di opportuni rimedi da parte non solo del socio pubblico, ma anche dei diversi portatori di interessi protetti che sarebbero meglio tutelati dall'adozione degli stessi[37].

In applicazione dei princìpi generali cui deve conformarsi ogni dovere d'informazione alla luce della specifica funzione assolta – opportunamente richiamati dagli interpreti a proposito della relazione sul governo societario e sugli assetti proprietari delle società quotate[38] – può ritenersi che le informazioni fornite in merito ai programmi e agli strumenti adottati non debbano limitarsi ad affermazioni apodittiche, ma consentire di acquisire piena conoscenza del livello di funzionalità e di efficienza degli apparati di governo e dei sistemi di controllo della società, posto che solo in presenza di informazioni sufficientemente precise e dettagliate sarà possibile valutare in concreto l'idoneità dei sistemi e delle prassi applicate, nonché delle metodologie di organizzazione e di controllo poste in essere.

---

[37] Non si può trascurare di considerare che nelle società a controllo pubblico la relazione sulla *governance* deve offrire un quadro *completo* dell'organizzazione interna dell'impresa sociale, a beneficio non solo degli investitori e del mercato (nel suo complesso), ma anche (e soprattutto) dei soci privati, verso i quali è più acuta l'esigenza di una corretta responsabilizzazione dei titolari degli organi sociali (L. Picardi, *Strutture e princìpi*, cit., 29; sull'esigenza di tale responsabilizzazione, cfr. D.U. Santosuosso, *I sistemi*, cit., 137).

Atteso che la competenza a predisporre la relazione sul governo societario va intestata agli amministratori (e, in caso di amministrazione pluripersonale, all'organo collegiale,) senza che sia necessaria l'approvazione dell'assemblea (analogamente a quanto previsto dall'art. 123-*bis* t.u.f., qualora la relazione sul governo societario e gli assetti proprietari sia redatta come relazione a sé stante rispetto a quella sulla gestione), deve ritenersi che la relativa pubblicazione sia non solo diretta a consentire un controllo «sociale» sul governo delle società a controllo pubblico, ma anche a fornire gli strumenti e le informazioni per promuovere eventuali azioni di responsabilità contro amministratori (e sindaci) in caso di violazione dei doveri loro imputabili e finanche contro il socio pubblico che abbia, con dolo o colpa grave, omesso di esercitare i diritti sociali a fronte di tali violazioni (V. Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1174 s.).

[38] Cfr., in argomento, S. Rossi, *Sub art. 123*-bis, in M. Fratini, G. Gasparri (a cura di), *Il Testo unico della finanza*, Torino, 2012, 1693 ss.

L'informazione dovrà essere, inoltre, non solo di tipo "statico", limitandosi alla mera descrizione degli strumenti adottati, ma dovrà riguardare anche la fase "dinamica", concernente la loro messa in operatività e il loro effettivo funzionamento.
Si nota, infine, che le informazioni fornite nella relazione sulla *governance* non debbano esaurirsi entro i confini della singola società, ma estendersi alla dimensione del gruppo, in modo non dissimile da come «gli assetti organizzativi trascendono dal perimetro delle singole persone giuridiche ed assumono rilevanza di gruppo»[39].

5. *Segue*. L'applicazione della regola «*comply or explain*»

L'importanza attribuita dal legislatore del testo unico ai profili attinenti all'organizzazione interna delle società a controllo pubblico è altresì evidenziata dall'applicazione della regola c.d. «*comply or explain*» contenuta nella norma di cui all'art. 6, comma 5, che richiede di dare conto, nella relazione sul governo societario, delle ragioni alla base della mancata adozione degli strumenti «integrativi».
Si tratta nuovamente di una norma analoga a quella già prevista dall'art. 123-*bis*, comma 2, lett. *a)*, t.u.f., secondo cui le società emittenti devono indicare nella relazione sulla *governance* l'eventuale adesione ad un codice di autodisciplina in materia di governo societario elaborato da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, motivando le ragioni della mancata adesione a singole disposizioni di esso.
Nella materia oggetto del nostro discorso, la predetta regola sembra assumere un ambito di operatività più vasto, estendendosi all'indicazione delle ragioni della mancata attuazione di un'ampia e variegata serie di strumenti di governo societario.
D'altro canto, l'obbligo informativo in parola, mentre conferma l'ineludibilità e l'ampiezza del dovere di curare e controllare l'adeguatezza organizzativa – dovere, questo, imposto agli organi sociali, che non potranno comunque sottrarsi alla valutazione dell'opportunità di integrare gli ordinari strumenti di governo societario – fa, in un certo senso, da *pendant* all'informazione richiesta dal quarto comma dell'art 6. Preme evidenziare che l'organo amministrativo non può limitarsi a segnalare i motivi dell'eventuale mancata adozione di spe-

[39] P. Montalenti, *Amministrazione e controllo*, cit., 725, ad avviso del quale tale ampliamento della sfera applicativa deve connotare *anche* le funzioni di amministrazione e controllo, i flussi informativi e la rappresentazione contabile.

cifici strumenti di governo societario, ma deve anche – nell'ipotesi inversa di attuazione dei medesimi – illustrare, se non le ragioni poste a fondamento di tale decisione[40], quanto meno il modo in cui gli strumenti medesimi abbiano concretamente operato nel corso dell'esercizio e la loro idoneità a conseguire gli obiettivi cui sono preordinati[41].

Può aggiungersi che l'informazione sulla scelta e sulla concreta attuazione degli strumenti «integrativi», rispetto a quelli di diritto societario comune, potrà consentire di «precostituire» la prova della correttezza della condotta dell'organo di amministrazione sotto il profilo sia procedimentale, sia della sostanziale congruità e ragionevolezza della valutazione effettuata[42].

---

[40] La legittimità di soluzioni interpretative estensive e maggiormente «sensibili ad esigenze […] di completezza informativa» è stata avanzata anche con riferimento alla relazione sul governo societario e gli assetti proprietari nelle società quotate, osservando che sebbene l'art. 123-*bis* t.u.f. «sembrerebbe accontentarsi di una mera dichiarazione di adesione ai codici di comportamento citati» qualora la società non adotti pratiche di governo societario diverse da quelle in essi previste, gli emittenti dovrebbero indicare anche i termini e le modalità di attuazione delle regole fissate dai codici a cui si è dichiarata adesione, nonché le ragioni della eventuale mancata osservanza di una o più disposizioni dei medesimi nell'esercizio precedente (S. Rossi, *Sub art. 123*-bis, cit., 1701). Con specifico riferimento agli strumenti di «autoregolamentazione» elencati nell'art. 6, comma 3, t.u.s.p.p. si è tuttavia posto l'accento sul fatto che il successivo comma 4 non richiede di indicare «*perché* gli atti relativi siano stati deliberati, bensì *come* le previsioni di legge sono state attuate»; tale norma, letta in combinazione con quella di cui all'art. 6, comma 5, mostra la non neutralità dell'atteggiamento del legislatore (rispetto alla scelta se adottare o meno gli strumenti in questione), che considera l'attuazione dei medesimi «la normalità», mentre la non attuazione rappresenta una deroga che deve essere perciò motivata (M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 55, corsivi nell'originale).

[41] Cfr., in tal senso, V. Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1173, che adduce a sostegno di questa posizione non solo il dato testuale, ove si utilizza l'ampia locuzione «relazione sul governo societario», ma anche la previsione secondo la quale la relazione medesima deve essere in ogni caso redatta con cadenza annuale e la connessa esigenza di fornire adeguata indicazione delle ragioni alla base della decisione di confermare o meno le scelte in ordine agli strumenti di governo già adottati. Si arriva così a sostenere che la relazione debba avere ad oggetto l'*intero* «governo societario» e non limitarsi a dare conto degli strumenti eventualmente adottati ai sensi del comma 3 dell'art. 6, sebbene essa non vada confusa con la già menzionata relazione sulla gestione di cui all'art. 2428 c.c.

[42] In quanto complementare alla prospettiva sopra proposta, merita richiamare lo spunto di G. Meruzzi, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 64, che considera necessaria, e non semplicemente opportuna, l'esposizione delle ragioni della scelta organizzativa effettuata dagli organi sociali. Tuttavia, data la dimensione «dinamica» e non meramente «statica» del principio di adeguatezza organizzativa, l'aver dotato l'impresa di un

6. I rimedi per la mancata o insufficiente attuazione dei presidi organizzativi

Giova ora affrontare, sia pure senza potervi dedicare il necessario approfondimento, il tema dei rimedi attivabili in caso di mancata o insufficiente attuazione dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, nonché degli altri strumenti di governo societario.
Mette conto quindi ritornare sul tema – cui si è accennato – dell'estensione analogica alle ipotesi sopra menzionate del rimedio *ex* art. 2409 c.c. La fondatezza di questo percorso interpretativo è ulteriormente avallata dalla considerazione, di ordine generale, che le irregolarità commesse nell'adempimento dei doveri attinenti alla gestione e tali da rappresentare, quindi, il presupposto per la denunzia al Tribunale possono riguardare non soltanto l'amministrazione corrente dell'impresa sociale, ma anche la «amministrazione strategica» e la definizione degli assetti organizzativi[43], le quali rientrano a pieno titolo nella nozione di gestione ricavabile dall'art. 2380-*bis* c.c. Invero, dal riferimento ivi contenuto all'oggetto sociale emerge un collegamento con le dimensioni dell'«impresa» e dell'«attività» in grado di confermare la riconduzione degli aspetti organizzativi relativi all'impresa medesima alla sfera della funzione amministrativa[44].
Quanto alla disciplina speciale introdotta dal t.u.s.p.p., non si può

assetto organizzativo adeguato non basterebbe ad esonerare amministratori e sindaci dall'obbligo di valutare e controllare i singoli comportamenti mediante i quali sistemi e procedure vengono attuati, nonché le condotte dei singoli soggetti coinvolti (cfr. G. Scognamiglio, *Recenti tendenze*, cit., 164). Ad ogni modo non si può escludere che la predisposizione del dovere di predisporre assetti organizzativi adeguati possa avere effetti rilevanti almeno sul piano dell'inversione dell'onere della prova nei giudizi di responsabilità (P. Sfameni, Sub *art. 2403*, in *Le società per azioni. Commentario*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, a cura di M. Campobasso, V. Cariello e U. Tombari, I, Milano, 2016, 1587).

[43] Cfr. G. Giannelli, Sub *art. 2409*, in *Le società per azioni. Commentario*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, cit., I, 1745 s., che pone in luce come questa impostazione consente di chiarire altresì i rapporti fra gravi irregolarità e funzione di controllo e perviene alla conclusione che tutto ciò che attiene a quest'ultima si colloca al di fuori del campo di applicazione dell'art. 2409 c.c. e non ne consente l'attivazione.

[44] Cfr. C. Angelici, *La società per azioni. Princìpi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 167 ss. Questa prospettiva è viepiù rafforzata dalla novella del testo dell'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c., recata dalla Parte II dello schema di decreto delegato contenente il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, secondo cui la gestione dell'impresa deve svolgersi nel rispetto della disposizione del nuovo art. 2086, comma 2, c.c., su cui *infra*, § 7,

trascurare di considerare, inoltre, che uno degli aspetti di maggiore novità della stessa è la previsione del controllo giudiziario anche per la società a responsabilità limitata in mano pubblica (art. 13, comma 2)[45]. Da qui l'impressione che il rimedio in parola sia stato «rivitalizzato»[46], in linea con l'orientamento confermato dalla riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali che inserisce il controllo giudiziario sull'amministrazione entro la disciplina generale delle società a responsabilità limitata[47].

Per quanto concerne, in particolare, la posizione del socio pubblico, va ricordato che l'art. 13, comma 1, t.u.s.p.p. gli attribuisce la legittimazione alla denunzia *anche* qualora detenga una partecipazione inferiore alle soglie minime richieste dall'art. 2409, comma 1, c.c. Tale deroga ai requisiti di partecipazione qualificata al capitale sociale può configurare una sorta di «regime privilegiato»[48], di cui le amministrazioni pubbliche socie dovrebbero avvalersi in conformità dei «poteri/doveri» connessi alla gestione della partecipazione intesa come «cosa pubblica»[49]. E ciò conduce a ritenere astrattamente percorribile la via dell'attivazione del controllo giudiziario anche là dove i programmi e gli strumenti «integrativi» previsti dall'art. 6 siano inadeguati rispetto agli scopi perseguiti dalla norma ovvero le motivazioni addotte per non attuare le prescrizioni di cui all'art. 6, comma 3, siano palesemente inadeguate[50].

---

[45] Cfr., in proposito, S. Cicchinelli, *I controlli interni nella società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica*, in G. Guizzi (a cura di), *La* governance *delle società pubbliche*, cit., 266 ss.

[46] L'impressione è di M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 52; cfr. altresì V. Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1140 s., il quale – dinanzi alla formulazione letterale dell'art. 13, comma 2, che estende alle s.r.l. in mano pubblica la speciale disciplina dettata dal primo comma per le società a controllo pubblico, anziché direttamente l'art. 2409 c.c. – osserva che, ciò nonostante, è incontrovertibile che il legislatore fosse consapevole del dibattito sull'applicabilità di quest'ultima disposizione alle società a responsabilità limitata e che abbia voluto richiamarla integralmente, pur ammettendo la deroga circa la percentuale minima di partecipazione qualificata prevista – come vedremo – dal comma 1 del medesimo articolo 13.

[47] Più precisamente, la Parte II del già citato schema di decreto delegato recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, prevede, fra l'altro, all'art. 378, comma 1, lett. *b)*, l'inserimento (dopo il comma 6 dell'art. 2477 c.c.) della seguente disposizione: «Si applicano le disposizioni dell'articolo 2409 anche se la società è priva di organo di controllo».

[48] V. Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1140.

[49] Cfr., ancora, Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1168.

[50] Cfr. sul problema M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 51, il quale, dopo aver

Va, poi, segnalato che le soglie di partecipazione al capitale previste dall'art. 2409, comma 1, c.c. continuano ad applicarsi ai soci privati, ai quali – là dove non le raggiungano – non rimarrebbe che presentare «esposti/denunce» all'organo di controllo, nella speranza che sia quest'ultimo ad attivare il procedimento dinanzi al tribunale[51].
L'applicazione del regime ordinario ai soci diversi dalle amministrazioni pubbliche, nonché l'assenza di una speciale legittimazione ad avviare la procedura in capo al P.M. (la quale resta circoscritta alle sole società quotate secondo il disposto dell'art. 2409, comma 7, c.c.), suscitano, quindi, non pochi dubbi sulla concreta operativi-

---

accomunato la situazione sopra descritta a quella della non attuazione dei programmi qualificati dalla legge come doverosi, ravvisa «la via maestra» da seguire a fronte di essa nell'azione di vigilanza amministrativa sulle società pubbliche, prevista in capo al MEF dall'art. 15 del t.u.s.p.p. (cfr. *supra*, nt. 3); avvertendo, nel contempo, come l'assenza di una chiara copertura finanziaria e organizzativa e la mancata attribuzione di poteri sanzionatori ben definiti alla struttura competente per l'indirizzo, il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del t.u. avrebbero rischiato di trasformare questa parte (ancorché potenzialmente rilevante) della disciplina in esame in un «binario morto». Giova ricordare che il d.m. 16 maggio 2017 ha provveduto alla individuazione della predetta struttura nella Direzione VIII del Dipartimento del Tesoro, istituendo a tal fine due nuove unità organizzative dirigenziali (identificate negli Uffici V e VI) e modificando le competenze dell'Ufficio IV. Questo decreto attribuisce, fra l'altro, all'Ufficio IV la «acquisizione dei dati contenuti nei bilanci e negli altri documenti obbligatori di cui all'art. 6 del decreto legislativo n. 175/2016, nonché di ogni altro dato ritenuto utile per lo svolgimento delle attività degli Uffici V e VI», fra le quali è menzionata genericamente l'«attività di verifica dell'adempimento degli obblighi previsti nello stesso decreto legislativo, e controllo sull'attuazione delle disposizioni ivi contenute». Non sembrerebbe mancare, dunque, una base normativa in grado di consentire di intestare in capo a quest'organo di vigilanza poteri di monitoraggio e controllo sulla specifica situazione di cui si tratta, tenuto conto che, come si è già chiarito, i programmi e gli strumenti in oggetto devono essere illustrati nella relazione sul governo societario la cui predisposizione con cadenza annuale, a chiusura dell'esercizio sociale, è sempre obbligatoria (V. Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1174; cfr. *supra*, § 4). La stessa struttura, peraltro, nell'orientamento del 28 maggio 2018, ha espressamente affermato, fra l'altro, la «sua necessaria estraneità ai processi deliberativi degli organi sociali (come, ad esempio, quelli concernenti verifiche della congruità/convenienza di un piano di riequilibrio economico-finanziario di una società), che sono rimessi all'esclusiva competenza degli organi sociali medesimi o dell'ente pubblico socio», mostrando di voler adottare un approccio poco invasivo rispetto alle scelte gestorie dell'organo amministrativo.

[51] V. Donativi, *Le società a partecipazione*, cit., 1140; M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 52, il quale evidenzia che «per l'organo di controllo, l'esercizio del potere di denunzia si colora di un profilo di doverosità», in ragione dell'obbligo ad esso imposto di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile predisposto dagli amministratori.

tà della previsione dell'art. 13 del t.u.s.p.p.[52] e invita lo studioso a concentrare l'attenzione sulla possibilità di esercitare un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.
A tal fine sembra fondato che ritenere che, mentre l'omessa predisposizione dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale configuri di per sé un illecito gestorio[53], per quanto concerne gli strumenti «integrativi» di cui all'art. 6, comma 3, sarà obbligo degli amministratori curarne la predisposizione solo laddove le dimensioni dell'impresa e la natura dell'attività siano tali da richiedere una più complessa organizzazione aziendale. La concreta adozione di tali strumenti, se effettuata all'esito di un procedimento in grado di assicurare la ponderazione delle diverse opzioni disponibili (alla stregua di parametri tecnici correlati alla tipologia, alle dimensioni e alle caratteristiche dell'impresa), appartiene alla sfera della discrezionalità gestoria degli amministratori e sarà come tale sottratta – in linea di principio – ad un sindacato nel merito secondo il principio della *business judgement rule*[54].
Si può concludere affermando che, una volta adottati i programmi per la valutazione del rischio e gli altri strumenti la cui attuazione sia stata ritenuta opportuna dagli amministratori, le scelte da questi ultimi compiute potranno essere giudicate sotto il profilo della rispon-

---

[52] M. Libertini, *ibidem*; cfr., però, *supra*, nt. 50.

[53] La posizione sopra enunciata appare in sintonia con l'idea che, nel «diritto societario della crisi», l'adeguatezza delle procedure di previsione/allerta (intesa come elemento dell'adeguatezza degli assetti organizzativi) non rientra nel «porto sicuro» della *business judgement rule*, ma è «oggetto dei doveri e delle responsabilità graduate degli organi delegati (istituzione), del consiglio come *plenum* (valutazione) e del collegio sindacale (vigilanza)»: P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 78.

[54] Cfr. S. Serafini, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 86 s., testo e nt. 50, ove opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; cfr., inoltre, per un'articolata ricostruzione del rapporto fra la previsione del dovere di adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e il «generale» obbligo di diligente e corretto esercizio del potere di amministrazione, M. Maugeri, *Note in tema di doveri degli amministratori*, cit., 381 s.; C. Amatucci, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e* Business Judgement Rule, in *Giur. comm.*, 2016, I, 643 ss., in specie 655 ss., ove riferimenti anche critici alla giurisprudenza nordamericana; P. Montalenti, *Diritto dell'impresa*, cit., 8 s., il quale – pur osservando come la «nuova clausola di correttezza» permetta di rendere più «stringente» lo scrutinio sulle scelte d'imprese superando i limiti del sindacato delle sole opzioni manifestamente irrazionali consentito dalla *business judgement rule* – paventa il rischio di una deriva verso un regime di responsabilità oggettiva, che potrebbe determinarsi qualora si inducesse dal *default* l'inadeguatezza organizzativa e si imputasse, per ciò solo, agli amministratori il danno prodottosi.

denza degli assetti organizzativi in concreto predisposti allo *standard* di adeguatezza. Ciò non toglie che qualora gli strumenti predetti siano stati regolarmente attuati e possano dirsi adeguati nel contenuto, ma siano stati poi disattesi o violati dalle condotte gestionali, le amministrazioni pubbliche socie potranno – o, addirittura, *dovranno*[55] – esercitare il proprio voto ai fini dell'azione di responsabilità contro gli amministratori o, se si tratti di una s.r.l., promuoverla direttamente ai sensi dell'art. 2476, comma 3, c.c.

7. Assetti organizzativi adeguati per la rilevazione della crisi d'impresa e interessi protetti

Non è chi non veda come la disciplina in tema di programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale sia per molti aspetti "precorritrice" degli strumenti di allerta analiticamente disciplinati nel Titolo II dello schema di decreto delegato recante il Codice della

---

[55] Muovendo dalla ricostruzione della posizione del socio pubblico quale titolare di semplici diritti alla stregua del diritto societario comune e, nel contempo, di «poteri/doveri a connotazione funzionale», si è ipotizzato, con riferimento allo specifico contesto che ci occupa, che in caso di mancata o inadeguata adozione degli strumenti «integrativi», le amministrazioni pubbliche socie siano addirittura tenute ad azionare le prerogative di diritto societario loro attribuite, fra cui – oltre all'esercizio di un'azione di responsabilità contro gli amministratori – la revoca degli di questi ultimi attraverso il voto in assemblea o l'esercizio dei poteri diretti in sede extra-assembleare *ex* art. 2449 c.c., qualora siano disponibili (V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1168, che conclude come il mancato esercizio dei diritti sociali, in presenza di dolo o colpa grave, può diventare esso stesso fonte di possibile responsabilità erariale secondo il dettato dell'art. 12, comma 2, t.u.s.p.p.). Si è inoltre avanzata (M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 55 s.) l'idea di un possibile esperimento di rimedi giudiziari, anche di natura risarcitoria, contro l'inerzia degli amministratori o la violazione delle regole sugli assetti organizzativi della società pubblica da parte di portatori di interessi legittimi (quali, ad esempio, concorrenti, consumatori e loro associazioni, sindacati e altri *stakeholders*). Tale ipotesi trova fondamento nella considerazione che la condotta richiesta agli amministratori dall'art. 6, comma 3, t.u.s.p.p. è quella di valutare l'opportunità di adottare gli strumenti di governo societario (chiamati, di volta in volta, regolamenti interni, codici di condotta o programmi di responsabilità sociale d'impresa) idonei ad assicurare la correttezza dell'attività imprenditoriale svolta «nel *mercato* dalla società a controllo pubblico» nei confronti dei soggetti i cui interessi siano coinvolti dalla stessa, come si ricava dal riferimento alle dimensioni e alla caratteristiche organizzative della società (ovvero da quei parametri che esprimono la rilevanza dell'attività d'impresa nel mercato e la sua incidenza sugli interessi dei terzi): cfr. S. Serafini, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 67 s.

crisi d'impresa e dell'insolvenza[56].
Oltre a talune differenze di ordine procedimentale – come la mancata previsione nelle procedure di allerta delle società pubbliche di fasi di deferimento obbligatorio della gestione della crisi ad organismi di composizione assistita[57], nonché dal rilievo di una insufficiente valorizzazione (nelle medesime procedure) dei compiti degli organi di controllo societario i quali (come preconizzato dal Maestro che ricordiamo[58]) devono ritenersi comunque coinvolti nei processi

---

[56] Giova richiamare in particolare i contenuti dell'art. 4 (Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi), lett. *c)*, *d)*, e, *f)*, l. n. 155 del 2017, là dove si prevede che gli organi di controllo societari, nonché il revisore contabile e la società di revisione devono «avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi ...» [lett. *c)*]; si richiede alla Agenzia delle entrate, agli enti previdenziali e agli agenti della riscossione delle imposte di effettuare segnalazione agli organi di controllo societari con riguardo al «perdurare di inadempimenti di importo rilevante» da parte della società nei confronti dei predetti soggetti [lett. *d)*]; si dispone che l'organismo, istituito presso le Camere di commercio con il compito di assistere il debitore nella procedura di composizione della crisi, convochi, accanto agli amministratori, anche i membri degli organi di controllo della società per «individuare nel più breve tempo possibile (...) le misure idonee a porre rimedio allo stato di crisi» [lett. *e)*]; infine, alla lett. *f)*, si prefigura una specifica responsabilità del collegio sindacale «per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi» alle segnalazioni inviate agli amministratori e all'organismo di cui sopra: cfr., sulla portata e i contenuti di questa nuova disciplina, F. Barachini, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi nel progetto di legge delega di riforma della legge fallimentare*, in L. Calvosa (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, Pisa, 2017, 41 ss.; L. Panzani, *Le procedure di allerta e conciliazione*, in M. Arato, G. Domenichini (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, Milano, 65 ss.; S. De Matteis, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671* bis, in *Dir. fall.*, 2017, 751 ss.

[57] Cfr. M. Libertini, I *principi fondamentali*, cit., 52 s., il quale pure segnala la funzione "anticipatrice" delle norme di cui agli artt. 6, comma 2 e 14, t.u.s.p.p. rispetto alla riforma generale della disciplina delle procedure concorsuali.

[58] Cfr. M. Sandulli, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2009, in specie 1107 ss., là dove rileva la presenza nella disciplina societaria di regole e poteri in grado di consentire agli organi di controllo (sindaci e revisori contabili) di rilevare tempestivamente la crisi d'impresa, nonché (ancor prima) di prevedere con ragionevolezza e attendibilità il suo manifestarsi. Per quanto riguarda il collegio sindacale, oltre alla previsione del dovere di vigilare sull'idoneo funzionamento degli apparati organizzativi (art. 2403 c.c.), si segnalano le norme codicistiche che attribuiscono ai sindaci importanti momenti valutativi e partecipativi all'attività d'impresa: a) il dovere di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto; b) il potere di chiedere notizie agli amministratori, anche con riferimento alle società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, nonché di scambiare informazioni, con i corrispondenti organi della società controllata, anche in merito «all'andamento generale dell'attività sociale» (art. 2403-*bis*); c) l'obbligo di partecipare

di valutazione e gestione del rischio in base alla norma generale dell'art. 2403 c.c.[59] –, appare evidente come le disposizioni di cui agli artt. 6, comma 2 e 14, del t.u.s.p.p., da una parte, e la riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, dall'altra, siano accomunate dall'intento di favorire l'adozione di modelli organizzativi idonei a registrare i primi segnali di tensioni economiche, patrimoniali e finanziarie in funzione di un tempestivo intervento risanatore. L'esigenza perseguita è, in entrambe le normative, quella di favorire il monitoraggio sull'andamento dell'attività e la conservazione della prospettiva di continuità aziendale mediante strumenti in grado di consentire una precoce rilevazione della crisi e un'idonea gestione della stessa, al fine di correggerne gli effetti e rimuoverne le cause.

Del resto, che la stessa crisi sia un'evenienza da "programmare" e gestire in caso di sua emersione è dimostrato dalle modifiche apportate dalla Parte II del succitato schema di decreto delegato all'art. 2086 c.c., là dove si impone all'imprenditore operante in forma societaria o collettiva «il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

La disposizione enunciata, oltre a fissare il precetto secondo cui l'adeguatezza degli assetti deve essere commisurata alla natura e alle dimensioni dell'impresa di cui era già traccia nell'art. 2381 c.c., ne amplia il perimetro fino a comprendere anche la capacità di rilevare tempestivamente gli indici della crisi e di reagire tempestivamente per il superamento della stessa[60].

---

alle assemblee, alle adunanze del consiglio e amministrazione e alle riunioni del comitato esecutivo (art. 2405); d) il dovere di redigere una propria relazione sul bilancio di esercizio (art. 2429), di esprimere il proprio parere in caso di proposta di aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione (art. 2445, comma 6), ed ancora, di esprimere il proprio consenso sui valori di alcune poste di bilancio (art. 2426, n. 5 e 6).

[59] Cfr. G. Guizzi, M. Rossi, *La crisi di società*, cit., 316.

[60] Cfr. V. Santoro, *Tendenze conservative dell'impresa nel diritto europeo e italiano della crisi. I costi organizzativi*, in *Nuovo dir. soc.*, 4/2018, 725, il quale osserva come debba parlarsi di «una pluralità di assetti organizzativi», in quanto, oltre all'adeguatezza amministrativa, contabile, patrimoniale e tecnica, vi sarebbe anche la capacità di previsione dell'andamento finanziario.

Rispetto alla predetta disposizione, significativamente collocata nell'ambito della disciplina dell'impresa con evidente funzione preventiva della crisi[61], in assonanza con la Proposta di direttiva 2016/0359 (COD),[62] le regole sugli strumenti di allerta specificamente previsti per le società a controllo pubblico sembrano presentare profili di maggiore dettaglio e un più spiccato tasso di imperatività[63].

---

[61] Avendo presente la *Proposta di modifiche al codice civile* presentata dalla Commissione Rodorf il 22 dicembre 2017, si è affermato (E. Ricciardiello, *Gli strumenti di prevenzione della crisi dei gruppi tra principi generali e discipline speciali*, in *Banca, Impresa, Società*, 2018, 379 s.) che l'art. 2086 c.c., sotto la rubrica «Gestione dell'impresa» (sostituita a quella originaria «Direzione e gerarchia dell'impresa»), da disposizione «tradizionalmente "relegata" a manifesto giuridico dell'impresa sotto la vigenza del regime fascista» diviene «norma di sistema», ponendosi in continuità con la disposizione di cui all'art. 2082 c.c. e, segnatamente, con il requisito dell'economicità. L'attenzione prestata dalla disposizione in esame alla dimensione «oggettiva» dell'attività e dell'organizzazione produttiva non sembra possa essere messa in discussione neppure dalla eliminazione del riferimento all'imprenditore «individuale» apportata dallo schema di decreto delegato approvato dal Consiglio dei Ministri l'8 novembre 2018, come si evince, altresì, dal rinvio alla disposizione in esame contenuto nel testo modificato dell'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c. (cfr. *supra*, § 6, nt. 44). Sulla scorta dei suggerimenti forniti da un'avvertita dottrina (cfr. V. Santoro, *Tendenze conservative dell'impresa*, cit., 724 ss.), si è forse voluto lasciare maggiore spazio all'autonomia dell'impresa esercitata in forma individuale nella costruzione della struttura aziendale, nella probabile consapevolezza che imporre la procedimentalizzazione di alcune decisioni e lo scambio di flussi informativi in funzione della rilevazione precoce della crisi avrebbe comportato, in questo caso, oneri eccessivi e ingiustificati.

[62] Si tratta della proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante «i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti e che modifica la Direttiva 2012/30/UE», il cui primo *considerando* chiarisce che essa «mira rimuovere tali ostacoli garantendo alle *imprese* economicamente sostenibili in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare» (corviso aggiunto). Tale proposta si inserisce nel quadro complessivamente tratteggiato a livello europeo dalla Raccomandazione UE/2014/135 e dal Regolamento 2015/848 (cfr. L. Panzani, *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fallimento*, 2015, 1013 ss.; E. Macrì, *La legislazione e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE/2014/135 e nel Regolamento 2015/848*, *ivi,* 1049 ss.).

[63] A fronte dell'obbligo degli amministratori di adottare e attuare «senza indugio» un idoneo piano di risanamento qualora dai programmi per la valutazione del rischio emergano uno o più indicatori di crisi aziendale, non si può fare a meno di richiamare l'atteggiamento di perplessità espresso da autorevole dottrina (A. Jorio, *Su allerta e dintorni*, in M. Arato, G. Domenichini (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare*, cit., in specie 57 ss.) rispetto all'intervento «*light*» posto in essere dalla ri-

Indicativa in tal senso è la circostanza che l'art. 6 del t.u.s.p.p. riconosca un'autonoma rilevanza alla funzione di gestione del rischio di crisi aziendale rispetto a quella di controllo interno (o, *rectius*, di i*nternal audit*), consentendo sì alle società a controllo pubblico di non predisporre quest'ultima, ma richiedendo – allo stesso tempo – di motivare le ragioni della sua mancata adozione[64]. Ciò comporterà verosimilmente maggiori «costi organizzativi»[65] per le società a controllo pubblico, che sono tuttavia giustificati dalla necessità di garantire una corretta gestione delle risorse ad esse destinate dallo Stato e dagli enti locali e raccolte presso la collettività mediante l'imposizione fiscale[66], nonché dalla particolare rilevanza e «pericolosità» che connotano le situazioni di crisi aziendale delle imprese societarie in mano pubblica[67].

