



Diritto Penale

Da 'Sud fondi' a 'Giem', passando per 'Varvara': continua l'odissea della confisca urbanistica.

di Ciro Angelillis

6 febbraio 2019

DA 'SUD FONDI' A 'GIEM', PASSANDO PER 'VARVARA': CONTINUA L'ODISSEA DELLA CONFISCA URBANISTICA

La sentenza 'Giem' contro Italia, del 28 giugno 2018, della Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto la compatibilità con i principi della convenzione europea della confisca urbanistica disposta con sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato. Essa solo apparentemente pone fine ad un tormentato decennio nei rapporti tra Cedu e Giudice interno, in quanto le indicazioni fornite dalla Corte con riferimento alla tutela del terzo e ai presupposti di 'proporzionalità' e 'strumentalità' della confisca, evidenziano il rischio di possibili disarmonie nell'ambito del contesto normativo nazionale.

Sommario: 1. Premessa – 2. Compatibilità della lottizzazione abusiva con l'art. 1 Prot. Add. CEDU – 3. La differente tutela del terzo in confisca ed ordine di demolizione

1. Premessa

Nel firmamento giuridico esiste la confisca da lottizzazione abusiva che può essere disposta anche con sentenze diverse da quelle di condanna (art. 44 D.P.R. n. 380/01, secondo comma, già art. 19 L. 47/85) ma è una stella che ha avuto una vita travagliatissima e che, da oltre trent'anni, vaga alla ricerca di una stabile collocazione.

In origine e per lungo tempo, la confisca ha gravitato nell'orbita della sanzione amministrativa 'reale' – applicabile nei confronti di tutti i proprietari dei terreni lottizzati e delle opere ivi esistenti, ancorché imputati prosciolti o terzi in buona fede – e le posizioni più garantiste che ne mettevano in discussione persino i natali, ritenendo che la norma fosse la conseguenza di un malinteso avvenuto nelle fasi della promulgazione^[1], si sono infrante contro le sentenze della Corte di Cassazione che avevano escluso ogni incompatibilità con i principi della Costituzione^[2].

Poi, nel 2008, la sentenza della Corte europea 'Sud Fondi contro Italia', che ha riscontrato nella confisca i tratti tipici della sanzione penale, ha dato la stura ad un dibattito che si è riversato a cascata in plurime direzioni. La Corte ha censurato la rigorosa impostazione tradizionale della Cassazione, per contrasto con l'art. 7 della CEDU e con l'art. 1 del Protocollo 1 della CEDU, ponendola, di fatto, in rotta di collisione con l'art. 117, 1° comma, della Costituzione che prevede il rispetto delle norme internazionali pattizie ed ha indotto il Giudice interno a riposizionare le tessere del mosaico dirottando la confisca verso la categoria della sanzione amministrativa *tuot court*, con il fine di recuperarne la dimensione personalistica, senza, tuttavia, spostarla nel terreno della sanzione penale del cui perimetro rimaneva e rimane geloso custode^[3].

La mossa non ha convinto la Corte europea che, nel 2013, con la sentenza 'Varvara contro Italia', sembrava avere escluso ogni possibilità di mediazione con il Giudice interno, in quanto, richiamando gli stessi articoli della convenzione, aveva escluso la possibilità che la confisca fosse abbinata ad una sentenza diversa da quella di condanna.

A giugno del 2018, a dieci anni dalla sentenza 'Sud Fondi', con l'attesa sentenza 'Giem' contro Italia, la Grande Camera ha definitivamente certificato la compatibilità con i principi della convenzione, della misura ablatoria disposta con sentenza di proscioglimento, limitando l'apertura della forbice alle ipotesi di prescrizione, e solo all'esito di un giudizio di merito che avesse accertato i profili di responsabilità dell'imputato.

