

LA SENTENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO DEL 20/1/2009
"LOTTIZZAZIONE ABUSIVA E CONFISCA"

Intervento dell'avvocato Daniela Bartolone

Giornata di studio sul tema

**L'INCIDENZA DELLE SENTENZE DELLE CORTI EUROPEE DI STRASBURGO E DI
LUSSEMBURGO SULL'ORDINAMENTO GIURIDICO E SULLA SOCIETÀ CIVILE**

Palermo – 10 giugno 2011

I.RE.S.P.A.

La Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza del 20/01/2009 (sez.II, *Ricorso n. 75909/01 caso Sud Fondi srl ed altri c. Italia*) ha inciso profondamente sul concetto di confisca dei beni nel caso di lottizzazione abusiva, ponendo agli operatori del diritto la soluzione di alcuni problemi.

Il concetto di lottizzazione abusiva cominciò a farsi strada, per la prima volta, con l'art. 28 della legge n. 1150/1942 che stabilì il divieto di lottizzare terreni a scopi edilizi in mancanza di un piano regolatore particolareggiato.

Mancava nell'ordinamento normativo una definizione del reato di lottizzazione abusiva e la giurisprudenza ebbe così modo di prendere due indirizzi interpretativi diversi:

- a) il primo indirizzo vedeva configurarsi il reato con la semplice attività negoziale di frazionamento del terreno che dava inizio all'urbanizzazione del terreno;
- b) il secondo indirizzo riteneva che per la realizzazione del reato si potesse prescindere dalla realizzazione delle opere, ritenendo sufficiente la semplice lottizzazione cartolare.

Nel 1981 le Sezioni Unite della Suprema Corte ritennero sussistente il reato di lottizzazione abusiva sia quando si procedeva alla divisione del terreno e relativa vendita dei lotti sia che essa fosse propedeutica all'attività edificatoria con la costruzione di edifici o di opere infrastrutturali, purché, chiaramente, diretti ad un nuovo insediamento urbano.

Il reato di lottizzazione abusiva inoltre, dal punto di vista soggettivo, era considerato in maniera divergente dalla giurisprudenza di legittimità.

Secondo un certo orientamento il reato di lottizzazione abusiva costituiva contravvenzione di natura necessariamente dolosa e; secondo altro orientamento, era indifferente la sussistenza del dolo o della colpa.

In ogni caso la sentenza definitiva che accertava che vi era stata lottizzazione abusiva disponeva la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite.

La Suprema Corte di Cassazione (III Sezione del 6 ottobre 1995) aveva definito la confisca ex articolo 19 della legge n. 47/1985 - oggi art. 44, comma secondo, del DPR 6 giugno 2001, n. 380 - quale provvedimento avente natura di sanzione amministrativa che si collocava tra le misure ripristinatorie dell'interesse leso che è propria del giudice penale, devoluta alla sua giurisdizione, *“sottratta al controllo dei giudici amministrativi e soggetta alla disciplina del codice di rito, sicché non può essere richiamato un potere esclusivo della Pubblica amministrazione al riguardo”*

Quindi, la confisca è stata ritenuta sanzione amministrativa obbligatoria connessa alla oggettiva illiceità della cosa, irrogata dal giudice penale in funzione di supplenza rispetto alla pubblica amministrazione, da applicare, perciò, presso chiunque la detenga a qualsiasi titolo e, quindi, anche presso terzi, i quali, se estranei al reato ed acquirenti in buona fede, avrebbero potuto far valere i loro diritti in sede civile.

Ma la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20/01/2009, (cosiddetta sentenza di Punta Perotti) ha ritenuto che la confisca va intesa come sanzione penale e deve essere irrogata in osservanza di tutte le garanzie della legalità penale e del giusto processo, secondo nozioni «comuni» ai Paesi di *civil law* e di *common law*.

La CEDU con la sentenza sopra citata del 2009 ha ravvisato:

- a) la violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (*nulla poena sine lege*);
- b) la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n° 1 (rispetto dei beni).

Il caso sopra indicato, sicuramente particolare, riguardava una lottizzazione abusiva

di cui i proprietari dei terreni e delle costruzioni non erano stati ritenuti penalmente responsabili.