Pur con le suesposte precisazioni, mette conto ribadire come l'interazione fra la normativa speciale in materia di società pubbliche e le

---

forma. Si adduce a sostegno di questa posizione la circostanza che la procedura di composizione assistita e di mediazione riguarda «prevalentemente situazioni di crisi allo stato iniziale (secondo lo schema della legislazione francese)», sicché – in assenza di «strumenti coercitivi» che si sforzino comunque di conciliare la libertà d'impresa con la tutela degli interessi collettivi – è ragionevole presumere che saranno poche le imprese che si determineranno a seguire un percorso «responsabile», chiedendo l'aiuto del mediatore. Tanto si afferma in considerazione di un connotato «tipico» del sistema imprenditoriale italiano, vale a dire la coincidenza nelle medesime persone della proprietà del capitale e della gestione delle imprese e, di conseguenza, l'assenza di una sufficiente dialettica fra esse. D'altronde, l'esigenza di «una piena indipendenza dei sindaci dal capitale di comando o dal *management* della società» è indicata quale condizione imprescindibile affinché siano poste in essere decisioni e iniziative ispirate dalla professionalità richiesta dalla natura dell'incarico e intese a realizzare il «rispetto della legge» che impone, in caso di stato di crisi, interventi efficaci e tempestivi: in primo luogo, quello di segnalare all'organo di gestione la situazione di crisi, invitandolo ad assumere le giuste iniziative (cfr. M. Sandulli, *I controlli delle società*, cit., 1107).

[64] La collocazione dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale nel medesimo articolo in cui è presa in considerazione, fra gli strumenti di governo societario, la funzione di controllo interno, dimostra come il legislatore del t.u.s.p.p. abbia voluto promuovere «un atteggiamento pro-attivo», creando le condizioni per consentire di intervenire quando la crisi non si è ancora manifestata o è ad uno stadio prodromico di più gravi sviluppi. Nel contempo, l'art. 6 del medesimo testo normativo, là dove richiede all'organo amministrativo di esporre le ragioni della mancata attuazione di un ufficio di controllo interno, «fornisce un chiaro indirizzo su come impostare il governo e l'organizzazione aziendale per la salvaguardia della continuità aziendale e la prevenzione delle crisi» (R. Tiscini, P. Lisi, *Il programma di valutazione*, cit., p. 801).

[65] Cfr. V. Santoro, *Tendenze conservative dell'impresa*, in specie 726 s.

[66] Cfr. S. Serafini, *L'adeguatezza degli assetti*, cit., 70.

[67] Il punto è bene evidenziato da M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., 53.

discipline generali della crisi non faccia che confermare l'importanza dell'adeguatezza organizzativa quale principio applicabile all'impresa *tout court* e strumentalmente rivolto a garantirne la conservazione[68]. Ne consegue che la formula «*comply or explain*» potrà essere proficuamente utilizzata tanto dalle società meramente partecipate quanto dalla generalità delle imprese esercitata in forma societaria o collettiva (in specie, PMI) per predisporre e modulare gli assetti organizzativi in funzione delle proprie caratteristiche dimensionali ed operative e giustificare eventuali deroghe rispetto a modelli sperimentati nella prassi o suggeriti da strutture associative anche di diritto privato[69].

---

[68] Del resto, la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali considera unitariamente l'impresa, «in vita e in crisi, con una sempre maggiore intersezione non solo dei suoi vari profili, ma anche delle sue varie fasi», dando vita a un diritto «*delle imprese*, nell'ambito – e in funzione – del mercato e delle sue libertà»: L. Calvosa, *Le principali novità della riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Relazione introduttiva*, in L. Calvosa (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza*, cit., 27 s. (corsivi nell'originale).

[69] Ciò si afferma pur nella consapevolezza che l'assenza di assetti organizzativi *standard* o di *default* si traduce in fattore di incertezza in grado di pesare sulla gestione dell'impresa in generale (V. Santoro, *Tendenze conservative dell'impresa*, cit., p. 727) e delle società in mano pubblica (spesso di piccola dimensione): in particolare, si è auspicata la formulazione di programmi-tipo ad opera di strutture come l'ANCI o l'Assonime (M. Libertini, *I principi fondamentali*, cit., p. 54).

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 Strasburgo[1].
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 amministrativa[2], 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 ripristinatore. 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'infrazione[4]. Tale concezione è stata recepita nella l. n. 689 del 1981, ove si considerino sia i relativi princìpi generali sia la finalità della depenalizzazione, la quale non muta la struttura dell'illecito e, quindi, la relativa funzione. Ne consegue la natura afflittiva 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 stretto[6]) 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 attiva[7]. Esulano da esse, inoltre, le misure pecuniarie collegate a quelle ripristinatorie in regime di «*alternatività*» o sostituzione[8], 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 parametrazione 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 procedimentali*, 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 soggiacciano 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 violato[9]), sono imprescrittibili[10] e possono avere carattere retroattivo[11]. 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 essenziali[12]; 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. edilizia[13], e alla sanzione pecuniaria alternativa[14]; riconoscimento della natura riparatoria 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 esserlo*".

la riduzione in pristino non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in parziale conformità[15].
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 urbanizzazione[16]. Ciò consente di giustificare il concorso delle misure in questione con le sanzioni penali[17], di cui altrimenti finirebbero per rappresentare una duplicazione, che, seppure non più ingiustificabile[18] 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-unitaria[19] e della Corte di Strasburgo[20],

---

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

[19] Corte giust. 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 articoli – 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 irrogate[21].

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'Uomo[22]. Questa ha elaborato, con un approccio sostanzialistico, una nozione autonoma[23] di "pena", estendendo le garanzie del giusto processo e quelle derivanti dal principio di legalità, ai sensi rispettivamente degli artt. 6 e 7 CEDU[24], a misure che, ancorché amministrative, hanno una finalità deterrente ed afflittiva[25]. 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 richiamino 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 misura[26].

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 residuale[27]. 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 penale[28].
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 urbanizzazioni[29]. 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 effettuate[30]. 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 penale[31], 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. 30[32].
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, *Cancilleri*. 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 Cassazione[34] 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, "*oscure e mal formulate*" (riconoscendosi, quindi, lo stato di "*ignoranza inevitabile*", secondo le indicazioni della Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988[35]), 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 2007[36] 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 cumulativi[38] ma alternativi[39]: 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 dottrina[40], 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 preventivo[42]).
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'infrazione[43]. 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 2006[44])[45].
Inquadrata la confisca nella nozione europea sostanzialistica di "*pena*", la Corte europea[46] 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 violazione[47].

---

[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 *Varvara* 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 implichino la sua responsabilità penale*". La Corte europea ha anche aggiunto che "*55. La nozione di «diritto» («law») 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 (ricondurre 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 afflittiva, 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 oggettiva[48], 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 incidere[49].
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 soggettivi[52].
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 costituzionale[53]),

[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 penale[54].
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 terzi[55] di cui venga esclusa la buona fede[56].

---

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

Sennonché, 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 condanna[58].
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 dottrina[59], 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 prescrizione[60].

Dalla sentenza *Varvara* ha avuto origine un dialogo a distanza con la Corte costituzionale, pronunciatasi con la sentenza n. 49 del 2015[61], 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.rivistaaic.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. Criscuolo, 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 contraria[63] - vi era un procedimento penale pendente dinanzi al Tribunale di Teramo[64] 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 costituzionalità[65], 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 CEDU[66], 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*" confliggente[70].
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 Cedu*", 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 fatti[71]. 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 europea[74]. 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 doveri[75] 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 protetti[76]; 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 discretivo 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 interna[77].
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. 1[78], 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 accertata[79] (*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 dissenziente, 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 consolidato[82] 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 Costituzione[83]).

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 interpretativo[84].

Le argomentazioni della Corte sono state poi ribadite nel 2015 nell'ordinanza n. 187[85], 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 2018[87] è intervenuta a dipanare il possibile contrasto tra la lettu-

---

[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 EDU[88] – 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 Gironda 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 discolparsi 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 prescrizio-*

---

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 *Taricco* (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 istituto 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 prescrizionale, 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 - vìola l'art. 1 Prot. add. n. 1 CEDU[92], 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 cassazione[93] 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].

Sennonché: 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 contraddittorio[97]. 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 accertamento[98].
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 2015[100].
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 merito[101].
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 afflittiva 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 assolutoria[102]. 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'appello[103].

---

[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, sosterrebbe 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 ricolleghi 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. edilizia[104], 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 penali accerti l'esistenza effettiva della lottizzazione[105] 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].
Sennonché 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 territorio[107]. 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 essa[108].

---

[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 agevolarne 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 essere[109]. 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 infrastrutture[110].

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 afflittiva – non meramente ripristinatoria rispetto all'abuso perpetrato[111] - 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 inquadrate 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. 30T.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 penali[115]. 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 EDU[117].
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.
Sennonché, 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 edilizi[119].
Ne consegue che, non essendo la partecipazione dell'ente al processo penale allo stato possibile[120], 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. Sennonché 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 il 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.

legislatore[121].

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 pronunciate[122].

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).

1. Il rito sulle ammissioni ed esclusioni negli appalti pubblici: il fine giustifica i mezzi?

Tra le numerose novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, particolare rilievo ha assunto l'introduzione di un nuovo rito, definito "superaccelerato" o "superspeciale" (rispetto all'ordinario rito appalti, detto "accelerato" o "speciale"). Il rito pone numerosi interrogativi rispetto alla garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, così come tutelata a livello europeo, nella delicata materia degli appalti di lavori, servizi e forniture.
Il nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50/2016, è stato emanato per recepire le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, che però non contemplavano l'introduzione di un nuovo rito per l'impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni dai procedimenti di gara. Pertanto, quella del legislatore non è stata una scelta obbligata[1].

[1] Fin da subito la dottrina ha avuto modo di sottolineare che il nuovo rito «*non sembra neanche necessitato dal diritto dell'Unione, che invece sembra tracciare un'altra via maestra. Il diritto UE sembra orientato proprio nel senso opposto, in piena coerenza con la finalità generale di non aggravare l'accesso ai mezzi di ricorso*» (così G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, pag. 7). Il sistema costituisce, in ogni caso, un cambiamento radicale di prospettiva rispetto al sistema antecedente al d.lgs. n. 50/2016. Infatti, si è rilevato come «*il sistema in precedenza precludeva l'impugnazione delle ammissioni: si osservava che il concorrente non vincitore della gara ha effettivo interesse a verificare con attenzione i requisiti degli altri partecipanti solo all'esito della procedura selettiva. Appariva incongruo ed oneroso imporre ai concorrenti l'onere di impugnare preventivamente ed immediatamente gli atti endoprocedimentali di ammissione alla gara. A ciò va aggiunto, sul piano fattuale, che in numerose gare, non solo la distanza temporale tra la verifica soggettiva e la valutazione delle offerte risultava molto ridotta, ma, assai spesso, la stessa attività di verifica dei requisiti di partecipazione era effettuata dalle stazioni appaltanti all'esito della gara e concentrata sul vincitore e sul secondo graduato. Sicché i vizi attinenti all'ammissione erano fatti valere al momento dell'impugnazione dell'aggiudicazione*» (Id., *op. cit.*, pagg. 5-6). Perplessità su numerosi aspetti del nuovo rito sono state messe in luce, tra gli altri, da L. Presutti, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, pagg. 323 ss.; M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 10; M.A. Sandulli, S. Tranquilli, *Art. 204*, in G.M. Esposito (a cura di) *Codice dei contratti pubblici,* Torino, 2017, vol. 2, pagg. 2370 ss.; M.A. Sandulli, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 8; Id., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 15; E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, fascc. 8-9, pagg. 873 ss.; G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *giustizia-amministrativa.it*; O. Forlenza, *Uno speciale giudizio con termini stringenti e semplificazioni*, in *Guida al Diritto*, 2016, fasc. 29, pagg. 32

Ma vi è di più: il nuovo rito, infatti, evidenzia svariate contraddizioni con rilevanti principi nazionali e con quelli del diritto dell'Unione Europea, che ispirano le direttive in materia[2], destando critiche e perplessità in dottrina sin dalla sua introduzione. Non a caso la questione è stata oggetto di due recenti ordinanze di rimessione, la prima alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea[3] e la seconda alla Corte costituzionale[4].
Ci si concentrerà in questa sede sui possibili profili di incompatibilità con il diritto eurounitario, messi in luce dall'ordinanza del T.a.r. Piemonte n. 88/2018, che intersecano per molti aspetti anche i dubbi di costituzionalità.
L'indagine è di particolare interesse, non solo perché si avvicina il giudizio della Corte di Giustizia, che stabilirà finalmente se i dubbi di buona parte della dottrina e della giurisprudenza fossero fondati, ma anche perché, a quasi due anni e mezzo dall'entrata in vigore del d.lgs. 18.4.2016 n. 50, è ormai possibile valutare le iniziali perplessità anche alla prova pratica.

Venendo alla disciplina, va naturalmente richiamato l'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.[5], introdotto dall'art. 204, d.lgs. n. 50/2016, che ha previsto

---

ss.; E.M. Barbieri, *Lo speciale contenzioso sulle ammissioni e sulle esclusioni nelle gare di appalto pubblico secondo il nuovo Codice degli appalti*, in *Nuovo not. giur.*, 2016, fasc. 2, pagg. 331 ss.

[2] Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

[3] T.a.r. Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88, che ha rimesso Corte di Giustizia dell'Unione Europea i due seguenti quesiti riguardanti il cosiddetto rito superaccelerato (o superspeciale). Con il primo quesito si chiede alla Corte di chiarire «*se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2* bis *c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti*». Con il secondo quesito si richiede «*se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2* bis *c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato*».

[4] T.a.r. Puglia, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903. Aveva, invece, ritenuto insussistenti dubbi di costituzionalità T.a.r. Lombardia, sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 29.

[5] Art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.: «*Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento*

che l'impugnativa degli atti di ammissione ed esclusione dei concorrenti dalla gara di appalto debba essere effettuata, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla pubblicazione del relativo atto sul profilo della stazione appaltante. L'omessa impugnazione nei termini preclude, quindi, la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di gara, anche con ricorso incidentale.
Va poi richiamato il comma 6-*bis*[6] dello stesso art. 120, che reca la disciplina processuale del nuovo rito.

In questo modo, novellando l'art. 120, c.p.a., la riforma ha previsto un nuovo rito in materia di appalti riferito specificamente all'impugnativa degli atti di ammissione e di esclusione dalla gara; ma è con riferimento alle ammissioni che si ravvisa la vera novità. Nella sostanza, infatti, viene imposta (e non facoltizzata) l'impugnazione di tutti i provvedimenti di ammissione delle altre ditte partecipanti. Si tratterebbe di un onere particolarmente gravoso per il ricorrente, soprattutto a graduatoria ancora ignota: questi infatti dovrà necessariamente proporre un diverso ricorso per ogni ditta ammessa, provvedendo al pagamento di altrettanti contributi unificati.
Come se non bastasse poi, una volta sopraggiunto il provvedimento di aggiudicazione, anche questo dovrà essere a sua volta impugnato con ricorso autonomo ovvero, secondo il prevalente orientamento

---

e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività».

[6] Art. 120, comma 6-*bis*, c.p.a.: «*Nei casi previsti al comma 2*-bis*, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione».*

giurisprudenziale[7], anche con motivi aggiunti, ma in ogni caso previo il versamento di un nuovo contributo unificato.
Si moltiplicheranno, quindi, gli oneri contributivi, dapprima a causa dei distinti ricorsi avverso le ammissioni a gara, successivamente in caso di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.
Tutto ciò concorre a definire il rito "superaccelerato" come un «*nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza*», come si è detto in giurisprudenza[8].

La *ratio legis* risiede nell'opportunità di definire immediatamente la platea dei concorrenti ammessi alla gara, in un momento antecedente all'esame delle offerte e, quindi, all'aggiudicazione[9]. Più chiaramente, l'obiettivo è quello di "archiviare" una volta per tutte la fase

---

[7] Il T.a.r. Lazio, con sentenza n. 9379 del 22.8.2017, non aveva accolto proprio un'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E., affermando che l'art. 120, comma 7, c.p.a., dovesse essere interpretato nel senso di riconoscere alla parte ricorrente la facoltà (e non l'obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, eventualmente sopraggiunto nel corso del non ancora esaurito giudizio sull'ammissione/esclusione di un concorrente, sussistendo comunque la possibilità o di un'impugnativa congiunta o della proposizione successiva di motivi aggiunti. Sulla possibilità di ricorrere ai motivi aggiunti cfr. anche T.a.r. Campania, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434; T.a.r. Puglia, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367. Hanno ritenuto compatibile con i principi costituzionali ed eurounitari anche T.a.r. Campania, sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696 e T.a.r. Lombardia, sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 29.

[8] Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2017, ord. n. 1059.

[9] La giurisprudenza ha già sottolineato, infatti, che il nuovo rito è «*volto, nella sua* ratio legis*, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione*» (Cons. Stato, parere n. 855/2016; Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 11 maggio 2018, n. 6). La stessa Adunanza Plenaria, con sentenza n. 4/2018, ha inoltre chiarito che «*con il nuovo rito super accelerato e la previsione dell'onere di impugnazione degli atti di ammissione a pena di preclusione si è inteso così 1) determinare in modo definitivo e non più contestabile l'ambito dei partecipanti ad una gara; 2) evitare conseguentemente che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione (con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre pericolo di perdita del finanziamento, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara); 3) neutralizzare per quanto possibile anche l'effetto "perverso" del ricorso incidentale*». La definizione in questi termini della *ratio legis* del nuovo rito è condivisa dalla dottrina. Cfr. O Forlenza, *op. ult. loc. cit.*, secondo cui «*tutte le nuove disposizioni introdotte testimoniano della volontà del legislatore di giungere rapidamente a una '"ertezza" in ordine alla legittimità (o meno) della procedura di affidamento onde consentire la più celere realizzazione dell'opera pubblica*».

di ammissione/esclusione dalla gara entro un termine molto breve e rendere così inoppugnabili, una volta spirato detto termine, le determinazioni della stazione appaltante sulle eventuali esclusioni[10]. Il legislatore intendeva così evitare quella pratica, assai consolidata, di impugnare il provvedimento di aggiudicazione per vizi derivanti dalla fase a monte di ammissione alla gara, in nome delle esigenze di speditezza ed economicità cui è improntato l'intero Codice. Il nuovo rito nasce, quindi, in ottica deflattiva del contenzioso e di semplificazione.

Questo obiettivo, tuttavia, è seriamente compromesso dai risvolti processuali portati dal nuovo rito. Si può facilmente prevedere una moltiplicazione dei contenziosi nella fase iniziale[11], specialmente per gli appalti di maggiore rilevanza economica, e un conseguente allungamento dei tempi del procedimento.

Non si tratta, però, dell'unica problematica connessa al nuovo rito. Questo infatti, come si è rilevato, rischia di stravolgere «*i canoni tradizionali sulla stretta e imprescindibile correlazione tra termini di impugnazione e lesione di un interesse concreto e attuale*»[12]. Rischia, in altri termini, di consentire impugnazioni senza interesse.

Basti pensare al caso in cui il concorrente, dopo aver proposto ricorsi avverso le altrui ammissioni a gara, una volta concluso il procedimento, non si riveli poi aggiudicatario o non si collochi comunque in posizione utile a coltivare il contenzioso e a contestare l'aggiudicazione. Oppure si pensi all'ipotesi in cui il ricorrente si collochi in graduatoria in posizione superiore rispetto al concorrente di cui aveva chiesto l'esclusione: anche in tal caso, a graduatoria formata, il ricorrente non avrebbe più alcun interesse all'esclusione medesima. In definitiva, l'onere preventivo di impugnazione "costringe", di fatto, a proporre ricorsi prima che si sia verificata un'effettiva lesione

---

[10] Osserva L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, fasc. 5, pagg. 605 ss., che, per realizzare tale obiettivo, «*il nuovo rito è strutturato […] sull'esempio del rito elettorale, anticipando il contenzioso sulla fase di ammissione prima che la competizione vera e propria cominci, in modo che essa si svolga tra concorrenti tutti ugualmente in possesso dei requisiti necessari e che non sia possibile rimettere in discussione, dopo l'aggiudicazione, i passaggi precedenti della gara*».

[11] Tali perplessità sono condivise anche da O. Forlenza, *op. ult. loc. cit.*, il quale dubita che il nuovo rito «*sia effettivamente rispondente alle finalità perseguite ovvero non vi sia il rischio di una moltiplicazione del contenzioso stesso, determinata dalla necessità di impugnare comunque l'atto in via cautelativa*».

[12] Così M.A. Sandulli, S. Tranquilli, *Art. 204* cit., pagg. 2371-2372.

di un interesse legittimo. In tale ipotesi, i ricorsi "al buio"[13] proposti in fase di ammissione, pur non essendo ricollegati a un successivo effetto utile[14], finirebbero per gravare sulle casse dell'azienda concorrente.

Per giustificare tale *vulnus*, almeno dal punto di vista processualistico, si è detto che «*il legislatore avrebbe introdotto una sorta di presunzione legale di lesione, non direttamente correlata alla lesione effettiva e concreta di un bene della vita secondo la dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo ormai invalsa nel nostro ordinamento*»[15]. In mancanza di un interesse attuale, l'impresa ricorrente agirebbe a tutela di un interesse generale e non dell'interesse proprio. Alla stessa verrebbe affidata «*la tutela in via esclusiva di un interesse pubblico […], interesse che non potrebbe mai coincidere con l'interesse privato*»[16]. Si realizzerebbe, in sostanza, un'anticipazione *ope legis* dell'interesse a ricorrere *ex* art. 100 c.p.c. di ciascun partecipante alla gara.

Il nuovo rito, quindi, avrebbe introdotto nell'ordinamento «*una ipotesi di "giurisdizione amministrativa oggettiva" (e cioè avente funzione di oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità dell'azione ammini-*

---

[13] Si tratta di ricorsi "al buio" non nel senso che possano prescindere dalla conoscenza del provvedimento ma nel senso che si tratta pur sempre di ricorsi intrapresi prima di conoscere la propria posizione in graduatoria. La piena conoscenza del provvedimento, invece, continua a costituire un requisito considerato molto seriamente dalla giurisprudenza. Per il Consiglio di Stato, infatti, l'applicabilità del principio della piena conoscenza, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione previsto dal rito superaccelerato, presuppone un particolare rigore nell'accertamento (Cons. Stato, sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5765). Pertanto, il termine decorrerà solo ove vi sia una concreta prova dell'effettiva conoscenza degli atti di gara, acquisita in data anteriore alla pubblicazione o comunicazione degli atti della procedura di gara. Viceversa, non può ritenersi sufficiente a far decorrere l'onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l'ammissione, in mancanza della specifica prova sulla percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che possano aver inficiato le relative determinazioni.

[14] In dottrina, la circostanza che i ricorsi avverso le ammissioni ed esclusioni sarebbero stati avviati senza poterne prevedere il vantaggio finale era già stata valutata criticamente da R. Caponigro, *op. cit.*, pag. 49; F. Caringella, M. Protto, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici,* Roma, 2016, pag. 727.

[15] T.a.r. Campania, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843. In dottrina, sulla "giuridificazione" degli interessi ad opera del rito superaccelerato, cfr. G. Lo Sapio, *Rito superaccelerato e tecniche di "giuridificazione" degli interessi*, *Urbanistica e appalti*, 2018, fasc. 4, pagg. 507 ss.

[16] In questi termini si è espresso il T.a.r. Puglia, nella propria ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, tentando una ricostruzione del nuovo rito con gli strumenti propri del diritto processuale.

strativa, ciò che la decisione di Cons. Stato, Sez. III, 1.9.2014, n. 4449 sopra menzionata esclude possa essere considerato ammissibile) eccentrica rispetto ad un sistema di giustizia amministrativa tradizionalmente impostato sulla giurisdizione / giustizia di diritto "soggettivo" e sul "potere" ex *art. 24, comma 1 Cost. (non già sul "dovere", inteso nel senso di onere economicamente gravoso, pena altrimenti l'incorrere in una preclusione processuale), in capo all'attore ("Tutti possono…"), di "… agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"*»[17].

Un rito così configurato contraddirebbe il principio di effettività sostanziale della tutela, per come questo è tutelato non solo dalla Costituzione italiana (art. 24) ma anche – e forse soprattutto – dal diritto europeo.

C'è dunque da chiedersi: il fine giustifica i mezzi?

2. Il primo quesito e la compromissione del principio di effettività sostanziale della tutela per gli appalti di minore rilevanza economica

Proprio sotto il profilo della compromissione del diritto di difesa, del principio di effettività sostanziale della tutela e, in generale, dei principi del giusto processo si evidenzia un significativo contrasto della nuova disciplina con il diritto eurounitario, messo in luce dal T.a.r. Piemonte nella propria ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia.

Con il primo quesito, il T.a.r. ha richiesto, infatti, alla Corte di chiarire «*se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della*

[17] In questi termini, T.a.r. Puglia, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903. Autorevole dottrina ha tuttavia osservato che dalla previsione *ex lege* di un interesse qualificato dei concorrenti, coincidente con l'interesse alla corretta composizione della platea dei soggetti ammessi, non discenderebbe affatto la configurazione di una giurisdizione di tipo oggettivo: in questo senso, L. Torchia, *Il nuovo Codice* cit., pagg. 605 ss., secondo cui «*sembra possibile […] per il caso del nuovo rito in materia di appalti, una diversa ricostruzione, che non lo avvicina affatto ad una giurisdizione di tipo oggettivo. Il legislatore - al quale spetta per Costituzione questo compito - ha selezionato e individuato uno specifico interesse qualificato nell'interesse alla corretta composizione della platea dei concorrenti, sia a favore dei partecipanti alla gara, sia a favore della stazione appaltante. La* ratio *del nuovo rito è volta a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Si può dunque ben applicare la tradizionale e tramandata ricostruzione dell'interesse concreto e attuale che legittima all'azione: il bene della vita sottostante all'interesse qualificato di chi partecipa ad una procedura di gara non è solo l'aggiudicazione, ma anche, e preliminarmente, la* chance *di corretta competizione, in modo che la scelta venga operata fra soggetti tutti ugualmente qualificati che, si direbbe nel diritto della concorrenza, competono «sui meriti»*».

CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2 bis *c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti».*

Il principio di effettività sostanziale della tutela, che è richiamato dall'ordinanza, è infatti profondamente influenzato dal diritto dell'Unione Europea.
Nello specifico, secondo quanto testualmente previsto all'art. 1, Dir. 89/665/CEE[18], l'effettività della tutela è rispettata quando gli Stati membri garantiscono un utile accesso alla giustizia a «*chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione*». La disposizione «*riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse*», come chiarito dallo stesso T.a.r. Piemonte.
Anche ai fini di valutare la compatibilità eurounitaria del rito diviene, quindi, determinante la nozione di interesse.
Peraltro, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con specifico riferimento al settore degli appalti pubblici, ha chiarito che l'operatore economico che chiede tutela giurisdizionale deve sempre avere e conservare un interesse all'aggiudicazione dell'appalto; principio che risulta espresso nella ben nota sentenza

---

[18] Art. 1, Dir. 89/665/CEE: «*1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE, le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare l'articolo 2, paragrafo 7, in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto. 2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali. 3. Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso*».

resa nel caso Puligienica[19].
In mancanza di interesse, un'ipotesi di giurisdizione "oggettiva" nel settore dei contratti pubblici sembrerebbe contraddire quanto previsto a livello europeo.
Il principio di efficacia tutelato dal diritto eurounitario, chiarisce il T.a.r., presuppone che *«l'azione sia volta a soddisfare un interesse attuale e concreto del soggetto ricorrente, che agisce a tutela di una sua lesione al bene della vita costituito dall'aggiudicazione della gara di appalto cui ha partecipato»*. E d'altra parte «*corollario indefettibile […] è che la tutela giurisdizionale può (e deve) esserci solo ove vi sia stata una lesione di un diritto o di un interesse legittimo, e che vi sia un interesse, concreto ed attuale, ad una pronuncia dell'autorità giudiziaria*».
Secondo tale ricostruzione il legislatore, allora, non potrebbe imporre di azionare il rimedio processuale in un momento antecedente al verificarsi di una lesione effettiva di un interesse legittimo, che potrebbe poi anche non verificarsi affatto. Ne deriva che, al momento in cui si intraprende il contenzioso innanzi al T.a.r. secondo lo schema del nuovo rito, non è dato sapere se il favorevole esito della controversia possa o meno portare qualche vantaggio al ricorrente[20].
Osserva il T.a.r. Piemonte, infatti, che si può ben prospettare «*l'ipotesi in cui sia censurata l'ammissione/mancata esclusione di una ditta partecipante che, tuttavia, conclusa la gara, potrebbe non essere risultata aggiudicataria; così come la stessa ricorrente potrebbe, a conclusione del procedimento, porsi in una posizione tale da non avere alcun interesse a contestare l'aggiudicazione. In tale ipotesi si impone ad un soggetto partecipante alla gara un onere "inutile" al fine dell'interesse finale perseguito da chi partecipa, cioè l'aggiudicazione dell'appalto*».
D'altro canto, il ricorrente non solo è privo di un interesse concreto e attuale, ma subisce anche un duplice danno: il primo è puramente economico e riguarda le spese per la proposizione di plurimi ricorsi avverso l'ammissione di tutti gli altri concorrenti (senza sottovaluta-

---

[19] Corte Giust. UE, 5 aprile 2016, C-689/13

[20] L'imprevedibilità non può che accentuarsi se si considera la frequente applicazione, nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di metodi e criteri, consistenti talvolta in algoritmi complessi, che rendono altrettanto difficile calcolare l'esito finale al mutare di uno dei parametri. Si pensi a determinate formule, cosiddette non indipendenti, applicando le quali l'esclusione di un concorrente può portare un peggioramento nel punteggio attribuito a chi lo ha fatto escludere. È il caso, ad esempio, del criterio del confronto a coppie, per la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, o del metodo dell'interpolazione lineare, per la valutazione dell'offerta economica.

re l'entità dei contributi unificare da versare)[21], mentre il secondo è fattuale e riguarda la potenziale compromissione della propria posizione agli occhi della Commissione di gara[22].
La richiamata teoria dell'interesse a ricorrere *ex lege*, pur suggestiva, non sarebbe dunque sufficiente a "salvare" il rito superspeciale, in mancanza comunque di un effettivo e concreto interesse.

La prospettazione del T.a.r. Piemonte appare poter cogliere nel segno, soprattutto se si considera il duplice rischio, ben messo in evidenza nell'ordinanza e strettamente connesso all'operatività del nuovo rito, che metterebbe in pericolo il sistema dei contratti pubblici nel suo complesso.
Negli appalti di maggiore rilevanza economica appare verosimile una proliferazione dei ricorsi nella fase di ammissione ed esclusione alla gara[23].
Negli appalti di minore rilevanza economica, al contrario, il rito superspeciale rende sconsigliabile e antieconomico per i concorrenti

---

[21] Un ricorso cumulativo, infatti, potrebbe essere dichiarato inammissibile, in quanto ogni ammissione «*potrebbe risultare affetta da vizi propri e distinti rispetto all'altra, con diversità oggettiva e soggettiva per ogni ricorso*», così come chiarito dal T.a.r. remittente. Sulla problematica dei ricorsi plurimi e sugli oneri ad essi connessi, cfr. M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela* cit., pagg. 14 ss., che ha evidenziato che «*non si può pretendere - pena un inaccettabile limite all'effettività della tutela - che un soggetto instauri un giudizio, sopportando oltretutto i gravi oneri del contributo unificato e degli onorari di legali super specializzati che dovrebbero riuscire a rappresentarne le ragioni nonostante i molteplici ostacoli sopra richiamati, senza magari neppure ottenere la sospensione del provvedimento in nome delle riferite esigenze imperative di esecuzione del contratto, per una gara che non sa se potrebbe mai vincere e per contestare l'ammissione di un concorrente di cui non conosce la possibile collocazione in graduatoria*». Nello stesso senso anche M. Lipari, *La tutela giurisdizionale* cit., pagg. 14 ss.