Il "dialogo tra le Corti", costituito dalla reciproca cessione di spazi nella interpretazione dei diritti fondamentali, ha così consentito di comporre il contrasto, tuttavia l'odissea della confisca – che continua ad essere collocata nell'ambito della sanzione penale dalla Corte europea ed in quello

della sanzione amministrativa dal Giudice interno – sembra destinata a proseguire e gli aspetti problematici che 'Giem' lascia in eredità, chiamano la Suprema Corte, nel prossimo futuro, a prendere posizioni impegnative.

2. .Compatibilità della lottizzazione abusiva con l'art. 1 Prot. Add. CEDU

Le criticità maggiori derivano dalla trasposizione delle garanzie che presidiano il diritto di proprietà, previste dall'art.1 del Protocollo Addizionale della CEDU, nel nostro ordinamento, saldamente ancorato al principio della funzione sociale della proprietà.

Secondo la 'Giem' la confisca è una sanzione particolarmente afflittiva che non rispetta il rapporto di proporzionalità tra il pregiudizio arrecato al titolare dalla privazione del diritto di proprietà e le finalità pubbliche perseguite, in quanto non può essere graduata in ragione della intensità dell'elemento psicologico o delle modalità della condotta e, soprattutto, non differenzia le aree edificate da quelle non edificate.

La Corte europea aveva rimarcato con forza questo aspetto di criticità già in 'Sud Fondi', rilevando che, nel caso sottoposto al suo esame (la nota vicenda della lottizzazione 'Punta Perotti' a Bari, di cui la vertenza 'Giem' è una costola), il carattere punitivo della misura ablativa non era giustificato da un reale danno al paesaggio, essendo rimasto inedificato l'85% dei terreni e che rimedio più 'proporzionato' doveva ritenersi la demolizione dei manufatti abusivi.

Questi parametri di valutazione, però, non appaiono compatibili con la fattispecie lottizzatoria che può riguardare anche terreni rimasti inedificati e che non va confusa con l'edificazione del manufatto abusivo.

La lottizzazione abusiva è un istituto di lunga e, talvolta, controversa elaborazione giurisprudenziale che costituisce una sorta di microcosmo dal quale la confisca non può essere stralciata, pena l'impossibilità di apprezzarne i tratti che la caratterizzano rispetto a tutte le altre (molteplici) misure ablatorie presenti nel nostro ordinamento. Il requisito della 'proporzionalità' della confisca rispetto agli interessi perseguiti, pertanto, deve essere filtrato attraverso i principi che scolpiscono la fattispecie criminosa della lottizzazione abusiva, di cui la confisca costituisce una propaggine.

Occorre premettere che, nella materia urbanistica, il terreno rileva sotto il profilo della sua naturale vocazione a costituire un'area 'urbana' poichè la destinazione ad un certo tipo di fruizione (agricola, residenziale ecc.) lo connota, detta il suo statuto e ne condiziona la oggettiva liceità; ne consegue che solo se non sono intraprese opere di trasformazione, è possibile isolare concettualmente il terreno, nella sua 'materialità', dal tipo di destinazione che potrebbe acquisire, in quanto il terreno rimane una *res* indifferente dal punto di vista della sua liceità, allo stesso modo di una materia prima, dalla quale potrà ricavarsi un oggetto lecito o illecito. Ma se una porzione di territorio è oggetto di trasformazione effettiva, la specifica destinazione assunta in concreto dal terreno sarà da ritenersi lecita o illecita a seconda della sua rispondenza alle previsioni della pianificazione urbanistica. In tal caso, nell'ambito di quella porzione di territorio, anche i terreni rimasti inediti saranno funzionali alla lottizzazione in termini di indice volumetrico, di strade, di spazi che segnano le distanze tra gli edifici, di servizi, di altre opere di urbanizzazione, ecc..