La Cassazione penale italiana, infatti, con la sentenza del 29 gennaio / 26 marzo 2001 (n. 11716, Matarrese ed altri) solo *ex post* aveva accertato che i piani di lottizzazione autorizzati e le concessioni edilizie rilasciate dal Comune di Bari erano di natura illegale e, quindi, aveva dichiarato che gli imputati dovevano essere penalmente assolti in quanto non potevano essere attribuiti loro né la colpa né la volontà di commettere i fatti delittuosi, in quanto essi avevano commesso un «errore inevitabile e scusabile» nell'interpretazione di disposizioni regionali «oscuri e mal formulate» e che interferivano con la legge nazionale.

La predetta sentenza della Cassazione aveva preso parimenti in considerazione il comportamento delle autorità amministrative, ed in particolare il fatto che i proprietari erano stati rassicurati dal direttore dell'ufficio comunale competente, dopo il conseguimento delle concessioni edilizie; e la Cassazione aveva accertato che i vincoli paesaggistici contro i quali contrastava il progetto edilizio non erano indicati nel piano urbanistico e che l'amministrazione nazionale competente non era intervenuta. E, pur tuttavia la stessa Cassazione aveva confiscato tutti i beni precisando che l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dei terreni abusivamente lottizzati doveva conseguire obbligatoriamente all'accertamento della sussistenza obiettiva di un reato di lottizzazione abusiva, indipendentemente da una pronuncia di condanna penale.

Tale orientamento giurisprudenziale doveva ritenersi consolidato per la Cassazione italiana.

Ma le società proprietarie dei terreni e delle costruzioni confiscate a seguito del procedimento penale, non si erano rassegnate alla decisione del giudice italiano e avevano, quindi, promosso in sede civile una causa di risarcimento danni nei confronti dello stesso Comune di Bari che prima aveva rilasciato le autorizzazioni alla lottizzazione e le concessioni edilizie e che poi era divenuto beneficiario dei beni oggetto della confisca e, in aggiunta a questo procedimento civile davanti ai giudici

nazionali, le società proprietarie dei terreni e delle costruzioni confiscate avevano fatto ricorso alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo a Strasburgo per lamentare la violazione di alcune norme della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo nella fattispecie, con riferimento alla sofferta confisca penale.

La Corte di Strasburgo, riguardo alla avvenuta confisca, intesa quale sanzione penale, facendo applicazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (*nulla poena sine lege*), ha ritenuto che difettesse il carattere abusivo della lottizzazione in questione ed il carattere della «prevedibilità» della confisca.

Conseguentemente, aveva ritenuto che l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni delle società ricorrenti era arbitraria e che vi era stata, sotto vari profili, anche la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 (diritto al rispetto dei beni).

La stessa Corte europea, infine, aveva ritenuto “paradossale” che lo stesso Comune di Bari (che i giudici nazionali avevano ritenuto responsabile di avere accordato delle concessioni edilizie illegali) fosse poi divenuto proprietario dei beni confiscati.

In conclusione la Corte Europea, aveva sostenuto che, nel caso di Punta Perotti sopra descritto, la buona fede e l'assenza di responsabilità dei ricorrenti non abbiano potuto giocare alcun ruolo nella valutazione di applicabilità della sanzione penale della confisca, così come le procedure applicabili non abbiano potuto consentire di tenere in considerazione il grado di errore o di imprudenza delle parti.

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quindi, ha posto ai giuristi italiani la soluzione di alcuni problemi quali:

- a) se questo tipo di confisca possa considerarsi o meno una violazione strutturale del quadro dell'ordinamento giuridico italiano, in assenza o a prescindere da un giudizio di responsabilità penale per la lottizzazione abusiva;
- b) se la sentenza della Corte europea sia immediatamente applicabile nei giudizi italiani in corso di svolgimento;
- c) se sussista o meno l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui la medesima non riconosce al giudice penale alcuna discrezionalità nella applicazione

della confisca in presenza di una sentenza di proscioglimento con formula diversa da “il fatto non sussiste”.

Il processo di Punta Perotti, non può evitare punti di collisione con gli ordinamenti nazionali in cui vi sono modalità di apprezzamento, del ruolo e della natura giuridica della confisca, addirittura opposte tra Corte Europea e Cassazione penale.

C'è da considerare che, secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, la confisca, applicata in esecuzione degli artt. 18 e 19 della l. n. 47 del 1985, non modificati dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 consiste, come dinanzi detto, in una sanzione amministrativa speciale che il giudice penale deve irrogare in funzione di supplenza della pubblica amministrazione ogni volta che accerti l'esistenza di una lottizzazione abusiva. Tale confisca ha per effetto l'acquisizione gratuita e di diritto dei terreni confiscati al patrimonio del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione abusiva.