[22] Anche il profilo della potenziale compromissione della propria posizione dinanzi alla Commissione di gara è espressamente messo in luce dal T.a.r. Piemonte. Quest'ultima, infatti, risulterà destinataria non di uno ma (presumibilmente) di più ricorsi e, nelle more dei giudizi, dovrà valutare l'offerta tecnica del ricorrente. Altro effetto negativo segnalato dal T.a.r. è quello relativo alle «*nefaste conseguenze in merito al* rating *d'impresa disciplinato dall'art. 83 CCP, che individua come parametro di giudizio (negativo) l'incidenza dei contenziosi attivati dall'operatore economico nelle gare d'appalto*».

[23] Secondo il T.a.r. Piemonte la misura introdotta dal legislatore è ridondante rispetto al fine che si propone. Ciò per due contrapposti ordini di motivi, connessi agli appalti di rilevante importo e a quelli più modesti. Quanto ai primi «*essa genera il rischio di una proliferazione dei ricorsi nella fase di "qualificazione", cioè di ammissione delle imprese, e di una conseguente paralisi dei procedimenti di gara, soprattutto di quelli relativi ad appalti di rilevante importo, rispetto ai quali il gravoso onere economico dell'iniziativa giudiziaria non rappresenta una remora, con buona pace delle esigenze di celerità procedimentale e di deflazione del contenzioso che si immaginano garantite dalla riforma*».

intraprendere iniziative processuali anticipate, lasciando così di fatto intangibili le ammissioni illegittime eventualmente disposte dalle stazioni appaltanti[24].

Le osservazioni del T.a.r. Piemonte appaiono del tutto condivisibili: il nuovo rito sta dimostrando anche alla prova pratica come le preoccupazioni espresse da parte della giurisprudenza e della dottrina abbiano un certo fondamento[25].
Nonostante le nobili intenzioni deflattive e di semplificazione, definendo in via anticipata la platea dei concorrenti ammessi, si sta assistendo piuttosto ad una moltiplicazione del contenzioso, almeno per quanto riguarda gli appalti di maggiore valore economico. È chiaro infatti che, per le "partite" economicamente più rilevanti, gli operatori economici abbiano una maggiore propensione alla litigiosità: in tali casi, il *budget* da destinare alle spese legali risulta scarsamente rilevante rispetto agli interessi economici sottesi all'appalto e questo incoraggia già nella fase di ammissione alla gara la proposizione di ricorsi, sia pure "al buio".
Per gli appalti più rilevanti, quindi, i ricorsi proliferano già in una fase primordiale della gara, nonostante l'assenza di uno specifico interesse a ricorrere, perché ad imporlo è il rito superaccelerato. A ricorrere, tra l'altro, non saranno soltanto i soggetti che ne abbiano uno specifico interesse, come prima della riforma, ma tendenzialmente tutti i concorrenti, non essendo ancora nota la graduatoria.
Ciò naturalmente, considerato che spesso le gare contano decine di concorrenti, conduce ad un allungamento dei tempi procedimentali oltre che dei tempi processuali, in violazione dei principi di econo-

[24] Per quanto riguarda gli appalti di più modesto importo, osserva il T.a.r., che «*l'attuale sistema può facilmente comportare […] rinunce da parte dell'interessato alla scelta di proporre il ricorso giurisdizionale. In una fase anticipata in cui gli operatori non possono confidare nelle utilità derivanti dall'aggiudicazione, l'entità degli esborsi necessari per la difesa processuale può costituire motivo di forte dissuasione al ricorso agli strumenti processuali che potrebbero essere fatti valere in giudizio, compromettendo anche il diritto di difesa*».

[25] L'aumento considerevole del contenzioso per gli appalti economicamente più rilevanti e la contemporanea diminuzione del contenzioso sugli appalti di valore economico più limitato hanno sostanzialmente neutralizzato l'auspicato effetto deflattivo. Secondo quanto risulta dalla Relazione del Presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno, tenuta in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, nel 2017, «*nella specifica materia degli appalti pubblici, dal Consiglio di Stato le istanze cautelari sono state 865 di cui discusse 466, mediamente in 45 giorni, mentre per quanto concerne i T.a.r. le istanze cautelari sono state 5.923 di cui discusse 1.302 in circa 29 giorni*». Un dato in linea con quello degli anni precedenti.

mia processuale e di concentrazione.
Le ripercussioni possono essere notevoli e toccare l'economia italiana nel suo complesso, potendo causare notevoli rallentamenti in particolar modo per le più importanti gare di appalto del Paese, soprattutto se si considerano anche i tempi degli eventuali giudizi di appello.
Ma è l'altra faccia della medaglia a mostrare i risvolti più gravi sul "sistema giustizia" nel suo complesso e a mettere maggiormente in evidenza la compromissione del diritto di difesa e del principio di effettività sostanziale della tutela. È su questo aspetto, quindi, che presumibilmente si concentrerà la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.
Il nuovo rito, infatti, imponendo plurimi ricorsi "al buio" avverso le altrui ammissioni a gara, può avere – e sta avendo – un effetto dissuasivo dalle iniziative processuali per gli appalti di minore rilevanza economica (definiti dal T.a.r. Piemonte «*appalti di non elevatissimo importo*»).
In tali ipotesi, infatti le spese legali e gli oneri contributivi non sarebbero proporzionati ai più ridotti interessi economici in ballo: in sostanza, il gioco non varrebbe la candela e, sia pure indirettamente, si sarebbe ottenuto l'effetto di privare un operatore economico della possibilità sostanziale di difendersi e di far valere le proprie ragioni. In questo consisterebbe il grave *vulnus* al diritto di difesa e al principio di effettività sostanziale della tutela di cui al all'art. 1, Dir. 89/665/CEE cui si riferisce il T.a.r.

Peraltro, il *vulnus* riguarderebbe, oltre che il diritto di difesa, più in generale l'effettività della normativa pubblicistica in tema di requisiti di qualificazione, divenendo sostanzialmente inattaccabile anche l'operato di una pubblica amministrazione che dovesse aggiudicare l'appalto a un soggetto privo dei necessari requisiti[26]. Sotto tale profilo, i danni causati dal nuovo rito si riverberebbero anche sull'effi-

[26] A tal proposito, correttamente il T.a.r. Piemonte evidenzia «*il rischio che l'operare del nuovo meccanismo preclusivo finisca per rendere inattaccabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali*». Ciò, ad avviso del T.a.r., contrasterebbe con «*l'esigenza sottesa a tutta la regolamentazione europea e nazionale in materia di appalti pubblici: e cioè l'esigenza di assicurare che le commesse pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo, esigenza alla quale il confronto concorrenziale è funzionale e che inevitabilmente rimarrebbe frustrata ove si consentisse, in forza di quello che è un meccanismo di natura meramente processuale, di tenere ferma l'aggiudicazione pronunciata a favore di un aggiudicatario che risulti non possedere i requisiti di partecipazione alla gara*».

cacia e sul buon andamento dell'azione amministrativa, indebolendo oltretutto la lotta ai fenomeni corruttivi.
In definitiva, l'anticipazione *ex lege* dell'interesse a ricorrere in un momento in cui non si è ancora verificata alcuna lesione rischia più in generale di frustrare il principio di legalità, cristallizzando aggiudicazioni illegittime e privando così di efficacia la normativa del Codice dei contratti pubblici in tema di requisiti di partecipazione, posta a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

È ragionevole prevedere che ad essere colpite saranno soprattutto le piccole e medie imprese, a maggior ragione scoraggiate dall'intraprendere iniziative processuali in relazione a piccoli appalti[27]. In questo modo, il nuovo rito rischia di privare sostanzialmente le PMI del proprio diritto di difesa e, conseguentemente, di "abolire", di fatto, una parte del contenzioso sugli appalti pubblici, con tutti i rischi che una tale scelta può comportare.
Naturalmente, ciò si pone in contrasto, oltre che con il principio di effettività sostanziale della tutela di cui all'art. 1, Dir. 89/665/CEE, anche con il *favor* espresso dal legislatore eurounitario per le PMI.
Innanzitutto, il richiamato art. 1, Dir. 89/665/CEE, espressamente citato dal T.a.r. remittente, prevede che «*gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto*».
Quanto al *favor* per le piccole e medie imprese, si pensi poi al "Considerando" 2 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui «*[…] la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo*

[27] Ciò è stato già evidenziato in dottrina. Si vedano, tra gli altri, M.A. Sandulli, S. Tranquilli, *op. cit.*, pagg. 2371-2372, che opportunamente mettono in luce che «*non può essere evidentemente sfuggito al legislatore che, in un momento di forte crisi economica, gli imprenditori, soprattutto piccoli e medi, non possono permettersi di instaurare giudizi meramente cautelativi, sostenendo i gravi oneri economici del contributo unificato e degli onorari di legali altamente specializzati che dovrebbero riuscire a rappresentarne le ragioni redigendo, un tempo iper ridotto e ulteriormente contratto dalle esigenze prudenziali imposte dal nuovo processo telematico, atti difensivi super sintetici, per contestare l'ammissione di concorrenti di cui non possono preconizzare la collocazione in graduatoria, al mero fine di non rischiare di perdere* chances *di aggiudicarsi una gara di cui non possono ancora in alcun modo prevedere l'esito. La novella penalizza soprattutto quegli operatori (tendenzialmente i più piccoli), che partecipano normalmente a più gare, confidando di riuscire ad aggiudicarsi qualche commessa pubblica per superare la crisi economica e che hanno di conseguenza una platea più ampia di concorrenti, di cui non conoscono la compagine, la storia e le caratteristiche utili ai fini dell'ammissione e della possibile aggiudicazione*».

e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale […]».
Quindi, se il legislatore europeo sembra andare con decisione nella direzione della massima tutela delle PMI, il legislatore nazionale finisce per comprimere oltremodo il diritto di difesa proprio delle PMI.
In definitiva, per gli appalti di maggiore rilevanza economica, l'intento deflattivo finisce per naufragare, rallentando proprio le procedure da cui maggiormente dipende la vita economica del Paese.
Ma i maggiori problemi, in chiave di compatibilità con il diritto europeo, si pongono per gli appalti di valore economico più limitato, per i quali si verifica non solo il desiderato effetto deflattivo ma una vera e propria compromissione del principio di effettività sostanziale della tutela.
Non potendo realisticamente i piccoli imprenditori intraprendere "al buio" tante battaglie legali quanti sono i concorrenti ammessi, con conseguenti spese di giudizio per avvocati specializzati e pagamenti di contributi unificati di non scarsa rilevanza, risulta essere di fatto preclusa a questi soggetti la via di accesso alla giustizia amministrativa.
Sotto questo profilo, le osservazioni del T.a.r. sembrerebbero poter cogliere nel segno.

Da ultimo, deve essere osservato che meno pertinente appare il richiamo agli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non costituendo la Cedu diritto dell'Unione Europea in senso stretto, contrariamente a quanto lascerebbe intendere il T.a.r. nell'ordinanza[28].
Ha già chiarito la Corte di Giustizia UE, infatti, che «*benché i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) facciano parte dell'ordinamento dell'Unione in quanto principi generali, e sebbene l'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione imponga di dare ai diritti da essa enunciati lo stesso significato e la stessa portata di quelli dei corrispondenti diritti conferiti da tale Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordina-*

[28] Nel richiamare «*le norme rilevanti, nel caso in esame, del diritto dell'Unione Europea*» il primo riferimento effettuato dal T.a.r. è proprio agli «*artt. 6 e 13 della CEDU (che) riconoscono il diritto ad un giusto ed effettivo processo, sotto il profilo sostanziale, garantendo una tutela attraverso un'adeguata qualificazione della situazione giuridica soggettiva da proteggere e una tutela processuale attraverso le tre componenti fondamentali del principio di effettività: pienezza e completezza della tutela e ragionevole durata del processo*».

mento dell'Unione» (Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 15 febbraio 2016, n. 601). I due articoli della Convenzione, citati in apertura del quesito, non potranno quindi costituire il parametro della decisione, anche se, trattandosi di "principi generali", potranno comunque fungere da chiave di lettura delle altre norme richiamate, quelle sì appartenenti all'ordinamento eurounitario.

3. Il secondo quesito e la riduzione degli spazi di operatività dello strumento del ricorso incidentale

Con il secondo quesito il T.a.r. Piemonte ha richiesto alla Corte di Giustizia di chiarire «*se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2* bis *c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato*».

Il secondo quesito mette in evidenza un ulteriore *vulnus* al diritto di difesa, che potrebbe derivare dalle ridotte possibilità di impiego dello strumento difensivo del ricorso incidentale di cui all'art. 120, comma 2-*bis,* c.p.a.

La norma, infatti, preclude l'utilizzo del ricorso incidentale al termine della gara, laddove le ammissioni non siano state impugnate a monte nei termini ristretti previsti dal rito superspeciale.

A subirne le conseguenze è l'aggiudicatario, al quale viene preclusa la possibilità di difendersi dal ricorso principale avverso l'aggiudicazione in suo favore, proponendo a sua volta ricorso incidentale contro l'ammissione a gara del ricorrente principale.

Correttamente, quindi, il T.a.r. Piemonte mette in evidenza, anche sotto questo angolo di visuale, un'irragionevole compressione del diritto di difesa, per come è tutelato dal più volte richiamato art. 1, Dir. 89/665/CEE, nonché del principio di parità tra le parti processuali: i ricorsi principali, infatti, risulteranno più facilmente accolti, mentre al controinteressato sarà sottratto irragionevolmente un importante strumento difensivo, non potendo questi più censurare l'ammissione a gara del proprio concorrente.

Ancora con riferimento ai possibili profili di intersezione tra la nuova disciplina e l'istituto del ricorso incidentale, in giurisprudenza si sono manifestati ulteriori dubbi rispetto a quelli espressamente evidenziati dal T.a.r. Piemonte nell'ordinanza di rimessione in commento. Tali dubbi riguardano, in particolare, la proponibilità del ricorso incidentale nell'ambito di un giudizio sulle ammissioni ed esclusioni avviato "a monte", secondo il nuovo rito. A tal proposito, si è ritenuto che il ricorso incidentale escludente, proposto all'interno del rito superspeciale, non possa avere efficacia paralizzante, considerata la *ratio* del nuovo rito[29].

[29] Proprio dalla previsione *ex lege* dell'interesse al ricorso, caratterizzante il nuovo rito, deriverebbe l'incompatibilità con lo stesso rito dell'attivazione di ricorsi incidentali escludenti, che di fatto andrebbero a eludere i termini imposti dal legislatore. La *ratio* sottesa al nuovo rito sarebbe, in definitiva, compromessa dalla fissazione del termine per l'introduzione del ricorso incidentale con decorrenza dalla data di notifica del ricorso principale e non dalla data di pubblicazione del provvedimento che determina le ammissioni alla procedura, ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis* c.p.a. In questo senso si è espressa la V Sezione del Consiglio di Stato, affermando che «*la presunzione assoluta di insorgenza immediata dell'interesse a ricorrere, che discende dall'onere di immediata impugnazione dell'art. 120, comma 2*-bis*, di suo conduce non solo alla successiva non configurabilità di un ricorso incidentale escludente a valle dell'impugnazione principale dell'aggiudicazione, com'è testualmente detto allo stesso comma 2*-bis*, penultimo periodo […]; ma anche alla non configurabilità di analogo strumento, in senso proprio, come risposta a un ricorso immediato avverso l'altrui ammissione proposto in base al comma 2*-bis*, primo periodo, seconda parte*» (Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2018, n. 5036). Tale posizione era stata assunta anche in dottrina da G. La Rosa, *Il ricorso incidentale nel rito "super-speciale" di cui all'art. 120, commi 2* bis *e 6* bis*, c.p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, fasc. 2, pag. 175, secondo cui «*l'interesse che con il gravame incidentale si intende far valere preesiste alla proposizione del ricorso principale e, segnatamente, sussiste sin dal momento in cui è stato adottato il provvedimento di ammissione del concorrente. Una volta che il legislatore ha tipizzato, a mezzo di una* fictio iuris, *l'interesse in capo ad ogni concorrente a censurare gli atti di ammissione dei competitors alla medesima procedura di gara, non può revocarsi in dubbio come lo stesso abbia natura originaria e autonoma ed è indipendente dalla proposizione dell'altrui ricorso*». In senso opposto, tuttavia, si è espressa la III Sezione del Consiglio di Stato, affermando che «*l'esclusione del ricorso incidentale comporterebbe una considoeerevole compromissione delle facoltà di difesa della parte resistente la quale, vista la contestazione della sua ammissione alla gara, non potrebbe paralizzare in via riconvenzionale l'iniziativa avversaria*» (Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902; Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182). In base a tale secondo orientamento, vi sarebbe quasi un diritto della parte resistente, cui è stata contestata l'ammissione a gara, a poter paralizzare il ricorso avversario con un ricorso incidentale "escludente". D'altra parte, l'aggravio in termini di rapidità e snellezza, con il conseguente aggravio procedimentale, non sarebbe significativo, consistendo in soli 30 giorni, mentre sarebbe significativa la compromissione delle facoltà difensive. In particolare, la sentenza della III Sezione del Consiglio di Stato n. 5182 del 10 novembre 2017 ha chiarito che la decorrenza del termine di introduzione dell'impugnativa incidentale dalla notifica del ricorso principale non comprometterebbe la *ratio* del rito

Pertanto, non solo non sarebbe possibile, in sede di ricorso sull'aggiudicazione, impugnare con ricorso incidentale escludente l'altrui ammissione a gara, ma non sarebbe nemmeno possibile utilizzare lo strumento del ricorso incidentale escludente nell'ambito di un giudizio sulle ammissioni ed esclusioni ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, in commento.
Si evidenzierebbe, quindi, un doppio *vulnus* al diritto di difesa anche sotto il profilo dell'esperibilità del rimedio del ricorso incidentale, i cui spazi di operatività verrebbero oltremodo compressi.

In definitiva, i dubbi sulla compatibilità eurounitaria del nuovo rito possono essere molteplici e, in certi casi, possono andare oltre quanto già messo ben in luce dal T.a.r. Piemonte nella propria ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia.

Si attende, quindi, il pronunciamento della Corte di Giustizia, che dovrà rispondere ai due quesiti posti dal T.a.r. Piemonte, che – sia pure con la necessaria sintesi - comunque colgono il "nucleo" dei problemi posti dal nuovo rito in ottica di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea.
In attesa della pronuncia, ci si deve chiedere se l'obiettivo, pur astrattamente, condivisibile, di voler definire anticipatamente la platea degli ammessi a gara possa consentire delle forzature al sistema tratteggiato dal legislatore europeo quali quelle sopra analizzate, relative tanto ai presupposti dell'azione quanto più in generale a una possibile menomazione del diritto di difesa.

---

superaccelerato, «*restando comunque ferma la preclusione all'attivazione del rimedio processuale quale strumento per dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure riferite alla fase di ammissione*». Peraltro, ipotizzare di ammettere un ricorso incidentale privato delle proprie caratteristiche escludenti o paralizzanti, comporterebbe che «*il rimedio processuale azionato dal concorrente convenuto in giudizio finirebbe per risultare del tutto svincolato e indipendente dal ricorso principale, sia sotto il già esaminato profilo del termine decadenziale della sua introduzione in giudizio; sia sotto il profilo della essenzialità della sua cognizione, poiché il giudice sarebbe chiamato in ogni caso a scrutinare il mezzo incidentale anche in ipotesi di acclarata infondatezza del rimedio principale. Più in generale, il giudice dovrebbe esaminare entrambe le impugnative, indipendentemente dai loro esiti rispettivi, trattandole alla stregua di azioni del tutto autonome e prive di reciproche implicazioni. Dunque, non di "ricorso incidentale" in senso proprio potrebbe discorrersi, una volta sterilizzatene tutte le più specifiche proprietà che lo configurano come strumento di difesa riconvenzionale, proponibile in via consequenziale all'impugnativa principale*» (Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182).

Allegati

Case of G.I.E.M. S.R.L. and others v. Italy

Ordinanza T.a.r. Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88

GRAND CHAMBER

CASE OF G.I.E.M. S.R.L. AND OTHERS v. ITALY

(Applications nos. 1828/06 and 2 others – see appended list)

JUDGMENT
(*Merits*)

STRASBOURG

28 June 2018

In the case of G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Luis López Guerra, *President,*
Guido Raimondi,
Robert Spano,
Işıl Karakaş,
Kristina Pardalos,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Erik Møse,
Helen Keller,
Paul Lemmens,
Faris Vehabović,
Egidijus Kūris,
Iulia Motoc,
Jon Fridrik Kjølbro,
Branko Lubarda,
Yonko Grozev,

Khanlar Hajiyev,
András Sajó, *judges,*
and Johan Callewaert, *Deputy Grand Chamber Registrar,*

Having deliberated in private on 7 September 2015, on 23 November 2016, on 5 July 2017 and on 1 February 2018,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in three applications (nos. 1828/06, 34163/07 and 19029/11) against the Italian Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by four Italian companies and one Italian national: G.I.E.M. S.r.l., Hotel Promotion Bureau S.r.l. (company in administration), R.I.T.A. Sarda S.r.l. (company in administration), Falgest S.r.l. and Mr Filippo Gironda ("the applicants"), on 21 December 2005, 2 August 2007 and 23 December 2011 respectively.

2. The applicants were represented respectively by Mr G. Mariani and Mr F. Rotunno, lawyers practising in Bari; Mr G. Lavitola, lawyer practising in Rome and Mr V. Manes, lawyer practising in Bologna; and Mr A.G. Lana and Mr A. Saccucci, lawyers practising in Rome.

The Italian Government ("the Government") were represented by their Agent, Ms E. Spatafora, and their co-Agent, Ms P. Accardo.

3. The applicants submitted the following complaints:

(a) G.I.E.M. S.r.l alleged that there had been a violation of Article 6 § 1, Article 7 and Article 13 of the Convention, and also of Article 1 of Protocol No. 1, on account of the confiscation of its property.

(b) Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l. alleged that there had been a violation of Article 7 of the Convention and of Article 1 of Protocol No. 1, on account of the confiscation of their property.

(c) Falgest S.r.l. and Mr Gironda alleged that there had been a violation of Articles 7 and 13 of the Convention and of Article 1 of Protocol No. 1, on account of the confiscation of their property. Mr Gironda also argued that Article 6 § 2 of the Convention (presumption of innocence) had been breached.

4. Notice of the complaints under the above-mentioned Articles was given to the Government, respectively, on 30 March 2009 for application no. 1828/06, on 5 June 2012 for application no. 34163/07 and on 30 April 2013 for application no. 19029/11. Applications nos. 34163/07 and 19029/11 were declared inadmissible in respect of the other complaints submitted therein.

5. On 17 February 2015 a Chamber of the Second Section, composed of Işıl Karakaş, President, Guido Raimondi, András Sajó, Helen Keller, Paul Lemmens, Robert Spano and Jon Fridrik Kjølbro, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties to the case having objected (Article 30 of the Convention and Rule 72).

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 2 September 2015 (Rule 59 § 3 of the Rules of Court).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*
Ms P. Accardo,
Co-Agent;

(b) *for the applicant company G.I.E.M. S.r.l.*
Mr G. Mariani,

Mr F. Rotunno,
Counsel,
Ms C. Millaseau,
Adviser;

(c) *for the applicant companies Hotel Promotion Bureau S.r.l and R.I.T.A. Sarda S.r.l.*
Mr G. Lavitola,

Mr V. Manes,
Counsel,
Mr F. Mazzacuva,
Mr N. Recchia,
Ms A. Santangelo,
Advisers;

(d) *for the applicant company Falgest S.r.l and the applicant Mr Filippo Gironda*
Mr A.G. Lana,

Mr A. Saccucci,
Counsel,
Mr A. Sangiorgi,
Ms G. Borgna,
Advisers.

The Court heard addresses by Ms Accardo, Mr Mariani, Mr Rotunno, Mr Lavitola, Mr Manes, Mr Lana and Mr Saccucci, and the answers of Ms Accardo, Mr Rotunno, Mr Manes, Mr Lana and Mr Saccucci in reply to questions from judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicant companies have their registered offices respectively in Bari (G.I.E.M. S.r.l.), Rome (Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l.), and Pellaro (Reggio di Calabria) (Falgest S.r.l.).

Mr F. Gironda was born in December 1959 and lives in Pellaro.

A. G.I.E.M. S.r.l.

1. Building work on the applicant company's land

8. The applicant company owned a plot of land in Bari on the coast at Punta Perotti, with a total area of 10,365 sq. m, adjacent to land belonging at the time to a limited liability company Sud Fondi S.r.l. The land was classified as suitable for building in the general land-use plan (*piano regolatore generale*) in respect of two plots, the rest being earmarked for use by small businesses according to the plan's specifications.

9. In By-Law no. 1042 of 11 May 1992 the Bari municipal council approved a site division and development plan (*piano di lottizzazione* hereinafter "site development plan") submitted by Sud Fondi S.r.l. The plan provided for the construction of a multi-purpose complex, comprising housing, offices and shops. According to the applicant company, its land was automatically incorporated into the development plan by the municipal council.

10. On 27 October 1992 the Bari municipal authority asked the applicant company if it wished to be party to a site development agreement in order to be able to build on the land. If its response was negative, the authority would have to expropriate the land under Law no. 6 (1979) of the Apulia Region.

11. On 28 October 1992 the applicant company informed the Bari municipal authority that it wished to participate in a site development agreement. The authority did not reply.

12. On 19 October 1995 the Bari municipal authority issued a building permit to Sud Fondi S.r.l.

13. On 14 February 1996 Sud Fondi S.r.l. began the building work, which had mostly been completed by 17 March 1997.

2. Criminal proceedings against the directors of Sud Fondi S.r.l.

14. On 27 April 1996, following the publication of a newspaper article about the building work carried out near the sea at Punta Per-

otti, the public prosecutor of Bari opened a criminal investigation.

15. On 17 March 1997 the public prosecutor ordered a temporary measure restraining disposal of property in respect of all the buildings in question. He also added the names of certain individuals to the register of persons prosecuted, including those of the authorised representative of Sud Fondi S.r.l. and the managers and foremen responsible for the building work. In his decision the public prosecutor expressed the view that the locality known as Punta Perotti was a protected natural site and that the building of the complex was therefore illegal.

16. The representatives of Sud Fondi S.r.l. challenged the temporary restraining measure before the Court of Cassation. In a decision of 17 November 1997 that court declared the measure null and void and ordered the return of all the buildings to their owners, on the ground that it was not prohibited to build on the site according to the land-use plan.

17. In a judgment of 10 February 1999 the Bari District Court acknowledged the illegality of the buildings erected at Punta Perotti as they had been built in breach of Law no. 431 of 8 August 1985 ("Law no. 431/1985"), which prohibited the granting of planning permission in respect of sites of natural interest, including coastal areas. However, since in the present case the local authority had issued the building permits, and in view of the lack of coordination between Law no. 431/1985 and the regional legislation, which was incomplete, the court found that no negligence or criminal intent could be imputed to the defendants. All the defendants were thus acquitted on the ground that the mental element of the offence had not been made out ("*perché il fatto non costituisce reato*").

18. In the same judgment, finding that the development plans were materially in breach of Law no. 47/1985 and illegal, the Bari District Court ordered, in accordance with section 19 of that Law, the confiscation of all the developed land at Punta Perotti, including that belonging to the applicant company, together with the buildings thereon, and the incorporation of the property, without compensation, into the estate of the municipal authority of Bari.

19. In an order of 30 June 1999 the Heritage Minister (*Ministro dei beni culturali*) prohibited any building in the coastal area near the city of Bari, including at Punta Perotti, on the ground that it was

a site of significant natural interest. That measure was declared null and void by the Regional Administrative Court the following year.

20. The public prosecutor appealed against the judgment of the Bari District Court, calling for the defendants to be convicted.

21. In a judgment of 5 June 2000 the Bari Court of Appeal overturned the decision of the court below. It found that the granting of planning permission had been legal, in the absence of any ban on building at Punta Perotti, and there having been no appearance of illegality in the procedure for the adoption and approval of the site development agreements.

22. The Court of Appeal thus acquitted the defendants on the ground that no material element of an offence had been made out ("*perché il fatto non sussiste*") and revoked the confiscation measure in respect of all the buildings and land. On 27 October 2000 the public prosecutor appealed on points of law.

23. In a judgment of 29 January 2001 the Court of Cassation quashed the Court of Appeal's decision without remitting it. It acknowledged the material illegality of the site development plans on the ground that the land in question was subject to an absolute ban on building and to a landscape protection measure, both provided for by law. In that connection, the court noted that at the time the development plans had been adopted (20 March 1990), Regional Law no. 30/1990 on landscape protection had not yet entered into force. Consequently, the applicable provisions in the present case were those of Regional Law no. 56 of 1980 (on land use and development) and National Law no. 431/1985 (on landscape protection).

24. The Court of Cassation observed that Law no. 56/1980 in fact imposed a prohibition on building within the meaning of section 51(F), from which the circumstances of the case allowed no derogation, because the site development plans concerned plots of land that were not situated within the city limits. The court added that, at the time when the site development agreements were adopted, the land in question was included in an implementation plan (*piano di attuazione*) for the general land-use plan which post-dated the entry into force of Regional Law no. 56/1980.

25. The Court of Cassation noted that in March 1990 (see paragraph 23 above), at the time when the site development plans had been approved, no implementation scheme (*programma di attuazi-*

one) had been in force. In that connection the court referred to its case-law to the effect that an implementation scheme had to be in force at the time of the approval of site development plans (Court of Cassation, Section 3, 21 January 1997, *Volpe*; 9 June 1997, *Varvara*; 24 March 1998, *Lucifero*). The reason for this was again according to the case-law – that once an implementation scheme had expired, a building ban which had been discontinued by the scheme would become effective once again. Consequently, it was necessary to find that the land in question had been subject to a building ban at the time of the approval of the site development plans.

26. The Court of Cassation further referred to the existence of a landscape protection measure, under section 1 of National Law no. 431/1985. In the present case, as the competent authorities had not issued a notice of conformity with the requirements of landscape protection (that is, neither the *nulla osta* approval issued by the national authorities attesting to such conformity – under section 28 of Law no. 150/1942 – nor the prior approval of the regional authorities under sections 21 and 27 of Law no. 150/1942, nor the approval of the Regional Planning Committee under sections 21 and 27 of Regional Law no. 56/1980).

27. Lastly, the Court of Cassation noted that the site development plans concerned only 41,885 sq. m, whereas, according to the specifications of the general land-use plan for the city of Bari, the minimum area was set at 50,000 sq. m.

28. In the light of those considerations, the Court of Cassation thus found that the site development plans and building permits had been illegal. It acquitted the defendants on the grounds that they could not be found to have negligently or intentionally committed offences and that they had made an "unavoidable and excusable mistake" in the interpretation of the regional legislation, which was "obscure and poorly worded" and interfered with the national law. The Court of Cassation also took into account the conduct of the administrative authorities, and in particular the following facts: on obtaining the building permits, the defendants had been reassured by the director of the relevant municipal office; the site-protection prohibitions with which the construction project was at odds did not appear in the land-use plan; and the competent national authority had not intervened. Lastly, the Court of Cassation found that in the absence of any investigation concerning the reasons for the conduct

of the public bodies, it was not possible to speculate on those reasons.

29. In the same judgment the Court of Cassation ordered the confiscation of all the buildings and plots of land, on the ground that, in accordance with its case-law, the application of section 19 of Law no. 47 of 1985 was mandatory in the case of illegal site development, even where the property developers had not been convicted.