L'equilibrio urbanistico è paragonabile ad un mosaico in cui ogni tessera deve essere collocata al suo posto, sicchè se un terreno è destinato ai servizi per le residenze limitrofe (scuole, chiese, spazi verdi ecc.), la lottizzazione che gravasse con altre residenze quel terreno, avrà privato dei servizi le residenze limitrofe ed avrà realizzato altre abitazioni che, a loro volta, avranno necessità di altre aree destinate a servizi, così determinando uno sconvolgimento difficile da ricomporre. Al netto della percentuale di 'terreni costruiti', la lottizzazione avrà impresso una destinazione, alla tessera, tale, da compromettere la realizzazione dell'intero mosaico, così arrecando un danno all'ambiente che trascende l' *atteinte réelle au paysage* inteso, evidentemente, dalla Corte europea, quale edificazione del manufatto abusivo. In questo quadro la confisca costituisce rimedio consono e 'proporzionato', poichè solo il passaggio in mano pubblica dell'intera porzione del territorio lottizzato abusivamente, permette di garantirne la destinazione secondo le previsioni di piano. La casistica giudiziaria consente di apprezzare la peculiarità dell'illecito lottizzatorio che, evidentemente, non può rimanere ingabbiato nel binomio manufatto abusivo/demolizione. Si pensi al caso delle residenze turistico alberghiere (R.T.A.), in cui il diverso assetto urbanistico è impresso all'area non con la realizzazione di nuovi complessi di edifici, ma con la modifica della destinazione d'uso di un complesso immobiliare già edificato, da turistico alberghiera a residenziale per uso abitativo privato. In tal caso appare evidente l'inadeguatezza della sanzione della demolizione del manufatto abusivo in quanto l'unico modo per ripristinare la destinazione lecita dei manufatti è quello di sottrarli a chi li utilizza indebitamente per fini di lucro. D'altra parte, la stessa Corte europea, dopo avere salvaguardato il principio personalistico, escludendo la possibilità di applicare la misura

ablatoria senza un accertamento di responsabilità di chi la subisce, non ha potuto disconoscere la dimensione ripristinatoria della confisca che solo giustifica il suo abbinamento ad una sentenza di proscioglimento.

Altro discorso è, evidentemente, quello che riguarda i limiti culturali che storicamente caratterizzano la gestione della cosa pubblica da parte di molti Comuni italiani e che inducono la Corte europea ad avanzare dubbi sulla 'strumentalità' della confisca rispetto all'interesse perseguito. Nella parte della sentenza 'Giem' che ha riguardato le società Hotel Promotion s.r.l. e R.I.T.A. Sarda s.r.l., la Corte si chiede, infatti, *"in che misura la confisca della proprietà dei beni abbia effettivamente contribuito alla tutela dell'ambiente"*, avendo il Comune deciso di utilizzare gli alloggi abusivi piuttosto che demolirli. E' noto che spesso le grandi speculazioni edilizie beneficiano del contributo determinante delle Pubbliche amministrazioni che rilasciano i titoli abilitativi, senza i quali difficilmente gli imprenditori investirebbero cospicue somme di danaro per edificare imponenti complessi edilizi. In questi casi l'acquisizione in mano pubblica dei suoli e delle opere abusive, in forza di una decisione giudiziaria, spesso dà luogo ad inerzie imbarazzanti da parte dell'Autorità pubblica o a soluzioni discutibili come quelle che sono entrate nel mirino della Corte europea. Questo cortocircuito istituzionale è determinato da una gestione del territorio finalizzata a calamitare consenso elettorale piuttosto che a perseguire l'interesse pubblico ed implementare la qualità della vita della comunità e, in questo senso, la Corte offre uno spunto di riflessione che merita senz'altro di essere coltivato. La confisca, infatti, presuppone che i Comuni siano attrezzati sotto il profilo culturale, prima ancora che operativo, nella difficile gestione di situazioni che impongono decisioni impopolari come quelle di demolire o convertire manufatti, destinati a civile abitazione, talvolta imponenti e persino esteticamente apprezzabili.

In ogni caso, l'incapacità di utilizzare la confisca secondo lo spirito della norma, non può avere ricadute sull'impianto normativo, nel senso di depotenziare uno strumento concepito dal legislatore come un'arma indispensabile per dare scacco alle forme più gravi di abusivismo che pregiudicano il corretto sviluppo del territorio.