La sentenza della CEDU, se è apprezzabile per il proposito di favorire l'armonizzazione tra gli ordinamenti di giustizia penale, appare, però, inficiata da argomentazioni contraddittorie, che in parte costituiscono il frutto dell'inevitabile frizione tra ordinamenti giuridici molto diversi tra loro, in parte sono intrinseci all'argomentazione della Corte Europea ed alla difficoltà di definire una posizione coerente anche con la propria stessa giurisprudenza.

La ragione per cui la CEDU ha rinvenuto nel caso di Punta Perotti la violazione dell'art. 7 è da ravvisare nella circostanza che il quadro normativo, quale risultante dalle leggi, dalle sentenze e dalle delibere comunali, non aveva quelle caratteristiche di chiarezza e di prevedibilità tali da poter giustificare il mantenimento degli effetti della confisca.

In conclusione l'argomento fondamentale sostenuto dalla Corte Europea è che non possa esservi responsabilità penale senza coscienza e volontà, come se l'ordinamento giuridico italiano ignorasse i principi apicali del garantismo penale.

Ma l'art. 44, comma 2, t.u. edilizia ha una sua *ratio* del tutto propria, rispetto all'art. 240 c.p., ed è, in attuazione dell'art. 9 Cost., costituzionalmente legittimo perché

impone la confisca, che ha natura di sanzione amministrativa, in tutti i casi in cui sia accertata la lottizzazione abusiva, ancorché il fatto non costituisca reato: la *ratio* della norma è di porre, nella disponibilità del giudice penale, l'unico strumento davvero efficace per la repressione degli abusi edilizi compiuti sul territorio nazionale, laddove essi siano accertati.

Sotto il profilo della costituzionalità delle norme in discussione occorre ricordare che la Corte Costituzionale, con le sentenze nn. 348 e 349 del 22.10.2007 ha affrontato la questione relativa alla posizione ed al ruolo delle norme della CEDU e la loro incidenza sull'ordinamento giuridico italiano, rilevando che dette norme, diversamente da quelle comunitarie, non creano un ordinamento giuridico sopranazionale e sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno.

Nel rapporto tra il diritto interno e le norme pattizie poste dalla CEDU, deve rilevarsi che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso la "prevedibilità" del carattere abusivo della lottizzazione sottoposta al suo esame, sui rilievi che, alla stregua di quanto definitivamente affermato dalla Corte di Cassazione, gli imputati avevano commesso un errore inevitabile e scusabile nell'interpretazione delle norme violate.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto perciò "arbitraria" la confisca (considerata "sanzione penale" secondo le previsioni della CEDU) applicata a soggetti che, a fronte di una base legale non accessibile e non prevedibile, non erano stati messi in grado di conoscere il senso e la portata della legge penale, "*a causa di un errore insormontabile che non può in alcun modo essere imputato a colui o colei che ne è vittima*".

I Giudici di Strasburgo non hanno detto, però, che presupposto necessario per disporre la confisca in esame sia una pronuncia di condanna del soggetto al quale la *res* appartiene.

Va ribadito, pertanto, il principio di diritto secondo il quale: per disporre la confisca prevista dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2, (e precedentemente dalla L. n. 47 del 1985, art. 19), il soggetto proprietario della *res* non deve essere

necessariamente condannato, in quanto detta sanzione ben può essere disposta allorquando sia stata comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo) anche se per una causa diversa, quale è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflizione della pena.

Anche la Corte Costituzionale ha già avuto modo di affermare che 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*"

Presupposto essenziale ed indefettibile, per l'applicazione della confisca in oggetto, è (secondo l'interpretazione giurisprudenziale costante) che sia stata accertata l'effettiva esistenza di una lottizzazione abusiva.

Una ulteriore condizione, però, che si riconnette alle recenti decisioni della Corte di Strasburgo, investe l'elemento soggettivo del reato ed è quella del necessario riscontro quanto meno di profili di colpa (anche sotto gli aspetti dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) nella condotta dei soggetti sul cui patrimonio la misura viene ad incidere.

Ove situazioni di condotte effettivamente incolpevoli venissero successivamente comprovate non potrà aversi evidentemente confisca.

Da ciò discende l'irrilevanza anche della prospettata questione di incostituzionalità della previsione di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2.

