amministrativamente
Numero 7/8 – Luglio/agosto 2010

La confisca urbanistica in riferimento al reato di lottizzazione abusiva: profili problematici alla luce delle posizioni giurisprudenziali assunte dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo

di MASSIMO PELLINGRA-CONTINO

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La lottizzazione abusiva tra indirizzi dottrinari ed orientamenti giurisprudenziali nazionali e comunitari. 3. Il significato normativo dell'art. 7 della CEDU tra la lettura comunitariamente orientata del principio di legalità e la natura giuridica della confisca 4. Interrogativi giurisprudenziali in materia di lottizzazione abusiva 5. Rapporti tra illecito penale e provvedimento amministrativo 6. Trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio e abuso edilizio: *ratio iuris* del reato di lottizzazione abusiva 7. Misure patrimoniali e rispetto della CEDU: un approccio normativo sostanziale e procedurale. 8. Il rapporto tra confisca ex art. 44 D.P.R. n. 380/2001 e terzi acquirenti in buona fede 9. Conclusioni.

Abstract
Recentemente la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi della tematica della confisca c.d. urbanistica, in particolare soffermandosi sulla compatibilità con la Convenzione CEDU della disciplina di diritto interno dettata per la confisca urbanistica successiva all'accertamento del reato di lottizzazione abusiva, nella parte soprattutto in cui la stessa consente che la misura afflittiva sia disposta dal giudice penale nonostante il proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione del reato *de quo.* Con il presente articolo, esaminati sinteticamente i rapporti tra diritto comunitario e normativa nazionale, si affronta la questione di maggior rilievo applicativo, e cioè, tenuto conto delle ultime pronunce della giurisprudenza di legittimità in argomento, della posizione giuridica dei terzi proprietari di buona fede dell'immobile oggetto di intervento ablatorio.
In altri termini, l'analisi delle diverse posizioni della giurisprudenza europea e di quella italiana è atta a risolvere la *querelle* di fondo cioè la conciliazione tra il potere ablatorio pubblicistico e le esigenze di tutela e garanzia dei terzi estranei al reato, tenuto conto della natura eterogenea della confisca, oggi strumento rilevante di lotta all'illecito penale. In precedenza, alcune pronunce hanno escluso la possibilità di estendere la confisca a tutti i terzi estranei al processo senza alcuna distinzione, altre soltanto ai terzi che avessero dimostrato di non avere alcuna responsabilità né dolosa né colposa.

Oggi, pur non insistendo sulla sovrapponibilità della nozione di illecito penale accolta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto a quella delle diverse legislazioni degli Stati membri, senza intaccare i tradizionali indirizzi giurisprudenziali in materia di confisca, si opera una estendibilità della confisca rispetto ai soggetti estranei al reato ed in relazione alla interpretazione costituzionalmente compatibile dell'art. 44, comma II, D.P.R. n. 380/2001.

1. *Introduzione*.

La tematica dei rapporti tra la confisca in materia urbanistica e il reato di lottizzazione abusiva assume un notevole rilievo nella evoluzione giurisprudenziale e normativa che caratterizza l'ordinamento nazionale e gli indirizzi della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Il sistema normativo odierno, invero, si incentra in una organizzazione sopranazionale volta alla garanzia dei diritti dell'individuo; a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, si è realizzata una comunitarizzazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il cui naturale effetto ha comportato la disapplicazione della disciplina interna contrastante con le norme CEDU, analogamente a quanto si prevede per la violazione dei precetti comunitari.

In tempi recenti, i giudici di Cassazione hanno ritenuto che il problema della integrazione del complesso delle disposizioni della CEDU nell'ordinamento comunitario si colleghi alla garanzia del rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea.

Quanto accennato ha avuto diretta esplicazione nelle recenti pronunce in tema di confisca di fabbricati oggetto di lottizzazione abusiva, prevista dall'art. 44, comma 2, del D.P.R., 6 giugno 2001, n. 380, (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), già art. 19, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47.

La Corte di Cassazione[1] ha diffusamente sviscerato non soltanto i menzionati rapporti tra diritto interno e diritto comunitario *in subiecta materia* ma ha soprattutto inteso porre in considerazione la *querelle* sorta in seno agli orientamenti giurisprudenziali italiani ed europei in ordine alla *ratio* giuridica dell'istituto della confisca ed ai suoi corollari.

[1] Cass. Pen., sez. I, 31 gennaio 1989, in *Cass. Pen.,* 1990 n. 940 e Cass. Pen., sez. I, 11 gennaio 1988, in *CED Cass.,* n. 177604.

2. *La lottizzazione abusiva tra indirizzi dottrinari ed orientamenti giurisprudenziali nazionali e comunitari.*

In tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia[2], nonché di sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie, i recenti indirizzi pretori impongono al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite[3] anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e anche nei confronti di persone estranee ai fatti.

Indipendentemente da ciò, una delle questioni di maggior rilievo da affrontare è quella relativa all'*iter* giurisprudenziale ed agli approdi dottrinari relativamente alla tutela dei terzi proprietari di buona fede degli immobili oggetto di confisca.

Quest'ultima ha inciso notevolmente nella nostra esperienza giuridica, condizionando il principio di circolazione dei beni e, sotto molti profili, l'intero mercato immobiliare; si sono avvicendate numerose decisioni dei diversi organi giurisdizionali, sia delle Corti, di merito e di legittimità, sia della stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo, sicché oggi il panorama giuridico risulta estremamente complesso ed ancora molto incerto.