30. The judgment was deposited in the court Registry on 26 March 2001.

31. In the meantime, on 1 February 2001 the applicant company had again asked the Bari municipal authority for permission to enter into a site development agreement.

32. On 15 February 2001 the Bari municipal authority informed the applicant company that, following the judgment of the Court of Cassation of 29 January 2001, the ownership of the land at Punta Perotti, including that belonging to the applicant company, had been transferred to the municipality.

33. The criminal proceedings described above gave rise to another application to the Court (see *Sud Fondi S.r.l. and Others v. Italy*, no. 75909/01, 20 January 2009).

3. Actions taken by the applicant company for the return of its land

34. On 3 May 2001 the applicant company applied to the Court of Appeal of Bari seeking the return of its land. It alleged that, in line with case-law of the Court of Cassation, the confiscation of property belonging to a third party in relation to criminal proceedings could be ordered only to the extent that the latter had participated in the commission of the offence, in terms of either material or mental elements.

35. In a decision of 27 July 2001 the Court of Appeal upheld the applicant company's appeal.

36. The public prosecutor appealed on points of law.

37. In a judgment of 9 April 2002 the Court of Cassation quashed the decision of the Bari Court of Appeal and remitted the case to the

Bari District Court.

38. The applicant company lodged an interlocutory application for review of the enforcement order, seeking the return of its land.

39. In a decision deposited in the court's Registry on 18 March 2004, the Bari preliminary investigations judge (*giudice per le indagini preliminari*) dismissed the applicant company's application. He first observed that the company's grievances concerned neither the existence nor the formal lawfulness of the impugned measure, which was a mandatory administrative sanction that the criminal court was also entitled to impose in respect of the property of third parties which had not taken part in the commission of the offence of unlawful site development offence. The judge found that the public imperative of protecting land had to prevail over the individual interests.

40. The applicant company appealed on points of law. It emphasised that no construction work had actually been carried out on its land, which had not been the subject of a building permit. By its very nature, it argued, a confiscation measure should be directed solely against land upon which unlawful construction had taken place.

41. In a judgment of 22 June 2005, deposited in the court's Registry on 18 January 2006, the Court of Cassation, finding that the Bari preliminary investigations judge had addressed all the points in dispute giving logical and correct reasons, dismissed the applicant company's appeal on points of law. The court noted that the confiscation of the applicant company's land had been compliant with its settled case-law whereby the measure provided for in section 19 of Law no. 47 of 1985 was a mandatory administrative sanction imposed by the criminal court on the basis of the incompatibility of the situation of the property in question with the legislation on unlawful site development, even where the defendants had been acquitted. Property owners who were not parties to the criminal proceedings and who claimed to have acted in good faith would be entitled to seek redress before the civil courts.

4. Recent developments

42. According to the information provided by the parties, in October 2012 the Bari municipal authority, having regard to the principles set out and the violations found by the Court in its *Sud*

Fondi S.r.l. and Others judgments (*merits* and *just satisfaction*, no. 75909/01, 10 May 2012), asked the Bari District Court to return the confiscated land to the applicant company. In a decision of 12 March 2013 the preliminary investigations judge of that court revoked the confiscation measure and ordered the return of the land on account of the fact that, first, the Court had found a violation of Article 7 of the Convention in *Sud Fondi S.r.l. and Others* and, secondly, that the company was to be regarded as a *bona fide* third party because none of its directors had been found liable for the offence of unlawful site development. The judge's decision was entered in the land register on 14 June 2013 and the applicant company was thus able to recover its property on 2 December 2013.

43. On 7 April 2005 the applicant company had applied to the Bari District Court, seeking compensation for the damage it had sustained as a result of the conduct of the Bari municipal authority and the consequences for the company's assets. It reproached the municipal authority for: (1) failing to adopt an alternative to the land-use plan; (2) failing to clarify the existence of the constraints arising as to the authorised use of the areas concerned by the site development at issue; and (3) approving site development procedures which had apparently been lawful but had led to the confiscation of the land and had caused a significant economic loss.

According to the information provided by the parties, the proceedings were still pending, as the expert's report evaluating the damage, estimated at 52 million euros by the applicant company, had not yet been filed.

B. Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l.

1 The site development plan

44. The applicant company R.I.T.A. Sarda S.r.l. was the owner of land suitable for building with an area of 33 hectares at Golfo Aranci.

45. Under the municipal development scheme (*programma comunale di fabbricazione*) for Golfo Aranci, approved on 21 December 1981, the land in question belonged to zone F – classified as a tourist zone – and was suitable for building within a given volume.

It was possible to exceed that volume in the context of hotel or hotel-type development.

46. Wishing to build a hotel-type residential complex for tourists with a number of accommodation units (*produttiva alberghiera*), R.I.T.A. Sarda S.r.l. submitted a site development plan (*piano di lottizzazione*) to the competent authorities.

47. On 27 March 1991, under section 13 of Regional Law no. 45 of 1989, the Sardinia Region issued its *nulla osta* approval for building at a minimum distance of 150 metres from the sea, provided that once erected the buildings would actually be used for tourist accommodation. That obligation had to be recorded in the land register.

48. On 29 November 1991 the Sardinia Region granted the landscape transformation permit, under Law no. 431/1985 and section 7 of Law no. 1497/1939, to R.I.T.A. Sarda S.r.l. (see paragraphs 93-96 below).

49. The municipality of Golfo Aranci approved the site development plan with final effect on 17 December 1991.

50. On 22 April 1992, subject to the regional approval, the municipality of Golfo Aranci authorised the mayor to issue a derogating building permit allowing a greater construction volume than that provided for by its municipal development scheme, for the purposes of a hotel-type structure (*opere alberghiere ricettive*). The file shows that the site development plan concerned an area of 330,026 sq. m.

51. On 17 July 1992 the Sardinia Region issued its final approval of the plan.

52. In the meantime, on 22 June 1992, Regional Law no. 11/1992 had entered into force. It removed the possibility of derogating from the prohibition on building near the sea and fixed the minimum distance at 2 kilometres for dwellings and 500 metres for hotels. As regards buildings intended for hotel-type use, such as the hotel-type residential complexes for tourists in the present case, they were to be treated as dwellings. Under the same law, the minimum distance of 2 kilometres thus had to be maintained, except in the cases where, before 17 November 1989, a site development agreement had already been signed and the infrastructure work had already begun.

53. On 17 July 1992 the Sardinia Region authorised the mayor to

grant a building permit to R.I.T.A. Sarda S.r.l. by way of derogation from the municipal land-use plan.

54. On 13 August 1992 the mayor of Golfo Aranci and R.I.T.A. Sarda S.r.l. entered into a site development agreement. Under Article 10 thereof the buildings erected on the site would continue to be used for tourist-hotel purposes and could not be sold off in separate units for a period of twenty years. The agreement stipulated that the development plan was compliant with section 13 of Regional Law no. 45/1989 and with the other planning regulations; it certified that the applicant company had paid a deposit of an amount equivalent to the total cost of the amenities. That work was to be paid for by the applicant company, which would also be required to assign 30% of the land free of charge to the municipality for the primary infrastructure (*urbanizzazione primaria*).

55. On 31 August 1992 the municipality of Golfo Aranci issued a permit for the primary infrastructure. On 23 November 1992 the municipality issued the building permit for the construction work.

56. On 19 February 1993, following the entry into force on 22 June 1992 (see paragraph 52 above) of Regional Law no. 11/1992, amending Regional Law no. 45/1989, the regional authority revoked certain permits that had been granted under the previous legislation. The applicant company was not affected.

57. The work began in 1993. In 1997 eighty-eight housing units, less than one third of the total number, had been built. A number of them had been sold to individuals, subject to a clause stipulating that the property had to remain assigned, for a number of years, for tourist-hotel use.

58. On 28 January 1995 R.I.T.A. Sarda S.r.l., which was seeking new partners to optimise the project and share the risks, asked the municipal authority whether the sale of the buildings to third parties was compatible with the development agreement. On 14 February 1995 the municipal authority stated that the agreement had been drafted clearly enough; it therefore did not need clarification. It gave a favourable opinion as to the possibility of selling the buildings, but not in single units and provided the intended use of the properties remained unchanged.

59. On 11 March 1996 the municipal authority, again approached by the applicant company, confirmed the opinion issued on 14 Feb-

ruary 1995.

60. At an unknown date, R.I.T.A. Sarda S.r.l. entered into a preliminary contract of sale with Hotel Promotion Bureau S.r.l. concerning part of the land covered by the development agreement and certain buildings erected in the meantime. In addition, on 15 January 1996, Hotel Promotion Bureau S.r.l. entered into an agreement (*contratto di appalto*) with R.I.T.A. Sarda S.r.l. under which the latter undertook to carry out construction work on the land forming the object of the preliminary contract of sale.

61. With a view to becoming the owner of the land and buildings, on 26 February 1997 Hotel Promotion Bureau S.r.l. also signed agreements with a travel agent for the purpose of renting out units on a weekly basis.

62. On 22 October 1997 R.I.T.A. Sarda S.r.l. sold to Hotel Promotion Bureau S.r.l. 36,859 sq. m of land and the buildings known as "C2", namely sixteen units for residential-tourist use. In addition to the buildings R.I.T.A. Sarda S.r.l. assigned the construction rights to Hotel Promotion Bureau S.r.l. The price of the transaction was fixed at 7,200,000,000 Italian lire (ITL), equivalent to 3,718,489.67 euros (EUR).

63. In November 1997 R.I.T.A. Sarda S.r.l. was the owner of sixteen housing units and the plots of land covered by the site development plan, with the exception of plot no. 644 and those previously sold to Hotel Promotion Bureau S.r.l., which was the owner of the land it had purchased and of sixteen units.

64. On 26 March 1998 the municipal authority approved the transfer (*voltura*) of the building permit concerning the land and buildings purchased by Hotel Promotion Bureau S.r.l.

65. On 3 April 2006, further to a request by R.I.T.A. Sarda S.r.l. for a planning certificate in respect of the relevant property for the period 19901997, the municipal authority stated that the development agreement signed with R.I.T.A. Sarda S.r.l. and the permits granted were compatible with the planning regulations in force at the material time, and in particular with Regional Law no. 45/1989, and it therefore considered that the offence of unlawful site development was not made out in the circumstances.

2. The criminal proceedings

66. In 1997 the public prosecutor of Olbia opened a criminal investigation in respect of Mr M.C. and Mr L.C., the legal representatives of the applicant companies. They were suspected of a number of offences, including that of unlawful site development within the meaning of section 20 of Law no. 47/1985 for building too close to the sea and without planning permission, together with fraud for changing the intended use of the properties in breach of the development agreement.

67. On 20 November 1997 a court order restraining disposal of property was imposed on the land and buildings.

68. In a decision of 17 January 2000 the Sassari District Court returned the land and buildings to their rightful owners.

69. In a judgment of 31 March 2003 the Olbia District Court acquitted M.C. and L.C. on the merits in respect of all the offences, with the exception of that of unlawful site development, the prosecution of which was declared statute-barred.

70. Having regard to the entry into force of Regional Law no. 11 of 1992 (see paragraph 52 above) and the new minimum distance from the sea introduced therein, the District Court took the view that the municipality of Golfo Aranci should never have issued the building permits and that the previously issued authorisations could not legitimise the situation. The building permits were thus in breach of the law or, at least, ineffective (*inefficaci*). Although erected in accordance with the permits issued by the municipal authority, the constructions were thus incompatible with the statutory provisions and their existence thus constituted unlawful site development. In addition, the sale of the housing units to individuals cast doubt on their continued use for tourist-hotel purposes and this change of purpose also placed the buildings in breach of the law. In conclusion, the District Court ordered the confiscation of the property previously placed under a restraining order and the transfer of ownership to the municipality of Golfo Aranci within the meaning of section 19 of Law no. 47/1985.

71. As regards, in particular, the charge of fraud, the court took the view that the offence was not made out because there had been no financial loss to the municipality, since the cost of the infrastructure work remained the same even if the intended use changed. In

addition, the mental element, that is to say the existence of intent to defraud the municipality, had not been proved in view of the fact that the sale had been carried out as a result of the financial difficulties of R.I.T.A. Sarda S.r.l. Moreover, the court pointed out that the municipal authority had issued the company with a favourable opinion as regards the sale of the buildings.

72. In a judgment of 11 October 2004 the Cagliari Court of Appeal upheld the Olbia District Court's finding of dismissal (*non doversi procedere*) in respect of the offence which was statute-barred and reiterated that the municipality of Golfo Aranci should not have issued the building permits, which were illegal and in any event ineffective. The constructions erected were *de facto* incompatible with the regional legislation prohibiting them. In addition, between March 1995 and November 1997 most of the housing units had been sold off, thus changing their intended use. As to the charge of fraud, the Court of Appeal upheld the acquittal of the applicant companies' legal representatives on the basis of the same considerations, on this point, as those of the District Court. It confirmed the confiscation order.

73. Mr M.C. and Mr L.C. appealed on points of law but their appeal was dismissed by the Court of Cassation in a judgment of 15 February 2007.

3. Recent developments

74. According to the information provided by the Government, on 29 July 2015 the individual purchasers of the confiscated property still retained full possession. Shortly before that, on 21 May 2015, a resolution of the municipality of Golfo Aranci had acknowledged the genuine interest of the community in keeping the confiscated complex, referring in particular to the possibility of using the housing to cope with situations of urgency in the event that the local authorities should decide to assign the use of the property, directly or indirectly, for rent by persons with low income.

C. Falgest S.r.l. and Mr Gironda

1. Site development plan

75. The company Falgest S.r.l. and Mr Filippo Gironda were the coowners, each with a 50% interest, of a plot of land at Testa di Cane and Fiumarella di Pellaro (Reggio di Calabria) with a total surface area of 11,870 sq. m. The land-use plan provided solely for the possibility of building hotel-type residential complexes for tourists on that land.

76. On 12 October 1994 the applicants applied for a building permit to erect a tourist residential complex consisting of forty-two houses and sports facilities.

77. On 15 September 1997 the municipality of Reggio di Calabria issued the building permit.

78. After verification by the municipality, a number of variations from the plan were noted. The municipality ordered the suspension of the work on 26 January 1998.

79. On 29 January 1998 the applicants filed an amended plan (*variante in corso d'opera*), which provided for fewer houses (forty instead of fortytwo) and restricted the construction area. This amended plan sought to regularise the work as already carried out, within the meaning of Law no. 47/1985.

80. On 10 February 1998 the mayor of Reggio di Calabria cancelled the order suspending the work on the ground that the discrepancies in relation to the initial construction project could be regularised by means of the amended plan submitted in respect of ongoing work under section 15 of Law no. 47/1985.

81. On 1 October 1998 the inspector of the municipality of Reggio di Calabria noted that the work was in conformity with the amended plan. The work was pursued.

2. Criminal proceedings

82. In 2002 the public prosecutor of Reggio di Calabria opened an investigation in respect of Mr Gironda, in his capacity as co-owner of the property, and five others: a director of the company, two

signatories to the development project and two foremen. They were all suspected of committing a number of offences, in particular that of unlawful site development within the meaning of section 20 of Law no. 47/1985.

83. In a judgment of 22 January 2007 the Reggio di Calabria District Court acquitted all the defendants on the merits (*perché il fatto non sussiste*) in respect of all the charges, except for the offence of unlawful site development, the prosecution of which it declared statute-barred. The court noted that the project had provided for the construction of residences for hotel-type tourist accommodation. However, the structural specifications of the buildings (*caratteristiche strutturali*) and the evidence suggested that the real purpose of the project was the sale of houses to individuals, thus casting doubt on the intended hotel-type tourist use. This change of purpose rendered the site development unlawful. In conclusion, the court ordered the confiscation of the land and buildings and the transfer of the property to the municipality of Reggio di Calabria under section 19 of Law no. 47 of 1985.

84. In a judgment of 28 April 2009 the Reggio di Calabria Court of Appeal acquitted the applicants on the merits (*perché il fatto non sussiste*) in respect of all the charges, including that of unlawful site development. It revoked the confiscation of the property and ordered its return to the owners.

85. The Court of Appeal took the view, in particular, that the approved project was compatible with the land-use plan and the planning regulations. Given that there had been no preliminary or final contract of sale, there was no evidence of any change in the purpose of the constructions and therefore no unlawful development.

86. In a judgment of 22 April 2010, deposited in the Registry on 27 September 2010, the Court of Cassation quashed the judgment of the Court of Appeal without remitting it, finding that the change in purpose of the constructions was proved by statements made by third parties and by documents in the file. For the Court of Cassation, the offence of unlawful site development (the prosecution of which was statute-barred, entailing the dismissal of the case) had thus indeed been knowingly committed by the defendants. Consequently, the property in question again became subject to the confiscation order made at first instance by the Reggio di Calabria District Court. The acquittals were maintained.

3. *Current state of confiscated property*

87. According to an expert's report of 5 May 2015, the expert having been appointed by the applicants, the complex confiscated from the latter was in an advanced state of abandonment and neglect. In the applicants' submission, the municipal authority, which was the owner of the property, had not carried out any work to keep the open spaces maintained.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. General principles of criminal law

88. Article 27 § 1 of the Italian Constitution provides that "criminal liability is personal". The Constitutional Court has affirmed on several occasions that there can be no strict liability in criminal matters (see, *inter alia*, Constitutional Court judgment no. 1 of 10 January 1997). Article 27 § 3 of the Constitution provides: "Punishments ... shall aim at rehabilitating the convicted person".

89. The second and third paragraphs of Article 25 of the Constitution provide that "no punishment may be inflicted except by virtue of a law in force at the time the offence was committed", and that "no restriction may be placed on a person's liberty save for as provided by law".

90. Article 1 of the Criminal Code states that "no one may be punished for an act which is not expressly defined by law as constituting a criminal offence, under any penalty which is not prescribed by law". Article 199 of the Criminal Code on security measures provides that no one may be subject to security measures which are not provided for by law, or in cases other than those provided for by law.

91. The first paragraph of Article 42 of the Criminal Code provides that "no one may be punished for an act or omission constituting a criminal offence provided by law if, in committing the acts, the perpetrator did not have the corresponding awareness and intent [*coscienza e volontà*]". The same rule is set out in section 3 of Law no. 689 of 25 November 1989 as regards administrative offences.

92. Article 5 of the Criminal Code provides that "no one may

plead ignorance of criminal law in order to obtain exemption from liability". The Constitutional Court (in judgment no. 364/1988) ruled that this principle did not apply in the case of an unavoidable error, so that the provision must henceforth be read as follows: "no one may plead ignorance of criminal law in order to obtain exemption from liability, save in the case of an unavoidable error". The Constitutional Court stated that the possible origin of any objectively unavoidable error regarding criminal law was the "absolute obscurity of the law", the "erroneous assurances" of persons institutionally responsible for assessing the lawfulness of the acts to be performed, or the "extremely chaotic" state of case-law.

B. Rules on land planning and development

93. The protection of areas of outstanding natural beauty (*bellezze naturali*) is regulated by Law no. 1497 of 29 June 1939, which lays down the State's right to impose "special landscape protection orders" (*vincolo paesaggistico*) in respect of the sites to be protected.

94. Under Presidential Decree no. 616 of 24 July 1977 the State delegated administrative functions regarding the protection of exceptional natural sites to the regional authorities.

1. Law no. 431 of 8 August 1985 (emergency provisions regarding sites of major environmental importance)

95. Section 1 of this Law imposes limitations geared to protecting landscapes and the environment within the meaning of Law No. 1497/1939 (*vincolo paesaggistico e ambientale*), including on coastal areas located at less than 300 metres from the surf line, even for land rising directly above the sea. This provision imposes a requirement to apply to the competent authorities for a notice of compliance with landscape protection for any development project affecting the relevant areas. Such limitations do not apply to land included in "urban zones A and B", that is to say town centres and adjacent areas. In the case of land located in other zones, the limitations do not apply to plots included in any "implementation plan".

96. This legislation placed the entire territory of Italy under general protection. Anyone failing to comply with the constraints set

out in section 1 is punishable under the terms of section 20 of Law no. 47/1985 (sanctions in land planning matters; see paragraph 104 below).

2. Law no. 10 of 27 January 1977 (rules on the development potential of land)

97. Section 13 of this Law provides that general land-use plans may be implemented subject to the existence of an implementation plan or scheme (*piano o programma di attuazione*). Such implementation schemes must delimit the zones in which the provisions of the general land-use plans are to be implemented.

98. It is incumbent on the regional authorities to decide on the content of implementation plans and the procedure for establishing them, and to draw up a list of towns and cities exempted from the requirement to adopt such plans.

99. Where a town or city is required to adopt an implementation plan, building permits can be issued by the municipal authority only if they cover an area included in the implementation scheme (with exceptions as prescribed by law), and provided that the project complies with the general land-use plan.

100. Under section 9, towns and cities exempted from the requirement to adopt an implementation plan may issue building permits.

3. Apulia Regional Law no. 56 of 31 May 1980

101. Section 51(f) of this Law provides:

> "... Pending the entry into force of the territorial land-use plans ...
>
> (f) It is forbidden to build at a distance of less than 300 metres from the surf line or from the highest point overhanging the sea.
>
> Where a land-use plan (*strumento urbanistico*) is already in force or has already been adopted at the time of entry into force of the present law, building is only possible in zones A, B and C within inhabited centres and tourist facilities. Fur-

thermore, it is permissible to construct public infrastructure and to complete industrial and small-business installations whose construction was already under way when this law came into force."

4. Law no. 47 of 28 February 1985 (rules on the oversight of development and building activities, sanctions, restitution and regularisation of constructions)

102. Section 18, as in force at the material time, provided as follows:

"Unlawful site development by means of construction obtains in cases where building work commences on a given plot of land involving development that is inconsistent with land-use plans [*strumenti urbanistici*] which are already in force or have been adopted, or is at least incompatible with national or regional legislation, or otherwise does not have the requisite authorisation ...; and also where the development is carried out by dividing up and selling (or otherwise fragmenting) the land, creating plots which, by their very nature, ... clearly demonstrate their actual intended use. ..."

103. Section 19 of this law provides for the confiscation of unlawful constructions and unlawfully developed land, in cases where the criminal courts have delivered a final judgment as to the unlawfulness of the development. The criminal judgment is immediately entered in the land register.

104. Section 20 provides that in the event of unlawful site development – as defined in section 18 of the same law – the corresponding criminal penalties are a maximum two-year prison sentence and a fine of up to 100 million Italian lire (approximately EUR 51,646). Confiscation is not mentioned.

5. The Construction Code (Presidential Decree no. 380 of 6 June 2001)

105. Presidential Decree no. 380 of 6 June 2001 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*) codified previously existing provisions in the field of planning permission in particular.

106. Article 30 § 1 of the Construction Code, which incorporates

section 18(1) of Law no. 47/1985, unamended, provides as follows:

"Unlawful site development obtains in cases where building work commences on a given plot of land involving a development project which is incompatible with planning regulations (that is to say the local development plan, land-use plan or any other provision governing territorial and urban planning at the level of a given territory [*strumenti urbanistici*]) ... or otherwise lacks the requisite authorisation ...; and also where the development project is implemented by dividing up and selling or otherwise fragmenting the land, creating plots which, by their very nature, ... clearly demonstrate their actual intended use."

107. Under Article 30 §§ 7 and 8 of the Construction Code, which incorporates, unamended, section 18 (7) and (8) of Law no. 47/1985, in the case of site development without municipal authorisation, the municipal authority must issue an order suspending all work on the plots of land in question. The authority in question must also ensure that the land and the constructions thereon cannot be the subject of any transaction. The suspension order must be entered in the land register. Unless the suspension decision is revoked within the ensuing ninety days, the developed land passes automatically and free of charge into the estate of the municipality on whose territory the site development has been carried out. The municipal authority must arrange for the subsequent demolition of the constructions. Should that authority fail to act, the regional authority may order the measures it deems necessary, and must simultaneously inform the public prosecutor's office with a view to possible criminal proceedings.

108. At the time of the codification, sections 19 and 20 of Law no. 47/1985 were merged without amendment into a single provision, namely Article 44 of the Code, under the following heading: "Art. 44 (L) Criminal sanctions ...". Article 44 § 2 of the Construction Code incorporates, unamended, section 19 of Law no. 47/1985 as amended by Article 3 of Legislative Decree no. 146 of 23 April 1985, which was converted into Law no. 298 of 21 June 1985. Article 44 provides:

> "2. In a final judgment [*sentenza definitiva*] establishing that there has been unlawful site development, the criminal court shall order the confiscation of the unlawfully developed land and the illegally erected buildings. Following the confisca-

tion, the land shall pass into the estate of the municipality on whose territory the site development has been carried out. The final judgment shall constitute a document of title for immediate entry in the land register."

C. The offence of unlawful site development

1. Forms of the offence

109. According to the definition in section 18(1) of Law no. 47/1985, and Article 30 § 1 of the Construction Code, unlawful site development may take four different forms:

(a) "material" unlawful site development (*Lotizzazione abusiva materiale*);

(b) "contractual" (*negoziale*) unlawful site development (*Lottizzazione abusiva negoziale*);

(c) "hybrid" unlawful site development (*Lottizzazione cosiddetta mista*); and

(d) site development involving a change of intended use of buildings (*Lotizzazione abusiva mediante mutamento della destinazione d'uso di edifici*).

(a) "Material" unlawful site development

110. The offence of "material" unlawful site development refers to an urban development project involving the construction of buildings or amenities, or urban development projects liable to cause a given territory to be used in a different manner from that laid down in the planning regulations. There are two different forms of unlawful site development in this category, depending on the types of regulations breached:

(i) procedural "material" unlawful site development, referring to a development project which is unauthorised or incompatible with the authorisation granted; or

(ii) substantive "material" unlawful site development, where the development project has been authorised by the authorities (the mu-

nicipality or possibly the regional council) but such authorisation is illegal on grounds of incompatibility with planning regulations and regional or national legislation.

111. Prior to judgment no. 5115 (2002) of the plenary Court of Cassation (*Salvini and Others*), there was some controversy as to the notion of the substantive type of "material" unlawful site development. According to a line of Court of Cassation case-law, this type of development was not unlawful where it had been authorised by the competent authorities (Court of Cassation, 1988, *Brunotti*, and Court of Cassation, no. 6094, 1991, *Ligresti and Others*). Land planning was regulated by a series of administrative acts which, on the basis of the broader land-use plan, led to the adoption of decisions on individual cases. The criminal courts had no power to waive the implementation of the administrative decision authorising individual projects, save where it was deemed non-existent or invalid (Court of Cassation, *Ligresti and Others,* cited above). In so far as the unlawful site development encroached on the powers of the public authorities in matters of land planning, the offence was made out where a new developed area was created without any preventive supervision on the part of the municipality (Court of Cassation, 1980, *Peta*, and Court of Cassation, *Brunotti*, cited above). In conclusion, under this approach the development was unlawful only where it was not authorised, and not where, despite planning permission, the activity was deemed inconsistent with other planning regulations.

112. In its judgment no. 5115 of 2002, however, the plenary Court of Cassation rejected this line of case-law in favour of a second approach, which is now well established, whereby the offence is made out not only where the construction is under way in the absence or in breach of any planning permission, but also in the case of permission which is not in conformity with other planning regulations, in particular at regional or national level ("substantive" material offence of unlawful site development). According to that line of case-law, the "procedural" material offence of unlawful site development should be regarded as a residual hypothesis in relation to "contractual" unlawful site development.

(b) "Contractual" unlawful site development

113. The offence of unlawful site development is also made out where a development project is implemented by dividing up and sell-

ing (or otherwise fragmenting) land, creating plots which, by their very nature, clearly demonstrate their actual intended use, which is different from that provided for by the planning regulations. In this scenario, the development project exclusively stems from a legal procedure rather than a physical activity (building work) (Court of Cassation, 2009, *Quarta*). Where legal acts are combined with building activity, the status of "contractual" development shifts to that of "hybrid" unlawful site development (see Court of Cassation, no. 618, 2012). Contractual unlawful site development is an offence which involves multiple perpetrators, that is to say, at least the vendor and the purchaser of the plots of land.

(c) "Hybrid" unlawful site development

114. This type of unlawful site development comprises the legal activity of dividing up a piece of land into plots and the ensuing building activity (Court of Cassation, no. 6080, 2008, *Casile*; Court of Cassation no. 45732, 2012, *Farabegoli*; and Court of Cassation, no. 3454, 2013, *Martino*).

(d) Unlawful site development by changing the intended use of buildings

115. Lastly, case-law has included in the concept of unlawful development the scenario of changing the intended use of buildings erected in a zone already covered by an approved site development plan. The change may, for instance, involve splitting up a tourist/hotel complex and selling the units separately as private dwellings. Such a change of intended use must be such as to affect the land-use plan. This mode of development fits into either the material or the contractual category of site development depending on whether the emphasis is placed on the existence of constructions (material element) or on the manner in which the development project is implemented, that is to say by a legal act (see, to that effect, Court of Cassation, no. 20569, 2015). Even though this mode of development does not involve unauthorised building activity, case-law considers that it is one of the situations provided for in Article 30 of the Construction Code, given that the separate sale of buildings necessarily entails dividing up the land on which they are built (*Farabegoli*, cited above).

2. The legal interests affected by the unlawful site development

116. According to the Court of Cassation, in creating the offence of unlawful site development the legislature intended to protect two different interests: on the one hand, it wished to ensure that land development proceeded under the supervision of the public authorities responsible for land-use planning (in particular by criminalising the procedural material and contractual offences of unlawful site development) (Court of Cassation, *Salvini and Others*, cited above; Court of Cassation, no. 4424, 2005; and *Consiglio di Stato*, no. 5843, 2003), thus avoiding the risk of infrastructure development that is unplanned or different from that originally planned (Court of Cassation, no. 27289, 2012, *Dotta*); on the other hand, it sought to guarantee that the land development complies with planning regulations (this applies to development projects which have been authorised but in a manner incompatible with other laws, that is to say the substantive material offence of unlawful development) (Court of Cassation, *Salvini and Others*, cited above; Court of Cassation, no. 4424, cited above; and *Consiglio di Stato*, no. 5843, cited above).

117. The Court of Cassation has explicitly stated that the offence of unlawful development constitutes an offence of endangerment. In one particular case, drawing a parallel with the offence of unlawful erection of a building, it referred to an abstract danger, that is, an irrebuttable presumption of danger, justifying that the perpetrator should be penalised regardless of the existence of an actual danger (Court of Cassation, no. 20243, 2009, *De Filippis*).

D. Confiscation as a sanction for unlawful site development

1. Nature of the confiscation

118. The Court of Cassation has always regarded confiscation as a "sanction", and in fact initially classified it as a criminal sanction. That meant that it could be applied solely in respect of the property of an accused who was found guilty of the offence of unlawful site development, in accordance with Article 240 of the Criminal Code (*Brunotti*, cited above; Plenary Court of Cassation, 1990, *Cancilleri*; and *Ligresti,* cited above).

119. In a judgment of 12 November 1990 the Court of Cas-

sation (*Licastro* case) found that confiscation was a mandatory administrative sanction, unconnected to a criminal conviction. It could therefore, in that court's view, be imposed on third parties when it stemmed from a situation (construction or site development) which was factually unlawful, regardless of the existence of a mental element. This meant that confiscation could be ordered even if the perpetrator had been acquitted on the grounds of a lack of any mental element ("*perché il fatto non costituisce reato*"). It could not be ordered if the perpetrator had been acquitted on the grounds that the charge had no material basis ("*perché il fatto non sussiste*").

120. This line of case-law has frequently been followed (Court of Cassation, 1995, *Besana*; Court of Cassation, no. 331, 15 May 1997, *Sucato*; Court of Cassation, no. 3900, 23 December 1997, *Farano*; Court of Cassation, no. 777, 6 May 1999, *Iacoangeli*; and Court of Cassation, 25 June 1999, *Negro*). The Constitutional Court acknowledged the administrative nature of confiscation in its decision no. 187 of 1998.