Infatti dopo che la Corte di appello di Bari, con ordinanza del 9.4.2008, aveva rimesso alla Corte Costituzionale la valutazione circa la legittimità del provvedimento di confisca qualora emesso "*a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti*", per assertedo contrasto con l'art. 3 Cost., art. 25 Cost., comma 2, e art. 27 Cost., comma 1, la Corte costituzionale - con la sentenza n. 239, depositata il 24.7.2009 ha espressamente affermato che, "*in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può*

porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa”.

Al giudice comune, quindi, spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, egli deve investire il giudice delle leggi e delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117 Cost., comma 1, (sentenze nn. 348 e 349 del 2007).

Per quel che riguarda la parte relativa alla violazione dell'art. 1 Protocollo I all. Cedu, la sentenza appare in continuità con la precedente giurisprudenza, ma non è immune da limiti argomentativi.

La Corte Europea non affronta il dialogo con la Corte costituzionale, così come con gli altri giudici nazionali sulla «*funzione sociale*» del diritto di proprietà privata di cui all'art. 42 Cost..

Appare ineluttabile la direzione di un'integrazione europea sempre più marcatamente votata a modelli anglosassoni, nell'ambito dei quali il diritto di proprietà appare un fascio di utilità patrimoniali rispondenti ad una logica di profitto, privo di profili solidaristici, propri del concetto della «*funzione sociale*» di cui all'art. 42 Cost., in un contesto ordinamentale in cui è assente la legittimazione democratica e lo spirito della Costituzione.

Per quanto riguarda la posizione dei terzi estranei occorre rilevare che gli stessi non possono sottrarsi alle loro responsabilità nella commissione del reato di lottizzazione abusiva se, soprattutto, la lottizzazione abusiva insisteva su terreno destinato all'uso agricolo, avendo la possibilità di verificare tale destinazione attraverso il semplice esame del certificato di destinazione urbanistica ed è, quindi, impensabile che, anche chi sia completamente ignorante in materia, possa ritenersi in buona fede allorquando vada ad acquistare una villa o un appartamento in un'area classificata come destinata ad usi prevalentemente agricoli.

D'altra parte il reato di lottizzazione abusiva - secondo concorde interpretazione giurisprudenziale nella molteplicità di forme che esso può assumere in concreto, può essere posto in essere da una pluralità di soggetti, i quali, in base ai principi che regolano il concorso di persone nel reato, possono partecipare alla commissione del fatto con condotte anche eterogenee e diverse da quella strettamente costruttiva, purché ciascuno di essi apporti un contributo causale alla verificazione dell'illecito sia pure svolgendo ruoli diversi ovvero intervenendo in fasi circoscritte della condotta illecita complessiva e senza che vi sia alcuna necessità di un accordo preventivo.

La condotta dell'acquirente, in particolare, non configura un evento impreveduto ed imprevedibile per il venditore, perché anzi inserisce un determinante contributo causale alla concreta attuazione del disegno criminoso di quegli e, per la cooperazione dell'acquirente nel reato, non sono necessari un previo concerto o un'azione concordata con il venditore, essendo sufficiente, al contrario, una semplice adesione al disegno criminoso da quegli concepito, posta in essere anche attraverso la violazione (deliberatamente o per trascuratezza) di specifici doveri di informazione e conoscenza che costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione.

L'acquirente, dunque, non può sicuramente considerarsi, solo per tale sua qualità, "terzo estraneo" al reato di lottizzazione abusiva, ben potendo egli tuttavia, benché compartecipe al medesimo accadimento materiale, dimostrare di avere agito in buona fede, senza rendersi conto cioè - pur avendo adoperato la necessaria diligenza nell'adempimento degli anzidetti doveri di informazione e conoscenza - di partecipare ad un'operazione di illecita lottizzazione.

Quando, invece, l'acquirente sia consapevole dell'abusività dell'intervento - o avrebbe potuto esserlo spiegando la normale diligenza - la sua condotta si lega con intimo nesso causale a quella del venditore ed in tal modo le rispettive azioni, apparentemente distinte, si collegano tra loro e determinano la formazione di una fattispecie unitaria ed indivisibile, diretta in modo convergente al conseguimento del risultato lottizzatorio.

Le posizioni, dunque, sono separabili se risulti provata la malafede dei venditori, che, traendo in inganno gli acquirenti, li convincono della legittimità delle operazioni.