Il *punctum saliens*, in materia di confisca, si incentra, difatti, nella ricerca di un equilibrio tra il potere ablatorio di natura pubblicistica proprio della confisca e le esigenze di tutela dei terzi estranei al reato.

Per comprendere il singolare cammino delle varie decisioni della giurisprudenza italiana e della stessa Corte dei diritti dell'Uomo è utile richiamare, ancora oggi e pur dopo le diverse novità che si sono nel frattempo verificate nel settore, indirizzi che hanno fatto seguito alle decisioni delle Corti nazionali e della Corte di Giustizia con riguardo ad istituti del nostro ordinamento, tacciati di incompatibilità con i principi ormai acclarati e condivisi della Convenzione Europea.

La Corte Costituzionale[4], recentemente, ha dato luogo ad una interpretazione degli istituti in gioco che, al medesimo tempo, assicurasse il rispetto delle norme della CEDU e che non depauperasse la Costituzione italiana come Legge fondamentale e quindi fonte primaria, alla quale volgere lo sguardo in

---

[2] P. CERBO, *Le sanzioni amministrative,* Milano, 1999, p. 258 ss.

[3] G. MARINI, Urbanistica (reati in materia di) in *Novissimo Dig. It*. XX, 1975, p. 162 ss.; G. BETTIOL, *La tutela penale dell'assetto territoriale nelle norme per l'edificabilità dei suoli*, Padova 1978, p. 103 ss.

[4] Cfr. sentenza n. 348 del 2007, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'art. 5-*bis*,L. 359792 e dei commi 1 e 2 del Testo Unico sull'espropriazione, nonché cfr. sentenza n. 349 del 2007, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 7-bis dell'art. 5-bis della L. 359/92.

presenza di interrogativi sorti relativamente all'interpretazione delle fonti e dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamenti sovraordinati.
Non vi è dubbio, sul punto, considerati i contributi giurisprudenziali e dottrinari di matrice pubblicistica, che è stata superata la tesi della natura meramente programmatica delle norme della CEDU e quindi della necessità di un atto di recepimento delle stesse nell'ordinamento nazionale. Si è preferito, invece, incamminarsi lungo il sentiero della immediata applicazione delle norme comunitarie nel sistema ordinamentale italiano e ciò per i profili che seguono.
Oggi,infatti, i passaggi normativi in materia, elaborati dalla giurisprudenza, confermano che il primato delle disposizioni della CEDU sull'ordinamento interno non è referenzialmente riconducibile all'art. 10 Cost. e quindi alla natura consuetudinaria delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute bensì all'art. 117 Cost., così come riformulato a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione.
In altre parole, l'imposizione al legislatore statale e regionale del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali comporta la *vis actractiva* delle norme CEDU nella sfera di competenza della Corte Costituzionale; eventuali contrasti tra le norme darebbero luogo a questioni di legittimità costituzionale come quella del richiamato art. 44, comma 2, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

3. *Il significato normativo dell'art. 7 della CEDU tra la lettura comunitariamente orientata del principio di legalità e la natura giuridica della confisca.*
L'interpretazione, affermatasi negli anni novanta, dell'art. 44 *de quo* che ha sostituito l'identica disposizione dell'art. 19, comma 2, della legge n. 47/1985, è ritenuta ed è da considerare, allo stato, "diritto vivente", secondo l'interpretazione che ha fornito la Corte di Strasburgo; un eventuale mancato riscontro di compatibilità della normativa con la Carta Costituzionale, secondo indirizzi condivisi, deve attenere non tanto la norma in sé, cioè isolatamente considerata, ma il prodotto della stessa, come espressione esegetica dell'analisi delle autorità giudiziarie competenti.
Chiariti i termini della questione relativa ai profili di integrazione della norma comunitaria in seno al diritto interno, è opportuno approfondire le refluenze che le norme CEDU importano nell'assetto sistematico penale nazionale.
L'art. 7, comma 1, Cedu, sancisce, in ambito penale, il principio di legalità, il quale, secondo la sua interpretazione dogmatica a livello europeo, manifesta un

significato operativo che trascende dagli illeciti e dalle sanzioni qualificati come penali sulla base del diritto interno.

L'applicazione dei parametri giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo ha condotto ad una interpretazione del valore normativo dell'art. 7[5], tale da offrire la qualificazione di penale ad una sanzione prevista dall'ordinamento giuridico interno indipendentemente dalla natura giuridica attribuita in Italia ad una determinata sanzione[6].

Un indirizzo anteriore delle Sezioni Unite della Suprema Corte qualificava la confisca, applicabile in caso di lottizzazione abusiva, come sanzione penale, con la conseguenza che la stessa poteva essere applicata solo all'imputato riconosciuto colpevole del reato sopra indicato, conformemente all'art. 240 cod. pen., mentre non poteva essere applicata al terzo estraneo al reato, che aveva acquistato il bene legittimamente sul mercato.

Negli stessi anni si è però affermato in maniera univoca l'orientamento giurisprudenziale, di recente ribadito dalla Corte di Cassazione, secondo cui la confisca urbanistica è una sanzione amministrativa, che deve essere obbligatoriamente applicata dal Giudice penale, anche nei confronti di terzi estranei al reato e acquirenti in buona fede del bene, una volta che egli accerti la sussistenza di una lottizzazione abusiva, indipendentemente da una pronuncia di condanna, eccettuata soltanto l'ipotesi di assoluzione con la formula "perché il fatto non sussiste".