121. Despite the approach adopted by the Court in the *Sud Fondi S.r.l. and Others* decision of 2007 (*Sud Fondi S.r.l. and Others v. Italy* (dec.), no. 75909/01, 30 August 2007), as confirmed by the 2009 *Sud Fondi S.r.l. and Others v. Italy* judgment (merits, cited above) and the 2013 *Varvara v. Italy* judgment (no. 17475/09, 29 October 2013), the Court of Cassation and the Constitutional Court have reiterated the position that the impugned confiscation is an administrative sanction (Court of Cassation, no. 42741, 2008; Plenary Court of Cassation, no. 4880, 2015; and Constitutional Court, no. 49, 2015). Nevertheless, these courts have accepted that the criminal court must order such measures with regard for the standards of protection laid down in Articles 6 and 7 of the Convention (see, for example, Court of Cassation, Ord., no. 24877, 2014). The Court of Cassation has explicitly acknowledged the punitive (*afflittivo*) nature of confiscation (Court of Cassation, no. 39078, 2009, and Court of Cassation, no. 5857, 2011). In its judgment no. 21125 of 2007 it held that the primary function of confiscation was deterrence.

122. Consequently, the sanction is authorised even where the criminal proceedings for unlawful site development do not lead to the "formal" conviction of the accused (see Court of Cassation, judgment no. 39078, 2009, and Constitutional Court judgment no. 49, 2015), unless the accused has had nothing to do with the perpe-

tration of the offence and his good faith has been formally ascertained (Court of Cassation, no. 36844, 2009).

2. Role of the criminal court in the application of the sanction

123. Confiscation for unlawful site development is a measure which can be ordered by an administrative authority (the municipality or, failing that, the region) or by a criminal court.

124. The jurisdiction of the criminal courts in matters of confiscation is strictly tied to their power to establish the criminal liability of individuals in cases of unlawful site development. Consequently, where the offence of unlawful site development becomes statute-barred before the commencement of the criminal proceedings, a court which subsequently dismisses the proceedings cannot order any confiscation measure. It may only do so if the limitation period expires after the commencement of criminal proceedings.

125. In the case of an unlawful site development (the procedural material offence or the contractual offence) which has been carried out in the absence or in breach of planning permission, two different approaches have emerged in domestic case-law. Under the first, the criminal court replaces the administrative authority (*svolge un ruolo di supplenza*: see Court of Cassation, no. 42741, 2008; Court of Cassation, no. 5857, 2011; and Court of Cassation, decision no. 24877, 2014).

126. Under the other approach, the confiscation provided for in Article 44 of the Construction Code is the expression of a punitive (*sanzionatorio*) power assigned by law to the criminal court, that power being neither secondary or alternative but independent from that of the administrative authorities. According to the Court of Cassation, the idea that the criminal court replaces the administrative authority should now be considered obsolete in matters of planning, because the criminalisation of unlawful site development is intended to guarantee territorial protection (Court of Cassation, no. 37274, 2008, *Varvara*, and Court of Cassation, no. 34881, 2010, *Franzese*).

127. Moreover, in the case of the substantive material offence of unlawful site development, the criminal court's role is not merely to ensure that no site development is conducted in the absence or in breach of planning permission, but also to ascertain that the devel-

opment, whether authorised or not, is compatible with norms of a higher rank in relation to the authorisation decision. If it wishes to order confiscation, a criminal court must ascertain that the material element of the offence of unlawful site development is made out, which means that it must establish the existence of all the constituent elements of the unlawful conduct. Under section 18 of Law no. 47 of 1985, the notion of unlawful conduct is not confined to activities carried on without authorisation, but also includes acts in breach of planning regulations and of regional and national norms (Court of Cassation, *Salvini and Others*, cited above). In this context, the Court of Cassation has clarified the relationship between the administrative decision authorising site development and the power of the criminal court to make a finding of unlawful site development and to order confiscation. The Court of Cassation has explained that where the planning permission does not comply with other planning regulations, the criminal court may find against the perpetrator of the development and order confiscation without the need for any administrative assessment of the permission granted. Given that the criminal court is not empowered to declare the permission null and void, it will remain valid (Court of Cassation, *Salvini and Others*, cited above; Court of Cassation, *Varvara*, cited above; and Court of Cassation, no. 36366, 2015, *Faiola*).

3. Effects on confiscation of subsequent regularisation of site development (sanatoria)

128. Where the unlawful site development has been carried out in the absence of, or in breach of, planning permission, the administrative authority can prevent confiscation being ordered by the criminal court only if all the following conditions are met: (a) the site development has subsequently been regularised (*sanato*) by the municipal authority; (b) the act of regularisation is lawful; and (c) the subsequent planning permission (or the amendment of the land-use plan) is issued before the criminal conviction becomes final. Thus, once the conviction has become final, the confiscation measure can no longer be revoked, even in the case of subsequent regularisation of the development by the administrative authority (Court of Cassation, no. 21125, 2007, *Licciardello*; Court of Cassation, no. 37274, 2008, *Varvara* and *Franzese,* cited above).

129. On the other hand, in the case of all unlawful site development projects which have been authorised but which infringe other

rules of a higher order – those cases, according to the Court of Cassation, representing the most frequent kind (substantive "material" unlawful site development) the administrative authority has no power of regularisation. In such cases the criminal court acts completely autonomously and independently from the administrative authority (Court of Cassation, nos. 21125 of 2007, 39078 of 2009, 34881 of 2010 and 25883 of 2013).

E. Constitutional Court case-law

130. In its judgments nos. 348 and 349 of 22 October 2007 the Constitutional Court clarified the Convention's rank in the hierarchy of sources of domestic law. Article 117 of the Constitution, as amended by Constitutional Law no. 3 of 18 October 2001, requires the legislature to comply with international obligations. Thus the Constitutional Court took the view that the Convention was a norm of intermediate rank between ordinary statute law and the Constitution and that it had to be applied as interpreted by the European Court of Human Rights.

131. Consequently, according to the Constitutional Court, it was for the ordinary domestic court to interpret the domestic rule in conformity with the Convention and with the Court's case-law but, when such an interpretation was impossible or the court had some doubt as to the compatibility of the domestic rule with the Convention, the court was required to refer a question of constitutionality.

132. In January and May 2014 two questions of constitutionality were referred to the Constitutional Court, by the Teramo District Court and the Court of Cassation respectively, on the subject of Article 44 § 2 of Legislative Decree no. 380/2001 following the *Varvara v. Italy* judgment (no. 17475/09, 29 October 2013).

133. In its judgment no. 49 of 26 March 2015, the Constitutional Court found as follows (translation from the court's website):

"6.– The question raised by the Court of Cassation along with that raised by the *Tribunale di Teramo* is also inadmissible on the grounds that both are based on an interpretative assumption which is mistaken on two counts.
Whilst differing as regards the effects which the *Varvara* judgment

supposedly generates within the national legal order, both referring courts are convinced that in making this judgment the Strasbourg Court laid down a principle of law which was both innovative and binding on the courts required to apply it by adopting a new approach to the interpretation of Article 7 ECHR.

The first misunderstanding attributable to the referring courts relates to the meaning which they have inferred from the judgment of the Strasbourg Court.

Ultimately, the European Court is alleged to have asserted that, once a sanction has been classified under Article 7 ECHR, and thus once a 'penalty' has been deemed to fall within its scope, it can only be imposed by a criminal court at the same time as a conviction for an offence. As a result, confiscation in accordance with spatial planning provisions – which until now has continued to operate as an administrative penalty under national law, which may be imposed first and foremost by the public administration, albeit buttressed by the guarantees provided by Article 7 ECHR – is claimed to have been incorporated in full into the area of criminal law or, to put it differently, the substantive protection guaranteed by Article 7 is claimed to have been supplemented by a further formal safeguard consisting in the reservation of competence over the application of the measure comprising a 'penalty' to the criminal courts, thus meaning that they can only be imposed at the same time as a conviction. This is claimed to result in a corollary: as soon as the administrative offence, which the legislator distinguishes with broad discretion from a criminal offence (see Order no. 159 of 1994; followed by Judgments no. 273 of 2010, no. 364 of 2004 and no. 317 of 1996; and Orders no. 212 of 2004 and no. 177 of 2003), was capable of providing self-standing criteria for classifying the 'offence' under the ECHR, it would be attracted into the scope of the criminal law of the contracting state. This accordingly supposedly results in a merger between the concept of criminal sanction on national level and that on European level. As a result, the area of criminal law is claimed to have expanded beyond the discretionary evaluations of legislators, even in cases involving sanctions that, whilst minor, would still constitute 'penalties' for the purposes of Article 7 ECHR on other grounds (Grand Chamber, judgment of 23 November 2006 in *Jussila v. Finland*).

In asserting this argument, the referring courts do not appreciate that its compatibility both with the Constitution and with the

ECHR itself, as interpreted in the rulings of the Strasbourg Court, would be questionable.

6.1.– ... As is known, since its judgments of 8 June 1976 in *Engel [and Others] v. the Netherlands* and of 21 February 1984 in Öztürk v. Germany, the Strasbourg Court has developed specific criteria for establishing when a sanction can be classified as a 'penalty' within the meaning of Article 7 ECHR precisely in order to ensure that the wide-scale processes of decriminalisation which have been launched by the member states since the 1960s do not have the effect of depriving offences of the substantive guarantees assured by Articles 6 and 7 ECHR after decriminalisation (see Öztürk [cited above]).

Thus, the discretion of national legislators to stem the proliferation of the criminal law through the recourse to regimes of sanctions considered to be more appropriate, with reference both to the nature of the sanction imposed and the simplified procedures applicable during the initial administrative stage in which the sanction is imposed, has not been called into question. The aim has rather been to avoid this route from resulting in the dissipation of the bundle of protection which had historically been associated with the development of criminal law, the protection of which ECHR is intended to further.

It is within this twin-track approach – under which on the one hand the state's criminal policy choices are not opposed but where on the other hand the detrimental effects of those policies on individual guarantees are kept in check – that the nature of the ECHR is vividly demonstrated as an instrument charged with looking beyond the aspects related to the formal classification of an offence, without however impinging upon the legislative discretion of the states but rather assessing the substance of the human rights in play and safeguarding their efficacy.

It is in fact a consolidated principle that the 'penalty' may also be applied by an administrative authority, albeit upon condition that an appeal may be lodged against the decision before a court of law offering the guarantees provided for under Article 6 ECHR, even if it does not necessarily exercise criminal jurisdiction (see most recently the judgment of 4 March 2014 in *Grande Stevens and Others v. Italy*, with reference to a sanction considered to be serious). It has been added that the 'penalty' may result from the completion of an administrative procedure even without any formal declaration of guilt by a criminal court (see the judgment of 11 January 2007 in

Mamidakis v. Greece).
6.2.– ... Expressions of this type, which are linguistically open to an interpretation that does not require a finding of responsibility exclusively in the form of a criminal conviction, are entirely consistent in logical terms with the Strasbourg Court's function of perceiving the violation of the human right in its tangible dimension, irrespective of the abstract formula used by the national legislator to classify the conduct.
This Court must conclude that the referring courts were not only not required to infer the principle of law on which the current interlocutory questions of constitutionality are based from the *Varvara* judgment but should also have read the judgment as having the opposite effect. In fact, this judgment is compatible with the text of the decision and the facts of the case ruled upon, which is more in keeping with the traditional logic underpinning the case-law of the European Court, and in any case respects the constitutional principle of subsidiarity in the area of criminal law, as well as the legislative discretion over the policy on the punishment of offences, as the case may be opting to classify the sanction as administrative in nature (for internal purposes).
Within the perspective of the Strasbourg Court, the guarantees which Article 7 ECHR offers in relation to confiscation in accordance with spatial planning provisions are certainly mandated by the excessive result which such a measure may lead to beyond the restoration of the breach of the law (see the judgment of 20 January 2009 in *Sud Fondi S.r.l. and Others v. Italy*), which in turn results from the manner in which that institute is configured under Italian law.
However, they do not detract from the possibility that the power to impose administrative sanctions, which is the task of such a measure prior to any involvement by the criminal courts, may indeed be linked to the public interest in the 'construction planning of the territory' (see Judgment no. 148 of 1994), the furtherance of which is a task for the public administration. It is important to add that this interest is by no means foreign to the ECHR perspective (see the judgment of 8 November 2005 in *Saliba v. Malta*).
As things currently stand, unless there are any further developments in the case-law of the European court (following the referral to the Grand Chamber of disputes relating to national confiscations based on spatial planning provisions in applications no. 19029/11, no. 34163/07 and no. 1828/06), the argument proposed by the refer-

ring courts as a starting point for their doubts concerning the constitutionality of the contested provisions that the *Varvara* judgment may be unequivocally interpreted to the effect that confiscation in accordance with spatial planning provisions may only be ordered in parallel with a conviction by the courts for the offence of unlawful parcelling must accordingly be concluded to be mistaken.
7.– ... It is not always immediately clear whether a certain interpretation of the provisions of the ECHR has become sufficiently consolidated at Strasbourg, especially in cases involving rulings intended to resolve cases that turn on highly specific facts, which have moreover been adopted with reference to the impact of the ECHR on legal systems different from that of Italy. In spite of this, there are without doubt signs that are capable of directing the national courts during their examination: the creativity of the principle asserted compared to the traditional approach of European case-law; the potential for points of distinction or even contrast from other rulings of the Strasbourg Court; the existence of dissenting opinions, especially if fuelled by robust arguments; the fact that the decision made originates from an ordinary division and has not been endorsed by the Grand Chamber; the fact that, in the case before it, the European court has not been able to assess the particular characteristics of the national legal system, and has extended to it criteria for assessment devised with reference to other member states which, in terms of those characteristics, by contrast prove to be little suited to Italy.
When all or some of these signs are apparent, as established in a judgment which cannot disregard the specific features of each individual case, there is no reason to require the ordinary courts to use the interpretation chosen by the Strasbourg Court in order to resolve a particular dispute, unless it relates to a 'pilot judgment' in a strict sense."

F. Non-conviction-based confiscation in Italian law

134. Confiscation is generally a criminal-law measure under Article 240 of the Criminal Code. In principle, the application of this measure, particularly as regards the confiscation provided for in the first paragraph of that Article, depends on the defendant's conviction. There are other forms of non-conviction-based confiscation (*confisca senza condanna*) in Italian law such as the direct confis-

cation of proceeds of crime (Court of Cassation, no. 31617, 2015, *Lucci*); preventive confiscation under section 2(3) of Law no. 575 of 31 May 1965 and Article 24 of the Anti-mafia Code; confiscation related to contraband offences under Article 301 of Presidential Decree no. 43/1973, as amended by section 11 of Law no. 413/1991 (Court of Cassation, no. 8330, 2014, *Antonicelli and Others*); confiscation of animals (section 4 of Law no. 150 of 1992, see Court of Cassation, no. 24815, 2013); and the confiscation of works of art and cultural items (Article 174 § 3 of Legislative Decree no. 42 of 2004, see Court of Cassation, no. 42458, 2015, *Amalgià*).

G. Other provisions

135. Under Article 676 of the Code of Criminal Procedure, any third parties in relation to criminal proceedings which might have repercussions for their property are entitled to seek revocation of the confiscation measure in accordance with Articles 665 et seq. of that Code.

136. Under Article 31 § 9 of the Construction Code, the criminal court orders the demolition of the illegal building itself as a penalty for the offence of unlawful construction.

137. Law no. 102 of 3 August 2009 amending Legislative Decree no. 78 of 2009 introduced a provision into the latter, Article 4 § 4*ter*, which laid down, in addition to the lifting of the confiscation measure ordered by the criminal court, the conditions in which compensation was awarded for any damage sustained as a result of a confiscation that was found to constitute a violation of the Convention by the European Court of Human Rights.

138. Article 579, paragraph 3, of the Code of Criminal Procedure provides that where confiscation is imposed as a security measure under domestic law, it may be appealed against in accordance with the ordinary rules applying to criminal liability.

III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW

139. Different types of confiscation procedure have been created to ensure greater efficiency in the fight against cross-border crime, organised crime and other serious offences. The most im-

portant international law provisions on confiscation are Article 37 of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs, as amended by the 1972 Protocol thereto; Article 5 of the 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances; Articles 77 § 2 (b), 93 § 1 (k) and 109 § 1 of the Rome Statute of the International Criminal Court, established in 1998; Article 8 of the 1999 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism; Article 12 of the 2000 United Nations Convention against Transnational Organised Crime; Article 31 of the 2003 United Nations Convention against Corruption; and Article 16 of the 2003 Convention of the African Union on Preventing and Combating Corruption.

140. A study of these international agreements reveals a general acceptance of the principle of confiscating the physical object of an offence (*objectum sceleris*), the instruments used to commit an offence (*instrumentum sceleris*), the proceeds of crime (*productum sceleris*) or other property of equivalent value ("value confiscation"), proceeds which have been transformed or intermingled with other property, and any income or other benefits derived indirectly from proceeds. All of these confiscation measures depend on a prior conviction. Confiscation measures cannot be imposed on legal entities or individuals who are not parties to the proceedings, except in the case of third parties without a *bona fide* defence.

141. Non-conviction-based confiscation remains relatively exceptional in international law. Among the above-mentioned instruments, only Article 54 § 1 (c) of the 2003 United Nations Convention against Corruption recommends that parties, for the purposes of mutual legal assistance, should consider taking such measures as may be necessary to allow confiscation of property without a criminal conviction in cases in which the offender cannot be prosecuted "by reason of death, flight or absence or in other appropriate cases".

142. The Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, which was opened for signature on 8 November 1990 in Strasbourg and which entered into force on 1 September 1993 (the "Strasbourg Convention"), defined confiscation as "a penalty or a measure, ordered by a court following proceedings in relation to a criminal offence or criminal offences resulting in the final deprivation of property".

143. The parties to the Strasbourg Convention undertake in par-

ticular to make the laundering of proceeds of crime a criminal offence and to confiscate the instruments and proceeds, or property of an equivalent value. The Strasbourg Convention lays down specific grounds for refusal to acknowledge the decisions of the other signatory States concerning confiscation *in rem* or non-conviction-based confiscation, for example: "the action sought would be contrary to the fundamental principles of the legal system of the requested Party"; "the offence to which the request relates would not be an offence under the law of the requested Party"; "the request does not relate to a previous conviction, or a decision of a judicial nature or a statement in such a decision that an offence or several offences have been committed, on the basis of which the confiscation has been ordered or is sought".

144. These obligations were maintained in the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, which was opened for signature on 16 May 2005 in Warsaw and which entered into force on 1 May 2008 (the "Warsaw Convention"). Intended to supersede the Strasbourg Convention, it has been ratified by twenty-eight States, including fifteen member States of the European Union.

145. As regards non-conviction-based confiscation. Article 23 § 5 requires States to "co-operate to the widest extent possible" for the execution of measures equivalent to confiscation which are not criminal sanctions, in so far as such measures are ordered by a judicial authority in relation to a criminal offence.

146. In view of the heterogeneity of domestic legislation, some international organisations such as the OECD's Financial Action Task Force (FATF), the International Bank for Reconstruction and Development and the World Bank, have produced good practice guides and recommendations. The FATF Recommendations, entitled "International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation" (updated October 2016) include: recommendation no. 4, which states that countries should consider adopting measures that allow nonconviction-based confiscation "to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law"; and recommendation no. 38, which calls on States to ensure they have the authority to respond to requests made on the basis of non-conviction-based confiscation

proceedings and related provisional measures, unless this is inconsistent with fundamental principles of their domestic law.

IV. EUROPEAN UNION LAW

147. In the European Union context, a Council Framework Decision of 26 June 2001 (no. 2001/500/JHA), on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime, first imposed on States an obligation not to limit the application of the Strasbourg Convention in respect of offences which are punishable by deprivation of liberty for a maximum of more than one year, and an obligation to allow the confiscation of property of a value corresponding to that of the instrumentalities and proceeds of crime.

148. A subsequent Council Framework Decision of 24 February 2005 (2005/212/JHA), on confiscation of crime-related proceeds, instrumentalities and property, provided for ordinary confiscation, including value confiscation, in respect of all offences subject to imprisonment of a maximum period of one year, and confiscation of some or all assets held by a person who had been found guilty of specified serious offences, where they had been "committed within the framework of a criminal organisation", without establishing a link between the assets deemed to be of criminal origin and a specific offence. The latter approach was characterised as "extended powers of confiscation".

The Framework Decision provided for three different series of minimum requirements from which the member States could choose in order to exercise such extended powers. When transposing the Framework Decision they chose different options, thus resulting in extended confiscation mechanisms of varying content depending on the domestic system.

149. EU Directive no. 2014/42 of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014, on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union, applies as stated by Article 3 to the criminal offences covered by the following:

"(a) Convention drawn up on the basis of Article K.3(2)(c) of the

Treaty on European Union on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of the Member States of the European Union ('Convention on the fight against corruption involving officials');
(b) Council Framework Decision 2000/383/JHA of 29 May 2000 on increasing protection by criminal penalties and other sanctions against counterfeiting in connection with the introduction of the euro;
(c) Council Framework Decision 2001/413/JHA of 28 May 2001 on combating fraud and counterfeiting on non-cash means of payment;
(d) Council Framework Decision 2001/500/JHA of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime;
(e) Council Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on combating terrorism;
(f) Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector;
(g) Council Framework Decision 2004/757/JHA of 25 October 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking;
(h) Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime;
(i) Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA;
(j) Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA;
(k) Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems and replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA (8), as well as other legal instruments if those instruments provide specifically that this Directive applies to the criminal offences harmonised therein."

150. Article 4 § 1 of that Directive provides that States must enable the confiscation, either in whole or in part, of instrumentalities and proceeds or property the value of which corresponds to such

instrumentalities or proceeds, subject to a final conviction for one of the criminal offences provided for in Article 3, which may also result from proceedings *in absentia*. Article 4 § 2 contains a provision concerning nonconvictionbased confiscation:

"Where confiscation on the basis of paragraph 1 is not possible, at least where such impossibility is the result of illness or absconding of the suspected or accused person, Member States shall take the necessary measures to enable the confiscation of instrumentalities and proceeds in cases where criminal proceedings have been initiated regarding a criminal offence which is liable to give rise, directly or indirectly, to economic benefit, and such proceedings could have led to a criminal conviction if the suspected or accused person had been able to stand trial."

151. Directive 2014/42 has harmonised the provisions on extended powers of confiscation by laying down a common minimum rule. Article 5 thus reads:

"Member States shall adopt the necessary measures to enable the confiscation, either in whole or in part, of property belonging to a person convicted of a criminal offence which is liable to give rise, directly or indirectly, to economic benefit, where a court, on the basis of the circumstances of the case, including the specific facts and available evidence, such as that the value of the property is disproportionate to the lawful income of the convicted person, is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct."

152. The Directive also provides, in Article 6, for the confiscation of assets from third parties:

"Member States shall take the necessary measures to enable the confiscation of proceeds, or other property the value of which corresponds to proceeds, which, directly or indirectly, were transferred by a suspected or accused person to third parties, or which were acquired by third parties from a suspected or accused person, at least if those third parties knew or ought to have known that the purpose of the transfer or acquisition was to avoid confiscation, on the basis of concrete facts and circumstances, including that the transfer or acquisition was carried out free of charge or in exchange for an amount significantly lower than the market value."

153. Article 8 of the Directive provides for the following safe-

guards:

"1. Member States shall take the necessary measures to ensure that the persons affected by the measures provided for under this Directive have the right to an effective remedy and a fair trial in order to uphold their rights.
2. Member States shall take the necessary measures to ensure that the freezing order is communicated to the affected person as soon as possible after its execution. Such communication shall indicate, at least briefly, the reason or reasons for the order concerned. When it is necessary to avoid jeopardising a criminal investigation, the competent authorities may postpone communicating the freezing order to the affected person.
3. The freezing order shall remain in force only for as long as it is necessary to preserve the property with a view to possible subsequent confiscation.
4. Member States shall provide for the effective possibility for the person whose property is affected to challenge the freezing order before a court, in accordance with procedures provided for in national law. Such procedures may provide that when the initial freezing order has been taken by a competent authority other than a judicial authority, such order shall first be submitted for validation or review to a judicial authority before it can be challenged before a court.
5. Frozen property which is not subsequently confiscated shall be returned immediately. The conditions or procedural rules under which such property is returned shall be determined by national law.
6. Member States shall take the necessary measures to ensure that reasons are given for any confiscation order and that the order is communicated to the person affected. Member States shall provide for the effective possibility for a person in respect of whom confiscation is ordered to challenge the order before a court.
7. Without prejudice to Directive 2012/13/EU and Directive 2013/48/EU, persons whose property is affected by a confiscation order shall have the right of access to a lawyer throughout the confiscation proceedings relating to the determination of the proceeds and instrumentalities in order to uphold their rights. The persons concerned shall be informed of that right.
8. In proceedings referred to in Article 5, the affected person shall have an effective possibility to challenge the circumstances of the case, including specific facts and available evidence on the basis of

which the property concerned is considered to be property that is derived from criminal conduct.
9. Third parties shall be entitled to claim title of ownership or other property rights, including in the cases referred to in Article 6.
10. Where, as a result of a criminal offence, victims have claims against the person who is subject to a confiscation measure provided for under this Directive, Member States shall take the necessary measures to ensure that the confiscation measure does not prevent those victims from seeking compensation for their claims."

THE LAW

I. JOINDER OF THE APPLICATIONS

154. The Court would first point out that, in the interest of the proper administration of justice, and in accordance with Rule 42 § 1 of the Rules of Court, it is appropriate to join the applications, the events giving rise to the three applications and the legislative context being the same.

II. PRELIMINARY OBSERVATION

155. It should be noted at the outset that the applications in question concern solely the issue of the compatibility with the Convention of nonconviction-based confiscation within the meaning of section 18(1) of Law no. 47/1985, as incorporated in Article 30 § 1 of the Construction Code (see paragraphs 102 and 106 above).

III. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTIONS

A. The Government's submissions

156. The Government raised preliminary objections in respect of all three applications.

1. G.I.E.M. S.r.l.

157. As to the first applicant company, the Government pointed out that they had informed the Court during the Chamber proceedings that prior to lodging its application in Strasbourg, G.I.E.M. S.r.l. had brought proceedings before the Bari District Court to obtain compensation for the damage sustained as a result of the Bari municipal council's acts, the confiscation of its land and the negative economic consequences for the company's assets.

In the Government's view, the subject matter of those proceedings was the same as that of the complaints raised in the application. As the applicant company had failed to inform the Court of that essential fact, there had been an abuse of the right of application and the application should be declared inadmissible pursuant to Article 35 § 3 (a) of the Convention.

158. In addition, as the domestic proceedings in question were still pending – an expert's report evaluating the damage alleged by the applicant company had not yet been filed – the application was in any event premature (Article 35 § 1).

159. The Government additionally pointed out that the land had already been returned to the applicant company in December 2013. Lastly, they indicated in this connection that section 4*ter* of Law no. 102 of 3 August 2009 (see paragraph 137 above), in addition to requiring the lifting of the confiscation measure, which would be ordered by the criminal court, provided for the compensation to be awarded for any damage sustained as a result of a confiscation that was "unjustified under the Convention". In their submission, however, the applicant company had failed to seek such compensation and had thus not availed itself of this effective remedy.

2. Falgest S.r.l. and Mr Gironda

160. As regards the applicant company Falgest S.r.l., the Government objected that domestic remedies had not been exhausted since, as proven by the successful action of G.I.E.M. S.r.l., the applicant company could and should, in accordance with Article 676 of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 135 above), have lodged an interlocutory application for review of the enforcement order (Article 665 of the Code of Criminal Procedure) and asked the enforcement judge to restore its title to the confiscated property.

Under the above-mentioned Article 676, any third parties in relation to criminal proceedings which might have repercussions for their property could seek revocation of the confiscation measure. The effectiveness of this remedy had been shown, for instance, by the fact that the materials provided to candidates sitting for a professional examination in 2012 at a lawyers' training college in Rome had included a standard form for seeking the review of a confiscation measure decided on grounds of unlawful site development and it had been based on the principles laid down in the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above). The form had explained that the remedy could also be used by third parties which had suffered from the negative effects of the measure.

161. The Government further observed, again in respect of Falgest S.r.l., that the applicant company had not sought to recover the confiscated land, but merely compensation for its loss. In their view, the company should have brought before the domestic courts "an action against the State seeking compensation for the economic loss sustained as a result of the alleged unlawful confiscation".

162. The Government added that the applicant company could also have used the remedy provided for under Article 579 § 3 of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 138 above), whereby a defendant, after dismissal of the criminal case, could challenge that decision specifically in respect of a confiscation measure in order to have the case re-examined on the merits.

163. The Government lastly reiterated their objection of non-exhaustion, already raised in respect of G.I.E.M. S.r.l., explaining that the applicant company had not used the remedy provided for by section 4*ter* of Law no. 102 of 3 August 2009 (see paragraphs 137 and 159 above).

164. The Government concluded that the application should be declared inadmissible pursuant to Article 35 § 1 of the Convention for nonexhaustion of domestic remedies.

3. Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l.

165. Lastly, in respect of Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l., the Government repeated their arguments on the need to lodge an interlocutory application for review of the enforcement order (see paragraph 160 above).

B. Submissions of the applicant companies

1. G.I.E.M. S.r.l.

166. According to counsel for G.I.E.M. S.r.l., while it was true that their client had brought civil proceedings before lodging its application with the Court, there had been no abuse of the right of application, nor was the application premature.

167. They argued that the facts set out in the application were not erroneous and that there had been no attempt to mislead the Court. The domestic proceedings concerned the acknowledgment of the noncontractual liability of the Bari municipal authority for damage arising from its decisions, while the complaints raised before the Court concerned the unlawfulness of the deprivation of title on account of the unforeseeable imposition of a criminal sanction. Moreover, the proceedings before the Bari District Court had not yet been concluded by a final decision resolving the dispute.

168. As to the possibility of relying on section 4*ter* of Law no. 102 of 3 August 2009, counsel for G.I.E.M. S.r.l. complained that the remedy in question, setting criteria for the evaluation of real property to be returned following a judgment of the Court finding that the confiscation breached the Convention, was ineffective. They explained that, in their client's case, the land confiscated had already been returned in 2013 and, since there were no constructions on that land, it would not have been possible to obtain any compensation.

169. In their view, the Government should have, following the Court's two judgments in *Sud Fondi S.r.l. and Others* (both cited above), offered their client a sum by way of compensation for all the damage sustained, instead of continuing to dispute the merits of the application.

2. Falgest S.r.l.

170. The representatives of the company Falgest S.r.l. stated that an interlocutory application for review of the enforcement order would have allowed it only to raise questions pertaining to the existence, implementation, scope and substantive and procedural legitimacy of the order, thus precluding a fresh assessment of the facts by the enforcement judge. They concluded that, even if the applicant

company had used this remedy, it would not have succeeded in recovering the confiscated property. They pointed out that the lower domestic courts had already found that the mental and material elements of the offence of unlawful site development were made out and that the sanction imposed on the company had been ordered in accordance with the settled case-law of the Court of Cassation. As it could not provide appropriate redress, the interlocutory application was not therefore an effective remedy within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention.

3. Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l.

171. Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l., for their part, questioned, in substance, whether the interlocutory application for review of the enforcement order was an effective remedy.

C. The Court's assessment

1. G.I.E.M. S.r.l.

(a) Whether there has been an abuse of the right of individual application

172. The Court reiterates that under Article 35 § 3 (a) an application may be rejected as an abuse of the right of individual application if, among other reasons, it was knowingly based on untrue facts (see *Gross v. Switzerland* [GC], no. 67810/10, § 28, ECHR 2014).

173. The Court finds that the applicant company acknowledged that it had taken its case to the civil courts and had not informed the Court of that fact when it lodged its application in Strasbourg. Having regard to the explanation provided by G.I.E.M. S.r.l., namely that the civil proceedings still pending before the domestic courts and the present application had different objectives, the Court finds it impossible to accept the argument put forward by the Government.