Neppure l'acquisto del sub-acquirente può essere considerato legittimo con valutazione aprioristica limitata alla sussistenza di detta sola qualità, allorché si consideri che l'utilizzazione delle modalità dell'acquisto successivo ben potrebbe costituire un sistema elusivo, surrettiziamente finalizzato a vanificare le disposizioni legislative in materia di lottizzazione negoziale.

Il venditore, come si è detto, non può predisporre l'alienazione degli immobili in una situazione produttrice di alterazione o immutazione circa la programmata destinazione della zona in cui gli stessi sono situati ed i soggetti che acquistano devono essere cauti e diligenti nell'acquisire conoscenza delle previsioni urbanistiche e pianificatorie di zona: *"Il compratore che omette di acquisire ogni prudente informazione circa la legittimità dell'acquisto si pone colposamente in una situazione di inconsapevolezza che fornisce, comunque, un determinante contributo causale all'attività illecita del venditore"* (così testualmente Cass., Sez. 3^a, 26.6.2008,).

Va ricordato inoltre, al riguardo, che, qualora si ritenesse che il piano regolatore generale abbia natura di strumento normativo ovvero di atto amministrativo generale sostanzialmente normativo, si determinerebbe una presunzione legale di conoscenza ed il dovere legale di conoscenza esclude, per definizione, la possibilità di invocare l'ignoranza incolpevole.

Da ciò consegue la necessità di usare estrema cautela nell'esame, in sede di incidente di esecuzione, della posizione del terzo che al fine di conservare il bene confiscato porta avanti la tesi della sua buona fede.

Né può risultare indicativa della buona fede dell'acquirente l'affidamento riposto nella professionalità del notaio e nell'avvenuto rilascio delle concessioni edilizie.

Il terzo acquirente di un immobile abusivamente lottizzato, pur partecipando materialmente con il proprio atto di acquisto al reato di lottizzazione abusiva, può, però, subirne la confisca solo nel caso in cui sia ravvisabile una condotta quantomeno colposa in ordine al carattere abusivo della lottizzazione negoziale e/o materiale, ma

occorre certamente che la buona fede sia accertata e, pertanto, solo nel caso in cui quest'ultima sia già evidente, può omettersi il provvedimento di confisca.

Ugualmente appare errato limitare l'accertamento della buona fede alla mera circostanza dell'acquisto degli immobili tramite rogito notarile ed al rilievo dell'idoneità di tali titoli a trasferire la proprietà.

In tema di lottizzazione abusiva, quindi, il soggetto che rivendichi la illegittimità, nei suoi confronti, della disposta confisca, qualora non abbia partecipato al procedimento nel quale è stata applicata la misura e sia, quindi rimasto estraneo al giudizio di merito, pur non avendo ovviamente diritto di impugnare la sentenza nella quale la sanzione ablatoria è stata applicata, può chiedere la restituzione sperando incidente di esecuzione nell'ambito del quale può svolgere le proprie deduzioni e chiedere l'acquisizione di elementi utili ai fini della decisione. Restano precluse le valutazioni di merito riferite alla configurazione della lottizzazione abusiva, la implicazione (caratterizzata quanto meno da profili di colpa) nella lottizzazione medesima del soggetto che, dichiarandosi terzo estraneo, chiede la restituzione della parte di sua pertinenza del terreno confiscato.

L'acquirente, dunque, non può sicuramente considerarsi, solo per tale sua qualità, "terzo estraneo" al reato di lottizzazione abusiva, ben potendo egli, tuttavia, benché compartecipe al medesimo accadimento materiale, dimostrare di avere agito in buona fede, senza rendersi conto, cioè - pur avendo adoperato la necessaria diligenza nell'adempimento degli anzidetti doveri di informazione e conoscenza - di partecipare ad un'operazione di illecita lottizzazione.

Quando, invece, l'acquirente sia consapevole dell'abusività dell'intervento - o avrebbe potuto esserlo spiegando la normale diligenza - la sua condotta si lega, con intimo nesso causale, a quella del venditore ed, in tal modo, le rispettive azioni, apparentemente distinte, si collegano tra loro e determinano la formazione di una fattispecie unitaria ed indivisibile, diretta in modo convergente al conseguimento del risultato lottizzatorio.

Insomma, la buona fede dell'acquirente deve sussistere perché la confisca di un immobile costruito abusivamente sia esente da critiche. Soprattutto da critiche del giudice europeo, come nel caso di cui alla sentenza CEDU, oggi in esame.

avv. Daniela Bartolone