3. La differente tutela del terzo in confisca ed ordine di demolizione

Quanto alla tutela dei terzi, la Corte europea ha evidentemente escluso la possibilità di disporre la confisca a loro carico, diversamente configurandosi, in aperta violazione dell'art. 7 della Convenzione, una sanzione irrogata per responsabilità altrui e senza avere dato la possibilità di prendere parte al processo.

La posizione del terzo, però, induce ad un confronto con l'ordine di demolizione.

La Corte di Cassazione ha, sino ad oggi, respinto le numerose istanze di estendere i principi del sistema sanzionatorio penale alla demolizione del manufatto abusivo rappresentandone la natura di sanzione amministrativa 'reale' applicabile, in seguito a sentenza di condanna, anche a carico di persona diversa dall'autore dell'illecito. La funzione meramente ripristinatoria della demolizione esclude che possa configurarsi una 'pena' ai sensi dell'art. 7 della Convenzione europea e che, sotto questo profilo, possa ipotizzarsi un percorso analogo a quello della confisca.

Tale differenziazione, però, evidenzia una possibile disarmonia sul versante del bene giuridico compromesso dai reati che costituiscono il presupposto delle due misure poste a confronto. Gli interessi urbanistici compromessi dal reato cui consegue l'ordine di demolizione (esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso di costruire di cui alla lett. b, art. 44 DPR 380/01), infatti, sono meno pregnanti rispetto a quelli coinvolti dal reato di lottizzazione abusiva che attiene ad una forma di intervento ben più incisiva, in quanto idonea a compromettere la programmazione edificatoria del territorio. La diversa gravità delle due fattispecie spiega, secondo la stessa Corte Costituzionale (ordinanze n. 148 del 21/4/94 e n. 107 del 16/3/89), la disciplina normativa delle cause di estinzione del reato, previste solo per il reato meno grave, di cui alla lett. b art. 44 DPR 380/01, come effetto del rilascio in sanatoria del permesso di costruire, in senso stretto (art. 36 DPR 380/01) o mediante oblazione (condoni edilizi di cui agli artt. 31 L.47/85, 39 L.n.724/94 e 32 D.L.269/03). Soprattutto spiega perché il legislatore aggancia alla sentenza di condanna solo l'ordine di demolizione e non la confisca che, invece, è prevista per la mera sussistenza del fatto. Nel primo caso, infatti, quando l'imputato è proscioltto pur sussistendo il fatto, l'abuso edilizio, potrà, comunque, essere 'assorbito' nell'ambito della programmazione edificatoria della P.A. che non ne rimane irrimediabilmente pregiudicata; nel secondo, invece, il fatto consiste proprio nel pregiudizio della pianificazione del territorio e, pertanto, la sua gravità non consente di limitare la misura ripristinatoria alle pronunce di condanna.

In tale contesto risulta, allora, distonica la tutela del terzo in buona fede che risulta garantita nell'ipotesi criminosa con un elevato indice di offensività (la lottizzazione abusiva accertata, indifferentemente, con sentenza di condanna o di proscioglimento) ed a costo della definitiva rinuncia alla corretta programmazione edificatoria del territorio, e non per il reato che consegue

alla realizzazione di un singolo manufatto abusivo (accertato con sentenza di condanna), inidoneo a pregiudicare, allo stesso modo, la pianificazione del territorio.

[1] La tesi è riportata nella ordinanza del 9/4/2008 con cui la Corte di Appello di Bari ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 dor 380/01, in Cass Pen 2008, n. 11 p. 4326.

[2] Cass. pen., Sez. III, 27/01/2005, n.10037, Vitone, .; Cass. pen., Sez. III, 15/02/07, n. 6396, Cieri, Cass. N. 236076; Cass., sez. III, 29 maggio 2007, n. 21125, Licciardello, Cass. pen., Sez. III, 2/10/2008, n. 37472, Belloi,.

[3] L'inversione di rotta è avvenuta ad opera di Cass Sez. III n. 42741/08, Silvioli, in Cass pen 2009 n. 6 p. 2553