174. The omission in question cannot be seen as an attempt to conceal from the Court any essential information or, in any event, information that would be relevant to its decision. The Bari District Court has been requested to provide redress for any damage that

might stem from the acts of the Bari municipal authority, which is alleged to have misled the applicant company as to the use of the relevant land for building, whereas the planning regulations prohibited any development activity (see paragraph 42 above). However, the application lodged in Strasbourg sought to obtain a finding that there had been violations of Article 7 of the Convention and of Article 1 of Protocol No. 1 on account of a confiscation measure that the applicant company regarded as devoid of legal basis.

175. In conclusion, not having found any fraudulent intent on the part of the applicant company, the Court dismisses the objection that there has been an abuse of the right of application.

(b) Exhaustion of domestic remedies

176. The Court reiterates that the purpose of the rule on the exhaustion of domestic remedies is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to it (see, among many other authorities, *Paksas v. Lithuania* [GC], no. 34932/04, § 75, ECHR 2011 (extracts)). At the relevant time, the company G.I.E.M. S.r.l. gave the domestic courts the possibility of examining its complaints and of remedying the alleged violations. The Court observes, however, that the civil proceedings brought by the applicant company on 7 April 2005 (see paragraph 43 above) pursued a different purpose from that of the present application.

177. As regards the remedy under Law no. 102/2009, the Government's objection cannot be upheld, as the land was returned to the applicant company not as a result of a judgment of the Court finding a violation of its rights (see paragraph 137 above), but following proceedings brought by the Bari municipal authority in October 2012 (see paragraph 42 above). The Court therefore dismisses the objection that the company G.I.E.M. S.r.l. failed to exhaust domestic remedies.

2. Falgest S.r.l.

178. As regards the company Falgest S.r.l. the Court would refer to its grounds and findings in paragraph 177 above as far as Law no. 102/2009 is concerned.

179. As to the Government's reference to a remedy under Article 579 § 3 of the Code of Criminal Procedure (see paragraphs 138 and 162 above), the Court would merely observe that this remedy is available to a defendant when the criminal case has been dismissed, enabling that person to appeal against the judgment specifically in respect of a confiscation which has been imposed as a security measure. The applicant company cannot therefore be reproached for not using that remedy, as the confiscation in question was not a security measure.

180. As regards the remedy provided for in Article 676 of the Code of Criminal Procedure (see paragraphs 135 and 160 above), this remedy proved ineffective before the judgment in *Sud Fondi S.r.l. and Others* (merits, cited above). On 31 May 2001, long before that judgment, G.I.E.M. S.r.l. had used the remedy in question and the Court of Cassation had dismissed its appeal in June 2005 on the ground that the confiscation could also be applied to property belonging to *bona fide* third parties (see paragraphs 34-41 above). The Government have failed to show, based on case-law, that this remedy has been upheld since the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment in a situation where, as in the present case, the prosecution had become statutebarred.

181. Admittedly, in the second set of enforcement proceedings concerning G.I.E.M. S.r.l., on 12 March 2013 the enforcement judge, on an application from the Bari municipal authority in October 2012, revoked the confiscation measure on account of the fact, firstly, that the Court had found a violation of Article 7 of the Convention in the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above) and, secondly, that the company had been regarded as a *bona fide* third party, because none of its directors had been found liable for the offence of unlawful site development (see paragraph 42 above).

That is not the case for the company Falgest S.r.l. The above-mentioned decision of the executions judge of 12 March 2013 concerned the need to prove the existence of the mental element of the offence of unlawful site development, whereas in the case of Falgest S.r.l. the judicial authorities found that the offence was made out (see paragraphs 82-86 above). The reason why its company directors were not convicted was that the proceedings had become statute-barred. The remedy indicated by the Government did not therefore provide redress for the violations alleged by the applicant company.

182. As to the Government's argument that the applicants should have brought civil proceedings against the State to obtain compensation for the confiscation (see paragraph 161 above), the Court reiterates that under Article 35 § 1 of the Convention there is no obligation to have recourse to remedies which are inadequate or ineffective. To be effective, a remedy must be capable of remedying directly the impugned state of affairs and must offer reasonable prospects of success (see *Vučković and Others v. Serbia* (preliminary objection) [GC], nos. 17153/11 and 29 others, §§ 7374, 25 March 2014). In the present case, having regard to the fact that at the time the application was lodged the confiscation was considered lawful, the Court fails to see how the remedy mentioned by the Government could have proved effective.

183. In conclusion, the Court dismisses the objections raised by the Government in respect of Falgest S.r.l.

3. Hotel Promotion Bureau S.r.l and R.I.T.A. Sarda S.r.l.

184. As regards this application, the Court would merely refer to the conclusion that it reached in paragraphs 180-81 above on the subject of the same objection by the Government to the application lodged by the company Falgest S.r.l. and Mr Gironda.

185. Having regard to the foregoing, the Court finds that the Government's preliminary objection must be dismissed.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 7 OF THE CONVENTION

186. All the applicants alleged that the confiscation of their property, in spite of the fact that they had not been convicted (*condamnés*), breached Article 7 of the Convention, which reads as follows:

"1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.
2. This article shall not prejudice the trial and punishment of any

person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations."

A. Admissibility

1. Submissions of the Government

187. The Government disputed that argument and asserted that the three applications should be declared incompatible *ratione materiae* with the Convention provisions. They took the view that the offence of unlawful site development was made out where land had been altered by unlawful construction or by the unlawful sub-division of land in breach of the applicable legislation or land-use plans, or in the absence of the requisite administrative planning permission.

188. Pointing out the need to protect the landscape and the environment and to provide for urban spaces that were fit to live in and well organised, the Government stated that in order to combat the phenomenon of illegal development, which often interfered with the orderly use of land, the Italian State had "many legal instruments" at its disposal.

189. They observed that, under Article 30 of the Construction Code (Presidential Decree no. 380 of 6 June 2001), the purchase of land which had been developed illegally was null and void (Article 30 § 9), the illegal development of land could be suspended by the municipal authority by means of an interim measure (Article 30 § 7), and title to an illegally developed site was transferred to the competent municipality, whose responsibility it would be to demolish any buildings illegally erected thereon (Article 30 § 8). Should the municipality fail to demolish such buildings, the regional authority would carry out the work in its place.

190. The Government added that under Article 44 § 2 of that Code, in cases where criminal proceedings had been brought against the person accused of being responsible for the unlawful site development, the court would order the confiscation of the site in question, in so far as it found the development to be unlawful. In such cases also, title to the land would be transferred to the municipality.

191. The Government explained that the administrative author-

ity would order confiscation in cases where no criminal proceedings had been brought against the persons responsible for the unlawful site development or until such time as they were brought. Once criminal proceedings were initiated, however, it was the judicial authority dealing with the case which would order the confiscation, thereby replacing the administrative confiscation measure that would have been decided pursuant to Article 30 § 8. The confiscation would have the same effects regardless of the authority by which it was ordered.

192. As a general rule, confiscation was ordered by the administrative authority. The criminal courts would order confiscation only in the following situations: upon a conviction; where the liability of the defendant had been established but the case was dismissed because it was statutebarred (*sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato*); where the defendant had died; and following an amnesty.

193. In the Government's submission, Law no. 47/1985 had drawn a clear distinction between the penalties (detention up to two years and a fine) applicable to the offence of unlawful site development (section 20) and the confiscation measure ordered by a criminal court (section 19). They explained that after Decree no. 380/2001 had codified the existing rules, in particular with regard to planning permission, and had incorporated without amendment sections 19 and 20 of Law no. 47/1985, those two different provisions, owing to a "wrong choice" by the drafters of the new instrument, were both covered by Article 44 of the Construction Code (see paragraph 108 above).

194. The Government rejected the idea that the confiscation of land ordered by a criminal court pursuant to Article 44 § 2 of the Construction Code was a "penalty" (*pena*) in Italian law, or an additional penalty (*pena accessoria*) under Article 240 of the Criminal Code, observing as follows:

(a) the confiscation ordered by the criminal court deprived the owner of his property rights, as did the administrative measure under Article 30 of the Construction Code;

(b) the confiscation measure sought to restore the orderly use of the land; and

(c) the confiscated site was transferred to the municipality on the

territory of which it was located (namely to the territorial body empowered to oversee the proper use of land), and not to the State, as would be the case for confiscation ordered under Article 240 of the Criminal Code.

195. The Government were of the view that in order to understand the landscape protection instruments in Italian law the Court should consider the difference between, on the one hand, the provisions concerning building work in the absence of or in breach of planning permission, and on the other, the provisions governing the unlawful development of land.

196. The Government explained that, under the first set of provisions, after a finding of guilt (Article 31 § 9 of the Construction Code, see paragraph 136 above), the criminal court would order the demolition of the illegal building itself as an additional penalty for the offence of unlawful construction. In the case of unlawful site development, the court would order the confiscation of the land provided that the unlawfulness had been established (Article 44 § 2 of the Code), regardless of whether or not the defendant was convicted. The public interest in landscape protection was stronger in the second case, because it was not a matter of a single building but a complete transformation of land in relation to its natural use, consisting, for example, in the construction of a village of several dozen houses.

197. In the Government's opinion, the Court's interpretation of section 19 of Law no. 47/1985 in the case of *Sud Fondi S.r.l. and Others v. Italy* ((dec.), no. 75909/01, 30 August 2007), as confirmed in the *Varvara* judgment (cited above), was at odds with the provisions governing the confiscation of land in Italian law.

The Government observed that the Court had decided that the confiscation in question was a criminal penalty for the purposes of Article 7 of the Convention because:

(a) it was connected to a criminal offence;

(b) the Construction Code considered the confiscation to be a penalty;

(c) the penalty was not aimed at compensation for damage but had an essentially punitive purpose, to prevent repeated breaches of the statutory conditions;

(d) the penalty was particularly severe, because it extended to all the land within the development site; and

(e) the substantively illegal nature of the development had been established by the criminal courts.

198. The Government were of the view that this conclusion by the Court was erroneous. Firstly, it was not true that confiscation was necessarily connected to a criminal offence as, pursuant to Article 30 § 8 of the Construction Code, it could be ordered by an administrative authority before a conviction became final, and it could also be imposed on a company, which could not be prosecuted for a criminal offence by virtue of the *societas delinquere non potest* principle.

199. The Court's second argument was also irrelevant, as it was illogical to find that confiscation could be different in nature – administrative or criminal – depending on whether it had been ordered by an administrative authority or a court.

200. Thirdly, the aim of confiscation was not to punish those responsible for the illegal act but to remove the effects of an unlawful site development and to protect the landscape from a use which was incompatible with landuse planning. The measure was therefore also preventive in nature.

201. The Government added that the criminal nature of the confiscation could not depend on the severity of the economic consequences for the assets of the owner of the confiscated land, or on its area, or on the dimension of the construction and its proportion to the total area. They argued that the nature of the measure had to be assessed in relation to its legal regime as determined by law and interpreted by national courts.

202. Lastly, the fact that confiscation was governed by Article 44 of the Construction Code, under the heading "Criminal sanctions" ("*sanzioni penali*"), did not prove that it should be classified as a criminal penalty, as this was the result of a mistake on the part of the drafters of this text.

203. In the Government's submission, since the Court's admissibility decision in *Sud Fondi S.r.l. and Others* (cited above), the Italian courts had construed the legal system of land confiscation in the light of the Convention principles as interpreted by the Court,

giving an interpretation of Article 44 § 2 of the Construction Code that was in conformity with Article 7 of the Convention.

That adaptation had led not to a change in the legal classification of the measure but to the introduction in the Italian legal system of the safeguards provided for by Article 7 of the Convention. Consequently, confiscation could be ordered by a criminal court only if there was proof of both the material element (*elemento oggettivo*) and the mental element (*elemento soggettivo*) of the unlawful act.

The Government concluded from the foregoing that the confiscation of land pursuant to Article 44 of the Construction Code was not a "penalty" for the purposes of Article 7 of the Convention.

2. *Submissions of the applicants*

(a) G.I.E.M. S.r.l.

204. The applicant company referred to the facts and grounds set out by the Court in its admissibility decision in *Sud Fondi S.r.l. and Others* (cited above) and concluded that the confiscation of its land, even though there had been no illegal activity on its part or on the part of its legal representative, had to be regarded as a penalty within the meaning of the Strasbourg case-law.

(b) Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l.

205. While accepting that, according to national law and the settled domestic case-law, confiscation for unlawful site development was regarded as an administrative sanction, the applicant companies pointed out that the Court had nevertheless clearly indicated, in its admissibility decision in *Sud Fondi S.r.l. and Others* (cited above), that the confiscation provided for in Article 44 § 2 of the Construction Code must be classified as, in effect, a criminal sanction and must therefore observe the fundamental principles governing criminal-law decisions, starting with the principle of legality under Article 7 of the Convention.

206. The applicant companies took the view that in spite of the statements of the Italian courts in the present case, the confiscation of "unlawfully developed" land could not be regarded as a mere

administrative sanction not subject to the principle of personal criminal liability; on the contrary, it had to comply with the substantive and procedural rules governing the establishment of such liability.

207. In the applicants' view, the "criminal" nature of this type of confiscation and therefore the applicability of Article 7, as confirmed by the Court in its *Varvara* judgment (cited above), were self-evident.

(c) Falgest S.r.l. and Mr Gironda

208. These applicants also argued that the impugned confiscation could not be regarded merely as an administrative sanction with the result that the principle of individual criminal liability was not applicable.

209. They observed that in spite of the Court's position on the subject and notwithstanding the obligation on the national courts to follow the Strasbourg case-law, the Italian Court of Cassation had maintained its previous line of interpretation, going so far as to state that a confiscation measure had to be enforced even if there was no conviction because the prosecution of the offence was statute-barred, when the court had established the mental and material elements of the offence of unlawful site development.

3. The Court's assessment

(a) General principles

210. The Court reiterates that the concept of a "penalty" in Article 7 has an autonomous meaning. To render the protection offered by this Article effective, the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a "penalty" within the meaning of this provision (see *Welch v. the United Kingdom*, 9 February 1995, § 27, Series A no. 307A, and *Jamil v. France*, 8 June 1995, § 30, Series A no. 317B).

211. The wording of Article 7 § 1, second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a "penalty" is whether the measure in question is imposed following a decision that a person is guilty of a criminal offence. However, other factors may also be taken into account as relevant in this connection,

namely the nature and purpose of the measure in question; its characterisation under national law; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity (see *Welch*, cited above, § 28; *Jamil,* cited above, § 31; *Kafkaris*, cited above, § 142; *M. v. Germany*, no. 19359/04, § 120, ECHR 2009; *Del Río Prada v. Spain* [GC], no. 42750/09, § 82, ECHR 2013; and *Société Oxygène Plus v. France* (dec.), no. 76959/11, § 47, 17 May 2016).

(b) Application of general principles to the present case

212. In the case of *Sud Fondi S.r.l. and Others* (admissibility decision of 30 August 2007, cited above), the Court took the view that the confiscation for unlawful site development imposed on the applicants could be regarded as a "penalty" within the meaning of Article 7 of the Convention in spite of the fact that no criminal conviction had been handed down against the applicant companies or their representatives. For that purpose it relied on the fact that the confiscation in question was connected to a "criminal offence" based on general legal provisions; that the material illegality of the developments had been established by criminal courts; that the sanction provided for by section 19 of Law no. 47 of 1985 sought mainly to deter, by way of punishment, further breaches of the statutory conditions; that the 2001 Construction Code classified confiscation for unlawful site development among the criminal sanctions; and, lastly, that the sanction was one of a certain severity. In its *Varvara* judgment (cited above, § 51), the Court confirmed that finding.

213. In the present case the applicability of Article 7 was denied by the Government.

214. The Court must therefore ascertain whether the impugned confiscations constitute "penalties" within the meaning of Article 7 of the Convention. To do so it will apply the criteria which stem from the general principles reiterated above.

(i) Whether the confiscations were imposed following convictions for criminal offences

215. As to whether the confiscations in question were imposed following convictions for criminal offences, the Court has generally found that this is only one criterion among others to be taken into consideration (see *Saliba v. Malta* (dec.), no. 4251/02, 23 Novem-

ber 2004; *Sud Fondi S.r.l. and Others* (decision cited above); *M. v. Germany* (cited above); and *Berland v. France,* no. 42875/10, § 42, 3 September 2015), without it being regarded as decisive when it comes to establishing the nature of the measure (see *Valico S.r.l. v. Italy* (dec.), no. 70074/01, ECHR 2006-III, and *Société Oxygène Plus*, cited above, § 47). It is only more rarely that the Court has found this aspect decisive in declaring Article 7 inapplicable (see *Yildirim v. Italy* (dec.), no. 38602/02, ECHR 2003IV, and *Bowler International Unit v. France*, no. 1946/06, § 67, 23 July 2009).

216. In the Court's view, if the criminal nature of a measure were to be established, for the purposes of the Convention, purely on the basis that the individual concerned had committed an act characterised as an offence in domestic law and had been found guilty of that offence by a criminal court, this would be inconsistent with the autonomous meaning of "penalty" (see, to this effect, *Valico S.r.l.*, decision cited above). Without an autonomous concept of penalty, States would be free to impose penalties without classifying them as such, and the individuals concerned would then be deprived of the safeguards under Article 7 § 1. That provision would thus be devoid of any practical effect. It is of crucial importance that the Convention be interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory, and this principle thus applies to Article 7 (see *Del Río Prada*, cited above, § 88).

217. Consequently, while conviction by the domestic criminal courts may constitute one criterion, among others, for determining whether or not a measure constitutes a "penalty" within the meaning of Article 7, the absence of a conviction does not suffice to rule out the applicability of that provision.

218. In the present case, the Government did not agree, contrary to their position in the case of *Sud Fondi S.r.l. and Others* (decision cited above), that confiscations should necessarily be connected to a "criminal offence", thus taking the opposite view to the Chamber in that case, which had found that, even though "no prior criminal conviction [had been] handed down against the applicant companies or their representatives by the Italian courts", the impugned confiscation was nevertheless connected to a criminal offence based on general legal provisions.

219. Having regard to the circumstances of the situations in the present case, and after examining the Government's arguments, the

Grand Chamber does not see any reason to depart from the Chamber's finding in the *Sud Fondi S.r.l. and Others* decision (cited above). In any event, even assuming that a different finding were called for, for the reasons set out above the Court finds that in itself this criterion cannot serve to rule out the "criminal" nature of the measure. The Court must therefore examine the other abovementioned criteria.

(ii) The classification of confiscation in domestic law

220. As regards the classification of confiscation in domestic law, the Court would first observe that Article 44 of the Construction Code, which governs the confiscation measure at issue in the present case, bears the heading "Criminal sanctions" (see paragraph 108 above). The Court further takes note of the Government's argument that this wording was simply a mistake on the part of the drafters of this text when the relevant rules were codified. However, this argument is not supported by the legislative history of the provision. Moreover, as the law was approved in 2001, the legislature had sixteen years to correct it should it have chosen to do so.

221. This element indicates that confiscation is indeed a "penalty" within the meaning of Article 7 (see *Sud Fondi S.r.l. and Others*, decision cited above).

(iii) The nature and purpose of the confiscation measure

222. As to the nature and purpose of the confiscation measure, the Grand Chamber confirms the Chamber's findings in the *Sud Fondi S.r.l. and Others* (merits) and *Varvara* judgments (both cited above) to the effect that the confiscation of the applicants' property for unlawful site development was punitive in nature and purpose and was therefore a "penalty" within the meaning of Article 7 of the Convention. Three reasons may be put forward to justify that finding.

223. Firstly, the punitive ("*afflittivo*") and deterrent nature of the impugned measure has been emphasised by the Italian Court of Cassation (see paragraph 121 above). As emphasised by the Government in their observations (see paragraph 203 above), the domestic courts have accepted the principle whereby the Article 7 guarantees apply in confiscation cases.

224. Secondly, the Government acknowledged in their observations that the confiscation was compatible with Article 1 of Protocol No. 1, in particular because it pursued the purpose of "punishing" those responsible for the illegal transformation of the land (see the Government's observations of 5 June 2015, § 119). In other words, the Government themselves emphasised the punitive nature of the confiscation.

225. Thirdly, the Court notes that confiscation is a mandatory measure (see paragraphs 41 and 119 above). Its imposition is not subject to proof of a situation of actual danger or of concrete risk for the environment. Confiscation may thus be imposed even in the absence of any actual activity with the aim of transforming land, as in the cases of the company G.I.E.M. S.r.l. and Mr Gironda.

226. For all these reasons, the Court takes the view that the purpose of the confiscation of the applicants' property for unlawful site development was punitive.

(iv) The severity of the effects of the confiscation

227. As to the severity of the measure in question, the Court observes that a confiscation measure for unlawful site development is a particularly harsh and intrusive sanction. Within the boundaries of the site concerned, it applies not only to the land that is built upon, together with the land in respect of which the owners' intention to build or a change of use has been demonstrated, but also to all the other plots of land making up the site. Moreover, the measure does not give rise to any compensation (see *Sud Fondi S.r.l. and Others*, decision cited above).

(v) Procedures for the adoption and enforcement of a confiscation measure

228. As regards the procedures for the adoption and enforcement of a confiscation measure, the Court observes that it is ordered by the criminal courts. This was the case for the applicants.

229. In addition, the Court does not find persuasive the argument that the criminal courts act in the place of the administrative authority.

230. Firstly, this is a matter of debate in domestic law, at least in

cases of unlawful site development (the procedural material offence or contractual offence) in the absence of or in breach of planning permission, as there are two opposite approaches in the case-law (see paragraphs 123-27 above). In any event, once the criminal conviction has become final, the confiscation measure can no longer be lifted even in the case of subsequent regularisation of the development by the administrative authority (see paragraphs 128-29 above).

231. In addition, the fact that the criminal court does not take the place of the administrative authority is particularly clear in cases of the substantive material offence of unlawful site development. Where the administrative authority has authorised site development which is in breach of the planning regulations and is therefore unlawful, the court's power to confiscate the land and buildings thereon does not represent an act in which the court takes the place of the authority. On the contrary, it reflects a conflict between the criminal court and the administrative authority in the interpretation of the regional and national planning legislation. The criminal court's role is not simply to verify that no site development has been carried out in the absence of or in breach of planning permission, but also to ascertain whether the development, authorised or not, is compatible with all the other applicable rules.

232. That was true in particular in the cases of *Hotel Promotion Bureau S.r.l.* and *R.I.T.A. Sarda S.r.l.*, where the municipality declared, while the criminal proceedings for unlawful site development were still pending, that the site development agreement with R.I.T.A. Sarda S.r.l. and the planning permissions granted had complied with the planning regulations in force at the material time, and in particular with Regional Law no. 45/1989, and that, consequently, the offence of unlawful site development was not made out in that case (see paragraph 65 above). However, the criminal court rejected the authority's position and found the applicant companies liable. In other words, the criminal court acted independently of the administrative authority.

(c) Conclusion

233. Having regard to the foregoing, the Court concludes that the impugned confiscation measures can be regarded as "penalties" within the meaning of Article 7 of the Convention. This conclusion, which is the result of the autonomous interpretation of the notion of

"penalty" within the meaning of Article 7, entails the applicability of that provision, even in the absence of criminal proceedings within the meaning of Article 6. Nevertheless, and as the Italian Constitutional Court emphasised in its judgment no. 49 of 2015 (see paragraph 133 above), it does not rule out the possibility for the domestic authorities to impose "penalties" through procedures other than those classified as criminal under domestic law.

234. The Court further finds that this complaint is not manifestly illfounded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It is not inadmissible on any other grounds and must therefore be declared admissible.

B. Merits

235. In order to assess whether Article 7 has been complied with in the present case, the Court must now examine whether the impugned confiscation measures were conditional on the existence of a mental element, as stated in the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above), and whether the measures could be imposed without any prior formal conviction and without the companies being parties to the proceedings in question.

1. Whether the impugned confiscation measures required a mental element

(a) The parties' submissions

236. The parties reiterated, in substance, the arguments that they had submitted on the applicability of Article 7.

237. In particular, the applicants were all of the view that, as the Court had noted in its *Sud Fondi S.r.l. and Others* (merits) and *Varvara* judgments (both cited above), section 18 of Law no. 47/1985 did not meet the requirement of foreseeability since it provided that there would be an unlawful site development not only when land was transformed in breach of local planning regulations, but also where those transformations infringed regional or national law. The Italian Court of Cassation itself had acknowledged that the existing legislation was obscure and poorly worded. The applicants further observed that the sanction of confiscation had been imposed in the

absence of any criminally reprehensible conduct or any liability on the part of the applicant companies. As to Mr Gironda, the measure of deprivation had been imposed following dismissal of the case as statute-barred by the Court of Cassation, which, on quashing the judgment of the Court of Appeal, had clearly reproached the applicant for his conduct but without finding any "substantive" liability in the operative part of its judgment.

238. The Government observed that, in the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above), the Court had found a violation of Article 7 of the Convention on the ground that confiscation was not a foreseeable consequence of the applicant companies' conduct (they had been acquitted as the courts had not found them liable for the offence in question) and that the confiscation measure imposed on them had not therefore been provided for by law for the purposes of Article 7 of the Convention.

239. In the Government's submission, the currently applicable legislation and Italian case-law were fully compliant with Article 7 as interpreted by the Court, for the following reasons:

(a) The confiscation of land as a consequence of its illegal transformation was regulated under Articles 30 and 44 of the Construction Code. Those responsible for such development (as defined in Article 30) were aware that if they proceeded with the transformation of land (*trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni*) by carrying out construction work (*lottizzazione abusiva materiale*) or the unlawful subdivision of land (*lottizzazione abusiva negoziale*), they would be deprived of ownership of the land by the competent criminal court, which would order its confiscation pursuant to Article 44 § 2 of the Code.

(b) Since the Constitutional Court's judgment no. 239 of 2009, inviting the Italian courts to give an interpretation of Article 44 § 2 of the Decree that was compliant with the Convention as interpreted by the Court, there had been well-established case-law to the effect that confiscation could be ordered provided it was proven, at least in substance, that the accused person was liable for the unlawful transformation of the land in question; the criminal court could order confiscation only if there was proof both of the material element and the mental element (see paragraph 203 above).

240. Accordingly, the Government asked the Court to find that

Article 7 had been complied with in this respect in the present case.

(b) The Court's assessment

241. The Court notes that in its *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above) it reiterated the importance of the principle that offences and penalties must be provided for by law and the ensuing requirement of foreseeability of the effects of the criminal law (ibid., §§ 105-10). Applying this notion to that particular case, it agreed with the findings of the Italian Court of Cassation that, as the rules that had been breached lacked foreseeability, the accused had committed an unavoidable and excusable error, thus ruling out the mental element that had to be established for the offence to be made out, and their acquittal was justified (ibid., §§ 111-14). The Court further found as follows:

"115. A connected series of ideas should be developed. At domestic level, the classification 'administrative' ... that is given to the impugned confiscation measure allows the sanction in question to fall outside the constitutional principles governing criminal matters. Article 27/1 of the Constitution provides that 'criminal liability is personal' and the courts' interpretation thereof is that a mental element is always necessary. Moreover, it would be difficult to apply Article 27/3 of the Constitution ('Punishments .... must be aimed at the rehabilitation of the convicted person') to a convicted person if he or she cannot be found liable.
116. As regards the Convention, Article 7 does not expressly mention any mental link between the material element of the offence and the person deemed to have committed it. Nevertheless, the rationale of the sentence and punishment, and the 'guilty' concept (in the English version) and the corresponding notion of '*personne coupable*' (in the French version), support an interpretation whereby Article 7 requires, for the purposes of punishment, an intellectual link (awareness and intent) disclosing an element of liability in the conduct of the perpetrator of the offence, failing which the penalty will be unjustified. Moreover, it would be inconsistent, on the one hand, to require an accessible and foreseeable legal basis and, on the other, to allow an individual to be found 'guilty' and to 'punish' him even though he had not been in a position to know the criminal law owing to an unavoidable error for which the person falling foul of it could in no way be blamed.

117. Under Article 7, for the reasons set out above, a legislative framework which does not enable an accused person to know the meaning and scope of the criminal law is defective not only on the grounds of the general conditions of 'quality' of the 'law' but also in terms of the specific requirements of the principle of legality in criminal law."

242. The Grand Chamber endorses the analysis to the effect that the rationale of the sentence and punishment, and the 'guilty' concept (in the English version) with the corresponding notion of '*personne coupable*' (in the French version), support an interpretation whereby Article 7 requires, for the purposes of punishment, a mental link. As is explained in the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above), the principle that offences and sanctions must be provided for by law entails that criminal law must clearly define the offences and the sanctions by which they are punished, such as to be accessible and foreseeable in its effects. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. This also means that, in principle, a measure can only be regarded as a penalty within the meaning of Article 7 where an element of personal liability on the part of the offender has been established. There is certainly, as the Italian Court of Cassation noted in the case of *Sud Fondi S.r.l. and Others* (see paragraph 112 of the Court's judgment in that case, ibid.), a clear correlation between the degree of foreseeability of a criminal-law provision and the personal liability of the offender. The Grand Chamber thus shares the Chamber's findings in that case to the effect that punishment under Article 7 requires the existence of a mental link through which an element of liability may be detected in the conduct of the person who physically committed the offence (ibid., § 116).

243. Nevertheless, and as the Court indicated in its *Varvara* judgment (cited above, § 70), this requirement does not preclude the existence of certain forms of objective liability stemming from presumptions of liability, provided they comply with the Convention. In this connection, the Court would refer to its case-law under Article 6 § 2 of the Convention to the effect that in principle the Contracting States remain free to apply the criminal law to an act where it is not carried out in the normal exercise of one of the rights protected under the Convention (see *Engel and Others v. the Netherlands*, 8

June 1976, § 81, Series A no. 22, p. 34) and, accordingly, to define the constituent elements of the resulting offence. In particular, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence. Examples of such offences may be found in the laws of the Contracting States. Presumptions of fact or of law operate in every legal system. The Convention does not prohibit such presumptions in principle; it does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law. According to the case-law, these limits will be overstepped where a presumption has the effect of making it impossible for an individual to exonerate himself from the accusations against him, thus depriving him of the benefit of Article 6 § 2 of the Convention (see, among other authorities, *Salabiaku v. France*, 7 October 1988, §§ 27-28, Series A no. 141-A; *Janosevic v. Sweden*, no. 34619/97, § 68; ECHR 2002 - VII and *Klouvi v. France*, no. 30754/03, § 48, 30 June 2011).

244. The Court reiterates that the Convention must be read as a whole and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions (see, among other authorities, *mutatis mutandis*, *Hammerton v. the United Kingdom*, no. 6287/10, § 84, 17 March 2016). Having regard to the common ground between Article 7 and Article 6 § 2, in their respective areas, namely that they protect the right of any individual not to be punished without his personal liability, involving a mental link with the offence, having been duly established, the Court finds that the case-law described above applies *mutatis mutandis* under Article 7.

245. Moreover, the Court notes that, following the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above), the domestic courts accepted this reasoning and altered their case-law accordingly in two significant aspects. First, even in cases of dismissal where prosecution of the offence has become statute-barred, in order to implement a confiscation measure it must be demonstrated that the offence is nevertheless made out, based on both the material element and the mental element. Secondly, since the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (ibid.), the domestic courts have refrained from imposing that measure on *bona fide* third parties.

246. Having regard to the foregoing, the Court finds that in the present case Article 7 required that the impugned confiscation mea-

sures had to be foreseeable for the applicants and precluded any decision to impose those measures on the applicants in the absence of a mental link disclosing an element of liability in their conduct.

247. The question arising at this juncture is therefore whether this requirement could have been fulfilled, bearing in mind that (a) none of the applicants had been formally convicted in that connection, and (b) the applicant companies were never parties to the proceedings in question. The Court will now examine each of these points.

2. Whether the confiscation measures could be applied in the absence of formal convictions

248. The Court observes that in the present case all the applicants had their property confiscated even though none of them had received a formal conviction: in the case of the company G.I.E.M. S.r.l., neither the company itself nor its representatives had ever been prosecuted (see paragraphs 23-29 above); as to the other applicant companies, unlike their representatives, they had never been parties to the proceedings in question (see paragraphs 66-73 and 82-86 above); lastly the proceedings brought against Mr Gironda had been discontinued as statute-barred.