Tra l'altro, è opportuno menzionare che, sotto il profilo della compatibilità delle norme nazionali con le disposizioni della Convenzione, è evidente che la qualificazione in quanto penale dell'illecito[7] e della sua sanzione comporta il vaglio della loro compatibilità con il principio di legalità. La Cedu, infatti, sembra conferire alla sanzione penale e quindi all'illecito penale una concezione autonomistica; di conseguenza, può configurarsi ipotesi che la sanzione

---

[5] La Corte europea, in seno alla sentenza del 30.08.2007 resa sulla vicenda "Punta Perotti", ha attribuito la natura di pena ex art. 7, comma 1, CEDU alla confisca dei suoli abusivamente lottizzati, così come prevista dall'art. 44, comma 2, del D.P.R. 380/2001. In dottrina cfr. A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale,* in *Dig. Pen.,* 1989, III: "*la confisca, secondo l'ineccepibile disamina dell'Autore, … abbraccia istituti tra loro differenziati, i quali sempre più si allontanano da riconoscibili istanze preventive, per trasmigrare in schemi punitivi".*

[6] In giurisprudenza, vedi Cass. Pen., 20 febbraio 1990, in *Giust. Pen.,* 1991, II, p. 42 ss..; Cass. Pen., 21 dicembre 1990, in *Giur. It.,*1992, II, p. 504 ss.; Cass. Pen., 10 aprile 1992, in *Cass. Pen.,* 1993, p. 1994 ss. La confisca si sostanzia nell'"*eliminazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali, o in lacuna guise collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato".*

[7] Vedi sentenza del 28 gennaio 1998, in *Foro it.,* 1998, II, p. 462 ss..; cfr. A. ALESSANDRI, *op. cit.*

qualificata come pena dalla Corte Europea abbia una natura diversa in seno al nostro ordinamento, sia cioè *extra moenia* rispetto al campo penale.
Pertanto, si deve fugare ogni dubbio a che l'analisi della garanzia e del rispetto del principio di legalità di cui alla Convenzione, debba riguardare l'accertamento della natura di pena della sanzione interna e la verifica di conformità della applicazione della sanzione al principio di legalità, secondo i dettami della giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europee.
In via esemplicativa, per quanto riguarda la natura dell'ordine di demolizione delle opere abusive *sub ordine* del giudice penale ai sensi dell'art. 31 D.P.R. n. 380/2001, la predetta demolizione ha natura di sanzione amministrativa reale, in quanto ad essa non è attribuito il carattere punitivo similmente alla confisca[8].
Tuttavia, seguendo recenti orientamenti ermeneutici giurisprudenziali, la confisca ex art. 44 comma 2 T.U. sottrae la proprietà del terreno abusivamente lottizzato senza alcun indennizzo mentre la demolizione dell'opera abusiva è volta alla riparazione di un danno e non è tesa alla punizione a scopo precauzionale, in modo cioè da dissuadere dalla reiterazione dell'illecito. L'ordine di demolizione riguarda, pertanto, le opere abusive incompatibili con le disposizioni degli strumenti urbanistici ed è spesso accompagnato da una dichiarazione di inefficacia dei titoli abilitativi *contra ius* e quindi illegittimi, oltre che eseguito nei confronti di tutti i soggetti in rapporto con il bene e che vantano si di esso un diritto reale o personale di godimento, anche se soggetti estranei alla commissione del reato.
A conferma del carattere punitivo della misura in esame e cioè della confisca[9], recenti pronunce hanno riconosciuto a corollario dalla natura penale di essa l'imprescindibile necessità di accertare, ai fini della sua applicazione, un legame

---

[8] In ordine al rapporto sequestro preventivo/confisca, "il sequestro preventivo di una lottizzazione abusiva finalizzato alla relativa confisca in ragione della particolare disciplina ex art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001, presuppone soltanto l'astratta configurabilità della abusiva lottizzazione e può essere disposto anche se il reato dovesse ritenersi già estinto od insussistente per difetto dell'elemento oggettivo. In tal caso la confisca è obbligatoria ed il Giudice che dispone il sequestro non ha un particolare dovere motivazionale … eccetto di accertare il "fumus" della lottizzazione abusiva mentre non deve motivare sul pericolo che la libera disponibilità della cosa possa aggravare le conseguenze del reato, potendosi disporre la misura anche se l'attività lottizzatoria è esaurita e le opere abusive sono ultimate", Cass. Pen., sez. III, 07 luglio 2004, n. 38728 in *Riv. Giur. Edilizia,* I, p. 645 ss.
[9] Vedi G. SABATINI, *Di alcune questioni in tema di confisca,* in *Arc. Pen.,* 1945, II, p. 345 ss.; V. MANZINI, *Diritto penale italiano,* III, 1950, *passim,* secondo il Quale sarebbe stato meglio considerare la confisca *come una sanzione civile e regolarla da subito dopo la disposizione di cui all'art. 189 c.p., ovvero considerarla come un provvedimento a sè stante di indole amministrativa".*

di natura intellettuale e cioè radicato sulla compresenza di coscienza e volontà, tale da permettere di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato.
In particolare, scandagliando seppur sommariamente le ultime pronunce in materia, il legislatore sembra ritenere imprescindibile accertare la sussistenza di una condotta che rispecchi i necessari requisiti soggettivi della coscienza e della volontà dell'agente nonché si caratterizzi per la presenza del requisito dell'elemento psicologico della colpa.
In caso contrario, infatti, la misura ablatoria sarebbe legittimata da un sistema di responsabilità oggettiva che non è suscettibile di applicazione sia in ambito civile sia in quello penale.

4. *Interrogativi giurisprudenziali in materia di lottizzazione abusiva*
Quanto delineato apre il varco all'analisi di alcuni recenti arresti della Corte di Cassazione che in materia di lottizzazione abusiva[10] forniscono lo spunto per un approfondimento di ultronei profili problematici emersi sul tema in sede di applicazione giurisprudenziale[11].
Dal richiamato art. 44, comma 2, T.U. n. 380/2001, si deduce che, per effetto della confisca, i terreni e le opere sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio disponibile del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione abusiva, e non a quello statale, come avviene nel caso di confisca codicistica.
La confisca[12], dunque, connessa al reato di lottizzazione abusiva, è una sanzione amministrativa[13] obbligatoria, irrogata dal giudice penale in funzione di supplenza rispetto alla P.A., correlata, secondo recenti indirizzi della Cassazione, alla oggettiva illiceità della cosa.

---

[10] Vedi C. ANGELILLIS, *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame di CEDU e Corte Costituzionale,* in *Cass. Pen.,* 2008, 11, p. 4333 ss.
[11] Sul punto, A. BERNASCONI, *La "speciale" confisca introdotta dal D.L. 20 giugno 1994, n. 339, conv. dalla l. 8 agosto 1994, n. 501,* in *Dir. Pen. e proc.,* 11/1996, p. 1418 ss.
[12] G. FIANDACA, *Diritto penale, parte generale,* Bologna, 1995, p. 791, secondo cui *la confisca presenta una fisionomia ibrida polivalente: essa può fungere a seconda dei casi – senza che peraltro si sempre dato distinguere con chiarezza – da misura di sicurezza, da misura di prevenzione e … da pena accessoria"*; A. BERNASCONI, *op. cit*., p. 1418 ss.
[13] Cass. Sez. III, 7 luglio 2004, in CED. Cass., n. 2296609; cfr. in dottrina A. ALBAMONTE, *Demolizione dell'opera abusiva e poteri del giudice penale,* in *Cass. Pen.,* 1988, p. 428, il quale attribuisce alla confisca la natura di misura di sicurezza patrimoniale ex art. 640 c.p.; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo,* Milano, 2001, p. 142 ss., secondo cui si attribuisce alla confisca un carattere afflittivo nei confronti del proprietario del terreno e persegue finalità di ordine preventivo, con la necessità contestuale del rispetto del principio di colpevolezza.

L'atto ablatorio[14] si avvicina, pertanto, all'ordine di demolizione di cui all'art. 31, ultimo comma, del richiamato T.U. del 2001; la differenza riposa nella circostanza che la confisca deve essere ordinata non soltanto a seguito di sentenza di condanna, ma ogniqualvolta sia accertata la sussistenza di una lottizzazione abusiva, con esclusione della mera ipotesi di assoluzione per insussistenza di reato.

Se è pacifico che la confisca possa trovare asilo anche in sede esecutiva, non altrettanto si può dire nell'ipotesi in cui si fa luogo alla stessa, una volta che l'autorità amministrativa abbia autorizzato un intervento configurante pur inizialmente una lottizzazione.

A tal proposito, orientamenti giurisprudenziali pregressi, condivisi a fasi alterne in sede dottrinaria, si incentravano sulla circostanza che un provvedimento amministrativo il quale, dopo il passaggio in giudicato della sentenza vertente il provvedimento di confisca, accertasse la *mutatio* di destinazione delle aree o consentisse ciò che in primis era vietato, non poteva elidere l'illiceità della condotta oggetto di condanna, né incidere sul trasferimento di proprietà del bene, conseguenza della confisca.

Il richiamato ragionamento logico-giuridico è stato respinto da arresti più recenti che affermano la possibilità di revoca della confisca in sede esecutiva, ove l'amministrazione adotti un piano di recupero urbanistico dell'area interessata oppure autorizzi successivamente la lottizzazione, considerata chiaramente la responsabilità penale in capo ai lottizzatori.

Risulta incontrovertibile, invece, l'inapplicabilità alla lottizzazione abusiva del condono edilizio o dell'accertamento di conformità di cui all'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001. In argomento, sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale, anche se la Consulta ha statuito che la lottizzazione abusiva costituisce una forma di intervento più incisiva e pregiudizievole del manufatto edilizio realizzato in difformità o in assenza di concessione.

---

[14] Per quanto concerne il rapporto provvedimento amministrativo d'acquisizione / confisca, .. *in tema di lottizzazione abusiva, il provvedimento giurisdizionale di confisca di un terreno abusivamente lottizzato e quello amministrativo (assunto successivamente alla scadenza del termine di novanta giorni dalla notifica dell'ordinanza di sospensione dell'attività lottizzatoria), con cui viene accertata l'acquisizione "ex lege" del medesimo terreno al patrimonio del comune, sono tra loro compatibili, sia perché si tratta di due provvedimenti che hanno lo stesso effetto ablatorio in danno dei proprietari privati, sia perché sono assunti a favore del patrimonio comunale …",* Ap. Lecce, 8 giugno 2004, Cass. Pen., sez. III, 11 aprile 2007, n. 35519 A. ed altri *Ced Cass. Pen*. 2008, 237371.

Ed è proprio per tali motivi che il legislatore, godendo di ampia discrezionalità nello stabilire comportamenti costituenti reato e nel fissare le relative sanzioni, ha preferito attribuire alle due fattispecie un diverso trattamento anche sotto il profilo delle cause di estinzione del reato.

5. *Rapporti tra illecito penale e provvedimento amministrativo.*

Relativamente alla relazione tra giudicato penale e provvedimento amministrativo[15] si evidenziano notevoli questioni di coordinamento non risolte dal legislatore tra il procedimento ablatorio e l'eventuale confisca conseguente al processo penale. Dal momento che, infatti, la sentenza penale acquista efficacia di giudicato soltanto quando siano stati esperiti tutti i gradi del giudizio[16], qualora trascorrano 90 giorni senza che intervenga una revoca dell'ordinanza con cui il sindaco abbia disposto la sospensione della lottizzazione, si dovrebbe giungere all'espropriazione in via amministrativa anteriormente alla conclusione del procedimento penale. Il giudicato penale rileva soltanto riguardo la responsabilità dell'imputato e - conseguentemente, sulla confisca del bene - mentre la sentenza amministrativa giudica sulla legittimità del provvedimento di sospensione disposto dal sindaco. Nel caso in cui sia divenuta così definitiva la sentenza amministrativa che respinga il ricorso sulla legittimità dell'ordinanza del sindaco, la sentenza del giudice penale che, successivamente, disponga la confisca diviene ineseguibile di fatto. Qualora, invece, l'imputato venga assolto nel giudizio penale proprio perché sia stata accertata l'inesistenza della lottizzazione abusiva, pur non trovandoci di fronte ad un conflitto di giudicati, appare evidente l'incongruenza della situazione: infatti il terreno è definitivamente "acquisito di diritto al patrimonio disponibile del comune" proprio perché il sindaco ha ritenuto illegittima una lottizzazione di cui, invece, è stata accertata la non conformità alla fattispecie da parte del giudice penale. Secondo l'interpretazione dell'art. 654 c.p.p. , la sentenza assolutoria del giudice penale "non ha forza di giudicato nei confronti dell'amministrazione": poiché *ex* art. 4 comma 2 della L. 20/3/1865 n. 2248 all.

---

[15] Per quanto concerne i profili civilistici, cfr. E. ROSINI, *Le sanzioni amministrative,* Milano, 1991, p. 168 ss..; M. A. SANDULLI, Voce *Sanzione IV – Sanzioni amministrative,* in *Enc. Giur. Treccani,* XXVIII,Roma s.d., p. 18 ss..; R. FERRAZZI, *Sanzioni amministrative – Rassegna di giurisprudenza della Cassazione: illecito amministrativo, procedimento, sanzioni accessorie – Aggiornamento (anni 1994-1996),* in *Foro it.,* I, p. 2778 ss..

[16] O quando siano inutilmente decorsi i termini per l'impugnazione, cfr., S. MONALDI, in A.A.V.V., Commento all'art .18 legge 28 febbraio 1985 n. 47, in *Le nuove leggi civ. comm*. 1985, 1097.

E ("Abolizione del contenzioso amministrativo") le amministrazioni devono conformarsi al giudicato dei tribunali ordinari, qualora il sindaco non annulli l'ordinanza emanata ex art. 18 e restituisca il fondo al legittimo proprietario, quest'ultimo potrebbe sempre avvalersi del giudizio di ottemperanza previsto dall'art. 27 n. 4 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 (T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato). La dottrina, ha evidenziato la necessità di un intervento legislativo che attribuisca ogni competenza all'autorità amministrativa, in modo da evitare la sovrapposizione di provvedimenti amministrativi e provvedimenti giurisdizionali di tipo ablativo a contenuto sostanzialmente identico. Si tratterebbe di incrementare, pertanto, quei meccanismi previsti dalla legge n. 47 del 1985, "accompagnando tali misure ad una incriminazione inflessibile, magari sotto il profilo di reati speciali rispetto all'art. 328 del codice penale, delle omissioni e dei ritardi"[17].

6. *Trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio e abuso edilizio: la* ratio iuris *del reato di lottizzazione abusiva.*

Le differenze normative di natura sostanziale oltre che processuale che si rinvengono, seppur per aspetti diversi, in recenti pronunce della Suprema Corte, hanno condotto a porre in risalto la diversa estensione del fenomeno lottizzatorio rispetto all'abuso edilizio[18] tradizionalmente inteso; dagli ultimi arresti pretori si desume che la trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio che dà luogo a lottizzazione abusiva può essere realizzata ponendo in essere un'attività atta a snaturare la programmazione dell'uso del territorio stesso quale delineata dallo strumento urbanistico[19] generale, sicché deve ritenersi incongruo ogni riferimento all'incidenza delle nuove costruzioni sullo stato di urbanizzazione esistente.

Un titolo abilitante eventualmente sopravvenuto legittima soltanto l'opera edilizia che ne costituisce l'oggetto, ma non comporta alcuna valutazione di conformità di tutta la lottizzazione alle scelte generali di pianificazione urbanistica. Pertanto, anche il rilascio di una pluralità di concessioni edilizie

---

[17] C.F. GROSSO, *Reati edilizi ed urbanistici e riforma del sistema penale* in, *Riv. It. Dir. Proc. Pen*. 1991 p. 756.

[18] S. ATERNO – G. CASSANO, *La giurisprudenza di assoluzione dai reati edilizi ed urbanistici*, 2008,*passim;* M.BRESCIANO – A. PADALINO – MORICHINI, *I reati urbanistici,* Milano, 2000; M. BARBUTO, *Reati edilizi ed urbanistici,* Torino, 1995; L. BERTOLINI, *Reati urbanistici,* in *EGT*, Vol. XXXVI, Roma, 1991

[19] A. FIALE – E. FIALE, *Diritto urbanistico,*Napoli, 2006, p. 30 ss.

nell'area interessata da una lottizzazione abusiva non legittima un'attività che tale non è; la concessione non ha, infatti, una funzione strumentale urbanistica di pianificazione dell'uso del territorio.

La maggiore complessità del fenomeno lottizzatorio rispetto al semplice abuso edilizio si coglie anche sotto il profilo degli effetti conseguenti al rilascio di eventuali provvedimenti di sanatoria o condono. Sulla questione si registrano orientamenti divergenti in seno alla giurisprudenza di legittimità; secondo un'interpretazione più risalente, il reato di lottizzazione abusiva costituisce una contravvenzione di natura necessariamente dolosa, per la cui sussistenza è necessario che l'evento sia previsto e voluto dal reo quale conseguenza della propria condotta cosciente e volontaria, diretta a limitare e condizionare, con ostacoli di fatto o di diritto, la riserva pubblica di programmazione territoriale.

La giurisprudenza più recente ritiene, invece, che il reato in esame non si sottragga al principio generale di equivalenza dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo nelle contravvenzioni, stabilito dall'art. 42, comma 4 c.p. e ciò in quanto la previsione dello scopo edificatorio, pur implicando senz'altro il concorso di un elemento volontario ed intenzionale del soggetto agente, non può ritenersi idonea a sostenere la natura esclusivamente dolosa dell'illecito contravvenzionale.

La giurisprudenza muove proprio dal presupposto che il reato di lottizzazione abusiva non si sottrae alla regola generale dell'art. 42 comma 4 c.p., e ritiene ammissibile anche la cooperazione colposa nella realizzazione del reato, ai sensi dell'art. 113 c.p., da parte dell'acquirente: chi acquista un fondo per edificare deve essere cauto e diligente nell'acquisire conoscenza delle previsioni urbanistiche e pianificatorie di zona riferite all'area in cui vuole costruire.

In mancanza, l'acquirente è colposamente inconsapevole, pur fornendo un determinante contributo causale all'attività illecita del venditore.

E' stato più volte affermato, sul punto, che il principio per cui il reato di lottizzazione abusiva non sia suscettibile di condono edilizio ai sensi dell'art. 39 della Legge n. 724/1994, ferma restando la condonabilità, in presenza dei requisiti di legge, dei singoli immobili abusivamente realizzati nel contesto dell'operazione lottizzatoria.

L'autorizzazione a lottizzare postuma, o "in sanatoria" non estingue il reato di lottizzazione abusiva, non essendo espressamente prevista dalla legge come causa estintiva, ma impedisce l'adozione del provvedimento di confisca, stante

l'avvenuto riconoscimento di conformità postuma della lottizzazione agli strumenti urbanistici generali vigenti sul territorio.
La confisca non si porrebbe in contrasto con la libertà dell'ente locale di determinare le proprie politiche di programmazione e gestione del territorio: al contrario, costituirebbe lo strumento con cui l'ordinamento rimuove un ostacolo e restituisce allo stesso quella libertà che è stata violata e condizionata dalla condotta illecita del privato.
Considerati gli effetti della confisca ed i poteri del giudice penale in rapporto alla autonomia locale in materia di gestione del territorio, il passaggio in giudicato della sentenza che ordina la confisca determina *ipso iure* il trasferimento della proprietà dei beni confiscati al patrimonio disponibile del Comune, recidendo ogni legame giuridico con i precedenti proprietari dei beni.
Prima del passaggio in giudicato della sentenza, le determinazioni del giudice penale vanno coordinate con il potere generale di gestione del territorio affidato al Comune; il giudice non potrà disporre la confisca se essa risulti incompatibile con un provvedimento già adottato dal Comune, il quale manifesti la volontà di riconoscere *ex post* la conformità degli interventi realizzati con le nuove previsioni urbanistiche e di rinunciare all'acquisizione dei beni oggetto di confisca.
E' opportuno esaminare, quindi, i passaggi fondamentali relativi alla configurabilità del reato di lottizzazione abusiva, secondo i recenti contributi comunitari a detta dei quali la confisca di "diritto amministrativo" irrogata dal giudice penale ex art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001 è una pena; pertanto, il giudice italiano che ne preveda l'irrogabilità al di fuori delle ipotesi di affermazione di responsabilità penale, incorre in violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo ed anche in violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla stessa Convenzione.

7. *Misure patrimoniali e rispetto della CEDU: un approccio normativo sostanziale e procedurale*

Oggi, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo esercita un raffronto del rispetto delle misure patrimoniali con le garanzie fondamentali sancite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del cittadino nell'ambito del diritto penale sostanziale oltre che processuale.
L'analisi giurisprudenziale comunitaria, in particolare, opera, nei casi di lottizzazione abusiva, una comparazione tra le richiamate misure patrimoniali e

i principi di proporzionalità, di presunzione di innocenza delle sanzioni penali, tenuto conto dei recenti contributi anche dottrinari che hanno rinvenuto forme del tutto nuove di confisca negli ordinamenti nazionali.

In via esemplificativa, si pensi alla vicenda di Punta Perotti, oggetto di lungo procedimento penale, conclusosi con il proscioglimento di tutti gli imputati ritenuti responsabili delle contravvenzioni loro contestate in materia urbanistica, edilizia ed ambientale. Il Collegio giudicante nel sollevare i soggetti imputati da ogni responsabilità penale ha disposto la confisca di tutti i terreni abusivamente lottizzati e del complesso immobiliare edificato, secondo i dettami dell'art. 19 della legge n. 47 del 1985 nonché della stessa giurisprudenza di legittimità.

Gli indirizzi pretori, seppur per lungo periodo condivisi, successivamente sono stati soppiantati da un diverso orientamento incentrato sulla valorizzazione del concetto di autonomia della pena, in modo da garantire il pieno rispetto dei diritti di cui agli artt. 6 e 7 della Convenzione.

Difatti, gli elementi oggetto del vaglio della Suprema Corte hanno condotto al riconoscimento della natura penale e non amministrativa[20] della confisca nell'ipotesi di lottizzazione abusiva e ciò sulla base della connessione di quest'ultima con un reato accertato dal giudice penale, della natura repressiva e preventiva della confisca medesima, della gravità e della qualificazione giuridica della stessa ai sensi del richiamato D.P.R. del 2001.

La Suprema Corte, infatti, ha in svariati casi accertati osservato che i piani di lottizzazione autorizzati e le concessioni edilizie rilasciate fossero di natura illegale e, pertanto, gli imputati dovevano essere penalmente assolti nel'ipotesi in cui essi avessero commesso un errore inevitabile e scusabile nell'interpretazione della fonte legislativa regionale, in quei passaggi normativi che contrastassero con la legge nazionale.

Un problema, infatti, piuttosto delicato e degno di considerazione concerne il rapporto tra la confisca di cui al citato art. 44 e i terzi *sub* acquirenti dei lotti,

---

[20] In conformità della sua natura di sanzione amministrativa applicata dal giudice penale, la confisca urbanistica di cui all'art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001 è obbligatoria e prescinde dalla condanna, unico suo presupposto essendo l'accertamento giurisdizionale della lottizzazione abusiva: in ciò si distingue dalla confisca facoltativa delle cose utilizzate per commettere il reato o che ne sono il prodotto e il profitto, di cui all'art. 240, comma 1, c.p., che presuppone sempre la condanna ….": vedi Cass. Pen., sez. III, 07 luglio 2004, n. 38728 e *Riv. giur. Edilizia,* 2005, I, p. 344 ss..; Cass. Pen., sez. III, 22 marzo 2005, n. 17424, in *Mass. Cass. Pen.,* 2006, 6, p. 2258, sic, Sez. III, 18 novembre 2000, Petracchi, in *Mass. Cass. Pen.,* 2001, p. 3164 ss..

magari estranei al reato[21]. L'iter logico-giuridico seguito dalla Cassazione spesso ha vagliato la condotta della P.A., la buona fede dei proprietari degli immobili confiscati, a seguito del conseguimento delle concessioni edilizie, nonché la circostanza che i vincoli paesaggistici in contrasto con il progetto edilizio non fossero indicati nel piano urbanistico e che l'amministrazione nazionale competente non fosse intervenuta.
L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dei terreni abusivamente lottizzati conseguirebbe, dunque, seguendo gli arresti di legittimità oltre che di merito, obbligatoriamente all'accertamento della sussistenza di un reato di lottizzazione abusiva indipendentemente da una pronuncia di condanna penale, e ciò in forza di una interpretazione estensiva della riconducibilità della sanzione ad un illecito penale.
La mancanza di una pronuncia di condanna *sic et simpliciter* non potrebbe escludere la qualificazione di una sanzione come penale[22], in presenza di altri elementi sintomatici e relativi allo scopo, alla gravità ed alla natura giuridica della misura attuata.

8. *Il rapporto tra confisca ex art. 44 D.P.R. n. 380/2001 e terzi acquirenti in buona fede.*
La circostanza che la *ratio* del reato di lottizzazione abusiva[23] non rispondesse ai criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, la presenza di un disegno legislativo alquanto variegato, tale da non permettere ad un imputato di conoscere il senso e la portata della legge penale, si è tradotta in una attenzione della Corte di Giustizia[24] alla garanzia della "qualità" della legge e del rispetto delle esigenze specifiche della legalità penale.

---

[21] E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale – per contrasto con gli articoli 3, 27 comma 3 Cost. – dell'art. 44 comma II D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti", Corte Ap. Bari, sez. I, 09 aprile 2008 in *giurisprudenzabarese.it, 2008; sic.* Cass. Pen., sez. III, 30 novembre 2005, n. 47272 in *Riv. Giur. Edilizia,* 2006, 2, p. 449 ss..
[22] P. Virga, *Il sindacato del giudice penale sulla legittimità della concessione edilizia,* in *Nuova Rass.*, 1996, p. 539 ss..
[23] R. Mendoza, *Le Sezioni Unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e dalle previsioni di piano,* in *Cass. Pen.,* 1994, p. 907 ss..
[24] Il Legislatore nazionale si è tra l'altro occupato delle implicazioni relative alla declaratoria di incompatibilità della CEDU delle confische disposte dai giudici penali italiani: cfr. art. 4, comma 4-*ter* d.l. 1 luglio 2009, convertito in L. 3 agosto 2009 n. 102, secondo cui " *fermi restando gli effetti della revoca*

Da un lato si è manifestata l'esigenza di reprimere il reato di lottizzazione abusiva, dall'altro la necessità imprescindibile di garantire la posizione di soggetti spesso ignari dell'abusività della lottizzazione[25].

Da una parte si staglia la necessità di tutelare l'interesse collettivo alla salvaguardia del territorio, tale da comprimere il diritto di proprietà del privato[26], in modo da favorire l'esercizio della misura della confisca per consentire il pubblico intervento, volto ad assicurare il riassetto dell'area abusivamente edificata; dall'altra, non si può sottacere la opportunità di preservare i privati dagli effetti lesivi che fanno seguito all'emanazione di un atto ablatorio, in quanto titolari di diritti reali sul terreno illegittimamente lottizzato[27].

Il nodo gordiano che ha fatto seguito al lungo dibattito circa la prevalenza o meno dell'interesse pubblico su quello privato è stato risolto recentemente attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 42 della Costituzione, secondo cui l'interesse dei privati cede il passo soltanto innanzi ad un interesse pubblico preminente, a fronte di cui la compressione del diritto reale assoluto non può che essere compensata per così dire da un equo ristoro indennitario.

E, d'altra parte, non potrebbe che essere così; la mera qualità di subacquirente non comporta di per sé la legittimità dell'acquisto di un immobile o di un terreno oggetto di operazione lottizzatoria illecita; si deve evitare, invece, che il

---

da parte del giudice dell'esecuzione della confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite ai sensi dell'articolo 44, comma 2, del testo unico delle disposizione legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001 n. 380 ai fini della restituzione dell'avente diritto e della liquidazione delle somme .. dovute in conseguenza della decisione della Corte europea del diritti dell'uomo che abbia accertato ilo contrasto della misura della confisca con la Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950..".

[25] Vedi F. CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca,* in *Giust. Pen.,* 1956, II, p. 637 ss..

[26] Ai sensi dell'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU la compressione del diritto di proprietà deve essere caratterizzato dal rispetto del principio di proporzionalità, principio da ritenersi violato, nell'ipotesi di misure ablatorie della proprietà per ragioni di pubblico interesse cui non corrispondono forme di indennizzo.

[27] Cfr. Cass. Pen., sez. III, 28 febbraio 2007, n. 13687 in *Giur. It.,* 2007, 12, p. 2831 con nota di C. GATTIBONI, *L'efficacia dell'autorizzazione a lottizzare "in sanatoria"*; Cfr. Cass. Pen., sez. III, 18 maggio 2006, n. 23154, in *Giuda al dir.,* 2006, 36, p. 83 ss.. e in *Giur. It*., 2007, 8-9, p. 2023 ss.., sic. Trib. Crotone, 12 dicembre 2005 in *Cass. Pen.,* sez. III, 09 agosto 2006, n. 28683, in *Riv. Giur. Ed.,* 2007, p. 445 ss..

sub acquisto diventi lo strumento al fine di eludere le disposizioni legislative in materia.

In precedenza, la giurisprudenza conveniva nell'affermare che la confisca colpiva anche i terzi acquirenti in buona fede, i quali potevano vantare e far valere i propri diritti in sede di giudizio civile nei confronti del dante causa responsabile, posta la natura di sanzione amministrativa e natura reale e non personale.

Oggi la giurisprudenza di legittimità ha mutato indirizzo, ritenendo che all'accertamento del reato di lottizzazione abusiva[28] consegua la relativa confisca, sulla base di indirizzi giurisprudenziali comunitari, i quali, al momento di accertare la sussistenza di violazioni della Cedu, attribuiscono alla confisca la natura di pena e presupponendo un elemento anche soggettivo di responsabilità nella condotta del partecipante alla lottizzazione, a condizione che sia destinatario della confisca.

A contrario, si porrebbe in violazione con la CEDU il ricorso alla confisca in pregiudizio di un soggetto del quale non sia stata accertata una condotta dolosa o colposa di partecipazione alla lottizzazione abusiva.

Non è sufficiente, pertanto, alla luce di quanto richiamato, essere acquirenti di un immobile abusivamente lottizzato al fine di ritenere sussistente la buona fede; occorre accertare concretamente se il privato abbia partecipato inconsapevolmente all'illecito penale, pur avendo adempiuto al dovere di informazione e di conoscenza secondo ordinaria diligenza.

Dai percorsi logico-argomentativi seguiti, la sanzione amministrativa non si applica ai soggetti dei quali sia stata accertata la buona fede e che non abbiano commesso alcuna violazione nonché agli imputati prosciolti per intervenuta prescrizione del reato.

Il terzo acquirente di un immobile abusivamente lottizzato, pur partecipando materialmente con il proprio atto di acquisto al reato di lottizzazione abusiva, può subire la confisca, solo nel caso in cui sia configurabile una condotta almeno colposa per quanto concerne la natura abusiva della lottizzazione; allo stesso modo, secondo gli ultimi indirizzi della Corte di Cassazione, risponderebbe del reato di costruzione abusiva, in via omissiva, il proprietario del terreno su cui è realizzato il manufatto edilizio, il quale, avendo la possibilità di intervenire, invece, si astiene, a meno che riesca a provare la buona fede.

---

[28] A. CICALA, *Concessione edilizia illegittima e poteri del giudice penale,* in *Giur. It.,* 1983, II, p. 61 ss..

9. *Conclusioni*

Non rileva, dunque, che la condotta posta in essere dall'autore del fatto del fatto si manifesti con dolo o colpa, operando in verità il principio di cui all'art. 42, comma 4, c.p.; troverebbero applicazione, all'uopo, le disposizioni della Corte Costituzionale in tema di errore scusabile su norme integratrici del precetto penale.

Dagli ultimi indirizzi giurisprudenziali di legittimità si evince una interpretazione costituzionalmente operante dell'art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001, in modo che siano estromessi dal giudizio dell'operatore del diritto eventuali contrasti tra la richiamata disposizione del 2001 e l'art. 7 della CEDU e l'art. 117 della Costituzione.

Pertanto, l'esigenza di rinvenire in capo all'acquirente una rappresentazione volontaria dell'evento di reato, secondo i comuni principi dottrinari operanti in materia di dolo, ovvero una mera partecipazione psichica al reato di lottizzazione abusiva, configura la confisca come misura attinente ai dettami in materia di responsabilità da fatto illecito, a prescindere da ogni altra misura penale od amministrativa.