249. The parties have clearly diverging views on the need for a formal conviction, an issue that has already been examined in *Varvara* (cited above). The applicants argued that, according to that judgment, the impugned confiscation measures could not be applied in the absence of formal convictions, and they asked the Court to confirm the *Varvara* caselaw on that point.

The Government took the opposite view. They thus asked the Court to depart from *Varvara* on that point and confirm the position of the domestic courts, in particular that of the Constitutional Court (see paragraph 133 above).

250. The Grand Chamber would refer back to the following findings in the *Varvara* judgment (cited above):

"71. The 'penalty' and 'punishment' rationale and the 'guilty' concept (in the English version) and the corresponding notion of '*personne coupable*' (in the French version) support an interpretation of Article 7 as requiring, in order to implement punishment, a finding

of liability by the national courts enabling the offence to be attributed to and the penalty to be imposed on its perpetrator. Otherwise the punishment would be devoid of purpose (see *Sud Fondi S.r.l. and Others*, cited above, § 116). It would be inconsistent on the one hand to require an accessible and foreseeable legal basis and on the other to permit punishment where, as in the present case, the person in question has not been convicted.

72. In the present case, the criminal penalty which was imposed on the applicant despite the fact that the criminal offence had been statute-barred and his criminal liability had not been established in a verdict as to his guilt, is incompatible with the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty, which the Court has recently clarified and which is an integral part of the legality principle laid down in Article 7 of the Convention. Consequently, the penalty in issue is not prescribed by law for the purposes of Article 7 of the Convention and is arbitrary."

251. It follows from the above that Article 7 precludes the imposition of a criminal sanction on an individual without his personal criminal liability being established and declared beforehand. Otherwise the principle of the presumption of innocence guaranteed by Article 6 § 2 of the Convention would also be breached.

252. However, while it is clear that, as indicated in *Varvara* (ibid.) the requisite declaration of criminal liability is often made in a criminal-court judgment formally convicting the defendant, this should not be seen as a mandatory rule. The *Varvara* judgment does not lead to the conclusion that confiscation measures for unlawful site development must necessarily be accompanied by convictions decided by criminal courts within the meaning of domestic law. The Court, for its part, must ensure that the declaration of criminal liability complies with the safeguards provided for in Article 7 and that it stems from proceedings complying with Article 6. In this connection, the Court would emphasise that its judgments all have the same legal value. Their binding nature and interpretative authority cannot therefore depend on the formation by which they were rendered.

253. It also follows from the above that, as the Court has already indicated concerning the autonomous nature of its interpretation of Article 7 (see paragraph 233 above), compliance with Article 7 as interpreted in the *Varvara* judgment does not require that all disputes under that Article must necessarily be dealt with in the context of

criminal proceedings *stricto sensu*. In that sense, the applicability of this provision does not have the effect of imposing the "criminalisation" by States of procedures which, in exercising their discretion, they have not classified as falling strictly within the criminal law.

254. In this connection the Court observes that, relying on the principle established in the Öztürk judgment (cited above, §§ 49 and 56), it has found on many occasions that the "obligation to comply with Article 6 of the Convention does not preclude a 'penalty' being imposed by an administrative authority in the first instance" (see *Grande Stevens and Others v. Italy*, nos. 18640/10 and 4 others, §§ 138-139, 4 March 2014; see also *Kadubec v. Slovakia*, 2 September 1998, § 57, *Reports* 1998-VI; Čanády v. Slovakia, no. 53371/99, § 31, 16 November 2004; and *A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy*, no. 43509/08, §§ 58-59, 27 September 2011). This principle has also been confirmed in terms of the right to the presumption of innocence under Article 6 § 2 of the Convention. Thus in the case of *Mamidakis v. Greece* (no. 35533/04, § 33, 11 January 2007) the Court found as follows:

"As to the complaint that the administrative courts did not take account of the fact that the applicant had not been prosecuted for the same offence, the Court takes the view that this situation cannot be analysed as a breach of the right to be presumed innocent. Such a finding would mean that no administrative proceedings could be brought in the absence of criminal proceedings and that no finding of an offence can be made by an administrative court in the absence of a formal declaration of guilt by a criminal court. In addition, the applicant has not raised any other argument which could lead the Court to conclude that the administrative courts had considered him to be guilty before reaching a final decision in his case."

255. Having thus dismissed the need for there to be criminal proceedings, the Court must nevertheless ascertain whether the impugned confiscation measures at least required a formal declaration of criminal liability in respect of the applicants.

256. While the applicants emphasised the illegality of the confiscation measure in the absence of a formal conviction, the Government took the view that, except in the case of G.I.E.M. S.r.l., the applicant companies and their representatives, including Mr Gironda, had clearly been found guilty of contravening the planning

regulations.

257. The Court observes that since the applicant companies were not prosecuted themselves, and nor were they parties to the proceedings (see paragraphs 248 above and 269 below), there cannot have been a prior declaration of their liability. Consequently, the question whether the declaration of criminal liability required by Article 7 must meet formal requirements arises only in respect of Mr Gironda.

258. In the present case the Court must therefore ascertain whether, even though the offence of which Mr Gironda stood accused was statute-barred, it is entitled to have regard to the elements of that offence, as established by the domestic courts, in order to find that, in substance, there had been a declaration of liability capable of satisfying the prerequisite for the imposition of a sanction compatible with Article 7 of the Convention.

259. The Court reiterates its case-law to the effect that it may be necessary to look beyond the appearances and the language used and concentrate on the realities of the situation (see *Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, § 123, ECHR 2003X). The Court is thus entitled to look behind the operative part of a judgment and take account of its substance, the reasoning being an integral part of the decision (see, *mutatis mutandis*, *Allen v. the United Kingdom* [GC], no. 25424/09, § 127, 12 July 2013).

260. In the Court's view, it is necessary to take into account, first, the importance in a democratic society of upholding the rule of law and public trust in the justice system, and secondly, the object and purpose of the rules applied by the Italian courts. In that connection it would appear that the relevant rules seek to prevent the impunity which would stem from a situation where, by the combined effect of complex offences and relatively short limitation periods, the perpetrators of such offences systematically avoid prosecution and, above all, the consequences of their misconduct (see, *mutatis mutandis*, *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 192, ECHR 2012).

261. The Court cannot overlook these considerations in applying Article 7 in the present case, provided that the domestic courts in question acted in strict compliance with the defence rights enshrined in Article 6 of the Convention. For this reason it takes the view that,

where the courts find that all the elements of the offence of unlawful site development are made out, while discontinuing the proceedings solely on account of statutory limitation, those findings can be regarded, in substance, as a conviction for the purposes of Article 7, which in such cases will not be breached.

262. It follows that there has been no violation of Article 7 in respect of Mr Gironda.

3. Whether the impugned confiscation measures could be imposed on the applicant companies, which were not parties to the proceedings

(a) The parties' submissions

263. The applicant companies pointed out that they had not been parties to the criminal proceedings in respect of the offence of unlawful site development and that, moreover, this had not been possible for them as a matter of law. As regards the company G.I.E.M. S.r.l. in particular, its representatives had not even been prosecuted, and the confiscation of its property had merely been the result of its automatic incorporation into the Punta Perotti site.

264. The Government observed that the possibility of setting up a company had the undeniable advantage of confining the business risk to the legal entity created expressly to carry on this activity. In their view, a shareholder in a legal entity thus assumed risks only to the extent of his contribution to the company and it was the company itself which necessarily sustained the negative consequences of a confiscation measure. The Government argued that, unlike G.I.E.M. S.r.l., the companies Hotel Promotion Bureau S.r.l., R.I.T.A. Sarda S.r.l. and Falgest S.r.l. could clearly not claim to have been acting in good faith, because they were "legal instruments in the hands of their shareholders".

(b) The Court's assessment

265. The Court notes that Italian law ascribes to limited-liability companies, such as the applicant companies, a legal personality that is distinct from that of the companies' directors or shareholders. In principle it is thus necessary to ascertain whether the individuals involved in the proceedings before the domestic courts were acting

and were tried in a personal capacity or as legal representatives of the companies concerned.

266. However, the Court observes that under Italian law, as in force at the time, in accordance with the principle *societas delinquere non potest* ("a legal entity cannot commit a criminal offence"), limited-liability companies could not, as such, be parties to criminal proceedings, in spite of their distinct legal personality. Accordingly, they could not be legally represented in the context of the relevant criminal proceedings in the present case, even though the conduct (and resulting liability) of their respective legal representatives was directly attributed to them. The companies thus remained third parties in relation to those proceedings, as confirmed by the judgments of the domestic courts.

267. The Court has always recognised the principle that limited liability companies have a distinct legal personality, finding for example in *Agrotexim and Others v. Greece* (24 October 1995, § 66, Series A no. 330A):

"... the Court considers that the piercing of the 'corporate veil' or the disregarding of a company's legal personality will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators."

268. The Court applied this case-law in its decision on the admissibility of the applications lodged by Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l., in dismissing the complaints raised, in their own names, by the director and/or shareholders of the applicant companies under Article 7 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1, on account of the confiscation. Similarly, the complaints submitted by the applicant companies concerning the violation of Article 6 were declared inadmissible in the decisions on admissibility, in which the Court stated that as the impugned proceedings had not concerned Falgest S.r.l., Hotel Promotion Bureau S.r.l. or R.I.T.A. Sarda S.r.l., those applicant companies could not be considered victims of the alleged violation.

269. In the instant case, therefore, the question to be addressed concerns the imposition of a criminal sanction on legal entities which, on account of their distinct legal personality, have not been

parties to any kind of proceedings (whether criminal, administrative, civil, etc.).

270. Under Italian law, confiscation of property is a sanction imposed by a criminal court as an automatic consequence of a finding of the offence of unlawful site development. No distinction is drawn for the situation where the owner of the property is a company, which cannot commit a criminal offence according to Italian law (see paragraph 266 above).

271. The Court has already ruled, in the *Varvara* judgment (cited above, § 65), that a "consequence of cardinal importance flows from the principle of legality in criminal law, namely a prohibition on punishing a person where the offence has been committed by another". In support of this argument the Court held as follows:

"64. The Court has previously examined this issue from the angle of Article 6 § 2 of the Convention.
65. In the case of *A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland*, 29 August 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997V, a number of heirs had been punished for a criminal offence committed by the deceased. The Court considered that the criminal sanction imposed on the heirs for tax fraud attributed to the deceased was incompatible with the fundamental rule of criminal law that criminal liability does not survive the person who has committed the criminal act (ibid., § 48). Swiss law explicitly acknowledged this principle, and the Court affirmed that this rule was also required by the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2 of the Convention. Inheritance of the guilt of the dead is not compatible with the standards of criminal justice in a society governed by the rule of law. That principle was reaffirmed in the case of *Lagardère* (*Lagardère v. France*, no. 18851/07, 12 April 2012, § 77), in which the Court reiterated that the rule that criminal liability does not survive the person who has committed the criminal act is not only required by the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2 of the Convention, but also by the principle that inheritance of the guilt of the dead is incompatible with the standards of criminal justice in a society governed by the rule of law.
66. Given the connection between Articles 6 § 2 and 7 § 1 of the Convention (see *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, § 100, Series A no. 39), the Court considers that the rule reiterated by it in the

preceding paragraph is also valid from the angle of Article 7 of the Convention, which requires that no one can be held guilty of a criminal offence committed by another. While it is true that anyone must be able at any time to ascertain what is permitted and what is prohibited via clear and detailed laws, a system which punished persons for an offence committed by another would be inconceivable."

272. The Grand Chamber finds it appropriate to confirm the above reasoning. In the instant case, the companies G.I.E.M. S.r.l., Hotel Promotion Bureau S.r.l., R.I.T.A. Sarda S.r.l. and Falgest S.r.l. were not parties to proceedings of any kind. Only the legal representative of Hotel Promotion Bureau S.r.l. and Falgest S.r.l. and two shareholders in R.I.T.A. Sarda S.r.l. were indicted in a personal capacity. Thus the authorities imposed a sanction on the applicant companies for the actions of third parties, that is to say, except in the case of G.I.E.M. S.r.l., the actions of their legal representatives and/or shareholders acting in a personal capacity.

273. Lastly, in response to the Government's allegation that Hotel Promotion Bureau, R.I.T.A. Sarda S.r.l. and Falgest had acted in bad faith (see paragraph 264 above), the Court notes that there is nothing in the case file to suggest that the ownership of the property had been transferred to the applicant companies by their legal representatives (see, to that effect, Article 6 of Directive 2014/42/EU, paragraph 152 above).

274. In conclusion, having regard to the principle that a person cannot be punished for an act engaging the criminal liability of another, a confiscation measure applied, as in the present case, to individuals or legal entities which are not parties to the proceedings, is incompatible with Article 7 of the Convention.

4. Conclusions

275. In the light of those considerations the Court holds as follows.

(a) There has been a violation of Article 7 in respect of the applicant companies as they were not parties to the criminal proceedings (see paragraph 274 above).

(b) There has been no violation of Article 7 in respect of Mr Gironda, in that the domestic courts' findings in the proceedings against

him can be regarded, in substance, as a declaration of liability meeting the requirements of this Article (see paragraph 262 above).

V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

276. The applicants complained of a violation of their property rights. They relied on Article 1 of Protocol No. 1, which reads as follows:

"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.
The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."

A. Admissibility

277. The Court finds that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicants

278. The applicant company G.I.E.M. S.r.l. submitted that the confiscation measure constituted a deprivation of property. It argued that, by allowing, through a general formulation, the extension of such confiscation beyond the land directly concerned by the unlawful development, section 19 of Law no. 47/1985 infringed Article 1 of Protocol No. 1. That Article allowed legitimate interference only

on the basis of a law that was accessible, precise and foreseeable. The applicant company took the view that section 19 should have indicated in greater detail the limits within which it was possible to decide on confiscation in relation to the established facts, by indicating, according to a principle of reason and proportionality, the extent of the land that could be confiscated in relation to the buildings erected thereon and the unlawful conduct as established in material and mental terms. It explained that the lack of clarity and precision of the national law, and of the regional law, which had been regarded by the Court as "obscure and poorly worded" in its *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above), had made it possible to confiscate land of an area that was three times as large as that covered by the planning permission issued by the Bari municipal authority. An even more serious consequence was that this had also affected the applicant company's property even though the company had not been involved in the acts in respect of which the criminal proceedings had been brought.

As to the proportionality of the impugned measure, the applicant company submitted that the transformation work linked to the construction by the owners of land adjacent to its own should, at most, have obliged it to forfeit the transformed land alone.

279. The companies Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l. pointed out that the Court, in its case-law, had attached particular weight to the requirement of legality. In the *Varvara* judgment (cited above), but also in the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above), it had established that the offence in respect of which the penalty had been imposed had no legal basis, in breach of the Convention, and that the penalty imposed on the applicant had been arbitrary. That finding had then led the Court to state that the interference with the applicant's right to the peaceful enjoyment of his possessions was equally arbitrary and that there had been a violation of Article 1 of Protocol No. 1. Moreover, the applicant companies took the view that a State's interference with the right to enjoyment of property had to strike a fair balance between the demands of the general interest of the community and the imperatives of guaranteeing the individual's fundamental rights. They explained that, in the present case, the extent of the confiscation affecting the property had to be taken into account: the eighty-eight plots that were built upon totalled 15,920 sq. m, while the confiscation had affected an additional area that was 14.5 times as large.

280. The company Falgest S.r.l. and Mr Gironda argued that the confiscation imposed on them constituted a deprivation of property within the meaning of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1.

281. In their submission, the impugned measure ordered by the Court of Cassation was clearly illegal and arbitrary and, in any event, devoid of a sufficiently clear, accessible and foreseeable legal basis. The applicants referred to the finding in the *Varvara* judgment (cited above) to the effect that the illegality in criminal terms of the sanction for unlawful site development that had been found under Article 7 of the Convention entailed the illegality "in property terms" of the confiscation under Article 1 of Protocol No. 1.

282. Should the Court take the view that the impugned confiscation had a legal basis, the applicants argued that it was disproportionate to the aim pursued and that it had not struck a fair balance between the interests at stake. In a case involving mere reservation documents for the future acquisition by private purchasers of individual housing units covering less than 11% of the area in question, the confiscation of the entire property had not constituted a proportionate measure. The general interest could have been served by less intrusive measures.

(b) The Government

283. The Government submitted that the confiscation measures in respect of the applicants' property had been ordered in accordance with the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 and that the resulting interference did not constitute a violation of that provision. The impugned measures had a legal basis, pursued a legitimate aim and were proportionate. As to the proportionality aspect, the Government explained that less restrictive measures could not have been envisaged. In their view, it would have been technically very difficult, if not impossible, to limit the confiscation merely to the areas that had been built upon and to have separated those areas from the undeveloped land. In the Government's view, a purely partial confiscation of the land would have frustrated the legitimate aims pursued by the State, namely to ensure the conformity of the plots in question with the planning regulations, environmental protection and the punishment of those responsible for the unlawful land transformation. In any event, the Government argued that the State had

to be afforded a broad margin of appreciation as to the choice of instruments to be used in order to find the best solutions to guarantee environmental protection.

284. As regards the first applicant company, the Government observed that the confiscated land had been returned.

285. As to the property of the companies Hotel Promotion Bureau S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l, the Government argued that the confiscation was proportionate, as only sixteen of the eighty-eight housing units had been confiscated.

286. Lastly, as to the company Falgest S.r.l., the Government disputed the percentage of undeveloped land that had been confiscated and argued that it was not 89% but less than 50% of the whole property.

2. The Court's assessment

287. The Court observes that in its judgments in the cases of *Sud Fondi S.r.l. and Others* (merits, cited above, §§ 125-29), and *Varvara* (cited above, § 83), it found that the confiscation of the applicants' land and buildings had constituted an interference with their right to the peaceful enjoyment of their property as protected by Article 1 of Protocol No. 1.

288. The Grand Chamber reaches the same conclusion in the present case. It must therefore be determined which of the rules in that provision is applicable.

(a) The applicable rule

(i) General principles

289. Article 1 of Protocol No. 1 comprises three distinct rules: the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the gen-

eral interest and to secure the payment of penalties. The three rules are not, however, "distinct" in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule (see, among other authorities, *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 37, Series A no. 98, and *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 55, ECHR 1999-II).

(ii) Application in the present case

290. In the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above, §§ 128-29), the Court stated as follows:

"128. The Court notes that the present case can be distinguished from that of *AGOSI v. the United Kingdom* (24 October 1986, Series A no. 108), where confiscation was ordered in respect of property that was the subject-matter of an offence (*objectum sceleris*), following the conviction of the persons charged, for in the present case the confiscation was ordered following acquittal. For the same reason the present case can be distinguished from *C.M. v. France* ((dec.), no. 28078/95, ECHR 2001VII) or *Air Canada v. the United Kingdom* (5 May 1995, Series A no. 316A), in which the confiscation, ordered after the conviction of the accused, concerned property which was the *instrumentum sceleris* and was in the possession of third parties. As regards the proceeds of crime (*productum sceleris*), the Court observes that it has examined a case where the confiscation had followed the applicant's conviction (see *Phillips v. the United Kingdom*, no. 41087/98, §§ 9-18, ECHR 2001-VII) and cases where confiscation had been ordered independently of the existence of any criminal proceedings, because the applicant companies' property had been presumed to be of unlawful origin (see *Riela and Others v. Italy* (dec.), no. 52439/99, 4 September 2001; *Arcuri and Others v. Italy* (dec.), no. 52024/99, 5 July 2001; and *Raimondo v. Italy*, 22 February 1994, § 29, Series A no. 281-A) or to have been used for unlawful activities (*Butler v. the United Kingdom* (dec.), no. 41661/98, 27 June 2002). In the first case cited above, the Court held that the confiscation constituted a penalty for the purposes of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (see *Phillips,* cited above, § 51, and, *mutatis mutandis*, *Welch v. the United Kingdom*, 9 February 1995, § 35, Series A no. 307-A), whereas in the other cases it took the view that

it was a matter of control of the use of property.
129. In the present case, the Court takes the view that it is not necessary to determine whether the confiscation falls within the first or second category, as in any event it is the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 which applies (see *Frizen v. Russia*, no. 58254/00, § 31, 24 March 2005)."

291. The Grand Chamber does not see any reason to reach a different conclusion in the present case.

(b) Compliance with Article 1 of Protocol No. 1

(i) General principles

292. The Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1 above all requires that any interference by a public authority with the enjoyment of possessions be in accordance with the law: under the second sentence of the first paragraph of this Article, any deprivation of possessions must be "subject to the conditions provided for by law"; the second paragraph entitles the States to control the use of property by enforcing "laws". Moreover, the rule of law, which is one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention (see *Amuur v. France*, 25 June 1996, § 50, *Reports* 1996III, and *Iatridis*, cited above, § 58).

293. Moreover, since the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 is to be construed in the light of the general principle enunciated in the opening sentence of that Article, there must exist a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised: the Court must determine whether a fair balance has been struck between the demands of the general interest in this respect and the interest of the individual company concerned. In so determining, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard to the means to be employed and to the question of whether the consequences are justified in the general interest for the purpose of achieving the objective pursued (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, § 149, ECHR 2005VI).

(ii) Application to the present case

294. In the present case, it is not necessary to decide whether the

violation of Article 7 found above (see paragraph 275 above) has the automatic consequence that the impugned confiscation measures were devoid of legal basis and therefore breached Article 1 of Protocol No. 1, having regard to the findings below as to whether the measures pursued a legitimate aim and whether they were proportionate.

295. The legitimacy of State policies in favour of environmental protection cannot be called into question, because the well-being and health of individuals are thereby also guaranteed and defended (see *Depalle v. France* [GC], no. 34044/02, § 84, ECHR 2010, and *Brosset-Triboulet and Others v. France* [GC], no. 34078/02, § 87, 29 March 2010). However, it must be said that the examination of the current situation, which is based on information provided by the parties, leaves some doubt as to the fulfilment of the aim which was relied upon to justify the measures contested by the applicants.

296. Firstly, the land confiscated from G.I.E.M. S.r.l. was returned to the applicant company in 2013 following an application lodged with the Bari District Court by the mayor of that city. The return was carried out on the basis of the principles established by the Court in the *Sud Fondi S.r.l. and Others* judgment (merits, cited above) under Article 7 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 (see paragraphs 42-43 above).

297. Secondly, as regards Hotel Promotion S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l., as at 29 July 2015 the confiscated properties were still occupied by their owners. In addition, in May 2015 the municipal council of Golfo Aranci acknowledged that it was currently in the interest of the community to retain the confiscated real-estate complex in view of the possibility of using the units to deal with emergencies, by allowing the housing to be rented, directly or indirectly, by individuals with low income (see paragraph 74 above).

298. Lastly, in May 2015, the expert commissioned by Falgest S.r.l. and Mr Gironda reported on the state of disrepair in which the confiscated complex now stood, as it had not been maintained by the municipal authority, which was then the owner (see paragraph 87 above).

299. It may thus be questioned whether the confiscation of the property has actually contributed to the protection of the environment.

300. As to the proportionality of the measure, Article 1 of Proto-

col No. 1 requires of any interference that there should be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued (see *Jahn and Others v. Germany* [GC], nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, §§ 83-95, ECHR 2005-VI). This fair balance will be upset if the person concerned has to bear an individual and excessive burden (see *Sporrong and Lönnroth*, cited above, §§ 69-74, and *Maggio and Others v. Italy*, nos. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 and 56001/08, § 57, 31 May 2011).

301. The following factors may be taken into account in order to assess whether the confiscation was proportionate: the possibility of less restrictive alternative measures such as the demolition of structures that were incompatible with the relevant regulations or the annulment of the development plan; the unlimited nature of the sanction, as it affected both developed and undeveloped land, and even areas belonging to third parties; and the degree of culpability or negligence on the part of the applicants or, at the very least, the relationship between their conduct and the offence in question.

302. In addition, the importance of the procedural obligations under Article 1 of Protocol No. 1 must not be overlooked. Thus the Court has, on many occasions, noted that, although Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements, judicial proceedings concerning the right to the peaceful enjoyment of one's possessions must also afford the individual a reasonable opportunity of putting his or her case to the competent authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision (see *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, no. 48553/99, § 96, ECHR 2002-VII; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, no. 49429/99, § 134, ECHR 2005-XII; *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* [GC], no. 73049/01, § 83, ECHR 2007-I; *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom* [GC], no. 44302/02, § 57, ECHR 2007-III; *Zafranas v. Greece*, no. 4056/08, § 36, 4 October 2011; and *Giavi v. Greece*, no. 25816/09, § 44, 3 October 2013; see also, *mutatis mutandis*, *Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, § 123, 20 June 2002, and *Grande Stevens and Others,* cited above, § 188). An interference with the rights provided for by Article 1 of Protocol No. 1 cannot therefore have any legitimacy in the absence of adversarial proceedings that comply with the principle of equality of arms, allowing discussion of aspects that are important for the outcome of the case. In order to ensure that this condition is satisfied, the applicable procedures should be consid-

ered from a general standpoint (see, among other authorities, *AGOSI*, cited above, § 55; *Hentrich v. France*, § 49, 22 September 1994, Series A no. 296A; *Jokela v. Finland*, no. 28856/95, § 45, ECHR 2002-IV; Gáll v. Hungary, no. 49570/11, § 63, 25 June 2013; and *Sociedad Anónima del Ucieza v. Spain*, no. 38963/08, § 74, 4 November 2014).

303. The automatic application of confiscation in cases of unlawful site development, as provided for – save in respect of *bona fide* third parties by Italian legislation is clearly ill-suited to these principles since it does not allow the courts to ascertain which instruments are the most appropriate in relation to the specific circumstances of the case or, more generally, to weigh up the legitimate aim against the rights of those affected by the sanction. In addition, as the applicant companies were not parties to the impugned proceedings, they did not have the benefit of any of the procedural safeguards mentioned in paragraph 302 above.

304. In conclusion, the Court takes the view that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention in respect of all the applicants on account of the disproportionate nature of the confiscation measure.

VI. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 AND ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

305. The company G.I.E.M. S.r.l. complained that it had not had access to a court, arguing that it had no opportunity to defend itself or to present arguments against the confiscation before a criminal court ruling on the merits or in civil proceedings. It alleged that the possibility of lodging an interlocutory application for review of enforcement had not allowed it to remedy those shortcomings. It relied on Article 6 § 1 and Article 13 of the Convention.

306. Referring to Article 13 of the Convention, the company Falgest S.r.l., for its part, alleged that there had been no accessible and effective domestic remedy by which to complain of a violation of Article 7 of the Convention or of Article 1 of Protocol No. 1 on account of the confiscation ordered by the Court of Cassation.

The relevant provisions read as follows:

Article 6 § 1

"1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law. ..."

Article 13

"Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

307. The Government disputed those arguments.

308. Finding that these complaints are not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention and that they are not barred by any other ground of inadmissibility, the Court declares them admissible.

309. The Court takes the view, however, that it is not necessary to examine these complaints because they are covered by the complaints already examined under Article 7 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1.

VII. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 2 OF THE CONVENTION

310. Mr Gironda also complained that the principle of the presumption of innocence had been breached by the Court of Cassation in deciding to order the confiscation of his land even though the case against him had been dismissed as statute-barred. He relied on Article 6 § 2 of the Convention, which reads as follows:

"Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law."

A. Admissibility

311. The Court notes that this complaint is related to that which it examined under Article 7 of the Convention and that it must therefore also be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) Mr Gironda

312. The applicant emphasised that the Court of Cassation had not merely impugned the mistake of law committed by the Court of Appeal. In his view, by substituting its own ruling for that of the court below in a noncustomary manner, the Court of Cassation had established the existence of all the necessary elements for the offence of unlawful site development to be made out, that is, in both its material and mental elements. The applicant explained that, according to the Court of Cassation, the change in use of the buildings was proved by the statements of third parties and by the documents in the file. In that court's view, according to the applicant, the unlawful nature of the development was not in doubt. This decision thus clearly breached the principle of the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2 of the Convention.

(b) The Government

313. The Government disputed this contention and referred to the applicants they had submitted under Article 7.

2. The Court's assessment

(a) General principles

314. Article 6 § 2 protects the right of any person to be "presumed innocent until proved guilty according to law". Regarded as a procedural safeguard in the context of the criminal trial itself, the presumption of innocence also has another aspect. Its general aim, in this second aspect, is to protect individuals who have been acquitted of a criminal charge, or in respect of whom criminal proceedings have been discontinued, from being treated by public officials and authorities as though they are in fact guilty of the offence charged. In these cases, the presumption of innocence has already operated, through the application at trial of the various requirements inherent in the procedural guarantee it affords, to prevent an unfair criminal

conviction being imposed. Without protection to ensure respect for the acquittal or the discontinuance decision in any other proceedings, the fairtrial guarantees of Article 6 § 2 could risk becoming theoretical and illusory. What is also at stake once the criminal proceedings have concluded is the person's reputation and the way in which that person is perceived by the public. To a certain extent, the protection afforded under Article 6 § 2 in this connection may overlap with the protection afforded by Article 8 (see, for example, *Zollman v. the United Kingdom* (dec.), no. 62902/00, ECHR 2003XII; *Taliadorou and Stylianou v. Cyprus*, nos. 39627/05 and 39631/05, §§ 27 and 56-59, 16 October 2008; and *Allen*, cited above, §§ 9394).

315. Moreover, guilt cannot be legally established where the proceedings have been closed by a court before the gathering of evidence or the conducting of hearings that would have allowed the court to determine the case on its merits (see *Baars v. the Netherlands,* no. 44320/98, §§ 25-32, 28 October 2003, and *Paraponiaris*, cited above, §§ 30-33). By way of example, in the case of *Didu v. Romania* (no. 34814/02, §§ 40-42, 14 April 2009), the Court found that the fact that the court ruling at last instance had quashed the acquittal decisions by the lower courts, and had found the person concerned guilty whilst closing the proceedings because criminal liability was statute-barred, had breached Article 6 § 2 of the Convention, since the defence rights had not been respected in the proceedings before it, even though that last-instance court was the first court to have found the applicant guilty. Similarly, in *Giosakis v. Greece* (no. 3) (no. 5689/08, § 41, 3 May 2011), the Court found that Article 6 § 2 of the Convention had been breached by the fact that the Court of Cassation had quashed the acquittal by the Court of Appeal whereas it had at the same time found the proceedings to be statute-barred.

316. It can be seen from this case-law that a problem arises under Article 6 § 2 of the Convention where a court which terminates proceedings because they are statute-barred simultaneously quashes acquittals handed down by the lower courts and, in addition, rules on the guilt of the person concerned.

(b) Application in the present case

317. In the present case, the applicant Mr Gironda was acquitted

on appeal and the confiscation measure was revoked after the development plan had been found compatible with the land-use plan and planning regulations (see paragraph 84 above). Subsequently that decision was quashed, without being remitted, by the Court of Cassation, which found that the applicant's liability had been proved. The applicant was thus declared guilty, in substance, by the Court of Cassation, notwithstanding the fact that the prosecution of the offence in question was statute-barred. This fact breaches the right to the presumption of innocence.

318. Having regard to the foregoing, there has been a violation of Article 6 § 2 of the Convention in the present case in respect of Mr. Gironda.

VIII. OTHER ALLEGED VIOLATIONS

319. In their observations of 26 May 2015, the companies Hotel Promotion S.r.l. and R.I.T.A. Sarda S.r.l. reiterated their complaint concerning a violation of Article 6 of the Convention. Similarly, the company Falgest S.r.l. and Mr Gironda again complained of a violation of Article 6 § 2 of the Convention in respect of five other individuals who, like Mr Gironda, had been prosecuted for unlawful site development. Those persons were also originally applicants before the Court. The complaints in question were declared inadmissible by decisions on the relevant parts of the applications on 5 June 2012 and 30 April 2013.

320. Decisions as to admissibility are final. It follows that the Court lacks jurisdiction to entertain these complaints (see, *mutatis mutandis*, *Bulena v. the Czech Republic*, no. 57567/00, § 37, 20 April 2004).

IX. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

321. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the

injured party."

322. The applicants all filed their claims for just satisfaction within the time-limits fixed by the President of the Court.

323. In their observations before the Grand Chamber, the Government did not comment on the applicants' claims for just satisfaction.

324. Having regard to the circumstances of the case, the Court takes the view that the question of the application of Article 41 of the Convention is not ready for decision. Consequently, it will reserve the question in its entirety and fix the subsequent procedure, bearing in mind the possibility of an agreement being reached between the respondent State and the applicants (Rule 75 § 1 of the Rules of Court). The Court gives the parties three months from the date of the present judgment for that purpose.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Decides*, unanimously, to join the applications;

2. *Declares*, unanimously, the applications admissible as to the complaints under Article 6 §§ 1 and 2 and Article 13 of the Convention, and Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention;

3. *Declares*, by a majority, the applications admissible as to the complaint under Article 7 of the Convention;

4. *Holds*, by fifteen votes to two, that there has been a violation of Article 7 of the Convention in respect of all the applicant companies;

5. *Holds*, by ten votes to seven, that there has been no violation of Article 7 of the Convention in respect of Mr Gironda;

6. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention in respect of all the applicants;

7. *Holds*, by fifteen votes to two, that there is no need to decide whether there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in respect of the company G.I.E.M. S.r.l., or of Article 13 in respect of the companies G.I.E.M. S.r.l. and Falgest S.r.l.;

8. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been a violation of Article 6 § 2 of the Convention in respect of Mr Gironda;

9. *Holds*, unanimously, that the question of the application of Article 41 of the Convention is not ready for decision;

accordingly,

(a) *reserves* the said question in whole;

(b) *invites* the Government and the applicants to submit, within three months from the date of notification of this judgment, their written observations on the matter and, in particular, to notify the Court of any agreement that they may reach;

(c) *reserves* the further procedure and *delegates* to the President of the Court the power to fix the same if need be.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 28 June 2018.

Johan Callewaert
Deputy to the Registrar

Luis López Guerra
President

omissis

Pubblicato il 17/01/2018

N. 00088/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00609/2017 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 609 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Sciolla, Sergio Viale, Chiara Forneris, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Sciolla in Torino, corso Montevecchio N. 68;

contro

Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Vittorio Del Monte, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, corso Vittorio Emanuele II 123;

Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo non costituita in giudizio;

nei confronti di

Ati Cilte S.C.S. - Coesa S.C.S.A R.L - La Dua Valadda S.C.S., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Gili, Alessia Quilico, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Gili in Torino, via Vela 29;

Coesa Pinerolo Società Cooperativa Sociale A R.L., La Dua Valadda Società Cooperativa Sociale, Consorzio di Cooperative Sociali il Deltaplano Società Coop. Sociale, La Fonte Società Cooperativa Sociale Onlus non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

con il ricorso principale:

della nota prot. 3873 del 19/05/2017 con cui il C.I.S.S. di Pinerolo ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione al R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA del servizio di assistenza domiciliare, CIG 69769877CE; della Determinazione del Direttore del C.I.S.S. Pinerolo n. 203 del 19/05/2017; della nota C.I.S.S. prot. n. 4009 del 24/05/2017; del verbale n. 2 delle operazioni di gara nella parte in cui il Seggio di gara non ha escluso dalla procedura l'R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA; della nota C.I.S.S. prot. 2555 del 04/04/2017; del verbale n. 3 delle operazioni di gara; della nota C.I.S.S. prot. 2930 del 13/04/2017; della Determinazione n. 125 del 12/04/2017 di nomina della Commissione di gara; dei verbali nn. 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10 delle operazioni di gara; della Determinazione n. 178 del 09/05/2017; delle tabelle A, B, C, D ed E allegate al verbale di gara n. 8; dei verbali nn. 9 e 10; di tutti i verbali di gara; del provvedimento, ove adottato, di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione

presentata dalla ricorrente in data 15/06/2017; di ogni altro atto presupposto, antecedente e conseguente, quali in particolare il Bando, il Disciplinare di gara, il Capitolato Speciale d'Appalto e tutti i documenti allegati, nonché i chiarimenti resi dalla Stazione Appaltante e tutta la documentazione di gara, ove interpretata in senso difforme da quanto in questa sede argomentato; nonché per la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto ove medio tempore stipulato dal C.I.S.S. di Pinerolo e/o dall'A.S.L. TO3 con l'R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA, e per la condanna del C.I.S.S. di Pinerolo a: - escludere dalla gara e/o dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA, aggiudicando il servizio alla ricorrente e stipulare il contratto d'appalto con quest'ultima; - modificare il punteggio attribuito all'offerta tecnica del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA e della ricorrente, con collocazione al 1° posto della graduatoria della Coop. ANIMAZIONE VALDOCCO S.C.S., con aggiudicazione del servizio in favore di quest'ultima; o, in via subordinata, per la condanna del C.I.S.S. di Pinerolo a disporre la rinnovazione del giudizio dell'offerta tecnica del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA con riferimento al punteggio attribuito dal Commissario 3 al sub-criterio A.3)2 o con riferimento all'esame totale delle offerte tecniche; - in via subordinata, alla rinnovazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA; - in via di ulteriore subordine, alla riedizione della gara in ragione dell'illegittima composizione della Commissione di gara; - in via di estremo subordine, per la condanna al risarcimento dei danni nella misura equivalente che sarà indicata in corso di causa;

con motivi aggiunti del 3\7\2017:

del verbale n. 11 della seduta della Commissione di gara in data 19/06/2017; delle minute utilizzate dai Commissari di gara per la valutazione delle offerte tecniche, acquisite agli atti di gara nella seduta del 19/06/2017; delle tabelle A, B, C e D come rettificate e modificate nella seduta del 19/06/2017; del verbale n. 12 della seduta della Commissione di gara in data 23/06/2017;

- della nota prot. n. 4885 del 22/06/2017 con cui è stata convocata la seduta pubblica per la lettura della rettifica del verbale n. 8 e seguenti; della Determinazione n. 276 del 28/06/20107 con cui il Responsabile dell'Area Servizio Sociale Professionale (i) ha approvato i verbali nn. 11 e 12, (ii) ha approvato la graduatoria definitiva collocando al 1° posto l'R.T.I. controinteressato, (iii) ha confermato l'aggiudicazione del servizio in favore del R.T.I. controinteressato, (iv) ha confermato le valutazioni relative alla congruità dell'offerta dell'aggiudicatario; della nota prot. n. 5126 del 29/06/2017 con cui il C.I.S.S. ha comunicato la conferma dell'aggiudicazione in favore del R.T.I. controinteressato;

nonché per la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto ove medio tempore stipulato dal C.I.S.S. di Pinerolo e/o dall'A.S.L. TO3 con l'R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA,

nonché per la declaratoria (i) dell'illegittimità dell'aggiudicazione a favore del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA e della sua necessaria esclusione in ragione della presentazione di una cauzione provvisoria avente un importo inferiore a quello richiesto e per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, con conseguente aggiudicazione in favore della ricorrente; (ii) dell'illegittimità dell'aggiudicazione a favore del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA

VALADDA in ragione dell'errata quantificazione del punteggio attribuito all'offerta tecnica, nonché dell'illegittimità del procedimento di rettifica dei punteggi attribuiti ai sub-criteri A.3.1 e A.3.2 dell'offerta del R.T.I. controinteressato, con conseguente rideterminazione dei punteggi finali e collocazione della ricorrente al 1° posto della graduatoria; (iii) in via subordinata, dell'illegittimità dell'aggiudicazione in ragione della mancata richiesta di giustificazioni al R.T.I. controinteressato per lo svolgimento del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; (iv) in via di ulteriore subordine, dell'illegittimità dell'intera procedura di gara a causa dell'illegittima composizione della Commissione di Gara;

e per la conseguente condanna del C.I.S.S. di Pinerolo a: - escludere dalla gara e/o dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA in ragione della presentazione di una cauzione provvisoria avente un importo inferiore a quello richiesto e per mancanza dei requisiti di partecipazione, aggiudicando il servizio alla ricorrente e stipulare il contratto d'appalto con quest'ultima; modificare il punteggio attribuito all'offerta tecnica del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA e della ricorrente, con assegnazione di n. 60 punti all'offerta tecnica della ricorrente e conseguente collocazione al 1° posto della graduatoria della Coop. ANIMAZIONE VALDOCCO S.C.S., con aggiudicazione del servizio in favore di quest'ultima; o, in via subordinata, per la condanna del C.I.S.S. di Pinerolo a disporre la rinnovazione del giudizio dell'offerta tecnica del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA con riferimento al punteggio attribuito dal Commissario 3 al sub-criterio A.3)2 o con riferimento all'esame totale delle offerte tecniche; in via subordinata, alla rinnovazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA

VALADDA; in via di ulteriore subordine, alla riedizione della gara in ragione dell'illegittima composizione della Commissione di gara; in via di estremo subordine, per la condanna al risarcimento dei danni nella misura equivalente che sarà indicata in corso di causa.

Viste le "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2016/C 439/01; d'ora in poi anche "Raccomandazioni") della Corte di Giustizia della Unione Europea;
Visti gli art. 19, paragrafo 3, lett. b) del Trattato sulla Unione Europea (TUE) e 267 del Trattato sul Funzionamento della Unione Europea (TFUE);
Visti lo Statuto ed il Regolamento di procedura della Corte di Giustizia della Unione Europea;
Visti gli articoli 79 comma 1 e 112 e seguenti del Decreto legislativo n. 104 del 2010, Allegato 1 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giungo 2009 n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo), recante il Codice del processo amministrativo;
Visto l'articolo 5 sexies della Legge n. 89 del 24 marzo 2001;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2017 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

A) L'oggetto della controversia e i fatti processuali rilevanti.
Con il ricorso proposto avanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, la Cooperativa Valdocco ha impugnato gli atti della gara indetta per l'aggiudicazione del servizio di assistenza domiciliare per l'ambito territoriale del Consorzio intercomunale servizi sociali di Pinerolo e per

parte del distretto sanitario del pinerolese coincidente con il territorio consortile, per il periodo 01/06/2017 - 31/05/2020 (cig 69769877 CE), secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016.

La gara è stata aggiudicata al Raggruppamento Temporaneo di Imprese (R.T.I.) C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA (da ora anche solo R.T.I.), con la Determinazione del Direttore del Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo (C.I.S.S.) n. 203 del 19/05/2017.

La Cooperativa Valdocco, seconda classificata, ha proposto censure avverso gli atti di gara, lamentando altresì la mancata esclusione dell'aggiudicataria, per l'assenza in capo alle ditte mandanti dei requisiti di partecipazione.

Il ricorso è stato proposto a conclusione del procedimento di gara, una volta intervenuta l'aggiudicazione, seppure la stazione appaltante avesse regolarmente comunicato alle ditte partecipanti l'atto di ammissione dei concorrenti, come previsto dall'art 29 d. lgs. 50/2016.

Ai sensi dell'art 120 art 2 bis codice del processo amministrativo (c.p.a.), introdotto dall'art 204 d. lgs. 50/2016, ogni contestazione relativa alla ammissione e/o all'esclusione deve essere proposta nel termine perentorio di 30 giorni decorrente dalla comunicazione dell'atto di cui all'art 29 d. lgs. 50/2016.

La stazione appaltante e la controinteressata hanno quindi eccepito la irricevibilità del ricorso, in quanto proposto avverso l'aggiudicazione definitiva, mentre, vertendo su questioni di ammissibilità avrebbe dovuto essere proposto entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'atto di ammissione alla gara dei concorrenti.

Con sentenza non definitiva n. 1129 del 13 novembre 2017, il Collegio ha rilevato che l'applicazione della suindicata normativa dovrebbe condurre

alla declaratoria di irricevibilità per tardività del ricorso, impedendo quindi l'esame nel merito delle censure che denunciano l'assenza dei requisiti di partecipazione in capo al R.T.I. risultato aggiudicatario della gara; pertanto il Collegio ha sospeso il giudizio, ritenendo rilevante e decisiva la questione oggetto della domanda di rinvio pregiudiziale.

B) La normativa nazionale e la sua interpretazione.

L'art 120 comma 2 bis del c.p.a. (come modificato dall'art 204 d. lgs. 50/2016) ha previsto il c.d. rito super accelerato, avverso gli atti di ammissione ed esclusione dei concorrenti dalla gara di appalto.

Nell'art 120 cpa, al comma 2 bis, è stata introdotta la seguente disposizione: "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività".

A sua volta l'art 29 d. lgs. 50/2016 stabilisce che "Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante

l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché' la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione."

In base al combinato disposto delle due norme riportate, per il caso che qui rileva, la ditta partecipante ad una gara, che vuole contestare l'ammissione di un altro partecipante, lamentando il difetto dei requisiti soggettivi e di quelli economico-finanziari e tecnico-professionali e, quindi, l'illegittimità della decisione della stazione appaltante di non aver escluso il partecipante, deve proporre ricorso entro 30 giorni dalla comunicazione ex art 29 d.lgs. 50/2016.

La previsione di questo rito, c.d. super accelerato, per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione o di ammissione, risponde alla necessità di consentire la definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione; ovverosia, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione.

L'intento del legislatore è stato infatti quello di definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte (Cons. St, commissione speciale, parere n. 885 dell'1 aprile 2016), creando un «nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice

sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda» (Cons. St., sez.V^, ordinanza n. 1059 del 15 marzo 2017).

Una volta che il provvedimento di aggiudicazione intervenga in corso di causa, questo deve essere necessariamente impugnato con ricorso autonomo o con motivi aggiunti, in entrambi i casi con duplicazione degli oneri contributivi.

Ravvisa però il Collegio alcuni profili di criticità dell'attuale sistema, anche alla luce degli orientamenti interpretativi fino ad oggi intervenuti.

Si può infatti prospettare l'ipotesi in cui sia censurata l'ammissione/mancata esclusione di una ditta partecipante che, tuttavia, conclusa la gara, potrebbe non essere risultata aggiudicataria; così come la stessa ricorrente potrebbe, a conclusione del procedimento, porsi in una posizione tale da non avere alcun interesse a contestare l'aggiudicazione.

In tale ipotesi si impone ad un soggetto partecipante alla gara un onere "inutile" al fine dell'interesse finale perseguito da chi partecipa, cioè l'aggiudicazione dell'appalto.

Nella differente ipotesi, in cui nessuna ditta partecipante faccia valere tempestivamente la mancata esclusione di altro partecipante, che risulti poi aggiudicatario, è preclusa la possibilità di fare valere vizi relativi all'illegittima ammissione dell'aggiudicataria, con la conseguenza che potrebbe conseguire l'aggiudicazione una ditta priva dei requisiti di partecipazione, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante sia incorsa in errore nella valutazione degli stessi.

Secondo l'orientamento formatosi in merito alla nuova disciplina, il rito super accelerato è da ritenersi conforme ai principi costituzionali.

E' stato infatti affermato che "la circostanza che, nella fase di ammissione, non sia ancora delineabile in capo ad alcuno dei concorrenti l'utilità finale rappresentata dall'aggiudicazione della gara, non è ostativa all'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara.

Del resto, l'interesse legittimo è una posizione non solo "differenziata" rispetto alla generalità di consociati ma anche "qualificata" proprio dalla rilevanza che l'ordinamento le attribuisce.

Sicché la necessità di tutela anticipata di tale interesse, nel caso in esame, dipende dalla stessa configurazione bifasica ideata dal legislatore al fine di evitare regressioni del procedimento, per effetto di iniziative di natura contenziosa relativi ai vizi che – alla strega dei comuni principi di buona fede e correttezza nello svolgimento delle trattative – i concorrenti potrebbero far rilevare già dalle fasi preliminari della gara.

D'altro lato, il diritto di difesa a tutela della ulteriore e distinta posizione soggettiva rappresentata dalla vincita della gara, non ne risulta limitato o definitivamente scalfito, in contrasto con le garanzie di cui agli artt. 24 e 113 Cost., poiché delle illegittimità relative alla fase di ammissione ci si può comunque dolere nei termini di decadenza previsti dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a..

Al riguardo, non appare inutile ricordare che anche la Corte costituzionale, in relazione all'introduzione di forme celeri per la definizione delle controversie amministrative ovvero di abbreviazione dei termini – avvenuta a partire dalla fine degli anni 90 del secolo scorso, proprio per il settore delle pubbliche commesse, in esame - ha costantemente affermato che le

stesse non possano considerarsi costituzionalmente illegittime nella misura in cui venga assicurato il rispetto di alcuni valori processuali fondamentali, quali, in primo luogo, l'integrità del contraddittorio nonché la completezza e sufficienza del quadro probatorio (C. Cost., 26.6.2007, n. 237; cfr. anche 20 luglio 2016, n. 191 e la capostipite n. 427 del 1999).

E se, nel caso di specie, l'anticipazione della tutela ad una fase antecedente l'aggiudicazione della gara, rende sicuramente più oneroso l'esercizio del diritto di difesa, a fini di riequilibrio – come ritenuto dal Consiglio di Stato nel cit. parere n. 855/2016, reso sullo schema originario del nuovo codice dei contratti - dovrebbe essere sufficiente un intervento del legislatore ordinario volto a ridurre il contributo unificato per il contenzioso a valle e, in ogni caso, a garantire la tempestiva conoscenza degli atti e della relativa motivazione (cfr., anche, al riguardo, il parere n. 782 del 30 marzo 2017, reso sul correttivo al codice). (TAR Lazio, sez. II n. 8577/2017)

Non sono tuttavia mancate decisioni che seppur incidentalmente hanno rilevato il possibile contrasto dell'art. 120 c. 2bis c.p.a. con la Carta Costituzionale e con le fonti del diritto europeo, affermando che "il legislatore ha introdotto una sorta di presunzione legale di lesione, non direttamente correlata alla lesione effettiva e concreta di un bene della vita secondo la dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo. (…) il nuovo rito superaccelerato sembra porsi in contrasto con le garanzie costituzionali di azione in giudizio e tutela contro gli atti della P.A. ex art. 24 e 113 Cost. e questo a causa dell'onere di immediata impugnativa di provvedimenti a fronte dell'assenza di un interesse concreto ed attuale al ricorso" (T.A.R. Campania, Sez. IV, 20/12/2016, n. 5852). E ancora "la novella legislativa dell'art. 120 c. 2bis c.p.a. confligge con il quadro giurisprudenziale storicamente consolidatosi atteso che veicola nell'ordinamento l'onere di

immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici - quale condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione - anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta" (T.A.R. Puglia, Sez. III, 08/11/2016, n. 1262).

La previsione di un rito "ad hoc" per la fase di ammissione/esclusione aggrava il partecipante alla gara dell'onere di proporre una doppia impugnazione, seppure nell'ambito dello stesso giudizio, qualora il provvedimento di aggiudicazione della gara, sia sopraggiunto quando il giudizio ex art 120 comma 6 bis non sia ancora definito.

Infatti, seppur il prevalente orientamento giurisprudenziale (cfr. T.A.R. Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434; TAR Bari, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367) ritiene che si possa ricorrere all'istituto dei motivi aggiunti (da formulare ossia avverso il successivo provvedimento di aggiudicazione), tuttavia questo impone comunque un aggravio processuale ed economico.

C) Il diritto della Unione: i principi europei in materia di diritto di difesa e di presupposti dell'azione. Il principio di effettività sostanziale della tutela.

Premesso quanto sopra circa la disciplina nazionale, si devono richiamare le norme rilevanti nel caso in esame, del diritto dell'Unione Europea.

Gli artt. 6 e 13 della CEDU riconoscono il diritto ad un giusto ed effettivo processo, sotto il profilo sostanziale, garantendo una tutela attraverso un'adeguata qualificazione della situazione giuridica soggettiva da proteggere e una tutela processuale attraverso le tre componenti fondamentali del principio di effettività: pienezza e completezza della tutela e ragionevole durata del processo.

L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea stabilisce il diritto dell'individuo ad "un ricorso effettivo davanti ad un giudice", quando siano stati violati i propri diritti e le proprie libertà.

In tema di appalti, l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, modificato dall'art. 1 Dir. 2007/66/CE, stabilisce che "gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla Dir. 2004/18/CE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace".

Tale Direttiva, all'art. 1 ("Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso"), fissa i fondamentali principi di efficacia, celerità, non discriminazione ed accessibilità, che nell'ordinamento interno possono condensarsi nelle formule dell'effettività e satisfattività della tutela. Essa, infatti, stabilisce, nel testo novellato, che:

"1. … Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali.

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una

presunta violazione."

La disposizione (e specificatamente l'art. 1, comma 3,) riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione".

Il principio di efficacia presuppone quindi che l'azione sia volta a soddisfare un interesse attuale e concreto del soggetto ricorrente, che agisce a tutela di una sua lesione al bene della vita costituito dall'aggiudicazione della gara di appalto cui ha partecipato.

Tale principio postula che l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo abbia e conservi un interesse all'aggiudicazione dell'appalto (in tal senso la sentenza della Corte di Giustizia UE 5.4.2016, C 689/13 Puligenica/Airgest spa).

Corollario indefettibile di detti principi è che la tutela giurisdizionale può (e deve) esserci solo ove vi sia stata una lesione di un diritto o di un interesse legittimo, e che vi sia un interesse, concreto ed attuale, ad una pronuncia dell'autorità giudiziaria.

Consegue anche che il legislatore non potrebbe mai imporre al privato cittadino di azionare lo strumento processuale prima che detta lesione concreta e attuale di un diritto o di un interesse legittimo sia reale ed effettiva.

Ne consegue che il principio di effettività sostanziale non può dirsi rispettato quando la possibilità di contestare le decisioni delle amministrazioni giudicatrici sia affidata all'iniziativa di soggetti che non

hanno alcuna garanzia di poter ricavare vantaggi materiali dal favorevole esito della controversia o che addirittura potrebbero correre il rischio di favorire propri concorrenti, come potrebbe accadere qualora il ricorso contro l'atto di ammissione alla gara sia stato proposto da uno dei concorrenti poi collocati in posizione non utile ai fini dell'aggiudicazione.

D) Le questioni di rilevanza europea.

Il rito di cui all'art 120 co. 2 bis c.p.a. implica una tutela di tipo oggettiva, in cui l'azione non si configura caratterizzata da un interesse attuale del ricorrente e da una lesione concreta della sua situazione giuridica soggettiva.

L'operatore economico è obbligato ad impugnare le ammissioni di tutti i concorrenti alla gara, senza sapere ancora chi sarà l'aggiudicatario e, parimenti, senza sapere se lui stesso si collocherà in graduatoria in posizione utile per ottenere e/o contestare l'aggiudicazione dell'appalto. Si impone quindi al concorrente di promuovere l'azione giurisdizionale senza alcuna garanzia che detta iniziativa possa garantirgli una concreta utilità, facendo carico anche all'operatore che abbia presentato un'offerta risultata poi non competitiva in esito alla selezione, di assumere gli oneri connessi all'esperimento immediato del giudizio, ossia di promuovere un ricorso inutile e non efficace.

Le norme censurate hanno pertanto introdotto una tipologia di contenzioso che si qualifica per essere un giudizio di diritto oggettivo, contrario ai principi comunitari sopra richiamati, che forgiano il diritto di azione come diritto del solo soggetto titolare di un interesse attuale e concreto, interesse che, nell'ipotesi delle gare di appalto, consiste unicamente nel conseguimento dell'aggiudicazione, o, al più, quale modalità strumentale al perseguimento del medesimo fine, nella chance derivante

dalla rinnovazione della gara. Si rende in tal modo recessivo il principio della immediatezza della lesione derivante dal provvedimento impugnato rispetto alla (necessaria) attualità della reazione giurisdizionale, anticipandola obbligatoriamente ad un momento procedimentale nel quale la selezione degli interessi dei singoli partecipanti non è ancora tale da poter far riconoscere in capo a ciascun concorrente un effettivo e concreto interesse (ed utilità) all'impugnativa.

Peraltro, il soggetto privato obbligato a proporre un giudizio secondo lo schema del rito "superaccelerato" non solo non ha un interesse concreto ed attuale ad una pronuncia dell'autorità giudiziaria, ma subisce anche un danno dall'applicazione dell'art. 120 c. 2bis c.p.a., non solo con riferimento agli esborsi economici ingentissimi collegati alla proposizione di plurimi ricorsi avverso l'ammissione di tutti i concorrenti alla gara (in un numero potenzialmente molto elevato), ma anche per la potenziale compromissione della propria posizione agli occhi della Commissione di gara della S.A., destinataria dei plurimi ricorsi, che è chiamata nelle more del giudizio a valutare l'offerta tecnica del ricorrente; e per le nefaste conseguenze in merito al rating d'impresa disciplinato dall'art. 83 CCP, che individua come parametro di giudizio (negativo) l'incidenza dei contenziosi attivati dall'operatore economico nelle gare d'appalto.

In tale quadro, che si prospetta potenzialmente idoneo a dissuadere i concorrenti da iniziative processuali anticipate rispetto al verificarsi della lesione concreta, sembrano trovare fondamento le critiche sollevate da parte della dottrina che ha attribuito alla novella legislativa l'intendimento di ridurre le facoltà di difesa e, al contempo, le occasioni di sindacato del giudice amministrativo sull'esito delle gare pubbliche.

La violazione ai principi comunitari sopra richiamati, ed in particolare

laddove si rende l'accesso alla giustizia amministrativa eccessivamente gravoso, si ravvisa in quanto l'attuale sistema impone a ogni ditta concorrente di:

1) impugnare il provvedimento di ammissione di tutte le altre ditte partecipanti;

2) proporre il relativo ricorso in una fase del procedimento in cui la cognizione dei documenti di gara degli altri concorrenti è resa problematica dalla disciplina dettata nell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, che al comma terzo vieta di comunicare o comunque di rendere noti gli atti di gara, l'accesso ai quali è differito all'aggiudicazione e, al suo comma quarto, rende punibile, ai sensi dell'art. 326 c.p. (rivelazione di segreti d'ufficio), la condotta del pubblico ufficiale o degli incaricati di pubblico servizio (endiadi in cui sono compresi tutti i funzionari addetti alla procedura di gara) inosservante del divieto. La cogenza di tale incondizionato divieto, oltre a porre questioni di coordinamento con l'art. 29 cit., lascia prevedere una giustificata ritrosia dei soggetti responsabili della procedura a rendere ostensibile, oltre al provvedimento di ammissione, la documentazione amministrativa dei concorrenti, costringendo gli operatori a proporre ricorsi "al buio" ovvero, come confermato dalle già numerose pronunce intervenute sul punto, a presentare ulteriori ricorsi per l'accertamento del diritto di accesso alla documentazione necessaria per la proposizione del ricorso ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a.;

3) formulare censure avverso ogni atto di ammissione, per evitare di incorrere nell'inammissibilità di un ricorso cumulativo (ogni ammissione potrebbe risultare affetta da vizi propri e distinti rispetto all'altra, con diversità oggettiva e soggettiva per ogni ricorso), con la necessaria proposizione di tanti ricorsi quante sono le ditte ammesse e quindi con la

conseguenza di dover versare il contributo unificato per ogni ricorso (può dirsi acclarata la funzione dissuasiva all'azione giurisdizionale indotta dal cumulo di tributi giudiziari dovuti in caso di impugnazione separata degli atti di ammissione e di aggiudicazione nell'ambito della stessa procedura di gara).

Risulta netto il contrasto con il principio di effettività sostanziale della tutela assicurato dalla direttiva recepita (89/665), laddove prevede una decadenza di motivi ricorsuali deducibili nel momento in cui l'esigenza di tutela soggettiva diviene concreta ed attuale, cioè con l'aggiudicazione.

Inoltre, per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l'accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura.

La corretta attuazione dei principi sopra richiamati suggerirebbe l'approdo (o per meglio dire il ritorno) ad una soluzione che consenta di attendere la definizione della procedura e la piena discovery, prima di proporre ricorso per motivi relativi alla ammissione dell'aggiudicatario.

Sotto ulteriore profilo, la normativa interna in esame comporta, ad avviso del Collegio, altresì la violazione del principio di proporzionalità, che, com'è noto, costituisce parte integrante dei principi generali del diritto comunitario ed esige che la normativa nazionale non ecceda i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi pur legittimamente perseguiti da ciascuno Stato. Alla stregua di tale principio, infatti, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e penalizzante, in modo che gli

inconvenienti causati dalle stesse misure non siano sproporzionati rispetto ai fini da raggiungere (cfr., ad es.: sent. Corte di giustizia UE 12.7.2001, causa C-189/01; id., 12/9/2013, n. 660; 8/5/2013, n. 197; 13/12/2012, n. 395; Grande sezione, 27/11/2012, n. 566; Grande sezione, 21/12/2011, n. 28).

La misura di cui trattasi è ridondante sotto diversi profili.

Da un lato essa genera il rischio di una proliferazione dei ricorsi nella fase di "qualificazione", cioè di ammissione delle imprese, e di una conseguente paralisi dei procedimenti di gara, soprattutto di quelli relativi ad appalti di rilevante importo, rispetto ai quali il gravoso onere economico dell'iniziativa giudiziaria non rappresenta una remora, con buona pace delle esigenze di celerità procedimentale e di deflazione del contenzioso che si immaginano garantite dalla riforma.

Da altro lato e al contrario, l'attuale sistema può facilmente comportare, specialmente per appalti di non elevatissimo importo, rinunce da parte dell'interessato alla scelta di proporre il ricorso giurisdizionale. In una fase anticipata in cui gli operatori non possono confidare nelle utilità derivanti dall'aggiudicazione, l'entità degli esborsi necessari per la difesa processuale può costituire motivo di forte dissuasione al ricorso agli strumenti processuali che potrebbero essere fatti valere in giudizio, compromettendo anche il diritto di difesa.

La stessa normativa, imponendo a tutti i concorrenti di far valere le cause di esclusione mediante l'immediata contestazione degli atti di ammissione alla gara, sanzionando la decadenza dalla possibilità di contestare l'ammissione dei concorrenti stessi al momento della formazione della graduatoria e dell'aggiudicazione dell'appalto, priva l'aggiudicatario del rimedio del ricorso incidentale da opporre a chi contesti l'aggiudicazione

senza possedere i requisiti di ammissione alla gara.

Al contempo ancora più grave, come sembra dimostrare il caso all'esame di questo TAR, è il rischio che l'operare del nuovo meccanismo preclusivo finisca per rendere inattaccabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali. Il Collegio ritiene un tale esito contrastare anche, e soprattutto, con quella che è l'esigenza sottesa a tutta la regolamentazione europea e nazionale in materia di appalti pubblici: e cioè l'esigenza di assicurare che le commesse pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo, esigenza alla quale il confronto concorrenziale è funzionale e che inevitabilmente rimarrebbe frustrata ove si consentisse, in forza di quello che è un meccanismo di natura meramente processuale, di tenere ferma l'aggiudicazione pronunciata a favore di un aggiudicatario che risulti non possedere i requisiti di partecipazione alla gara.

F) Formulazione dei quesiti sottoposti alla Corte.

In conclusione, il Collegio ritiene di dover sottoporre all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea i due seguenti quesiti:

1) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;

2) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato.

Si trasmette alla cancelleria della Corte, mediante plico raccomandato, copia dei seguenti atti:

- ricorso di primo grado;
- memorie delle parti;
- sentenza non definitiva del Tribunale amministrativo del Piemonte, sezione I, n. 1192 pubblicata in data 13 novembre 2017;
- presente ordinanza.

Il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione dell'incidente comunitario, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe,

a) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione;

b) dispone la trasmissione, a cura della Segreteria, alla Corte di Giustizia

dell'Unione Europea della presente ordinanza e di copia degli atti indicati in motivazione, nonché di ogni ulteriore atto eventualmente richiesto, in futuro, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea;

c) sospende il presente giudizio fino alla notificazione a questo TAR, da parte della Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della decisione emessa dalla suddetta Corte.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvana Bini

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO