

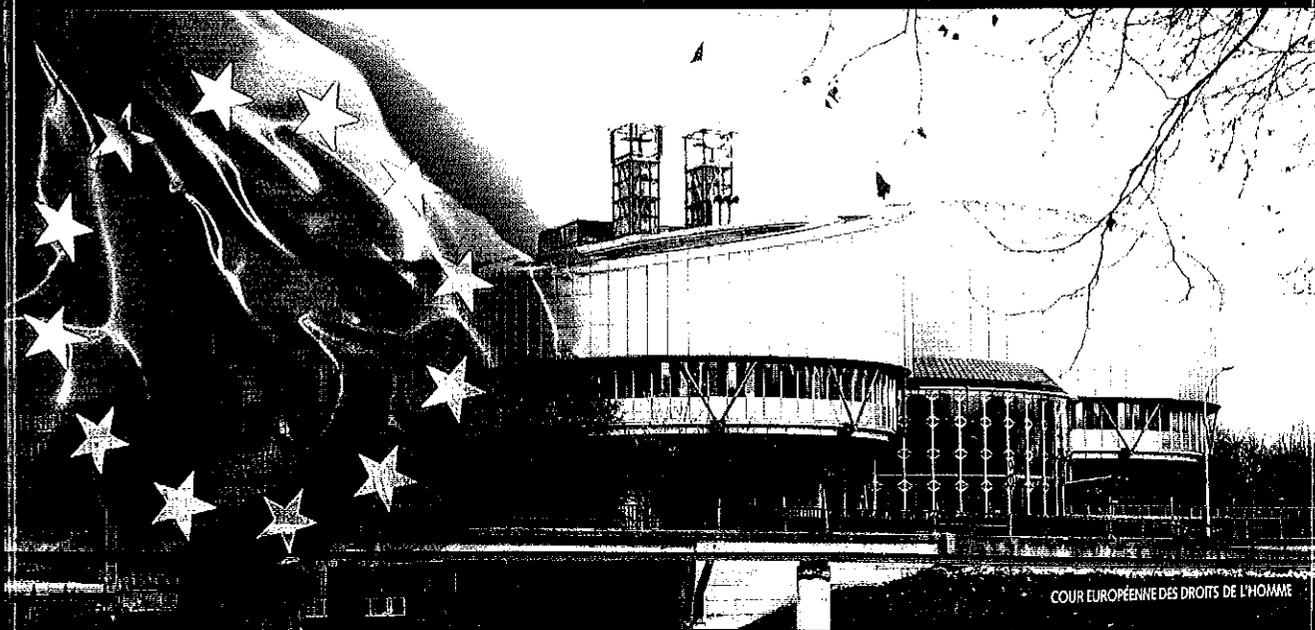


CENTRO STUDI
ALTA FORMAZIONE E RICERCA

OCCUPAZIONE USURPATIVA E CONFISCHE TRA ROMA E STRASBURGO

dall'accessione invertita alla "confisca urbanistica"

Atti del Convegno nazionale
a cura del Prof. Avv. Giuseppe Tucci



Cacucci Editore - Bari
2009

Presentazione

Giuseppe Tucci

*Professore ordinario nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Aldo Moro di Bari
Presidente Studio Lexjus Sinacta*

La Corte Europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo, con diverse sentenze, ha dichiarato non conforme alla relativa Convenzione, la normativa interna in tema di c.d. occupazione usurpativa, così come interpretata dalla Corte di cassazione. Ne sono emersi delicati profili di carattere interpretativo, in particolare con riferimento alle fonti del diritto, oltre che di carattere pratico, alla cui disamina è stato dedicato il Convegno, di cui qui si pubblicano gli Atti.

Come è noto, modificando profondamente il regime delle fonti del diritto nel nostro ordinamento, la Corte Costituzionale italiana, con ben tre sentenze – rispettivamente, due del 2007 e una del 2008 – ha riconosciuto alla Convenzione dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo il ruolo di normativa costituzionale derivata, poiché... il nuovo testo dell'art. 117 Cost., se, da una parte, rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale..." (C. Cost. 348/07).

Ciò implica che, qualora il recepimento di una pronuncia della Corte europea di Strasburgo comporti un sospetto di legittimità costituzionale, il Giudice italiano, chiamato ad applicare la norma, deve rimettere gli atti al Giudice delle leggi, una volta accertato che non sia possibile ricorrere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata che elida i termini del problema.

Una volta preso atto della vera e propria "rivoluzione copernicana" prodottasi nel nostro ordinamento, occorre interrogarsi sulla natura della cd. confisca urbanistica.

La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, infatti, con "decisione" del 30 agosto 2007, giudicando sulla preliminare fondatezza del ricorso proposto con riferimento a Cass., 26 marzo 2001, n. 29 (in vicenda "Punta Perotti"), ha ritenuto che la confisca di c.d. "diritto amministrativo", irrogata dal Giudice penale ex art. 44, comma 2°, DPR 380/01, sia una pena, sicché, la giurisdizione italiana, prevedendone l'irrogabilità al di fuori di ipotesi di affermazione di responsabilità penale, incorre in infrazione del diritto tutelato dall'art. 7 (*Nulla poena sine lege*) della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo.

Richiamandosi a tale pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed all'orientamento ormai consolidato della nostra Corte Costituzionale, la Corte d'Appello di Bari, Prima Sezione Penale, con ordinanza del 9 aprile 2008, ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2°, DPR 380/01, nella parte in cui, secondo l'interpretazione costante – almeno sino al 17 novembre u.s. – della Suprema Corte di legittimità,

impone al Giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusive costruite, anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti; e ciò per asserito contrasto con gli artt. 3, 25, comma 2°, 27, comma 1° della Costituzione.

Successivamente, a partire dal 1° ottobre c.a., la Corte di Cassazione penale è intervenuta in tema di confisca urbanistica con le seguenti decisioni:

- Cass. Pen., Sez. III, 2 ottobre 2008, n. 37472, relativa a decisione della Corte d'Appello di Cagliari;
- Cass. Pen., Sez. III, 1° ottobre 2008, n. 37274, relativa a decisione della Corte d'Appello di Bari;
- Cass. Pen., S. U., 15 ottobre 2008, n. 38834, relativa a decisione del G.I.P. Tribunale Napoli;
- Cass. Pen., Sez. III, 17 novembre 2008, n. 42741, relativa a decisione del Tribunale di Verona.

In particolare, con tale ultima decisione, la Corte di Cassazione ha mutato il suo precedente orientamento, almeno per ciò che riguarda i terzi estranei al reato e in buona fede, ricorrendo all'interpretazione conforme alla Convenzione di Strasburgo.

Nell'ambito del Convegno, organizzato dal *Centro Studi CISEM* a Bari e della relativa Tavola rotonda, realizzata con l'ausilio della *Fondazione SIRCOM*, si è proposto di fornire un'occasione di incontro e di riflessione sulle profonde novità che si sono prodotte in un delicato settore della circolazione dei beni, sollecitando soluzioni chiare ai problemi che sono sorti in tale particolare materia praticamente in tutto il territorio nazionale, poiché, come risulta anche da un sommario esame dell'ultimissima giurisprudenza, il fenomeno si estende ancora oggi dalla Sardegna alla Puglia, dalla Campania al Veneto.

* * *

Il Convegno di cui si pubblicano gli Atti nel presente volume ha avuto un destino particolare.

Programmato per i primi di novembre dello scorso anno, è stato rinviato al successivo 13 dicembre per consentire ai relatori di approfondire ben cinque sentenze della Corte di cassazione, decise a partire dal giugno 2008 e pubblicate tutte nel successivo ottobre e a metà novembre con un superattivismo evidentemente dettato dalla prevedibile sentenza della Corte costituzionale e dall'ancora più imminente decisione della Corte europea dei Diritti dell'uomo di Strasburgo¹. Infatti, tutte le recenti decisioni della nostra Corte di legittimità sono state oggetto di un'approfondita relazione di *Franco Casarano*, che ha messo in rilievo le oscillazioni della Corte di cassazione nell'ambito di una del-

¹ Per il complesso intreccio delle varie decisioni della nostra giurisprudenza e della Corte dei diritti dell'uomo e per l'ordinanza 9 aprile 2008 della prima sezione penale della Corte d'appello di Bari, con cui è stata investita del problema la Corte costituzionale, v. Tucci, *Ascesa e caduta della confisca urbanistica*, infra, 61 ss.

le più complessive giuridica abbia n

D'altra parte fidata a *Costan* usurpativa, per ne, dopo la dec lemi analoghi e dei Diritti dell'u

Come è orn la Convenzione za giuridica doj pubblicate nell' delle fonti di pr diritti tra Roma A tale compless *Francesco Caru*

Per comple norama della tu denza della Cor nizzatori del co ne di *Francesco* europea dei Dir

Nell'Introd *Annibale Marit* tuto anche intitu e ciò in quanto Convegno, al c che ne rappres sionale, e che d chiave di volta to fondamentale

L'introduz Convegno, che sviluppo.

² V. infatti Ca 93 ss.

³ V. Ventura,

⁴ V. Onida, S

⁵ V. Caruso, (CEDU) e rispetto

⁶ V. Crisafulli con particolare rig

Per adempien generazioni, e per la grande figura di *Crisafulli. Ai confi*

⁷ V. Marini,

le più complesse vicende di diritto giurisprudenziale che la nostra esperienza giuridica abbia mai conosciuto².

D'altra parte si è ritenuto opportuno prevedere una specifica relazione, affidata a *Costantino Ventura*, sulla accessione invertita e sulla occupazione usurpativa, per il fatto che proprio tale vicenda di diritto giurisprudenziale pone, dopo la decisione della Corte europea dei Diritti dell'uomo del 2000, problemi analoghi di rapporti tra il nostro diritto interno e la Convenzione europea dei Diritti dell'uomo (CEDU)³.

Come è ormai noto, il problema dei rapporti tra il diritto interno italiano e la Convenzione dei Diritti dell'uomo è diventato centrale nella nostra esperienza giuridica dopo le due decisioni n. 348 e n. 349 della Corte costituzionale, pubblicate nell'ottobre 2007; sentenze che hanno rivoluzionato il nostro sistema delle fonti di produzione del diritto, instaurando un nuovo "asse privilegiato dei diritti tra Roma e Strasburgo", per usare la felice espressione di *Valerio Onida*⁴. A tale complessa problematica è dedicata un'articolata relazione, affidata a *Francesco Caruso*⁵.

Per completare il quadro, si è ritenuto opportuno offrire un dettagliato panorama della tutela del diritto al rispetto dei beni nella CEDU e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e per la trattazione di tale argomento gli organizzatori del convegno hanno avuto il privilegio di poter disporre della relazione di *Francesco Crisafulli*, co-Agente del Governo italiano davanti alla Corte europea dei Diritti dell'uomo⁶.

Nell'Introduzione con cui si sono aperti i lavori il 13 dicembre scorso, *Annibale Marini* ha osservato che il tema dello stesso Convegno si sarebbe potuto anche intitolare "Pluralismo ed unità delle fonti nell'ordinamento italiano"; e ciò in quanto in tale prospettiva andava inteso il significato più autentico del Convegno, al di là dei temi, occupazione appropriativa e confisca urbanistica, che ne rappresentavano l'aspetto applicativo sia pure parziale, oltre che occasionale, e che dovevano, invece, trovare "..... nel moderno sistema delle fonti, la chiave di volta della loro soluzione e la loro stessa comprensione come momento fondamentale della nostra esperienza giuridica"⁷.

L'introduzione di *Annibale Marini* ha colto in maniera acuta lo spirito del Convegno, che ha trovato nelle singole Relazioni un successivo ed adeguato sviluppo.

² V. infatti Casarano, *Le confische urbanistiche e le più recenti sentenze della Cassazione*, infra, 93 ss.

³ V. Ventura, *L'illegalità dell'accessione invertita nel sistema delle fonti*, infra, 39 ss.

⁴ V. Onida, *Sui diritti asse Roma-Strasburgo*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 novembre 2007.

⁵ V. Caruso, *Diritto comunitario, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) e rispetto della proprietà privata in Italia*, infra, 21 ss.

⁶ V. Crisafulli, *La tutela del diritto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riguardo alla confisca di beni*, infra, 35 ss.

Per adempiere ad un preciso dovere di informazione, in particolare nei confronti delle giovani generazioni, e per dare conto del Patriotismo costituzionale di cui è stato Maestro, si deve ricordare la grande figura di *Veio Crisafulli*, padre del Relatore. Sull'eminente giurista v. *Sirimarco, Veio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, Napoli, 2003.

⁷ V. Marini, *Introduzione*, infra, spec. 17 ss.

Nel pubblicare gli Atti del Convegno a meno di due mesi dalla data in cui esso si è tenuto, non si può non rilevare che il Primo Presidente della Corte di cassazione ha recentemente dedicato pagine di esemplare chiarezza al fenomeno del crescente grado di integrazione tra gli ordinamenti ed alla nuova dimensione, europea e addirittura globale, che assume ormai l'intera esperienza giuridica⁸.

“Il fenomeno del pluralismo dei sistemi giuridici – osserva l’Alto Magistrato – domina ormai la scena.

Norme, principi, regole ed istituti che si rinvergono comuni nei diversi ordinamenti, per rispondere a problemi e questioni che nessun ordinamento nazionale è in grado di risolvere da solo.

La dimensione ordinamentale moderna non è più strutturata dalla gerarchia – di norme e di ordinamenti – ma piuttosto dalla integrazione, a volte parziale, a volte più intensa, che coinvolge poteri pubblici e individui, istituzioni ed imprese, e, last but not least, le Corti e i Giudici.

L'impossibilità di porre i diversi ordinamenti lungo una scala gerarchica rende necessari, infatti, la creazione e lo sviluppo di strumenti di cooperazione, che consentano la comunicazione, la circolazione, la soluzione condivisa. Le Corti ed i Giudici, e fra essi per l'Italia la Corte di Cassazione, sono stati e sono un fattore decisivo di incontro e di dialogo, di condivisione, di integrazione e di cooperazione.

Proprio il diritto europeo, che costituisce oggi l'esperienza più avanzata e consolidata di un diritto integrato sovranazionale, si è sviluppato con un originale mix fra la tradizione continentale del diritto scritto e la tradizione anglosassone del judge made law e forse proprio per questa sua natura ibrida è stato capace di adattarsi ad un contesto in continua evoluzione e di escogitare soluzioni originali per problemi che superavano i confini e i mezzi degli ordinamenti nazionali singolarmente presi e che non potevano essere risolti con gli strumenti tradizionali del diritto internazionale.

Il dialogo fra la Corte di Giustizia e le Corti nazionali ha consentito di sviluppare il diritto europeo anche in assenza di uno Stato europeo e di assicurare comunque un sistema monistico all'interno del quale la dialettica fra principi comuni e regole particolari è costantemente controllata in sede giurisdizionale.

Il judicial dialogue che ha caratterizzato la formazione del diritto europeo si riproduce oggi nella dimensione globale: la globalizzazione giuridica trova nella “comunità dei Giudici” un importante fattore di sviluppo, consolidamento e adattamento, proprio perché i Giudici possono, allo stesso tempo, condividere e applicare alcuni principi universali e comuni e trovare le soluzioni più adeguate ed idonee per i singoli casi.

Il dialogo fra universalità del diritto e localismo giuridico consente alla dimensione globale di non essere uniforme, ma di assumere comunque via via sempre più caratteri unitari, come è ormai evidente per il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali.

⁸ V. Carbone, *Relazione sull'Amministrazione della Giustizia nell'Anno 2008*, pronunciata all'inaugurazione dell'Anno Giudiziario, 30 gennaio 2009, www.cortedicassazione.it/Notizie/Eventi/SchedaEventiPrimapag.asp?ID0125.

La molteplicità dell'ordinamento rizzata da asimmetrie

Le Corti svolgono un ruolo fondamentale nell'ordinamento ed istituti provvisori

Esse assicurano gli altri ordinamenti ai singoli cittadini

E anche, è zionali che non norme del Trattato delle norme

Questa dicci così necessari stesso tempo lo to di regole ec comune e lega delle persone, to di strutture

Non è un dell'Unione e cano direttame

La Corte i au delle Corti za che questo i

In partico dalla possibili alizzare scamt

Si sono ml riflessione, co. deschi e amer vissute e parte versificata, ma

Appena tr dicembre 2008 va pronunciata dell'Uomo, St

⁹ V. Carbone

¹⁰ V. Corte E Sentenza Strasbur

La moltiplicazione delle fonti del diritto, sia all'interno che all'esterno dell'ordinamento nazionale, produce una nuova ed inedita regolazione, caratterizzata da asimmetrie, da ampi spazi di scelta, ma anche da rilevanti incertezze.

Le Corti sempre più spesso, a fronte di tale fenomeno, tendono ad assumere un ruolo fondamentale come attori che garantiscono l'unità giuridica dell'ordinamento nazionale e che controllano la circolazione di norme, regole ed istituti provenienti "dall'esterno"⁹.

Esse assicurano, poi, il collegamento fra l'ordinamento di appartenenza e gli altri ordinamenti, regolando l'interazione fra di essi mediante l'applicazione ai singoli casi di principi generali comuni e universali.

E anche, è bene ricordarlo, mediante la disapplicazione delle norme nazionali che non siano conformi a quelle sovranazionali: gli esempi relativi alle norme del Trattato europeo e alle norme della CEDU quali parametri di validità delle norme nazionali sono ormai numerosi.

Questa dialettica fra unità e differenziazione, fra universalità e localismo, così necessaria e connaturata alla globalizzazione giuridica, consente allo stesso tempo la circolazione di regole e istituti nuovi e diversi e il mantenimento di regole ed istituti comuni e condivisi: il principio del giusto processo accomuna e lega tutti i Giudici, mentre la libertà di circolazione – delle merci, delle persone, dei capitali, dei servizi – consente la disseminazione e il trapianto di strutture giuridiche diverse relative ad attività e diritti.

Non è un caso, allora, che le Corti – specie quelle dei Paesi membri dell'Unione europea – facciano parte di "reti" all'interno delle quali comunicano direttamente, si scambiano esperienze, condividono orientamenti.

La Corte italiana, che ha recentemente assunto la vicepresidenza del Réseau delle Corti di Cassazione europee, è pienamente consapevole dell'importanza che questo impegno riveste.

In particolare, stanno emergendo tutte le potenzialità positive che derivano dalla possibilità di rafforzare e di stringere i rapporti con le altre Corti e di realizzare scambi di esperienze e di Magistrati.

Si sono moltiplicate, rispetto al passato, le esperienze comuni di studio e di riflessione, come il convegno di Milano che ha visto la presenza di Giudici tedeschi e americani e un intenso confronto relativamente a norme e regole già vissute e partecipate dai vari Paesi europei, la cui applicazione può essere diversificata, ma convergente".

* * *

Appena tre giorni dopo la conclusione del Convegno, per la precisione il 16 dicembre 2008, dopo aver deliberato in Camera di consiglio, lo stesso giorno veniva pronunciata la sentenza della seconda Sezione della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, *Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, resa nota alle parti il 20 gennaio 2009¹⁰.

⁹ V. Carbone, *Relazione sull'Amministrazione della Giustizia nell'Anno 2008*, cit., 11 ss.

¹⁰ V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia* (Ricorso n. 75909/01. Sentenza Strasburgo 20 gennaio 2009), infra, 91 ss.

Con la sopra citata sentenza, la Corte di Strasburgo condanna lo Stato italiano al pagamento a titolo di danni non patrimoniali, a favore di ciascuna delle ricorrenti, di somme che vengono quantificate in € 10.000, e in € 30.000, a titolo di costi e spese, mentre si riserva la quantificazione del danno patrimoniale, invitando "...il Governo e le ricorrenti a informarla, nei prossimi sei mesi, di ogni accordo al quale essi potranno giungere".

Per giustificare la condanna dello Stato italiano ai danni non patrimoniali a favore delle società ricorrenti, persone giuridiche, e dei loro soci e amministratori, la Corte rileva che, nella controversia in esame, la mancanza di un quadro giuridico prevedibile per la confisca e il persistere di tale situazione hanno determinato, in capo ai sopra richiamati soggetti, persone fisiche e persone giuridiche, dei disagi considerevoli (*désagréments considérables*), se non altro negli affari correnti della società.¹¹

Certamente "i disagi considerevoli", con riferimento ai quali tale condanna – di natura afflittiva e, sotto molti aspetti punitiva, trattandosi di risarcimento di danni non patrimoniali – è giustificata dalla Corte di Strasburgo, sono da identificare nelle modalità con le quali, per lungo tempo, le società ricorrenti, i loro amministratori e i loro soci sono stati dipinti nell'intero contesto sociale italiano, venendo spesso qualificati come costruttori di ecomostri abusivi, del tutto simili ai protagonisti della criminalità organizzata, che molto spesso deturpa le coste del bel Paese con costruzioni veramente abusive persino sul demanio marittimo; costruzioni che, spesso, circolano sul mercato illegale senza impunità alcuna.

Si è ritenuto opportuno pubblicare in appendice agli Atti del Convegno il testo della sentenza della Corte europea di Strasburgo, tradotta, sotto la personale responsabilità dello scrivente, da Silvia Tucci e rivisto, con un attento lavoro, da Antonella Romanelli¹². Tale sentenza, infatti, completa il quadro delineato nelle diverse Relazioni del Convegno, confermando le previsioni di una probabile caduta definitiva della confisca urbanistica dopo tanti anni di vitalità della stessa. Leggendo la sentenza in esame, si rileva facilmente che il tonfo è stato rovinoso e che la valutazione che la Corte di Strasburgo compie di questo istituto giuridico, creata dalla nostra giurisprudenza, è impietosa.

Richiamata la sua natura di Organo giurisdizionale internazionale, la Corte non può non prendere atto del fatto che la Suprema Corte Nazionale ha riconosciuto che gli imputati hanno commesso un errore inevitabile e scusabile nell'interpretazione delle norme violate; che la legge regionale applicabile insieme alla legge nazionale era "oscura e scritta male"; che la sua interferenza con la legge nazionale in materia aveva comportato una giurisprudenza contraddittoria¹³.

Fatta questa premessa, la Corte però rileva che la confisca a danno degli imputati non può mai essere il risultato di un'assoluzione né, tanto meno, può giustificarsi a danno di terzi estranei al reato e assenti dal relativo processo, poiché l'art. 7 della Convenzione, così come gli stessi principi del diritto penale interno italiano, esigono che, per punire, è necessario sempre individuare un e-

¹¹ V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, cit., § 153.

¹² V. *Infra*, pag. 101.

¹³ V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, cit., §§ 112 e 113.

lemento di respons
Comune di Bari –
– è l'ente che è di
(Enfin, la Cour ob
des permis de cons
des biens confisque

Proprio lo stes
ne teneva la sua
2008, seguita da
nerale presso la s
diano italiano dif
Stato italiano da
che, al 31 dicem
4.200, il 4,3% del t

A conferma u
tidiano sopra richi
gennaio 2008, app
sentenza *Sud Fon*
bulgara, ammessa
gica di due gemell
fesa al suo diritto
ne di dichiarare i c
appena 27 giorni c
anche una violazio
Tribunale per i mi

La Corte di S
fede nella lotta pe
accertato la violaz
liano a pagare la
ricorrente bulgara
fondamentali, pe
Gactano Filangie

¹⁴ V. Corte Euro
dei Diritti dell'Uomo,

¹⁵ L'Intervento de
SchedaEventiPrimapag.a

¹⁶ V. Maciocchi,
24 Ore, 30 gennaio 20

¹⁷ V. Cour euroj
2009, in [¹⁸ Per il riferime
renze, 1864, I, 297. S'](http://www.c</p></div><div data-bbox=)

Repubblicanesimo e
4); per le diverse ed

fu pubblicata a Napc
na del 1864 a cura d

langieri, *La scienza*
Studi sull'Illuminism

all'edizione fiorentine

lemento di responsabilità nell'autore materiale del reato e che, infine, "..... il Comune di Bari – responsabile di aver concesso i permessi di costruire illegali – è l'ente che è divenuto proprietario dei beni confiscati; il che è paradossale (*Enfin, la Cour observe que la commune de Bari – responsable d'avoir octroyé des permis de construire illégaux – est l'organisme qui est devenu propriétaire des biens confisqués, ce qui est paradoxal.*)"¹⁴.

Proprio lo stesso giorno in cui il Primo Presidente della Corte di cassazione teneva la sua Relazione sull'Amministrazione della Giustizia nell'anno 2008, seguita da un altrettanto significativo Intervento del Procuratore Generale presso la stessa Suprema Corte di legittimità¹⁵, un autorevole quotidiano italiano diffondeva dati inquietanti sul numero delle condanne dello Stato italiano da parte della Corte di Strasburgo. Da tale inchiesta risulta che, al 31 dicembre 2008, i procedimenti a carico dell'Italia sono saliti a circa 4.200, il 4,3% del totale trattato dalla Corte¹⁶.

A conferma ulteriore della veridicità dei dati, portati a conoscenza dal quotidiano sopra richiamato, vi è da rilevare che la Corte di Strasburgo, in data 13 gennaio 2008, appena una settimana prima della comunicazione alle parti della sentenza *Sud Fondi*, si è pronunciata su un ricorso proposto da una cittadina bulgara, ammessa al gratuito patrocinio, con il quale la ricorrente, madre biologica di due gemelli, deduceva, richiamandosi all'art. 8 della Convenzione, un'offesa al suo diritto al rispetto della vita privata e familiare, a causa della decisione di dichiarare i due gemelli adottabili, presa dal Tribunale per i minori di Bari appena 27 giorni dopo la loro nascita. Per tale ragione, la ricorrente denunciava anche una violazione del principio di equità della procedura innanzi allo stesso Tribunale per i minori di Bari¹⁷.

La Corte di Strasburgo, premiando il giovane avvocato difensore per la sua fede nella lotta per il diritto, ha dichiarato il ricorso ricevibile e in pari data ha accertato la violazione dell'art. 8 della Convenzione, condannando lo Stato italiano a pagare la somma di € 15.000 per danni non patrimoniali a favore della ricorrente bulgara; con ciò sancendo ancora una volta che i diritti inviolabili o fondamentali, per dirla con il grande illuminista del Settecento napoletano Gaetano Filangieri¹⁸, devono valere per *tutti*, grande imprenditore, come indi-

¹⁴ V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, cit., § 116, § 141.

¹⁵ L'Intervento del Procuratore generale dott. Esposito si legge in www.cortedicassazione.it/Notizie/Eventi/SchedaEventiPrimapag.asp?ID0125.

¹⁶ V. Maciocchi, *Da Strasburgo un'altra censura per le lentezze giudiziarie italiane*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 gennaio 2009, 30.

¹⁷ V. Cour européenne des droits de l'homme, deux. S., *Affaire Todorova c. Italie*, 13 janvier 2009, in http://www.coe.int/T/IT/Corte_europea_dei_Diritti_dell'Uomo, 1.

¹⁸ Per il riferimento al grande filosofo napoletano v. Filangieri, *La scienza della legislazione*, Firenze, 1864, I, 297. Su Gaetano Filangieri e sulla sua opera v. Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Bari-Roma, 2008, spec. VI, nota n. 4); per le diverse edizioni della *Scienza della legislazione*. L'opera dell'illuminista napoletano fu pubblicata a Napoli, a partire dal 1780, presso l'editore Raimondi e, dopo l'edizione fiorentina del 1864 a cura di Pasquale Villari, ha conosciuto una recente edizione critica. V. infatti Filangieri, *La scienza della legislazione*, a cura di Bianchini, Silvestrini e Altri, Venezia, Centro Studi sull'Illuminismo, a cura di G. Stiffoni, 2003-2004, in sette volumi. La citazione si riferisce all'edizione fiorentina del 1864.

gente immigrata polacca ammessa al gratuito patrocinio, poiché diversamente diventano solo una farsesca ipocrisia¹⁹.

* * *

Le due immagini, riprodotte all'interno del presente volume, richiedono una spiegazione.

Esse sono riprese da un'affascinante opera di un grande storico italiano e testimoniano i diversi ruoli assunti dalla Dea Bendata, identificata con la Giustizia nel corso dei secoli; diversi ruoli che corrispondono alle diverse concezioni che della Giustizia e del Diritto hanno adottato gli Uomini nel corso della loro storia²⁰.

Una prima immagine rappresenta la Giustizia bendata ed è tratta dal frontespizio della Costituzione penale di Worms, stampata a Francoforte da Christian Egenholf a partire dal 1531, con i simboli della spada e della bilancia; i due piatti di quest'ultima sono in perfetto equilibrio, indifferenti al peso diverso delle due figure opposte di un nobile e di un contadino, sicché la benda acquista un ruolo positivo, in quanto si riferisce alla garanzia dell'imparzialità del giudice²¹.

L'altra immagine riprodotta nel volume, è una xilografia del 1507, allegata alla Costituzione penale di Bamberg, che può essere considerata l'antenata più vicina dei moderni codici penali, poiché essa, a differenza delle consuetudini medievali, si propone di garantire ai sudditi, non ancora cittadini, la certezza del diritto. L'immagine rappresenta un tribunale, dove tutti i giudici hanno anch'essi una benda sugli occhi e il berretto a sonagli in segno di follia. Il testo tedesco, al di sopra della loro testa, spiega che "giudicare sulla base di vecchie consuetudini che si oppongono al diritto è la vita di questi ciechi folli"²².

La xilografia allegata alla Costituzione di Bamberg non è offensiva dei giudici; essa voleva spiegare che la follia non era esterna ai tribunali, ma sedeva proprio sugli scanni degli stessi, dove dei giudici folli si erano sostituiti alla figura solenne della giustizia. La follia dei giudici era la loro ostinazione a volere continuare a decidere secondo vecchie consuetudini, senza tenere conto del nuovo diritto comune, che si affermava allora in Germania.

Allora, come oggi, chi rifiuta il nuovo e si attarda in una cultura ormai vecchia perde la dimensione della giustizia.

Si sono utilizzate sia l'opera del grande storico pisano sia le due riproduzioni in essa contenute, perché è estremamente importante che, in un momento così singolare della nostra esperienza giuridica, i giuristi positivi si confrontino con le opere storiche più significative, anche quando le stesse riguardano un pubblico più vasto e non sono destinate soltanto ai tecnici del diritto²³. Naturalmente, per eventuali autorizzazioni mancanti all'uso delle immagini utilizzate nel testo, si può sempre contattare il sottoscritto al fine di poter regolare l'eventuale carenza (g.tucci@lslex.com; tel. 080/9643000).

¹⁹ V. Cour européenne des droits de l'homme, deux. S., *Affaire Todorova c. Italie*, 13 janvier 2009, 17. F. Filangieri, *Scienza della legislazione*, cit., loc. cit.

²⁰ V. Prospero, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008.

²¹ V. Prospero, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, cit., 39.

²² V. Prospero, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, cit., 37.

²³ Per l'attenzione che viene dedicata dalla scienza giuridica contemporanea alla storia, si veda, a titolo esemplificativo, Grossi, *Scienza giuridica italiana, Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, passim.

Il duplice convegno mi suggeris

Mi limiterò, cortese invito che mento per la scelta trebbe anche intitu del convegno, "pl

Consentitemi

Prendendo la all'Università di l tempo prima, pro fondire quella prima di ogni altr rianza giuridica c

E ricordo che zia mentale ha po suggestiva dottrin sistematico della ragioni che non è codificazione, e (prevalenti) del di

Anche se nor nalistico, ha, invé ne di raccolte leg puro titolo esemp etc.) di una "rico va, invece, esclu tore della c.d. de mente la sua cen nico, di singole mento di una soc

Sicché, si p realtà ormai in fi cistica irrimediat

Tutto ciò è v rare il problema moderna, voglio parenze, guarda

Ascesa e caduta della confisca "urbanistica"

Giuseppe Tucci

Professore ordinario nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Aldo Moro di Bari
Presidente Studio Lexjus Sinacta

SOMMARIO: 1. Confisca urbanistica e diritto "vivente". - 2. Il Revirement della Cassazione penale nell'autunno 2008. - 3. Problemi di confine tra settori diversi dell'ordinamento e pluralità di fonti nella confisca "urbanistica". - 4. Confisca e responsabilità penale. - 5. Confisca e sanzioni amministrative. - 6. La disciplina penale della confisca. - 7. I recenti interventi legislativi in materia di confisca e la tutela dei terzi estranei al reato. - 8. Le basi ermeneutiche del consolidato orientamento giurisprudenziale. - 9. Le ragioni sistematiche addotte a sostegno del sospetto di incostituzionalità. - 10. Il nuovo "asse privilegiato dei diritti" tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale ... e Corte di cassazione: la confisca "urbanistica" come sanzione penale o come sanzione amministrativa? - 11. La tutela del soggetto privato che subisce la confisca: imputato, assolto con formula diversa da quella «perché il fatto non sussiste», e terzo estraneo al reato. - 12. In particolare: la tutela del terzo acquirente nei confronti del costruttore e nei confronti del Comune e degli Enti pubblici. - 13. Continua: evizione e confisca "urbanistica". - 14. Il sequestro funzionale alla confisca di fronte alla tutela, costituzionale e sovranazionale, della circolazione dei beni. - 15. Considerazioni conclusive.

1. Confisca urbanistica e diritto "vivente"

Parafrasando il titolo della più celebre opera storica sull'impero romano e di un'opera altrettanto celebre sulla storia del contratto, il mese di novembre del 2008 ha visto, forse, la caduta, sia pure ancora episodica, ma certamente la decadenza della confisca urbanistica ad opera della nostra Cassazione penale, mentre ancora ai primi di ottobre la stessa Corte di legittimità, anzi, la medesima sezione terza, ne presidiava le frontiere con grande tenacia; il tutto all'interno di un'accidentata vicenda di diritto giurisprudenziale, durata più di un quindicennio¹.

Per comprendere il complesso intreccio delle varie decisioni della nostra giurisprudenza e della stessa Corte dei diritti dell'Uomo è utile partire dall'ordinanza 9 aprile 2008, della prima sezione penale della Corte d'appello di Bari, con cui quest'ultima ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'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 l. 28 febbraio 1985, n. 47, in tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie, sul presupposto e nella parte in cui tale norma – secondo un orientamento affermato negli ultimi quindici anni nella nostra giurisprudenza di legittimità e di merito – 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 respon-

¹ L'opera richiamata è GIBBON, *The Decline and Fall of the Roman Empire*, 1776-1788, trad. it., *Storia della decadenza e caduta dell'impero romano*, Torino, 1967. Il titolo della celebre opera di Gibbon è riproposto da ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, London, 1985.

sabilità e anche nei confronti di persone estranee ai fatti, per asserito contrasto con gli artt. 3, 25, comma 2°, e 27, oltre che con l'art. 117, comma 1°, della Costituzione; con ciò sospendendo il giudizio e trasmettendo gli atti relativi alla Corte costituzionale, affinché, ove ne ravvisi i presupposti, dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma in esame².

L'interpretazione della norma in esame, con cui si misura l'ordinanza in commento, è il risultato di un'interpretazione giurisprudenziale non univoca. Si deve, infatti, ricordare che l'interpretazione dell'art. 44, comma 2°, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che ha sostituito l'identica disposizione dell'art. 19, comma 2°, della legge 47/1985, ritenuta e da ritenere ancora, allo stato, "diritto vivente", si afferma solo dopo il 1990³. Ancora nel febbraio del 1990, la Cassazione penale a Sezioni Unite 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 minimamente applicata al terzo estraneo al reato, che aveva acquistato il bene legittimamente sul mercato⁴.

Negli stessi anni novanta si è però affermato in maniera univoca l'orientamento giurisprudenziale al quale si richiama la Corte d'appello nell'ordinanza di rimessione sopra richiamata. Tale orientamento viene ancora ribadito da due recenti sentenze della Corte di cassazione, sezione III, pronunciate nel giugno 2008 e depositate nell'ottobre dello stesso anno, nelle quali si ribadisce che 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"⁵.

² L'ordinanza è pubblicata in *Gazz. Uff.*, 10 settembre 2008, n. 38.

³ Sul significato del "diritto vivente" v. PICARDI, *La funzione del giudice nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Giust. civ.*, II, 2003, 370, e sul ruolo di tale categoria nell'individuare l'oggetto del giudizio di costituzionalità v. TUCCI, *Danno non patrimoniale, valori costituzionali e diritto vivente*, in *Danno e resp.*, 2004, 701 ss., con riferimento all'intervento coordinato della Corte costituzionale e della Corte di cassazione in materia di danno non patrimoniale. Il richiamo al "diritto vivente" costituisce ormai uno strumento assai frequente nell'attività della Corte costituzionale. In tale prospettiva v. Corte cost., 1° agosto 2008, n. 327, in *CED 2008*; Corte cost., 1° agosto 2008, n. 324, *ivi*; Corte cost., 30 luglio 2008, n. 316, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 1° agosto 2008, n. 308, *ivi*; Corte cost., 1° agosto 2008, n. 302, *ivi*. La categoria svolge un ruolo rilevante in molti settori; a titolo esemplificativo v. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 151. Una pronuncia della Corte costituzionale in termini di incostituzionalità del diritto giurisprudenziale "vivente" in materia di confisca "urbanistica" renderebbe non più praticabile il percorso argomentativo seguito ancora dalla Cassazione penale nelle sentenze depositate nell'ottobre 2008, alle quali si fa qui di seguito riferimento; sentenze tutte decise dopo che la Corte d'appello di Bari ha sollevato la questione di incostituzionalità in esame, rimettendo gli atti alla Corte costituzionale.

⁴ In tal senso v. Cass. pen., S.U., 3 febbraio 1990, n. 2720, C., in *Giur. it.*, 1991, II, 229, con nota di ANNUNZIATA.

⁵ Si tratta di Cass. pen., III, 11 giugno 2008, n. 37274, ricorrente V., depositata in data 1° ottobre 2008, in *CED 2008*, e di Cass. pen., III, 26 giugno 2008, n. 37472, B. e altri, depositata in data 2 ottobre 2008, *ivi*.

Ancora nel luglio probabilmente provvisoria e, come si vede dalla sentenza della Corte europea, una volta a Sezioni Unite nel giugno 2008, richiama la giurisprudenza sia pure nell'ambito nazionale, in quanto affermando che il prezzo del reato, per il quale la pena, non può essere

2. Il Revirement di

Il rilevato attivato dal punto, poiché, con sentenza del 17 novembre 2008, si discosta dall'indirizzo seguito in alcune delle novità che erano state considerate

Non potendo far riferimento da ultimo citata né deve essere considerato che con essa si è interpretato, secondo quanto stabilito nel D.P.R. 389/2001, posto in essere dalla commissione del

La norma, sempre di natura generica, disancora il riferimento attraverso il quale viene individuato il soggetto passivo del reato, problemi interpretativi che si pongono in conseguenza di una sua applicazione

Continuando ancora nel corso della sua decisione, il giudice ha ritenuto che, in attesa di un pronunciato della Corte europea, la sentenza in considerazione della Corte di Strasburgo afferma che la sentenza 7 della Convenzione

Pur prendendo atto del fatto che il diritto, realizzata dall'

⁶ Il riferimento è a Cass. pen., III, 11 novembre 2008, *ivi*.

⁷ Si tratta di Cass. pen., III, 11 novembre 2008, *ivi*.

⁸ Cfr. Cass. pen., III, 11

Ancora nel luglio dello stesso anno in corso, con uno sfrenato attivismo probabilmente provocato dall'ormai imminente intervento della Corte costituzionale e, come si vedrà, dall'altrettanto imminente decisione definitiva di condanna della Corte europea dei diritti dell'Uomo, la Corte di cassazione, questa volta a Sezioni Unite, con una sentenza depositata sempre nell'ottobre del 2008, richiama la giurisprudenza in esame come costante e ormai consolidata, sia pure nell'ambito di una decisione che affronta un problema di ordine generale, in quanto afferma il principio per cui la confisca delle cose costituenti il prezzo del reato, prevista obbligatoriamente dall'art. 240, comma 2°, n. 2, cod. pen., non può essere disposta nel caso di estinzione del reato⁶.

2. Il *Reirement* della Cassazione penale nell'autunno 2008

Il rilevato attivismo della Cassazione penale non si ferma però a questo punto, poiché, con sentenza pronunciata nell'ottobre 2008 e depositata appena il 17 novembre 2008, la Cassazione penale, questa volta la terza sezione, si discosta dall'indirizzo interpretativo sino ad allora perseguito, prendendo atto di alcune delle novità emerse nella materia in esame, che appena un mese prima erano state considerate irrilevanti⁷.

Non potendo fare in questa sede un esame specifico della complessa sentenza da ultimo citata né delle altre che l'hanno immediatamente preceduta, si deve considerare che con essa la Corte di cassazione si discosta espressamente dall'indirizzo interpretativo, secondo il quale la confisca obbligatoria *ex art. 44, comma 2°, D.P.R. 389/2001*, possa essere eseguita anche nei confronti di soggetti estranei alla commissione del reato e venuti in possesso dell'immobile in buona fede.

La norma, sempre secondo il Supremo Collegio, "... per la sua formulazione generica, disancorata da qualsiasi riferimento al tipo di procedimento penale, attraverso il quale viene accertata la lottizzazione abusiva ed alla individuazione dei soggetti passivi della misura ablatoria patrimoniale, presenta rilevanti problemi interpretativi e suscita dubbi di legittimità costituzionale quale conseguenza di una sua applicazione indiscriminata"⁸.

Continuando ancora nella precisazione delle premesse poste a fondamento della sua decisione, il Supremo Collegio, contrariamente a ciò che aveva sostenuto appena un mese prima, ritiene rilevante sul punto la decisione di ricevibilità della Corte europea dei diritti dell'Uomo, in data 30 agosto, presa giustamente in considerazione dalla Corte d'appello di Bari, nella parte in cui la Corte di Strasburgo afferma che la confisca in esame ha natura di pena ai sensi dell'art. 7 della Convenzione dei diritti dell'Uomo.

Pur prendendo atto di tali rilevanti novità e della rivoluzione delle fonti del diritto, realizzata dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza del 24 otto-

⁶ Il riferimento è a Cass. pen., S.U., 10 luglio 2008, n. 38834, D.M. F., depositata in data 15 ottobre 2008, *ivi*.

⁷ Si tratta di Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, S. Soc.S., H. e altri, depositata in data 17 novembre 2008, *ivi*.

⁸ Cfr. Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, *cit*.

bre 2007, n. 348, la Corte di cassazione conferma il consolidato indirizzo interpretativo, secondo il quale la confisca prevista dall'art. 44, comma 2°, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, costituisce una sanzione amministrativa e non una misura di sicurezza penale di natura patrimoniale; misura emessa dal Giudice penale in via di supplenza, sia pure autonomamente, rispetto all'analoga misura emessa dall'Autorità amministrativa.

Il richiamo alla tradizionale qualificazione della confisca non impedisce però al nostro Supremo Collegio di decretare in pratica la fine della confisca "urbanistica", nei termini in cui un quindicennio di giurisprudenza costante l'aveva configurata. Infatti, la natura amministrativa di tale confisca non può evidentemente escludere il carattere sanzionatorio della stessa, con conseguente richiamo a quei principi contenuti nella l. 24 novembre 1981, n. 689, in tema di modifiche al sistema penale, che richiedono, quale requisito essenziale di legalità, "... l'esistenza di una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente e sia caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa (artt. 2 e 3 della legge citata)". In definitiva quindi, per dirla ancora con le parole dello stesso Supremo Collegio, "... anche la sanzione amministrativa..., non può essere applicata nei confronti di soggetti in buona fede, che non abbiano commesso alcuna violazione"⁹. Il mito di Saturno, che divorava i propri figli, si ripete ancora una volta sulle rive del Tevere!

3. Problemi di confine tra settori diversi dell'ordinamento e pluralità di fonti nella confisca "urbanistica"

Proprio di fronte alla complessa sentenza della Corte di cassazione sopra richiamata, emerge in maniera chiara l'importanza dell'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Bari e l'esigenza che la Corte costituzionale, a prescindere da auspicabili iniziative legislative, intervenga con una decisione ben precisa sull'intera vicenda della confisca urbanistica.

Tale esigenza risulta evidente per molteplici ragioni.

Innanzitutto, sussistono ragioni di chiarezza della disciplina da adottare con riferimento ai problemi da risolvere. Infatti, la c.d. confisca "urbanistica", come pura creazione di diritto giurisprudenziale, allo stesso modo, almeno all'origine, della accessione invertita c.d. occupazione "usurpativa", pone, come accade ormai in maniera sempre più frequente nell'esperienza giuridica a noi contemporanea, problemi, che si collocano al confine tra diritto privato, diritto penale e diritto amministrativo. Nell'ambito degli illeciti urbanistici ed edilizi, infatti, proprio come rende evidente la mole delle questioni sollevate dal diritto giurisprudenziale che si esamina in questa sede, gli interessi lesi hanno di solito natura privata e pubblica insieme, con l'ulteriore precisazione che, nell'ambito degli interessi pubblici, questi ultimi possono avere natura urbanistica, paesaggistica oppure, ancora, possono riguardare il patrimonio storico, artistico, oppure, ancora, l'ambiente¹⁰.

⁹ V. ancora Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, S. S., H. e altri, depositata in data 17 novembre 2008, cit.

¹⁰ Si fa riferimento ai rilievi di HESSELINK, *The new european legal Culture*, Deventer, 2001, 63 ss., trad. it., *La nuova cultura europea*, a cura di G. RESTA, traduzione di ZACCARIA, Napoli-Roma,

Tali problemi giuridici, poiché lo accennare, si è specie del reato di entrare in essa quando" sostanzialmente

In secondo luogo, la decisione della Corte di Cassazione, in materia di gerarchia delle fonti del nostro ordinamento costituzionale del 2001, d'appello di Bari, è stata, come si precisa, dalla Cassazione penale, che, pronunciando appunto il diritto di ritenere per l'eventualità dell'art. 376 cod. di diritto interno in tema di attribuzioni

2005, 99 ss. Tale intreccio urbanistici ed edilizi, già CICU e MESSINEO, continui

¹¹ Espressione di tal parte in cui ripercorre la storia che a quello soggettivo degli altri, n. 37472, depositata e depositata in data 15 ottobre con riferimento alle due di tipo "negoziale" o "cartolare" senso di una riconsiderazione luglio 2008, n. 1303, M. e I.

Eguale dilatazione 356 cod. pen., nell'interpretazione contrattuale, che diventa argomento richiesto dalla nota novembre 2004, n. 4805 *contratti di pubbliche forniture* argomento contrattuale determinato

¹² Per ciò che riguarda ottobre, 2007, n. 348, e di cui, 2008, I, 39 ss., con nota *interviene sui rapporti* F. GUERRA, *Una svolta storica non in quelli con il diritto* MIRATE, *Indennità di espropriazione* inaugura il giudizio di "cassa" nota di G. DUNI, *Indennità di espropriazione*, 53 ss.; e nota di P. STANCIU, *Problemi risolti e questioni aperte* *collaborazione tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione*

Tali problemi si sono ancora più accentuati e diffusi nel nostro ordinamento giuridico, poiché, per una serie di ragioni, alle quali in questa sede si può solo accennare, si è assistito ad una dilatazione senza dubbio eccessiva della fattispecie del reato di lottizzazione abusiva, come di altri reati; e ciò fino a fare rientrare in essa quasi ogni illecito o inadempienza amministrativa, "panpenalizzando" sostanzialmente il diritto amministrativo¹¹.

In secondo luogo, sia l'ordinanza della Corte d'appello di Bari sia l'ultima decisione della Corte di cassazione pongono rilevanti e generali problemi di gerarchia delle fonti del diritto. Tali problemi interessano trasversalmente l'intero nostro ordinamento, come dimostrano, da un lato, le sentenze della Corte costituzionale del 2007, alle quali fa riferimento la stessa ordinanza della Corte d'appello di Bari, ma ormai anche – dopo una battaglia di retroguardia, combattuta, come si preciserà in seguito, ancora nei primi giorni di ottobre 2008 – la Cassazione penale; dall'altro, la recente ordinanza della Corte di cassazione, che, pronunciandosi in materia del tutto diversa da quella qui in esame, come appunto il diritto di famiglia, ha rimesso gli atti del procedimento al Primo Presidente per l'eventuale rimessione degli stessi alle Sezioni Unite a norma dell'art. 376 cod. proc. civ., affrontando il problema dell'adeguamento del nostro diritto interno al diritto sovranazionale, in particolare al diritto comunitario, in tema di attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo¹².

2005, 99 ss. Tale intreccio è acutamente colto, proprio con riferimento alla repressione degli illeciti urbanistici ed edilizi, già da GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, VIII, 2, Milano, 1995, 353 ss.

¹¹ Espressione di tale tendenza è, da ultimo, Cass. pen., III, 11 giugno 2008, n. 37274, cit, specie nella parte in cui ripercorre la storia della successiva dilatazione del reato sia con riferimento all'elemento oggettivo che a quello soggettivo della relativa fattispecie. Nella stessa prospettiva Cass. pen., III, 26 giugno 2008, B. e altri, n. 37472, depositata in data 2 ottobre 2008, ivi; nonché Cass. pen., S.U., 10 luglio 2008, n. 38834, D.M., depositata in data 15 ottobre 2008, n. 38834, cit., ivi. Per la configurazione del reato di lottizzazione abusiva, con riferimento alle due diverse figure di lottizzazione abusiva di tipo "materiale" e di lottizzazione abusiva di tipo "negoziante" o "cartolare", v. Cons. Stato, IV, 8 maggio 2003, n. 2445, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, 304. Nel senso di una riconsiderazione del ruolo della lottizzazione abusiva, v. Corte d'Appello di Bari, sez. pen., 11 luglio 2008, n. 1303, M. e M., depositata in data 12 novembre 2008, inedita.

Eguale dilatazione eccessiva conosce il reato di frode nelle pubbliche forniture, di cui all'art. 356 cod. pen., nell'interpretazione del quale la giurisprudenza adotta il generico concetto di mala fede contrattuale, che diventa così indipendente dall'uso di mezzi ingannevoli o di artifici e raggiri; elemento richiesto dalla norma penale, che prevede l'ipotesi di reato. A riguardo v. Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 2004, n. 48053, D'A., in *Giur. it.*, 2005, 1692, con nota di MANTOVANI, *Esecuzione dei contratti di pubbliche forniture e buona fede*. L'interpretazione della frode in termini di inadempimento contrattuale determina anche un problema di sovrapposizione con l'art. 355 cod. pen.

¹² Per ciò che riguarda le sentenze della Corte costituzionale del 2007, si tratta di Corte cost., 24 ottobre, 2007, n. 348, e di Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, in *Corr. giur.*, 2008, 153 ss.; e in *Foro it.*, 2008, I, 39 ss., con nota di commento di ROMBOLI; e con nota di CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, ivi, 47 ss.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, ivi, 50 ss.; e in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 52 ss., con nota di MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.*, ivi, 65 ss.; e in *Giust. civ.*, 2008, 51, con nota di G. DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, ivi, 53 ss.; e nota di P. STELLA RICHTER, *Postilla a Duni, Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, ivi, 63 ss. Si veda in particolare, P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli,

Tali complesse questioni, che evidenziano in concreto, a cinquanta anni dalla Dichiarazione dei diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite, l'operatività del nuovo diritto costituzionale sovranazionale anche nella nostra esperienza giuridica, sono oggi sul tappeto con riferimento ad un istituto giuridico del tutto particolare quale la confisca, che rivela nella sua disciplina positiva i segni della sua storia plurisecolare; storia che emerge spesso anche nel dibattito in esame¹³.

4. Confisca e responsabilità penale

La confisca non è figura unitaria nel nostro ordinamento prima di tutto per la sua lunga storia, poiché si ricollega a situazioni diverse tra loro, anche se ha fondamentalmente sempre una funzione rigorosamente sanzionatoria, pur se con ambiti di applicazione diversi, poiché il provvedimento ablativo dei beni del condannato rappresenta, nell'evoluzione storica dell'istituto, una costante del fenomeno punitivo¹⁴.

“Le confiscazioni – ammoniva Cesare Beccaria nella seconda metà del Settecento – mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo, e pongono gli innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti”¹⁵. E non a caso, la parte finale de *La riforma penale* di Pietro Leopoldo di Lorena, rendendo operative, nel 1786, le riforme avanzate dagli Illuministi, auspicava “che sia abolita la confisca dei beni, ingiusta perché colpisce i figli innocenti”¹⁶.

I riformatori del secolo dei Lumi non pensavano certo alla confisca “urbanistica” ed alla tutela degli ignari acquirenti in buona fede di appartamenti nelle città moderne; la loro polemica, infatti, riguardava la confisca generale, quella legata alla pena di morte o al bando, secondo una logica per la quale coloro che venivano espulsi dalla comunità perdevano anche i legami con la base materiale di appartenenza alla *civitas*, sicché, in tale prospettiva, la confisca non rappresentava tanto la perdita del diritto di proprietà, quanto la perdita dello *status* di

2008, 59 ss, nonché CONFORTI, *La giusta indennità espropriativa tra giurisprudenza europea e giurisprudenza italiana*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 2, 37 ss.; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, 569 ss.; CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?*, *ivi*, 573 ss.; e ancora, REPETTO, *Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso. Prime osservazioni critiche sulla sentenza 349 del 2007 della Corte costituzionale*, *ivi*, 309 ss.; SELVAGO, *La dimensione temporale nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale e nella successiva giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2008, 1376 ss.; SALVAGO, *Espropriazioni illegittime e risarcimento del danno dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5-bis, comma 7-bis, l. n. 359 del 1992*, *ivi*, 587 ss.. Per ciò che riguarda l'ordinanza della Corte di cassazione, si fa riferimento a Cass., ord., 22 settembre 2008, n. 23934, su www.cortedicassazione.it, e in www.personaedanno.it, con commenti di MOTTOLA, *Il diritto al nome*.

¹³ Significativo a riguardo è GULLO, *La confisca*, in *Giust. pen.*, 1981, II, 38.

¹⁴ V. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 42 ss.; G. GUARNERI, voce *Confisca (dir. penale)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1974, 40 ss.; GULLO, *La confisca*, loco cit.; ID., *La confisca come misura di sicurezza patrimoniale: inapplicabilità in caso di condono edilizio*, *ivi*, 1985, III, 383 ss.

¹⁵ V. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973, 66.

¹⁶ Stimolante, a riguardo, è ZULLANI, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, II, Milano, 1996, *passim*.

membro della colli-
mento della propri-

La confisca non
guarda naturalmen-
più generale circola
inevitabilmente con
bilità penale, sancita

È appena il caso
cipio della natura p-
sca “urbanistica” d-
un'affermazione di
proprio e attraverso
za di una responsab-
costituzionale in un
libertà dell'individu
penalistica, anche d-
di chi non risulti e
pertanto, i Costituer
delle leggi razziali e
in tema di perdita d-
confisca dei beni eri-
gni soggettività giur-
considerato un sovv-
nel caso delle leggi r-

L'esperienza giur-
conosciuto deroghe-
a volte presunte- di

¹⁷ V. CIVOLI, voce *Confisca*

¹⁸ A riguardo v. D'AMICO, *La confisca dei beni*, *ivi* riferimenti all'intervento di diritto costituzionale, voce *Confisca*

¹⁹ Si tratta di Corte costituzionale, sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale, *ivi* significati di una pronuncia

²⁰ In questo senso v. MONTANARI, *Commentario della Costituzione*, 2008, 1376 ss., nonché CRISAFULLI, *Le*

²¹ La l. 31 gennaio 1992, n. 359 del 1992, art. 5-bis, comma 7-bis, l. n. 359 del 1992, confisca dei beni, per tutti i cittadini del regno o dal quale il pubblico del regno o dal quale il prestigio dell'Italia, anche se non è un cittadino, non è un diritto in Italia. Dall'Unità all'oggi, *ivi* riferimenti ai giuristi del passato, *Rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione italiana*, v. I, Torino, 1992, 204 ss.; MAZZINI, *La confisca dei beni*, *ivi* nonché CUOMO, *I dieci. Chi è il proprietario?*, *ivi* Baldini Castoldi Dalì Editore.

Sulle leggi razziali v. MAZZINI, *La confisca dei beni*, *ivi* Torino, 2007, 204 ss.; MAZZINI, *La confisca dei beni*, *ivi* nonché CUOMO, *I dieci. Chi è il proprietario?*, *ivi* Baldini Castoldi Dalì Editore.

membro della collettività, al cui venir meno conseguiva anche il disconoscimento della proprietà dei beni¹⁷.

La confisca moderna si pone solitamente come confisca speciale, che riguarda naturalmente singoli beni e si ispira all'esigenza di sottrarre al reo ed alla più generale circolazione dei beni i mezzi di esecuzione del reato, dovendosi essa inevitabilmente coniugare con l'ormai rivendicata natura personale della responsabilità penale, sancita poi dall'art. 27, comma 1°, della nostra Costituzione¹⁸.

È appena il caso di ricordare che, in sede di Assemblea Costituente, il principio della natura personale della responsabilità penale, con cui anche la confisca "urbanistica" deve oggi fare i conti, è stato considerato giustamente come un'affermazione di civiltà, in quanto, nel diritto moderno, si risponde per fatto proprio e attraverso la partecipazione personale al fatto di reato; solo la presenza di una responsabilità personale, "colpevole", come ha poi precisato la Corte costituzionale in una storica sentenza¹⁹, può giustificare una restrizione della libertà dell'individuo e può rendere legittima ogni altra conseguenza di natura penalistica, anche di carattere patrimoniale, ma sempre ed unicamente a carico di chi non risulti estraneo al fatto commesso²⁰. Anche con tale disposizione, pertanto, i Costituenti vollero contestare il tragico uso della confisca nell'ambito delle leggi razziali e, prima ancora, con la famigerata l. 31 gennaio 1926, n. 108, in tema di perdita della cittadinanza per i rifugiati all'estero, nella cui logica la confisca dei beni era la conseguenza patrimoniale della radicale negazione di ogni soggettività giuridica per chi, nella legge contro i rifugiati all'estero, veniva considerato un sovversivo, anche se non aveva commesso alcun reato, oppure, nel caso delle leggi razziali, un appartenente alle cc.dd. "razze inferiori"²¹.

L'esperienza giuridica, a ridosso della vicenda della nostra Costituente, ha conosciuto deroghe apparenti a tali principi, giustificate da particolari ragioni – a volte presunte – di ripristino della legalità.

¹⁷ V. CIVOLI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. it.*, VIII, Torino, 1884, 892.

¹⁸ A riguardo v. D'AMICO, *Commentario alla Costituzione*, sub art. 27, I, Torino, 2006, 565, ed *ivi* riferimenti all'intervento di Moro nella seduta del 18 settembre 1947, nonché CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Milano, 1993.

¹⁹ Si tratta di Corte cost., 24 marzo, 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1990, I, 415, con nota di E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*.

²⁰ In questo senso v. l'ampia ricostruzione di ALESSANDRI, *Rapporti civili*, art. 27-28, in *Commentario della Costituzione*, fondato da BRANCA e continuato da PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1991, 9 ss., nonché CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., loc. cit.

²¹ La l. 31 gennaio 1926, n. 108, prevedeva la perdita della cittadinanza, accompagnata dall'eventuale confisca dei beni, per tutti coloro i quali, all'estero, avessero commesso un fatto diretto a turbare l'ordine pubblico del regno o dal quale potesse derivare danno agli interessi italiani o diminuzione del buon nome o del prestigio dell'Italia, anche se il fatto non costituisse reato. Su tale legge v. RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia. Dall'Unità ai giorni nostri*, Roma, Donzelli, 1997, 74. I nostri Costituenti vollero scongiurare gli arbitri del passato, formulando l'art. 22 della Costituzione, su cui v. CUNIBERTI, *Titolo I. Rapporti civili*, in *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 474 ss. e BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.

Sulle leggi razziali v. SARFATTI, *Gli ebrei nell'Italia fascista. Vicende, identità, persecuzione*, Torino, 2007, 204 ss.; MAZZAMUTO, *Ebraismo e diritto dalla prima emancipazione all'età repubblicana*, in *Dall'emancipazione ad oggi. Storia d'Italia*, Einaudi, a cura di VIVANTI, Torino, 1997, 977 ss., nonché CUOMO, *I dieci. Chi erano gli scienziati italiani che firmarono "Il manifesto della razza"*, Milano, Baldini Castoldi Dalì Editore, 2005, 246, per un bilancio delle confische al 31 dicembre 1944.

Per richiamare un esempio paradigmatico, peraltro utilizzato dalla citata ultima sentenza delle Sezioni Unite senza una grande consapevolezza storica delle concrete vicende esaminate²², nel caso della confisca prevista dalle leggi speciali sulle sanzioni contro il fascismo (in un primo tempo, art. 9 D.l. 27 luglio 1944, n. 159, e, successivamente, D.l. 31 maggio 1945, n. 364 e D. l. Lgt. 26 marzo 1946, n. 134 e 19 novembre 1946, n. 392), la Corte costituzionale, in una ormai lontana sentenza del 1961, afferma che, nell'ambito di tale provvedimento legislativo, la confisca può presentarsi con varia natura giuridica; e ciò in quanto il suo contenuto consiste sempre nella privazione di beni economici, ma essa può essere indirizzata a varie finalità, sì da assumere funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero di *misura giuridica civile o amministrativa*²³.

Nel riconoscere la legittimità della misura sopra indicata, la Corte costituzionale rileva che, dal complesso delle norme, contenute nei provvedimenti in esame, emergono elementi vari «...che escludono nella confisca in questione il carattere di pena e la configurano, invece, come misura amministrativa finanziaria di carattere restitutorio e ripristinatorio...», applicabile, data la particolarità dei valori perseguiti dal legislatore, anche agli eredi dei profittatori del regime fascista ed anche dopo l'estinzione del reato²⁴.

È appena il caso, però, di precisare che il profittatore della fattispecie in esame, di cui si occupa la Corte costituzionale nella sentenza citata, è l'assassino di Giacomo Matteotti, di afferrato squadrista Amerigo Dumini, il quale, facendo tesoro dei vantaggi conseguiti nel corso della sua "carriera", accumulò enormi ricchezze, potendo ricattare persino i vertici politici più alti del regime di allora²⁵.

Al di là della specifica disciplina prevista nell'ipotesi sopra richiamata, la confisca, quando è comminata all'interno del processo penale, si collega ad una sentenza di condanna che accerta una fattispecie di reato e presuppone quindi, in coerenza con la sua natura di misura di sicurezza patrimoniale, la responsabilità diretta e personale di colui che la subisce, con esclusione dei terzi estranei al reato²⁶. L'anomalia della confisca c.d. "urbanistica", con cui si è misurata l'ordinanza della Corte d'appello di Bari e, da ultimo, in sede di ripensamento,

²² V. Cass. pen., S.U., 10 luglio 2008, n. 38834, D.M., depositata in data 15 ottobre 2008, cit., 23.

²³ Si tratta di Corte cost. 9 giugno 1961, n. 29, in *Giur. cost.*, 1961, 551 ss., con osservazioni di NUVOLONE, *La confisca dei beni e la Costituzione*, ivi, 554 ss. Senza tener conto della singolarità del caso, la sentenza della Corte costituzionale citata è richiamata nelle motivazioni di Cass. pen., S.U., 15 ottobre 2008, n. 38834.

²⁴ Per la particolarità di tale istituto rispetto alla normale confisca v. MASSA, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 989, nonché, in precedenza, CARAVITA, *La confisca dei beni nelle leggi sulle sanzioni contro il fascismo*, in *Foro it.*, 1946, II, 163 ss., che afferma il carattere civile e restitutorio della particolare confisca in esame, richiamando l'applicazione della medesima anche nei confronti degli eredi.

²⁵ V. CANALI, *Il delitto Matteotti*, Bologna, 1997, *passim*; voce *Dumini Amerigo*, in *Enciclopedia dell'Antifascismo e della Resistenza*, Milano, La Pietra, II, 1971, 150 ss.

²⁶ In tale prospettiva, la causa giuridica della confisca viene solitamente individuata non già nell'acquisizione del bene al patrimonio dello Stato, con il conseguente sacrificio dei diritti dei terzi, ma nell'esigenza, tipicamente preventiva, di interrompere la relazione del bene stesso con l'autore del reato e di sottrarlo alla sfera di disponibilità di quest'ultimo. V. Cass. pen., S.U., 28 aprile 1999, n. 10, P. e a., in *Giur. it.*, 1999, 1904 ss., con nota di FAVALLI, *Reato permanente e limitazioni all'oblazione*; e in *Cass. pen.*, 1999, 2820.

anche il nostro
l'interpretazione
Corte di legittimi
sizione, non sono

5. Confisca e s

Come si ve
giurisprudenza,
nostro ordiname
in buona fede es
penale, ma ammi
però dal Giudice
prie di questo ul
partecipano a tal

Tale ipotesi
denziale che se n
disciplinata dall'
gno 2001, n. 380
teria edilizia), c
Comune delle og
mità dalla medes
sposta, unitamer
cc.dd. aree pertir
vamente all'ordi

Nel caso in
costituente l'og
illegittime, opp
zate senza conc
dell'illecito attr
tutela dei terzi
poiché gli stessi

In un'inter
con attenzione r

²⁷ Sulla causa
specificata che tale cau
dei diritti dei terzi, m
lazione del bene stesso
conseguenza che la c
di garanzia sulle cos
v. Trib. Bari, 13 lug
dinamica della conf
sponibile del Comuni
caria, iscritta non su

²⁸ Su tale ipotesi
Torino, 1989, 360.

anche il nostro Supremo Collegio, consiste proprio nel fatto che, almeno nell'interpretazione alla quale si è attenuta rigorosamente, fino al novembre scorso, la Corte di legittimità, essa si estende ai terzi estranei al reato, i quali, per tale loro posizione, non sono parti del processo in cui la stessa viene comminata.

5. Confisca e sanzioni amministrative

Come si vedrà in seguito, la motivazione di fondo attraverso la quale la giurisprudenza, di legittimità e di merito, è pervenuta a ritenere ammissibile, nel nostro ordinamento, la confisca "urbanistica", operante anche nei confronti di terzi in buona fede estranei al reato, risiede nel fatto che essa sarebbe una sanzione non penale, ma amministrativa, distinta dalla prima per la sua stessa causa, comminata però dal Giudice penale, all'interno del processo penale, ma senza le garanzie proprie di questo ultimo; e ciò in quanto essa viene a colpire anche terzi che non partecipano a tale vicenda processuale, perché non sarebbero a ciò legittimati²⁷.

Tale ipotesi di confisca, pertanto, si differenzia, nella ricostruzione giurisprudenziale che se ne è fatta, dalle ipotesi di c.d. confisca amministrativa, come quella disciplinata dall'art. 7 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, ora art. 31 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), che configura l'acquisizione di diritto e gratuita al patrimonio del Comune delle opere realizzate in assenza di concessione edilizia o in totale difformità dalla medesima ovvero con variazioni essenziali, confisca amministrativa disposta, unitamente a quella dell'area in cui le opere insistono ed a quella delle cc.dd. aree pertinenziali allorché il responsabile dell'abuso non ottemperi tempestivamente all'ordine sindacale di demolizione e di ripristino dello stato dei luoghi²⁸.

Nel caso in esame, attraverso la coattiva e definitiva sottrazione della cosa costituente l'oggetto dell'illecito – come l'area di insistenza delle costruzioni illegittime, oppure il prodotto o il profitto del medesimo, come le opere realizzate senza concessione – l'ordinamento ottiene l'immediata e drastica sanzione dell'illecito attraverso la punizione del trasgressore e senza alcun problema di tutela dei terzi acquirenti o aventi causa dei beni, oggetto del provvedimento, poiché gli stessi risultano al di fuori di ogni legittima circolazione nel mercato.

In un'interessante sentenza dei primi anni novanta, che occorre considerare con attenzione nell'affrontare la problematica in esame, la Corte costituzionale,

²⁷ Sulla causa giuridica della confisca penale v. Cass. pen., S.U., 28 aprile 1999, n. 10, cit. ove si specifica che tale causa non è costituita dall'acquisizione del bene al patrimonio dello Stato, con il sacrificio dei diritti dei terzi, ma è identificabile, invece, nell'esigenza, tipicamente preventiva, di interrompere la relazione del bene stesso con l'autore del reato e sottrarlo alla sfera di disponibilità di questo ultimo, con la conseguenza che la confisca penale, proprio in ragione della sua causa, non implica l'estinzione del diritto di garanzia sulle cose confiscate. Per lo stesso problema, con riferimento alla confisca "urbanistica", v. Trib. Bari, 13 luglio 2004, in *Giurisprudenza locale, Banca Dati Giuffrè*, ove si precisa che, nella dinamica della confisca "urbanistica", essendo le aree lottizzate acquisite di diritto al patrimonio disponibile del Comune, il cui sindaco deve provvedere alla demolizione delle opere, la garanzia ipotecaria, iscritta non sul terreno, ma sulle opere, non può permanere in presenza della stessa.

²⁸ Su tale ipotesi v. GOTTI, voce *Confisca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 360.

con riferimento agli artt. 3 e 32 Cost., ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 3°, della l. 28 febbraio 1985, n. 47, ora art. 31, comma 3°, del citato Testo unico in materia edilizia, in tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie, dovendo la disposizione essere interpretata nel senso che l'acquisizione gratuita dell'area al patrimonio comunale costituisce una particolare sanzione per l'inottemperanza all'ordine di demolizione e, pertanto, non può mai colpire il proprietario che sia estraneo all'esecuzione dell'opera abusiva e che non abbia la disponibilità del bene, fermo restando in tal caso il potere-dovere del Comune di eseguire comunque d'ufficio la demolizione dell'opera²⁹.

Nella motivazione della sentenza si mette giustamente in rilievo che l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune, prevista dal comma 3° della norma più volte citata, si riferisce esclusivamente al responsabile dell'abuso, «... non potendo di certo operare (come avviene talvolta per la confisca, quando questa costituisce misura accessoria di altra sanzione o misura strumentale diretta ad impedire l'ulteriore produzione dell'illecito o l'utilizzazione dei proventi di questo) nella sfera di altri soggetti e, in particolare, nei confronti del proprietario dell'area, quando risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone egli venuto a conoscenza, si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento»³⁰.

L'art. 20, comma 3°, 4° e 5°, della l. 24 novembre 1981, n. 689, e successive modifiche, nel depenalizzare tutti i reati puniti solamente con la multa o con l'ammenda, disciplina la confisca ad opera dell'amministrazione, definendola come sanzione amministrativa accessoria, rispetto alle sanzioni amministrative pecuniarie sostitutive delle suddette pene, mentre il successivo art. 21 contempla specifiche ipotesi di confisca.

Ispirandosi chiaramente alla formula adottata dal codice penale, la norma prevede che, unitamente alla pena pecuniaria principale, le Autorità competenti possano disporre la confisca amministrativa delle cose che servirono o furono destinate a commettere la violazione e debbano disporre la confisca delle cose che ne sono il prodotto, sempre che le cose suddette appartengano ad una delle persone tenute al pagamento della somma di denaro costituente la sanzione pecuniaria e, quindi, all'autore della violazione oppure al responsabile in luogo dell'incapace oppure, eccezionalmente, all'obbligato in solido³¹.

In definitiva, pertanto, anche nel caso della confisca amministrativa, l'appartenenza del bene a persona estranea alla violazione amministrativa costituisce sempre il limite operativo della confisca, sicché anche sotto tale profilo, risulta la particolarità, peraltro ampiamente riconosciuta dallo stesso diritto giu-

²⁹ La decisione è Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 200, e in *Foro it.*, 1992, I, 3; e in *Resp. civ. e prev.*, 1991, 701 ss., con nota di TASSONE, *Abusi edilizi e sanzioni amministrative: rilancio di una problematica*, *ivi*, 704 ss.

³⁰ V. ancora Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345, cit., 201 ss. Per la necessaria congrua motivazione che deve essere posta a fondamento dell'ingiunzione demolitoria v. Cons. Stato, V, 29 maggio 2006, n. 3270, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 589, con nota di OTRANTO, *Decorso del tempo e tutela dalla sanzione urbanistica: il Consiglio di Stato arricchisce la casistica*, *ivi*, 592 ss.

³¹ A riguardo v. PALIERO, TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 348.

risprudenziale (e si vedrà più avanti) propria per sé.

Nella più vasta sfera amministrativa, chiamando in causa il principio che, anche in materia di responsabilità di legittimità, da ai necessari caratteri di legalità (citata legge)³².

6. La disciplina

I limiti soggettivi non evidenti già in

Basti infatti nel caso di condanna della giurisprudenza del giudice penale, considerazioni furono destinate a profitto³³. Tale pena, non trova

Il 2° comma confisca, e quindi il potere discrezionale delle cose, la fabbricazione costituisce reato "sempre", pertanto, volte richiamate

³² V. Cass. per il punto v. ALISSANDI, settembre 1985, in Circolo Penale, sez. Uscelta preventivo funz. amministrativo dip. *Anticipazioni e novità*

³³ Per la necessità del principio della personalità (1983). In giurisprudenza, immigrazione clandestina tra la confisca data giurisprudenziale (ottobre 2004, n. 387)

risprudenziale formatosi a riguardo, della confisca urbanistica, che, come anche si vedrà più ampiamente in seguito, viene configurata come confisca amministrativa proprio per sfuggire ai limiti inevitabili di operatività della confisca penale.

Nella più volte citata sentenza del novembre 2008, tale profilo della confisca amministrativa è finalmente riconosciuto, poiché si afferma, proprio richiamando i principi dettati dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, che "... è indubbio che, anche con riferimento alle sanzioni amministrative esulano dalla materia criteri di responsabilità oggettiva, essendo richiesta, quale requisito essenziale di legalità per la loro applicazione, l'esistenza di una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente e sia caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa (art. 2 e 3 della citata legge)"³².

6. La disciplina penale della confisca

I limiti soggettivi ed oggettivi della disciplina penale della confisca risultano evidenti già da una prima lettura dell'art. 240 cod. pen.

Basti infatti considerare che, secondo il comma 1° della norma in esame, nel caso di condanna e solo in tale caso, a differenza di ciò che accade, secondo la giurisprudenza, per la confisca "urbanistica", può essere ordinata, da parte del giudice penale, secondo criteri di discrezionalità da esercitarsi in vista di considerazioni di prevenzione speciale, la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto³³. Tale norma, però, secondo il comma 3° dello stesso art. 240 cod. pen., non trova applicazione, se la cosa appartiene a persona estranea al reato³⁴.

Il 2° comma dell'art. 240 cod. pen. precisa, poi, che è sempre ordinata la confisca, e quindi il giudice non può decidere di non applicarla in base al suo potere discrezionale: 1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato; 2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, *anche se non è stata pronunciata condanna*. L'avverbio "sempre", pertanto, come precisa la recente sentenza delle Sezioni Unite più volte richiamata, vuole indicare che, nel caso del comma 2° dell'art. 240 cod.

³² V. Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, S. S., H. e altri, cit.

³³ Si tratta della confisca facoltativa, che presuppone sempre un provvedimento di condanna. Sul punto v. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 41. In giurisprudenza v. Cass. pen., 23 settembre 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 1073. Si veda di recente la pronuncia delle Sezioni Unite: Cassazione Penale, sez. Unite, 02-07-2008 (27-03-2008), n. 26654, in tema di profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca disposto nei confronti di una società indagata per un illecito amministrativo dipendente da reato relativo alla l. 231 del 2001, in *Foro it.*, 2008, nella sezione *Anticipazioni e novità* luglio-agosto, 5 ss.

³⁴ Per la necessità di coordinare la delimitazione del concetto di persona estranea al reato con il principio della personalità della responsabilità penale v. MASSA, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, cit., 983. In giurisprudenza, con riferimento alla confisca del mezzo di trasporto utilizzato per il reato di immigrazione clandestina, v. Cass. pen., 21 aprile 2004, n. 18384 in *Riv. pen.*, 2004, 1220. Per la differenza tra la confisca penale facoltativa e la confisca "urbanistica", che, invece, secondo la consolidata giurisprudenza di merito e di legittimità, non presuppone la sentenza di condanna, v. Cass. pen., 4 ottobre 2004, n. 38728 in *Riv. giur. ed.*, 2005, I, 344.

pen., la confisca non è facoltativa, rimanendo però fermo che la confisca delle cose costituenti il prezzo del reato prevista obbligatoriamente dall'art. 240, comma 2°, n. 1, cod. pen., presuppone sempre la sentenza di condanna e non può essere disposta nel caso di estinzione del reato³⁵.

Il comma 3° del 240 cod. pen., però, esclude l'applicazione del numero 1) del capoverso in esame nel caso in cui la cosa appartenga a persona estranea al reato, mentre il comma 4° dello stesso art. 240 cod. pen. precisa che la disposizione del numero 2) del capoverso non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante l'autorizzazione amministrativa³⁶.

Secondo una giurisprudenza consolidata della Corte di legittimità, per persona estranea al reato deve intendersi esclusivamente chi risulti non solo non avervi concorso, ma non avere avuto neanche, per difetto di vigilanza o altro, alcun tipo di colpevole collegamento, diretto o indiretto, ancorché non punibile, con la consumazione di esso³⁷.

Nella più volte citata sentenza del novembre 2008, la Corte di legittimità richiama tale prospettiva, ribadendo che l'interpretazione "... costituzionalmente compatibile dell'art. 44, comma secondo, DPR n. 380/2001 induce, pertanto, necessariamente ad escludere dall'ambito di operatività della norma la possibilità di confiscare beni appartenenti a soggetti estranei alla commissione del reato e dei quali sia stata accertata la buona fede"³⁸; con ciò lasciando nel vago il ruolo della buona fede, una volta che si accerti la mancanza di responsabilità e di ogni collegamento nella commissione del reato, ma lasciando intendere che, comunque, la valutazione in termini di buona fede della condotta del terzo estraneo al reato attiene sempre al momento della consumazione di questo ultimo e non a momenti successivi.

In definitiva, pertanto, se si applicasse, al caso della confisca "urbanistica" la disciplina generale della confisca penale, l'operatività della medesima non potrebbe mai estendersi ai terzi estranei al reato, come invece avviene da parte della nostra giurisprudenza consolidata, smentita solo dalla singola sentenza della Cassazione penale più volte citata.

Del resto, proprio la giurisprudenza che ha costruito la figura di confisca in esame, ha più volte precisato che la confisca "urbanistica", di cui all'art. 44 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, a differenza di quella di cui all'art. 240 cod. pen., non è una misura di sicurezza patrimoniale, ma configura una sanzione amministrativa, applicata dal Giudice penale in via suppletiva rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio del Comune,

³⁵ Cass. pen., S.U., 10 luglio 2008, n. 38834, D.M., depositata in data 15 ottobre 2008, cit., p. 19.

³⁶ Si tratta, in tal caso, di confisca obbligatoria. V. ancora MASSA, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, cit., 985. Sul punto MANFREDONIA, *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale?*, in *Danno Resp.*, 2008, 1037. Su tale problematica, v. la già citata Cass. pen., S.U., 15 ottobre 2008, n. 38834.

³⁷ In tal senso v. Cass. pen., 14 gennaio 2008, n. 16405, in *Guida dir.*, 2008, 21, 69 (s.m.); per esteso è consultabile su *Banche dati Giuffrè* ed ivi riferimenti a Cass. pen., 2 novembre 2000, n. 3792, in *Cass. pen.*, 2000, 1706.

³⁸ V. ancora Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit.

con la conseguen
il suo unico pres
siva³⁹. La senten
ormai respingere

La differenz
all'at. 240 cod. p
sprudenza, facen
za in esame; nat
sua presunta nat
ne per la quale e
ato, i quali, se i
l'immobile, ma j
tando l'azione ris

7. I recenti int estraneei al r

Recentissimi
Corte costituzior
penale, tuteland
estremamente, e:

In base all'ar
ficazioni, nella l.
grave reato, chiu
loggio ad uno str
bia la disponibili
la reclusione da s
bile, ovvero anch
dell'art. 444 cod.
nale della pena, d
a persona estrane

La norma soj
nostra esperienza
attuale delle nost

³⁹ Ampiamente in
⁴⁰ V. ancora Cass
Cass. pen., III, 11 giu:
LECCESE, *Sulla natura*
2004, 220 ss.

⁴¹ Sulla varietà d
FONDAROLI, *Le ipotes*

⁴² La paternità de
ni e dai suoi seguaci.
del disegno di legge
2008, n. 92, *recante*
1366), p. 54.

con la conseguenza che essa è obbligatoria e prescinde dalla condanna, essendo il suo unico presupposto l'accertamento giurisdizionale della lottizzazione abusiva³⁹. La sentenza della Cassazione penale del novembre 2008, invece, sembra ormai respingere tale teorema.

La differenza della confisca "urbanistica", rispetto a quella penale, di cui all'art. 240 cod. pen. viene ulteriormente ribadita nella nostra tradizionale giurisprudenza, facendo riferimento sempre alla natura reale della misura di sicurezza in esame; natura reale che, nel caso della confisca "urbanistica" e grazie alla sua presunta natura di confisca amministrativa anomala, costituirebbe la ragione per la quale essa debba essere disposta anche in danno di terzi estranei al reato, i quali, se in buona fede, non possono mai ottenere la restituzione dell'immobile, ma possono soltanto fare valere i loro diritti in sede civile, esercitando l'azione risarcitoria nei confronti dei loro danti causa⁴⁰.

7. I recenti interventi legislativi in materia di confisca e la tutela dei terzi estranei al reato

Recentissimi interventi legislativi e altrettanto recentissime decisioni della Corte costituzionale precisano i limiti soggettivi di operatività della confisca penale, tutelando in ogni caso i terzi estranei al reato anche in ipotesi di uso estremamente, e a volte, eccessivamente ampio dello strumento penale⁴¹.

In base all'art. 5-bis del D.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, nella l. 24 luglio 2008, n. 125, "salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ad uno *straniero*, privo di titolo di soggiorno, in un immobile di cui abbia la disponibilità, ovvero lo cede allo stesso, anche in locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a sei anni. La condanna con provvedimento irrevocabile, ovvero anche l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, *salvo che essa appartenga a persona estranea al reato (...)*".

La norma sopra richiamata rappresenta un chiaro esempio di degrado della nostra esperienza giuridica ed i lavori preparatori danno ampia prova del livello attuale delle nostre Assemblee legislative⁴². Basti rilevare che, nel caso in esa-

³⁹ Ampiamente in tal senso Cass. pen., 7 luglio 2004, n. 38728, in *Foro it.*, 2005, II, 290.

⁴⁰ V. ancora Cass. pen., 7 luglio 2004, n. 38728, cit., 294, nonché, di recente, le più volte citate Cass. pen., III, 11 giugno 2008, n. 37274, e Cass. pen. III, 26 giugno 2008, n. 37472. In dottrina v. LECCESE, *Sulla natura giuridica della confisca disposta in caso di lottizzazione abusiva*, in *Dir. form.*, 2004, 220 ss.

⁴¹ Sulla varietà di forme della confisca, al di fuori della disciplina prevista nel codice penale, v. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bonomia University Press, 2007, *passim*.

⁴² La paternità della disposizione in esame è orgogliosamente rivendicata dall'on. Nicola Molteni e dai suoi seguaci. V. *Resoconto stenografico. Seduta n. 33 di venerdì 11 luglio 2008. Discussione del disegno di legge: S. 692-Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica. Approvato dal Senato (A.C. 1366)*, p. 54.

me, come è stato giustamente osservato, la confisca obbligatoria è collegata esclusivamente alla nazionalità del soggetto destinatario dell'immobile e che le pene previste appaiono assurdamente sproporzionate al reato commesso, con conseguenze disastrose nella disciplina del diritto di abitazione dello "straniero", anche se munito di titolo di soggiorno. La durata del permesso, infatti, può anche non coincidere con la durata della locazione, dando così luogo al verificarsi della fattispecie di reato sopra considerata, con la conseguenza che il rapporto può diventare illegale anche successivamente alla conclusione del contratto⁴³.

Non è pertanto difficile prevedere che, come sempre accade quando si viola il principio costituzionale della proporzionalità tra delitti e pene, si finisce con l'incentivare il fenomeno che si vuole reprimere, favorendo il potere delle organizzazioni criminali che sfruttano l'immigrazione⁴⁴.

Vi è da precisare, però, che, malgrado il ricorso senza dubbio squilibrato allo strumento della repressione penale, il legislatore finisce col ribadire il limite fisiologico della confisca, escludendo che quest'ultima possa colpire beni di persona estranea al reato.

Il sopra rilevato limite si trova ribadito anche in una disposizione contenuta nella l. 25 febbraio 2008, n. 34, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Infatti, l'art. 31 di tale disposizione legislativa, riguardante i principi e criteri direttivi di attuazione della decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni strumenti e proventi di reato, prevede che il Governo adotti un decreto legislativo recante le norme occorrenti per dare attuazione alla decisione quadro sopra indicata sulla base di precisi principi e criteri direttivi, tra cui, con riferimento alla disciplina della confisca del provento del reato, di cui alla lett. g), la previsione che, in ogni caso, *la confisca non pregiudichi i diritti di terzi in buona fede sulle cose che ne sono oggetto*⁴⁵.

Nella Relazione della XIV Commissione permanente (politiche dell'Unione europea), presentata alla Presidenza del Senato il 21 novembre 2007, si ribadisce la previsione che, in ogni caso, la confisca non possa pregiudicare i diritti di terzi in buona fede sulle cose che ne sono oggetto⁴⁶.

⁴³ In tal senso v. l'intervento dell'on. Marilena Samperi, in *Resoconto stenografico. Seduta n. 33 di venerdì 11 luglio 2008*, cit., p. 20.

⁴⁴ Al principio di proporzionalità tra i delitti e le pene è dedicato il capitolo XXIII dell'opera del Beccaria. V. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 79, dove si ricorda che «chiunque vedrà stabilita la medesima pena di morte, per esempio, a chi uccide un fagiano, ed a chi assassina un uomo, o falsifica uno scritto importante, non farà alcuna differenza tra questi delitti; distruggendosi in questa maniera i sentimenti morali, opera di molti secoli e di molto sangue, lentissimi e difficili a prodursi nell'animo umano, per far nascere i quali fu creduto necessario l'aiuto dei più sublimi motivi, e un tanto apparato di gravi formalità».

⁴⁵ V. Legge 25 febbraio 2008, n. 34. Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 2007), in *Gazz. Uff.*, 6 marzo 2008, Supplemento ordinario n. 56.

⁴⁶ V. Camera dei Deputati n. 3062-A. Relazione della XIV Commissione permanente (politiche dell'Unione europea), presentata alla Presidenza del Senato il 21 novembre 2007 (Relatore: Bimbi), sul Disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica il 25 settembre 2007, in *Atti Parlamentari*, XV Legislatura-Disegni di legge e Relazioni-Documenti.

In definitiva costituzionale, in strano la singolar specie nella sua e per tale loro posita⁴⁷; anomalia che ne di diritto giurisprudenza r volte richiamato

8. Le basi erm

L'ordinanza giustamente atto quisito che la let comma 2°, dell'interpretazione mente realizzati, sti abbia accerta anche in ipotesi, la il fatto non s all'accertamento

La finalità c come l'unica inte come si vedrà, a ripensamento del ne del novembre

Ritenendo n esame ed assume applicato in man la stessa giurispr sottoporre al vagl asserito univoco, incostituzionalità dei Giudici di me

A riguardo o 26 giugno 2008, richiamando un s alcun contrasto d

⁴⁷ Per l'atteggiar *Giur. cost.*, 2008, 416.

⁴⁸ La Corte d'appi blematiche, Tra le più in CED 2007.

⁴⁹ Sul significato

In definitiva, sia l'intervento del legislatore sia recenti decisioni della Corte costituzionale, intervenuta a pronunciarsi su specifiche ipotesi di confisca, dimostrano la singolarità e, sotto molti aspetti, l'anomalia della confisca "urbanistica", specie nella sua operatività nei confronti dei terzi in buona fede estranei al reato e, per tale loro posizione, esclusi dal processo in cui la confisca viene loro comminata⁴⁷; anomalia che può essere compresa solo se si considera la particolare origine di diritto giurisprudenziale della stessa, tenendo sempre presente che tale giurisprudenza risulta ormai consolidata da più di un quindicennio, salvo il più volte richiamato intervento della Cassazione penale del novembre 2008.

8. Le basi ermeneutiche del consolidato orientamento giurisprudenziale

L'ordinanza della Corte d'appello di Bari, più volte menzionata, prende giustamente atto di tale stato evolutivo del nostro ordinamento, dando per acquisito che la lettera dell'art. 44 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, già art. 19, comma 2°, della legge 47/185, autorizzerebbe «... con carattere univoco l'interpretazione secondo cui la confisca dei terreni e degli immobili abusivamente realizzati debba essere pronunciata dal giudice penale quante volte questi abbia accertato il ricorrere di una lottizzazione abusiva e che ciò debba fare anche in ipotesi di proscioglimento degli imputati con formula diversa da quella il fatto non sussiste e persino per beni appartenenti a persone estranee all'accertamento penale»⁴⁸.

La finalità che la Corte d'appello si propone di raggiungere, considerando come l'unica interpretazione sistematica corretta quella sopra ricordata, appare, come si vedrà, assolutamente condivisibile e tale rimane anche dopo il recente ripensamento della nostra Corte di legittimità, realizzatosi con l'isolata decisione del novembre 2008.

Ritenendo non percorribile ogni altra diversa interpretazione della norma in esame ed assumendo come "diritto vivente", cioè come diritto giurisprudenziale applicato in maniera costante da parte della Suprema Corte, quella adottata dalla stessa giurisprudenza nell'ultimo quindicennio, la Corte d'appello si propone sottoporre al vaglio della Corte costituzionale l'intera norma nel suo significato asserito univoco, in maniera tale che l'accoglimento eventuale dell'eccezione di incostituzionalità ne renda impossibile l'eventuale futura applicazione da parte dei Giudici di merito e di legittimità⁴⁹.

A riguardo occorre, in primo luogo, ricordare che ancora nella sentenza del 26 giugno 2008, depositata il 2 ottobre dello stesso anno, la Cassazione penale, richiamando un suo costante insegnamento, ribadiva che non poteva ravvisarsi alcun contrasto della norma denunciata con l'art. 42, comma 2°, Cost., tenuto

⁴⁷ Per l'atteggiamento del nostro Giudice delle leggi v. Corte cost. 27 febbraio 2008, n. 40, in *Giur. cost.*, 2008, 416 ss.

⁴⁸ La Corte d'appello si richiama a Cass. pen., 7 luglio 2004, cit., che è certamente tra le più emblematiche. Tra le più recenti v. Cass. pen., 21 settembre 2007 (11 aprile 2007), n. 35219, A. e altri, in *CED* 2007.

⁴⁹ Sul significato del "diritto vivente" v. nota n. 3.

comparativamente conto della riconosciuta funzione sociale della proprietà e dell'esigenza primaria di tutela e salvaguardia del territorio, e quindi tra diritti della collettività e del privato tutti costituzionalmente garantiti, è razionale che debbano prevalere i primi⁵⁰.

Come è facilmente intuibile, la lettura del testo costituzionale era molto lontana dal suo significato e dalla sua funzione, sicché la stessa Corte di cassazione, sempre nella sentenza del novembre 2008, si è ravveduta anche su questo punto, per ricordare a se stessa che, proprio nello spirito dell' art. 42 Cost. e nel rispetto del ruolo che i Padri Costituenti intesero dare alla norma in esame "... la compressione del diritto di proprietà per ragioni di interesse generale è necessariamente connessa alla corresponsione di misure indennitarie in favore di chi subisce detta compressione ai sensi dell'art. 42, comma terzo, della Costituzione"⁵¹.

In secondo luogo, si deve tenere presente che, in un diverso contesto di fonti del diritto, la Corte costituzionale, si è pronunciata sulla confisca urbanistica negli anni novanta, ritenendo la stessa costituzionalmente legittima, sicché il problema oggi è quello di verificare la costituzionalità dell'istituto di diritto giurisprudenziale di fronte al nuovo regime delle fonti del diritto, che caratterizza l'attuale stato del nostro ordinamento, ed alle decisioni della Corte dei diritti dell'Uomo, la cui rilevanza sembra ormai essere riconosciuta dalla stessa Cassazione penale⁵².

Di fronte ad un'interpretazione ormai consolidatasi in termini, allo stato, di "diritto vivente", sussistendo oggi soltanto l'isolata pronuncia della nostra Corte di legittimità del novembre 2008, e di fronte all'esigenza di fare chiarezza sulla legittimità costituzionale di tale orientamento giurisprudenziale, solo sul piano della ricostruzione storica occorre ricordare che, come insegnano i Maestri della filologia, se un testo è spiegato in modo diverso da interpreti diversi o in modo diverso dallo stesso soggetto nel corso del tempo (nel nostro caso dallo stesso Giudice di legittimità), ciò dimostra che esso contiene, a dire poco, verità diverse, anche se in contrasto tra loro; la più volte richiamata sentenza della Cassazione penale conferma ulteriormente tale dato⁵³.

⁵⁰ In questo senso v. Cass. pen. III, 26 giugno 2008, n. 37472, cit., che richiama espressamente Cass. pen., III, 15 febbraio 2007, n. 6396, C., in Cass. Pen., 2008, 270, e Cass. pen., 15 marzo 2005, n. 10037, V. c. a., in Riv. Pen., 2006, 3, 349.

⁵¹ In questo senso v. Cfr. Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, S. Soc.S., H. e altri, cit., p. 19 del testo. In dottrina v. LUCARELLI, *Art. 42. Titolo terzo. Rapporti economici*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 871; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, cit., 52 ss.. Fondamentale, specie con riferimento al ruolo della funzione sociale e delle scelte di politica del diritto compiute dai Costituenti, rimane il classico commento di RODOTÀ, *Art. 42. Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 69 ss., spec. 96 per il dibattito tra gli onn. Assennato, Dominedò e Fanfani sul nesso tra tutela degli interessi individuali e funzione sociale.

⁵² Si fa riferimento a Corte cost. (ord.), 26 maggio 1998, n. 187, in *Giur. Cost.*, 1998, 1538. In Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit., si sollevano espressamente, come si è detto, dubbi sulla legittimità costituzionale del testo, superati poi dall'interpretazione conforme a Costituzione che essa stessa adotta.

⁵³ Il riferimento è all'affascinante opera di CANFORA, *Filologia e libertà*, Milano, 2008, 11.

9. Le ragioni s

Allo stato a
tazione del testo
Corti di merito
me la sola corre
te", si è rivelata

Quell'interp
do il legislatore
del D.P.R. 6 giu
regolamentari in
zione soltanto in
za dichiarata", c
stessa ordinanza
dei lavori parlan
consentire l'appl
i casi in cui non
non sussiste»; e
nali e, come si
bene costruito in
con variazioni es
dopo che sono s
come è pure acc
Ente pubblico, c
Comune per des
l'edificio destina
che aveva sottos
edificio ad edifi
la sua ultima deci

Per dirla con
aliqua particula

Rilevante è i
condo l'art. 12 de
stessa ordinanza d
una disposizione
namento in cui si
re sviluppata non
vori preparatori e
gato alla produzi

⁵⁴ Sul punto, Tri
Bari, 11 luglio 2008. Il
bene e confisca "per e

⁵⁵ Il testo, assai m
rista romano v. BETTI
neutica. *Scritti scelti*,
sistema giuridico, v. C

9. Le ragioni sistematiche addotte a sostegno del sospetto di incostituzionalità

Allo stato attuale risulta certamente più chiaro che quell'univoca interpretazione del testo in esame, adottata dalla giurisprudenza di legittimità e da molti Corti di merito e considerata necessariamente nell'ordinanza di remissione come la sola correttamente praticabile, in termini di vero e proprio "diritto vivente", si è rivelata sempre molto debole anche sul piano ermeneutico-sistematico.

Quell'interpretazione, in definitiva, si basa unicamente sul fatto che, avendo il legislatore previsto nell'*antecedente* art. 7 della legge 47/1985 (ora art. 31 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), l'ammissibilità della sanzione della demolizione soltanto in caso di **condanna**, l'elisione della condizione di "colpevolezza dichiarata", contenuta nel successivo art. 19 – conseguenza, come riferisce la stessa ordinanza qui in commento, di particolari episodi verificatisi nel corso dei lavori parlamentari – sarebbe da ritenere frutto di "consapevole volontà" di consentire l'applicazione della **sanzione amministrativa della confisca** in tutti i casi in cui non fosse intervenuta un'assoluzione con la formula «perché il fatto non sussiste»; e ciò con l'effetto di vanificare i più rilevanti principi costituzionali e, come si vedrà, internazionali, equiparando il soggetto che acquista un bene costruito in totale assenza di ogni permesso oppure in totale difformità o con variazioni essenziali, con il soggetto che acquista il bene davanti al Notaio, dopo che sono stati accertati tutti i regolari premessi urbanistici; o addirittura, come è pure accaduto, equiparando il soggetto che agisce fuori mercato con un Ente pubblico, che ha acquistato un bene nientemeno preso in locazione da un Comune per destinarlo a Tribunale penale, confiscando con furia iconoclastica l'edificio destinato già da tempo a quella funzione; il tutto a favore del Comune che aveva sottoscritto il contratto di locazione proprio per adibire quello stesso edificio ad edilizia giudiziaria⁵⁴. Il richiamo operato oggi dalla Suprema Corte con la sua ultima decisione costituisce a riguardo un tardivo pentimento operoso.

Per dirla con un nostro Antenato "*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*"⁵⁵.

Rilevante è invece ricordare che, in tema di interpretazione sistematica, secondo l'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, al quale correttamente la stessa ordinanza della Corte d'appello si richiama, per determinare il significato di una disposizione normativa, è indispensabile inquadrare la stessa nell'intero ordinamento in cui si inserisce. Ciò significa che l'operazione dell'interprete deve essere sviluppata non solo con riferimento alla formula della legge, all'esame dei lavori preparatori ed all'intervento di coordinamento operato dal legislatore delegato alla produzione del Testo unico, come la Corte d'appello giustamente rile-

⁵⁴ Sul punto, Trib. pen. Bari, 1 gennaio/11 aprile, 2006, successivamente riformata da Appello Bari, 11 luglio 2008. In dottrina, pertinenti rilievi si trovano in GAITO, FURFARO, "Disponibilità" del bene e confisca "per equivalente", in *Giust. pen.*, 2007, II, 602.

⁵⁵ Il testo, assai noto, è Celso (D.1,3,24). Per il ruolo specifico dell'attività interpretativa del giurista romano v. BETTI, *Forma e sostanza della "interpretatio prudentium"*, in *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di CRIFÒ, Milano, 1991, 367 ss., mentre, per la dimensione moderna del sistema giuridico, v. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, Milano, 1984, spec. 108 ss.

va, ma anche con riferimento ai principi costituzionali e, non da ultimo – dovendosi ormai considerare il nostro un ordinamento “aperto”, grazie alle grandi scelte operate dai nostri Padri Costituenti (artt. 10 e 11 Cost.) – con i principi quotidianamente emergenti nell’ordinamento internazionale e negli ordinamenti sopranazionali, come quello comunitario e, nel nostro caso di specie, quello della Corte europea dei diritti dell’uomo⁵⁶. Ed è appunto ciò che tenta di fare, almeno sul piano dell’interpretazione della norma conforme a Costituzione, la recente sentenza della Corte di cassazione penale del novembre 2008⁵⁷.

Come si è già accennato e come si vedrà meglio in seguito, la rivoluzione delle fonti ormai consolidatasi nel nostro ordinamento “aperto”, per giustificate e comprensibili ragioni di chiarezza operativa, viene utilizzata dall’ordinanza in esame non come ragione interna di un’interpretazione della norma da adeguare alla Convenzione dei diritti dell’uomo ed all’interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo, salvo a proporre, ove tale interpretazione non risulti possibile, la questione di illegittimità costituzionale, ma come ragione ulteriore della probabile illegittimità costituzionale della norma medesima, così come interpretata in termini di “diritto vivente”.

10. Il nuovo “asse privilegiato dei diritti” tra Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte costituzionale ...e Corte di cassazione: la confisca “urbanistica” come sanzione penale o come sanzione amministrativa?

In piena coerenza al suo presupposto di partenza, secondo cui occorre confrontarsi, sul piano della legittimità costituzionale, con il costante “diritto vivente” giurisprudenziale in tema di interpretazione dell’art. 44 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, (già art. 19, comma 2°, della legge 47/185), sembra significativo alla Corte d’appello di Bari, al di là della formula della legge e dell’esame dei lavori preparatori, la circostanza che il Governo «... delegato ad adottare, mediante coordinamento ed armonizzazione delle norme, il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, ha – come si riserva di meglio chiarire – raggruppato le previsioni sanzionatorie *sub* art. 44 del citato D.P.R. n. 380 del 2001 ed ha assegnato a tale articolo la significativa (pur se non formalmente vincolante) rubrica di “Sanzioni penali”».

La sopra richiamata indicazione induce la Corte d’appello a porsi il problema della natura giuridica della confisca urbanistica al fine di verificare la compatibilità della stessa con i principi generali del nostro ordinamento⁵⁸.

⁵⁶ Basti a riguardo ricordare GORLA, *I precedenti storici dell’art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, in *Foro it.*, 1969, V, 112 ss. e in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, 1873 ss. Proprio in questa prospettiva si muove la motivazione di Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Corr. giur.*, 2008, 153 ss.

⁵⁷ V. Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit., *loc. cit.*

⁵⁸ Sulla natura giuridica della confisca sussiste ormai un vasto numero di decisioni giurisprudenziali e di contributi della dottrina. Per il caso di violazione dell’art. 193 del codice della strada e di conseguente confisca, v. Cass. pen., 2 settembre 2008, n. 22035, in *Il Civilista online*. Per la vendita di videocassette contraffatte e relativa confisca v. Cass. pen., 9 luglio 2008, n. 28904, in *Ced* 2008. Per la distinzione tra confisca ordinaria, prevista dall’art. 240 cod. pen., e confisca per equivalente,

La novità p
orientamento gi
accoglie del sop
pello, si tratta g
Giudice penale
chiamata giurispr
penale/misura di
fisca Corte d’ap
radicalmente, in
dizionale interpre

L’ordine di r
zione in termini e

Infatti, la coi
zione e della ridu
so, preordinate a
nare le conseguen
giustamente rilev
implica l’esecuzi
l’ablazione del di
sori, non presupp
“vivente”, la nece
chiesta dal legisla
sanzione amminis

Con riferime
favore della Publ
pello, ha necessar
disposizione di le
9° del citato D.P.
solo per specifich
arbitrariamente ac
quali risulta previ
ombra dalla senten
non si sofferma su

Merito senza
d’appello di Bari
all’art. 31 da quell

per la quale non vige
Giuffré, 2008. Per le fo
dimensione economica
confisca e presunzione:
in *Cass. pen.*, 2007, 39.

⁵⁹ L’orientamento
Cass. pen., 2 ottobre 20

⁶⁰ Per il contenuto
aprile 2008, n. 1876, in
rie è espressa e chiara

⁶¹ A riguardo v. S
in *Riv. not.*, 1997, I, 102

La novità precipua dell'ordinanza in esame, rispetto all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, consiste nella particolare soluzione che essa accoglie del sopra individuato problema, in quanto, a parere della Corte d'appello, si tratta giustamente non già di una sanzione amministrativa affidata al Giudice penale in funzione di supplenza, come invece ritene la più volte richiamata giurisprudenza, anche di legittimità, ma di una vera e propria sanzione penale/misura di sicurezza. Sul profilo della qualificazione della specifica confisca Corte d'appello e Corte di cassazione, anche ultima versione, divergono radicalmente, in quanto la seconda tenta di mantenersi nell'alveo della sua tradizionale interpretazione, lasciando però in piedi molti equivoci⁵⁹.

L'ordine di ragioni in base al quale la Corte d'appello opta per la qualificazione in termini di sanzione penale, è duplice.

Infatti, la confisca in esame non può essere collocata, al pari della demolizione e della riduzione in pristino, tra le misure ripristinatorie dell'interesse leso, preordinate a restaurare direttamente un bene o un interesse leso e ad eliminare le conseguenze materiali di una lesione⁶⁰. La confisca "urbanistica", come giustamente rileva la Corte d'appello, a differenza delle altre due misure, non implica l'esecuzione di attività materiali sullo stato dei luoghi, ma produce l'ablazione del diritto di proprietà dei trasgressori, addirittura, dei non trasgressori, non presupponendo, almeno nella prospettiva del diritto giurisprudenziale "vivente", la necessità di una sentenza di condanna, «... che è invece sempre richiesta dal legislatore ogni qual volta chiami il giudice penale ad applicare una sanzione amministrativa di carattere penale».

Con riferimento, poi, alla funzione suppletiva, svolta dal Giudice penale in favore della Pubblica Amministrazione, quest'ultima, secondo la Corte d'appello, ha necessariamente carattere eccezionale e presuppone sempre un'espressa disposizione di legge. Non a caso, essa viene prevista dall'art. 31, commi 8° e 9° del citato D.P.R. n. 380 del 2001, già art. 7 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, solo per specifiche situazioni di inerzia della P.A. e non può mai essere estesa arbitrariamente ad ipotesi di contravvenzioni edilizie diverse da quelle per le quali risulta prevista espressamente⁶¹. Tale profilo è completamente lasciato in ombra dalla sentenza della nostra Cassazione penale del novembre 2008, che non si sofferma sul punto.

Merito senza dubbio notevole dell'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Bari è quello di avere distinto nettamente la fattispecie di cui all'art. 31 da quella di cui all'art. 44 del citato D.P.R. n. 380 del 2001.

per la quale non vige il principio di irretroattività, v. Trib. Arezzo, 13 giugno 2008, in *Redazione Giuffrè*, 2008. Per le forme moderne di "confische estese", collegate alle strategie di contrasto della dimensione economica della moderna criminalità, v. BALSAMO, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2007, 3931 ss.

⁵⁹ L'orientamento della nostra Corte di cassazione a riguardo è ulteriormente ribadito dalle citate Cass. pen., 2 ottobre 2008, n. 37472 e Cass. pen., 1° ottobre 2008, n. 37274.

⁶⁰ Per il contenuto e i presupposti dell'ordine di demolizione v. T.A.R. Napoli Campania, VII, 4 aprile 2008, n. 1876, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1097. La distinzione tra le diverse misure sanzionatorie è espressa e chiaramente da GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 366.

⁶¹ A riguardo v. STELLA RICHTER, *Brevi note sul sistema sanzionatorio dell'abusivismo edilizio*, in *Riv. not.*, 1997, I, 1027.

Nella prima fattispecie il Giudice penale può disporre la demolizione del bene, ma non la confisca; misura che è invece prevista non come conseguenza di un illecito urbanistico, ma a tutela dell'ottemperanza all'ingiunzione a demolire, sicché può essere evitata sempre con la spontanea ottemperanza⁶².

Nel caso della confisca "urbanistica", invece, almeno secondo il diritto "vivente" giurisprudenziale più volte richiamato, il Giudice penale non è vincolato da alcuna scelta della Pubblica Amministrazione, ma esercita un potere del tutto autonomo⁶³; dispone la confisca senza nulla prevedere in ordine alla demolizione delle opere abusive; ordina la confisca anche in caso di assoluzione, a meno che ciò avvenga con la formula «perché il fatto non sussiste»; deve pronunciarla anche nei confronti di terzi estranei al reato e deve disporla in presenza di una lottizzazione abusiva, anche se il responsabile provvede a demolire le opere abusive⁶⁴.

Per le ragioni sopra svolte, la completa autonomia dell'ipotesi di confisca di cui all'art. 44 del D.P.R. n. 380 del 2001 appare incompatibile, secondo la Corte d'appello, con l'asserito carattere amministrativo della sanzione, poiché finisce con l'attribuire al Giudice penale, senza alcuna ragionevole spiegazione ed in assenza di ogni previsione di inerzia della P.A., una sanzione che non gli risulta propria, legittimando in tal modo una funzione suppletiva del Giudice penale medesimo assolutamente politica e di carattere metagiuridico, che contrasta chiaramente con il principio di legalità in materia penale⁶⁵. Sono questi i profili che la Corte di cassazione assolutamente non considera.

In definitiva, le ragioni per le quali la Corte d'appello rimette gli atti del procedimento alla Corte costituzionale sono di coerenza interna del nostro ordinamento e si riferiscono all'interpretazione sistematica delle norme di legge in esso vigenti, risultando in tal modo di grandissimo rilievo.

⁶² V. Trib. Lucera, 10 luglio 2008, in *Redazione Giuffrè*, 2008; T.A.R. Lecce Puglia, III, 6 giugno 2008, n. 1658, in *Foro amm. TAR*, 2008, 6.

⁶³ In tale senso v. Cass. pen., S.U., 28 novembre 2001, n. 5115, in *Giur. it.*, 2003, 1908 ss., con nota di E. FIORINO, *Sulla lottizzazione abusiva come reato a consumazione alternativa*, secondo la quale, quando il Giudice ravvisa l'esistenza (ovvero il *fumus*) di un'ipotesi di lottizzazione abusiva – pure in presenza di un'autorizzazione rilasciata ex art. 28 della legge n. 1150 del 1942, che però risulti in contrasto con previsioni di legge o di piano – non opera alcuna disapplicazione del provvedimento amministrativo, ma si limita ad accertare la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta descrittiva del reato, poiché, una volta che constati il contrasto fra la lottizzazione considerata e la normativa urbanistica, giunge all'accertamento dell'abusività della lottizzazione, prescindendo da qualunque giudizio sull'autorizzazione. Sulla medesima pronuncia si vedano, altresì, i commenti contenuti in *Cass. pen.*, 2002, 2017, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, 844, nonché in *Foro it.*, 2002, II, 449.

⁶⁴ L'ardua difficoltà di rispettare il principio di legalità in tale materia è messa in rilievo già da GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 374.

⁶⁵ La Corte d'appello richiama criticamente, a riguardo, Cass. pen., 12 aprile 2007, n. 21125, in *Ced Cassazione penale* 2008, che, sempre rimanendo nella prospettiva tradizionale, si richiama all'effetto della deterrenza, che verrebbe realizzato per la previsione della perdita della proprietà sui beni oggetto di lottizzazione; effetto che difficilmente si concilia con l'applicazione della confisca anche a terzi estranei al reato. Con riferimento al principio di legalità v. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 2007, II, 1247 ss.; PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, ivi, 1279 ss. Tale profilo non è assolutamente considerato dalla più volte citata sentenza della nostra Corte di cassazione penale, anche a sezioni Unite. V. *supra* nota 3.

11. La tutela del con formul estraneo al

Come «...u della Corte d'ap pernicana che si due sentenze del ora altre due dec vato un nostro au nale italiana – m europea dei diritt re non solo con fondamentali dell

Come è amp guardia dei Diritt novembre 1950, singoli Stati firm

⁶⁶ Si fa riferimen 349, con riferimento a va", cit., 153 ss., su ci zionale in ordine ai ra Corte costituzionale v decisioni è da aggiunq nota di M. FABIANI; e zioni ante-riforma sui costituzionale, richian della giurisprudenza e artt. 50 e 142 l. fall., r in tema di incapacità quadro ad oggi, deve nella quale la nostra C costituzionale dell'art. sburgo, ha rivolto al le consentire all'ordinar l'uomo, che abbiano r Convenzione dei diritt del 2007, v. ZANGHÌ, *diritti dell'Uomo ed www.giurcost.org*. Si nella «morsa» delle cc

⁶⁷ Il riferimento novembre 2007. Ma v zionale, in *Il Sole 24 penale sostanziale e C 55: «Ma è tempo orm penale italiano: legisla i confini nazionali, ne materia penale non è, ramente interne. I diritt tendono ad una dimen Nello stesso senso v. Z*

11. La tutela del soggetto privato che subisce la confisca: imputato, assolto con formula diversa da quella «perché il fatto non sussiste», e terzo estraneo al reato

Come «...ultimo tassello interpretativo...» la motivazione dell'ordinanza della Corte d'appello di Bari fa riferimento alla vera e propria rivoluzione copernicana che si è verificata, come si è detto, nel nostro ordinamento, attraverso due sentenze della Corte costituzionale del 2007, alle quali si sono aggiunte ad ora altre due decisioni dell'anno 2008⁶⁶; con ciò creando, come ha subito rilevato un nostro autorevole giurista, tra Roma e Strasburgo, tra Corte costituzionale italiana – ma ora, anche, a quanto sembra, Corte di cassazione – e Corte europea dei diritti dell'uomo, un asse privilegiato dei diritti, destinato ad operare non solo con riferimento al diritto di proprietà, ma anche rispetto ai diritti fondamentali della persona⁶⁷.

Come è ampiamente noto, l'art. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, firmata a Roma, il 4 novembre 1950, riconosce ad ogni "Persona", soggetta alle Giurisdizioni dei singoli Stati firmatari, tra cui l'Italia, il diritto di adire l'apposita Corte europea

⁶⁶ Si fa riferimento a Corte cost. 24 ottobre, 2007, n. 348, ed a Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, con riferimento alle decisioni della Corte di Strasburgo in materia di c.d. occupazione "usurpativa", cit., 153 ss., su cui v. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, ivi, 201 ss., nonché CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: Prima fermata verso Strasburgo*, ivi, 205 ss. A tali decisioni è da aggiungere anche Corte cost., 28 febbraio 2008, n. 39, in *Foro it.*, 2008, 1037 s., con nota di M. FABIANI; e in *Dir. e giust. online*, con nota di E. RISPOLI, *Bocciate dalla Consulta le sanzioni ante-riforma sui falliti*; e in *Giust. civ.*, 2008, 843 ss., con nota redazionale, nella quale la Corte costituzionale, richiamando espressamente le sue due decisioni sopra citate, ha qualificato alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, costituzionalmente illegittimi, ex art. 117 Cost., gli artt. 50 e 142 l. fall., nel loro testo anteriore alle modifiche introdotte dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in tema di incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento. Per completare il quadro ad oggi, deve richiamarsi anche Corte cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Banche Dati Giuffrè*, nella quale la nostra Corte costituzionale dichiarando non fondata la sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen., in riferimento anche agli orientamenti della Corte di Strasburgo, ha rivolto al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento italiano di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, che abbiano riscontrato, nei procedimenti penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo. Con riferimento alle prime due sentenze della Corte costituzionale del 2007, v. ZANGHÌ, *La Corte Costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'Uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le Sentenze del 24 ottobre 2007*, in www.giurcost.org. Si vedano le riflessioni svolte da BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella «morsa» delle corti costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 595 ss.

⁶⁷ Il riferimento è al commento di ONIDA, *Sui diritti asse Roma-Strasburgo*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 novembre 2007. Ma v., a riguardo, oltre a CASTELLANETA, *Diritti umani, la parola alla Corte costituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 settembre 2002, 2 ss., le opportune considerazioni di VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 55: «Ma è tempo ormai – per tutti coloro che in vario modo partecipano alla costruzione del diritto penale italiano: legislatore, Giudici (ordinari e costituzionali), dottrina – di allargare gli orizzonti oltre i confini nazionali, nella consapevolezza che la tutela dei diritti fondamentali dell'Uomo anche nella materia penale non è, e non deve essere un problema solo nazionale, da affrontare con categorie meramente interne. I diritti fondamentali hanno da tempo un respiro sovranazionale, e per loro natura tendono ad una dimensione di universalità della quale il penalista italiano non può non tenere conto». Nello stesso senso v. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, pp. 148-149.

dei Diritti dell'Uomo, operante a Strasburgo, per fare valere i diritti sanciti nella Convenzione medesima; diritti che, del resto, sono ampiamente riconosciuti dalla nostra Costituzione e coincidono in buona parte con gli stessi⁶⁸.

Tale apparato di Giustizia sopranazionale serve a proteggere i soggetti sottoposti alle giurisdizioni dei singoli Stati – non, però, gli Enti pubblici – non solo da disposizioni di leggi, ma anche da possibili dominanti orientamenti giurisprudenziali delle Corti di legittimità e di merito dei singoli Stati membri; orientamenti giurisprudenziali dominanti, che non sono passati al vaglio delle singole Corti costituzionali, perché proprio quella stessa giurisprudenza “dominante” non ha ritenuto fondate, sul piano del *fumus boni iuris*, le eccezioni di incostituzionalità più volte presentate, nei diversi procedimenti in cui le stesse venivano sollevate⁶⁹.

Ciò è accaduto, come ricorda la motivazione dell'ordinanza di rimessione più volte richiamata, proprio per la confisca “urbanistica”, rispetto alla quale in svariate occasioni la giurisprudenza della Corte di legittimità – da ultimo, proprio con le due sentenze dei primi di ottobre 2008 – ha ribadito che è manifestamente infondata la questione di incostituzionalità dell'art. 44, comma 2°, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, già art. 19, comma 2° della legge 47/1985, che prevede la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite anche nei confronti dei terzi acquirenti in buona fede, sia per violazione dell'art. 27 Cost., atteso che trattasi di principio che si riferisce alla responsabilità penale, mentre la confisca “urbanistica” prescinde da una sentenza di condanna ed ha natura amministrativa; e ciò per violazione dell'art. 42 Cost., in quanto, stante la funzione sociale della proprietà, nel contrasto tra l'interesse collettivo alla corretta pianificazione territoriale e quello del privato proprietario, è ragionevole la prevalenza del primo⁷⁰.

Rispetto a tale atteggiamento di completa legittimazione della confisca “urbanistica” da parte della nostra Corte di legittimità – particolarmente, se non esclusivamente la III Sezione penale – e dei Giudici di merito – in specie in Puglia ed a Bari, dove l'uso della confisca “urbanistica” è diventato un vero problema sociale – la Corte d'appello di Bari, nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, ha preso atto di due rilevanti novità, verificatesi nel corso del 2007.

⁶⁸ V. ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le corti sovranazionali*, in BILANCIA, DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 105 e ss.

⁶⁹ A riguardo v. GAJA, *Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 26 ss.

⁷⁰ Per il principio riportato nel testo, v. Cass. pen., 27 gennaio 2005, n. 10037, cit.. Nello stesso senso v. Cass. pen., 7 novembre 2006, n. 6396, cit., in cui la stessa questione di illegittimità costituzionale è respinta, oltre che con riferimento agli artt. 41 e 42 Cost., anche con riferimento all'art. 3 Cost., atteso che chi ha commesso il reato di lottizzazione abusiva è soggetto non solo alla confisca, ma altresì all'irrogazione della sanzione penale, anche con riferimento agli artt. 24, 101 e 102 Cost., in quanto la confisca costituisce un provvedimento posto a chiusura di un complesso sistema sanzionatorio, ove non sono possibili sovrapposizioni di provvedimenti ablatori sia perché, per effetto della confisca, si determina l'acquisizione gratuita dei beni al patrimonio comunale, sia perché il provvedimento del Giudice ordinario trova un limite nei provvedimenti del Giudice amministrativo passati in giudicato. Tale orientamento è stato ribadito, da ultimo, da Cass., 2 ottobre 2008, n. 37472, cit., ma è stato abbandonato dalla recente sentenza della Cassazione penale del novembre 2008. V. Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit.

La prima è, come si è visto, la decisione della Corte di Strasburgo, avente ad oggetto la confisca disposta dalla Corte di legittimità, e la sua giustificazione abusiva. «perché il fatto è contrario al principio di legalità» è la motivazione ufficiale della Corte.

Nella recente sentenza della Corte di Strasburgo viene ribadito che la decisione è “voluta” sul piano di diritto.

Nella decisione della Corte di Strasburgo la configurabilità della confisca è “voluta” e viene considerata una violazione dei Diritti dell'Uomo. La decisione condanna degli imputati a un procedimento giuridico di diritto, e non anche in caso di diritto.

La nostra Corte di legittimità è in una posizione di applicazione di diritto, e non di interpretazione. Le decisioni penali non possono comprendere tutti i casi.

La diversità di orientamento, pratici, la nostra Corte di legittimità, in esame in termini di diritto – ma in termini di violazione nei casi di diritto; e ciò in quanto.

⁷¹ Il provvedimento n. 11716, in *Giur. it.*, 2007, I, 11716, è una difficile convivenza.

⁷² Il provvedimento come precisa la stessa Corte di legittimità, norma dell'art. 54 della Costituzione, non è, ancora, costituito da una “Decisione” appositamente acquisiti, e non è, sul punto v. RAIMONDI, *La tutela dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 26 ss. e la tutela del terzo e della decisione v. BALSAMO, *La tutela del terzo e della decisione indiretta e reciproca*.

⁷³ Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit.

La prima è, come precisa la stessa Corte d'appello nella motivazione in esame, la decisione di ricevibilità 30 agosto 2007 della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, avente ad oggetto l'ammissibilità del ricorso n. 75909/01, presentato da Sudfondi S.r.l. e altri contro lo Stato italiano. Decisione resa in materia di confisca disposta dal Giudice penale italiano in una fattispecie di contestata lottizzazione abusiva, che aveva visto assolti i costruttori imputati con la formula «perché il fatto non costituisce reato»; decisione, altresì, pubblicata sul sito ufficiale della Corte dei Diritti dell'Uomo⁷¹.

Nella recente sentenza della Cassazione penale la citata decisione della Corte di Strasburgo viene ritenuta, pure nel suo asserito carattere "interlocutorio", "rilevante" sul piano dell'interpretazione conforme a Costituzione.

Nella decisione della Corte di Strasburgo viene decisamente confutata la configurabilità della confisca "urbanistica" come c.d. "sanzione amministrativa" e viene conseguentemente affermato il contrasto, con la Convenzione dei Diritti dell'Uomo, della confisca in esame, disposta anche in caso di non condanna degli imputati, nonché in caso di appartenenza del bene confiscato a soggetto giuridico diverso dall'imputato; naturalmente, in questa seconda ipotesi, anche in caso di condanna eventuale dell'imputato⁷².

La nostra Corte di cassazione, nell'attuare il suo pentimento operoso, in ordine a tale posizione della Corte dei diritti dell'Uomo, osserva che "... l'ambito di applicazione dell'art. 7 della Convenzione non coincide necessariamente, secondo l'interpretazione della Corte europea, con gli illeciti e le sanzioni qualificate come penali in base al diritto interno dei singoli Stati, poiché finisce col ricomprendere tutte le norme e le misure considerate "intrinsecamente penali"⁷³.

La diversità di posizioni non è di poco conto, poiché, sul piano degli effetti pratici, la nostra Corte di cassazione, mantenendo la qualificazione della misura in esame in termini di sanzione amministrativa, sembra ancora ritenere possibile – ma in termini alquanto criptici – la confisca nei confronti degli autori della violazione nei casi in cui essi non siano stati condannati per intervenuta prescrizione; e ciò in quanto l'estinzione del reato non sarebbe ostativa alla applica-

⁷¹ Il provvedimento in esame è leggibile al seguente indirizzo Internet: <http://www.echr.coe.int>. Per la sentenza definitiva della Cassazione penale sul caso di specie, v. Cass. pen., 29 gennaio 2001, n. 11716, in *Giur. it.*, 2001, 1919, con nota di BARBIERA, *Norme paesaggistiche e norme urbanistiche: una difficile convivenza*.

⁷² Il provvedimento sopra citato costituisce, pertanto, non un'ordinanza, magari revocabile, ma, come precisa la stessa Corte d'appello, una "decisione" sull'ammissibilità del ricorso, presentato, a norma dell'art. 54 del Regolamento di procedura, che disciplina l'attività della Corte europea. Essa, pertanto, non è, ancora, una decisione di condanna del Governo italiano a favore dei ricorrenti, ma costituisce una "Decisione" della Corte in senso proprio, come tale pubblicata e consultabile negli appositi siti Internet della Corte, contenente principi di diritto ed orientamenti ermeneutici già precedentemente acquisiti, come ricorda del resto la stessa Corte d'appello nell'ordinanza qui in commento. Sul punto v. RAIMONDI, *Art. 29*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 520 ss. Con riferimento ai precedenti della stessa Corte europea dei diritti dell'Uomo relativi all'affermazione dello stesso principio, in particolare al caso *Welch c. Regno Unito*, v. B. MANIFREDONIA, *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale?*, cit., 1035 ss., nonché VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 42 ss. Su tale decisione v. BALSAMO, *La corte di Strasburgo e le misure patrimoniali: la interazione tra armonizzazione indiretta e reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca*, in *Cass. pen.*, 2008, 3505 ss.

⁷³ Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit.

zione della confisca quale sanzione amministrativa, "... regolata da disposizioni diverse da quelle proprie del diritto penale".

La seconda novità, rilevata come tale anche nelle premesse della decisione della nostra Corte di cassazione ai fini dell'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 44 D.P.R. 380/2001, è costituita dal fatto che il valore particolarmente vincolante dei principi sanciti dalla Convenzione dei diritti dell'uomo, secondo l'interpretazione che ne fornisce la Corte di Strasburgo, è sancito con grande rigore dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale sopra citata⁷⁴.

Osserva la Consulta, nella motivazione della sentenza 24 ottobre 2007, n. 349, in coerenza, del resto, sia con la sua precedente n. 348 dello stesso giorno sia con le successive, che, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti ormai consolidati della medesima Corte delle leggi, il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione⁷⁵.

Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale.

⁷⁴ Si tratta, come si è detto, di Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in G.U. 31 ottobre 2007, Relatore Tesoro - oltre che dalla precedente Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, in G.U. 31 ottobre 2007, Relatore Silvestri -, sulle quali si veda *ex multis*, MIRATE, in *Urb. App.*, 2008, 153, ed *ivi*, 2007, 12, 1500; *Giur. it.*, 2008, 4, 831; *Giorn. Dir. Ammin.* 2008, 1, 25. Si leggano inoltre, DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma della Costituzione (nota a Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349)*, in sito *federalismi.it*, nonché ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Consulta on line*. Al riguardo, si segnala altresì, P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, cit., 61 ss.

⁷⁵ V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme Cedu nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, 2297 ss.

timità costituzionale

correttamente interpretata. In relazione alle norme internazionali, occorre ricordare che i principi sono semplici norme di diritto internazionale.

Questi principi sono fondamentali. L'idea di un beninteso in cui i giudici comuni invece garantiscono la Corte europea e la Corte europea di cui competenza medesima, a tutela della Convenzione di Ginevra e delle disposizioni previste in modo significativo a tutela del diritto di difesa e della tutela totale del cittadino.

In considerazione di quest'ultima, è certamente necessario, la cui in materia di controversia, comunque un parametro costituzionale.

La Corte costituzionale, sia pure in termini di tutela di un parametro costituzionale uniforme di tutela del cittadino.

Alla Corte costituzionale per contrasto con la norma CEDU spetta invece una tutela della Costituzione.

⁷⁶ V. ancora

⁷⁷ Sul punto verso Strasburgo valgono sul giudizio

⁷⁸ V. STARAN, *La tutela dei diritti dell'uomo, organi del sistema, Relazione dell'uomo, organi* www.foruncostituzionale.it

timità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione⁷⁶.

In relazione alla CEDU, inoltre, sempre secondo la nostra Corte costituzionale, occorre tenere conto della sua peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali; peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti.

Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione⁷⁷. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende, in base all'art. 32, comma 1°, della Convenzione medesima, a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima⁷⁸. Gli stessi Stati membri, peraltro, hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni.

In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal "suo" Giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale.

La Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo, garantendo in tal modo l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri.

Alla Corte costituzionale, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della

⁷⁶ V. ancora ID., cit., in part. 2304 ss.

⁷⁷ Sul punto v. R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: Prima fermata verso Strasburgo*, cit., 207, nonché ID., *La Corte dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea prevalgono sul giudicato e - sul diritto - nazionale*, in *Corr. giur.*, 2007, 689 ss.

⁷⁸ V. STARACE, *Competenza della Corte*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 537 ss., nonché RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 28 febbraio - 2 marzo 2007, www.forumcostituzionale.it.

norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa.

In definitiva, pertanto, secondo i principi che regolano il dialogo tra le due Corti, il Giudice interno è tenuto a dare un'interpretazione delle proprie norme interne conforme a ciò che prescrive la Corte di Strasburgo e, ove ciò non sia possibile, a sollevare eccezione di incostituzionalità rispetto al parametro stabilito dall'art. 117, comma 1°, Cost.

Allo stato, pertanto, in seguito all'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Bari, la Corte costituzionale è chiamata a precisare che, una volta ammesso come diritto vivente giurisprudenziale il principio secondo il quale una confisca possa essere disposta secondo la lettera dell'art. 44 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, tale confisca non può più classificarsi come sanzione amministrativa, ma come sanzione penale; con la conseguenza che trovano per essa applicazione i principi stabiliti dall'art. 7 della Convenzione, prima di tutto quello per cui nessuno può essere condannato per un'azione o omissione, che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale, sicché non vi può essere confisca in caso di assoluzione dell'imputato né in caso di dichiarazione di estinzione del reato per sopravvenuta prescrizione ex art. 531 cod. proc. civ., né, tanto meno, vi può essere confisca a danno di un terzo totalmente estraneo al reato contestato.

Pertanto, l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 44 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che ha sostituito l'omologa disposizione contenuta nell'art. 19 della legge 47/1985, risulta anche in tale prospettiva fortemente sospetta di incostituzionalità.

12. In particolare: la tutela del terzo acquirente nei confronti del costruttore e nei confronti del Comune e degli Enti pubblici

Per completare il quadro della situazione, si tratta di verificare quali iniziative possa prendere a sua difesa il soggetto che ha subito la confisca nella logica del diritto giurisprudenziale "vivente", preso in considerazione dalla Corte d'appello di Bari e, oggi, dalla recente decisione della Corte di cassazione del novembre 2008.

Al di fuori del caso di confisca di bene appartenente al soggetto riconosciuto colpevole del reato di lottizzazione abusiva, per cui non si pone alcun problema, ed al di fuori del caso di assoluzione dell'imputato con la formula «*perché il fatto non sussiste*», per cui, ovviamente, non si può ipotizzare alcuna sanzione, una volta qualificata la confisca "urbanistica" come pena e non più come sanzione amministrativa, risulta evidente l'incostituzionalità della stessa nel caso in cui essa venga disposta a carico dell'imputato assolto con la formula

«*perché il fatto non sussiste*» a carico dell'imputato assolto con la formula di prescrizione del reato.

Secondo l'orientamento della Corte di Cassazione del 2008, ove l'originario imputato si sia sporsito a carico del terzo, si applica la formula «*tuisce reato*», ma non è intervenuta a carico del terzo con l'accertata prescrizione del reato.

Nella prospettiva prospettata, in materia di "urbanistica", in base alla quale la misura risulta delittuosa, si applica la stessa formula di prescrizione del reato. Sud Fondi, con l'ipotesi sopra formulata.

A maggior ragione, in materia di pena e non di sanzione amministrativa, è comminata nei confronti dell'imputato, si applica la formula «*fatto non costituisce reato*» dell'intervenuta prescrizione del reato. In considerazione di ciò, la stessa Corte ha considerato che la stessa formula non è compatibile con l'assoluta garanzia della piena e completa tutela del terzo - il terzo risultato beneficiario della confisca, almeno in materia penale passata in giudicato, in cui il bene è stato acquistato in buona fede, norma dell'art. 2044 del codice civile, la sua natura di diritto di proprietà, e chiedere e conseguire il bene a quando la confisca è disposta dal Comune.

L'iniziativa del terzo, in base al comma 3°, cod. civ., è ammessa, quanto gli interessi dei soggetti, pubblici e privati, nei confronti del bene. Infatti, con la formula «*perché il fatto non sussiste*» del 2056 cod. civ., è dovuto per i doveri di diligenza e l'inerzia, questo può beneficiare del risarcimento del danno.

«*perché il fatto non costituisce reato*» o nel caso di confisca intervenuta a carico dell'imputato a conclusione di un procedimento conclusosi con l'accertata prescrizione del reato.

Secondo l'interpretazione adottata dalla Corte di cassazione nel novembre 2008, ove l'orientamento dovesse consolidarsi, la confisca non dovrebbe disporsi a carico dell'imputato assolto con la formula «*perché il fatto non costituisce reato*», mentre potrebbe disporsi, come è dato capire, nel caso di confisca intervenuta a carico dell'imputato a conclusione di un procedimento conclusosi con l'accertata prescrizione del reato.

Nella prospettiva del diritto giurisprudenziale "vivente" in tema di confisca "urbanistica", in ambedue i casi sopra considerati la confisca viene giustificata sulla base della natura amministrativa della stessa, ma è evidente che la stessa misura risulta del tutto illegittima sul piano costituzionale, una volta che si qualifichi la stessa in termini di pena, come ha fatto la Corte di Strasburgo nel caso Sud Fondi, con riferimento ad una fattispecie inquadabile nella prima delle ipotesi sopra formulate.

A maggior ragione, una volta qualificata la confisca "urbanistica" in termini di pena e non più di sanzione amministrativa, risulta illegittima la confisca comminata nei confronti di terzi estranei al reato; e ciò sia in caso di condanna dell'imputato, sia in caso di assoluzione dello stesso con la formula «*perché il fatto non costituisce reato*», sia in caso di mancata condanna per accertamento dell'intervenuta prescrizione del reato. In tutte tali ipotesi – prese peraltro in considerazione in termini di sospetta incostituzionalità in un'ordinanza interinale della stessa Corte d'appello di Bari, relativa ad un procedimento poi conclusosi con l'assoluzione dell'imputato dal reato di lottizzazione abusiva con formula piena e con la conseguente revoca della confisca disposta in primo grado – il terzo risulta estraneo al processo, sicché l'unico rimedio per impedire la confisca, almeno fino a quando la stessa non diventi definitiva con la sentenza penale passata in giudicato, con conseguente acquisizione del bene al Comune in cui il bene è situato, è quello di chiedere il dissequestro preventivo del bene a norma dell'art. 321, comma 3°, cod. proc. pen., quale soggetto "interessato", data la sua natura di legittimo proprietario del bene e quindi di soggetto avente titolo a chiedere e conseguire la revoca del provvedimento cautelare ancora operante fino a quando la confisca disposta non diventi definitiva con l'acquisizione del bene al Comune.

L'iniziativa di chiedere la revoca del sequestro a norma dell'art. 321, comma 3°, cod. proc. pen., rappresenta un vero e proprio onere per il terzo, in quanto gli consente di esperire azione di risarcimento dei danni nei confronti dei soggetti, pubblici o privati, che possano risultare eventualmente responsabili nei suoi confronti a titolo di responsabilità civile contrattuale o extracontrattuale. Infatti, come ricorda l'art. 1227, comma 2°, cod. civ., richiamato dall'art. 2056 cod. civ., in tema di responsabilità extracontrattuale, il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza e l'inerzia del proprietario interessato nel non chiedere la revoca del sequestro può ben qualificarsi come negligenza rispetto al soggetto chiamato a risarcire il danno.

Una volta che si è dato luogo alla confisca, la tutela risarcitoria rappresenta l'unica protezione riconosciuta al privato, sia esso il soggetto costruttore o il terzo estraneo al reato, che acquista il bene in assoluta buona fede, facendo affidamento sulla sicurezza della circolazione dei beni all'interno del mercato; e ciò in quanto, una volta avvenuta la confisca "urbanistica", al terzo, sempre secondo la costante giurisprudenza della nostra Corte di legittimità, è preclusa ogni possibilità di fare valere la sua estraneità al reato persino in sede di incidente di esecuzione.

La tutela risarcitoria si manifesta però impervia, sia per il costruttore assoluto dal reato di lottizzazione abusiva, ma assoggettato egualmente alla confisca, sia per il terzo estraneo al reato; e ciò proprio per le particolarità con le quali il nostro diritto giurisprudenziale "vivente" ha elaborato la confisca "urbanistica".

13. Continua: evizione e confisca "urbanistica"

Con riferimento al rimedio della tutela risarcitoria, occorre ricordare che, come ha precisato la Corte d'appello nell'ordinanza di rimessione, in base alla sopra indicata giurisprudenza, oggi in parte rivisitata, il solo Giudice penale verrebbe a completare *a posteriori* un precetto penale in bianco, che non solo, nel caso del costruttore, si applicherebbe ad un imputato il quale non lo ha potuto preventivamente conoscere, ma che giustificerebbe la confisca anche nei confronti del terzo acquirente del bene, il quale non ne è nemmeno il destinatario.

Si tenga conto, a riguardo, che, secondo il "diritto vivente" della nostra Corte di cassazione, l'identificazione del reato di lottizzazione abusiva, malgrado la presenza di una autorizzazione amministrativa, come pure ha messo in rilievo l'ordinanza in esame, non postula formalmente alcuna disapplicazione del provvedimento amministrativo (anche se di fatto ciò avviene), ma presuppone unicamente l'accertamento del fatto concreto, da parte del Giudice penale, prescindendo da qualunque giudizio sull'autorizzazione⁷⁹. Pertanto, chiunque inizi opere che comportino una qualsiasi trasformazione urbanistica o edilizia, pur in presenza di tutte le legittime autorizzazioni, può essere punito, se il Giudice penale ritenga in seguito che si sia violata una qualsivoglia prescrizione degli strumenti urbanistici; con la conseguenza che, se un terzo ha legittimamente acquistato i beni frutto di quell'attività - autorizzata dalle competenti autorità amministrative, ma successivamente qualificata illecita dal Giudice penale - dovrebbe venire confiscato, senza alcun indugio, a favore del Comune che quelle autorizzazioni ha concesso; e ciò a meno che non si consolidi l'orientamento prospettato dalla sentenza del novembre 2008.

Si tratta, come si vede, della completa negazione del principio dell'affidamento, da parte del privato, sulla legittimità dell'atto amministrativo, che ormai emerge con tanta forza nella nostra esperienza giuridica, dal momento che la clausola di buona fede risulta permeare l'intero ordinamento, a prescindere dai singoli settori dello stesso⁸⁰.

⁷⁹ A titolo esemplificativo v. Cass. pen., 8 febbraio 2002, n. 5115, in *Foro amm. CDS*, 2002, 631.

⁸⁰ V. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 26, e, di recente, con vigore affermato da MANFREDONIA, *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e*

Di fronte al "vivente" giurisprudenziale sopra precisato, posto in essere con affidamento nel come si è visto a favore dell'Ente

La responsa trattuale, poiché la giurisprudenza consola

Più complessa la tutela risarcitoria "urbanistica" in termini

Egli, nei confronti del costruttore per inadempimento "urbanistica" per la confisca, pure in presenza del costruttore

Tale responsabilità operativa, una logica elementare costituita per la sopravvivenza. Inoltre, una "costituisce reato" confisca "urbanistica" in presenza di una se

14. Il sequestro forzato e sovranazionario

Secondo una giurisprudenza tale sarebbero apparsi venduta, a norma dell'art. 1000 in quanto la richiesta stessa da parte dell'acquirente a) il venditore costretto, dell'interesse del

la tutela del terzo estraneo, ruolo della buona fede in materia di lottizzazione, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 26, e, di recente, con vigore affermato da MANFREDONIA, *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e*

Di fronte alla confisca "urbanistica", come tipico istituto del nostro diritto "vivente" giurisprudenziale, il costruttore imputato, una volta assolto con le modalità sopra precisate, può solo contare sulla responsabilità dell'Ente pubblico, che ha posto in essere gli atti amministrativi di carattere autorizzativo, su cui egli ha fatto affidamento nella sua attività d'impresa; atti rimasti legittimi, ma qualificati, come si è visto illeciti dal Giudice penale, che però dispone la confisca proprio a favore dell'Ente pubblico che ha posto in essere quegli atti.

La responsabilità che da tale vicenda deriva è, naturalmente, di tipo contrattuale, poiché essa nasce all'interno di quel "contatto sociale", che, per giurisprudenza consolidata, caratterizza il procedimento amministrativo⁸¹.

Più complessa risulta invece l'identificazione del titolo che può legittimare la tutela risarcitoria del terzo estraneo al reato, che ha subito la confisca "urbanistica" in termini ormai irrevocabili.

Egli, nei confronti del terzo costruttore, potrà vantare, una responsabilità per inadempimento, sempre richiamata dalla giurisprudenza in tema di confisca "urbanistica" per sostenere che, comunque, il terzo privato del bene attraverso la confisca, pure se estraneo al reato, ha sempre una tutela risarcitoria nei confronti del costruttore.

Tale responsabilità appare però problematica, prima di tutto nella sua concreta operatività, solo che si consideri che il costruttore è spesso, proprio per una logica elementare di delimitazione del rischio contrattuale, una società costituita per la specifica operazione urbanistica con capitale certamente non elevato. Inoltre, una volta assolto il costruttore con la formula «*perché il fatto non costituisce reato*», come per lo più avviene nella giurisprudenza in materia di confisca "urbanistica", bisogna dimostrare un inadempimento civile pure in presenza di una sentenza che esclude la colpa penale.

14. Il sequestro funzionale alla confisca di fronte alla tutela, costituzionale e sovranazionale, della circolazione dei beni

Secondo una giurisprudenza costante, le norme che regolano l'evizione totale sarebbero applicabili nel caso di confisca in sede penale della cosa compravenduta, a norma dell'art. 240 cod. pen., a tutela del terzo acquirente del bene, in quanto la richiamata misura comporta l'acquisto della proprietà della cosa stessa da parte dello Stato e lo spossessamento del compratore. Di conseguenza: a) il venditore costruttore è tenuto al risarcimento del danno nei limiti, di regola, dell'interesse contrattuale negativo, consistente nel rimborso del prezzo ver-

la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale, cit., 1041 s.; PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1062 s.; nonché OTRANTO, *Decorso del tempo e tutela dalla sanzione urbanistica: il Consiglio di Stato arricchisce la casistica*, cit., 599 ed *ivi* bibliografia, specie con particolare riferimento a MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 120 ss.

⁸¹ V. Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Giust. civ.*, 2006, 705 ss., con nota di VIGNOLI, *Il tormentato percorso d'individuazione della colpa organizzativa della pubblica amministrazione: un confronto tra sistema punitivo e modello risarcitorio*, *ivi*, 724 ss.

sato e delle spese sostenute dal compratore, tenendo conto, ai fini della diminuzione del danno, dell'usura frattanto subita dalla cosa; b) i rimborsi e le restituzioni, di cui agli artt. 1479 e 1483 cod. civ., spettanti al compratore, rappresentano debiti di valore, come tali produttivi di rivalutazione e di interessi; c) qualora, con riferimento alla causa che ha determinato l'evizione, sussista anche il dolo o la colpa del venditore, quest'ultimo è anche tenuto all'integrale risarcimento del danno⁸².

È dubbio però che l'evizione, applicabile nel caso di confisca penale in senso proprio ex art. 240 cod. pen., possa applicarsi ai meccanismi, sotto molti aspetti perversi, della confisca urbanistica, concepita come sanzione amministrativa; e ciò in quanto, per ipotizzare l'evizione, è necessario che l'evento che l'ha determinata, cioè la presenza di un diritto certo del terzo incompatibile con il diritto trasmesso al compratore, debba attribuirsi ad una causa preesistente alla conclusione del contratto⁸³. Nel caso della confisca "urbanistica", la circolazione del bene, al momento in cui il contratto si è concluso, era assolutamente legittima, in quanto da tutta una serie di atti amministrativi mai impugnati, risultava l'assenza di ogni situazione tale da impedire la trasmissione della proprietà all'acquirente e la mancanza di qualsivoglia situazione incompatibile con tale acquisto, essendosi accertato solo in seguito un illecito penale, peraltro e di solito, nemmeno imputabile al venditore.

Una problematica analoga a quella dell'evizione si pone per le cause di prelazione acquistate in precedenza dai terzi sul bene oggetto della confisca.

Secondo una giurisprudenza consolidata, la confisca non comporta la perdita dei diritti del proprietario e degli eventuali terzi sulla cosa; in particolare, non fa perdere i diritti derivanti dall'iscrizione del privilegio sulla cosa confiscata, sicché il titolare di tale causa di prelazione partecipa alla distribuzione della somma ricavata dalla vendita secondo le norme che disciplinano il concorso dei crediti privilegiati⁸⁴. E lo stesso potrebbe dirsi per le altre cause di prelazione, come l'ipoteca, e, in genere, per i diritti reali di cui i terzi risultano titolari⁸⁵.

Del resto, nel particolare settore delle misure di prevenzione e disposizioni contro la mafia, si è affermato che l'applicazione della confisca, determinando la successione dello Stato a titolo particolare nella titolarità del bene, non comporta l'estinzione dei diritti reali di garanzia costituiti sui beni confiscati a favore di terzi, i quali possono sempre fare valere in sede esecutiva i loro diritti, a condizione che si tratti di terzi in buona fede, che abbiano trascritto il proprio titolo anteriormente al sequestro a fini di prevenzione⁸⁶.

In sede di confisca "urbanistica", invece, con un elaborato provvedimento che individua anche la causa di tale misura, si precisa che, nella dinamica della stessa, essendo le aree lottizzate abusivamente acquisite nel patrimonio dispo-

⁸² Per tale giurisprudenza v. Cass., 7 giugno 2001, n. 7678, in *Giur. it.*, 2002, 483 ss., con nota di L. SESTA, *Brevi note in tema di evizione*; Cass., 27 gennaio 1998, n. 792, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 168.

⁸³ In questo senso v. Cass., 26 gennaio 1995, n. 945, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 188.

⁸⁴ In tale senso v. Cass. pen., 7 marzo 1985, Costa, in *Cass. pen.*, 1986, 886.

⁸⁵ A riguardo v. Trib. Lecce, 4 aprile 1997, in *Foro it.*, 1998, II, 290.

⁸⁶ Il riferimento è a Cass. pen., 9 marzo 2005, n. 13413, in *Cass. pen.*, 2006, 634, con nota di MOLINARI, *Un passo avanti nella tutela dei terzi di buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*.

nibile del Com
relative opere,
non può permai
In definitiva
manifesta le su
Corte d'appello
ad una pronunc
me spesso è acc
ritto "vivente" (

15. Consideraz

I profili di
no l'eccessiva t
ma è evidente c
ché esso assume

Come è not
bertà personale,
nella loro durat
za, il problema
gione della parti
ritti fundamenta

Innanzitutto
non è la norma
nel nostro giudiz
assicuri efficace
to fondamentale
sotto forma di le
sotto forma di m
colare conforma

In questa ult
la legislazione v
zione, esercitanc
ciò esplicitando
ne vigente⁸⁹.

Nella prospet
alla confisca, olt
interventi della C
stro di per se ste

⁸⁷ Si tratta della

⁸⁸ Sul punto v. C
europea per la tutela

⁸⁹ Sul punto v. V
cit., 55.

⁹⁰ V. Raimondo

nibile del Comune, il cui Sindaco dovrebbe provvedere alla demolizione delle relative opere, la garanzia ipotecaria, iscritta non sul terreno, ma sulle opere, non può permanere una volta che tale misura sanzionatoria sia stata eseguita⁸⁷.

In definitiva, anche sotto i sopra indicati profili, la confisca "urbanistica" manifesta le sue anomalie, sicché è da sperare che l'importante ordinanza della Corte d'appello di Bari, nel rimettere gli atti alla Corte costituzionale, dia luogo ad una pronuncia chiara del nostro Giudice delle leggi, che possa decidere, come spesso è accaduto, su una norma di legge interpretata ormai in termini di diritto "vivente" dalle nostre Corti.

15. Considerazioni conclusive

I profili di incostituzionalità, sollevati dalla Corte d'appello, non riguardano l'eccessiva ed indeterminata durata del sequestro finalizzato alla confisca, ma è evidente che anche tale problema dovrà essere considerato in futuro, poiché esso assume un ruolo centrale nella nostra esperienza giuridica.

Come è noto, nel nostro ordinamento, mentre le misure limitative della libertà personale, di cui agli artt. 303 e 304 cod. proc. pen., risultano disciplinate nella loro durata, non altrettanto avviene per quelle reali. Malgrado tale carenza, il problema è stato sollevato innanzi alla Corte dei diritti dell'Uomo in ragione della particolare disciplina operante a riguardo in materia di tutela dei diritti fondamentali.

Innanzitutto alla Corte di Strasburgo, infatti, oggetto immediato della doglianza non è la norma interna che si assume contrastante con la CEDU, come accade nel nostro giudizio di illegittimità costituzionale, né l'assenza di una norma che assicuri efficace protezione al diritto fondamentale, bensì la violazione del diritto fondamentale che il ricorrente assume essersi verificata nel caso concreto sotto forma di lesione diretta da parte degli organi dello Stato membro ovvero sotto forma di mancata tutela. Tale violazione può anche discendere dalla particolare conformazione della legislazione vigente nello Stato membro⁸⁸.

In questa ultima ipotesi, la Corte esprime un giudizio di inadeguatezza della legislazione vigente rispetto agli *standards* di tutela imposti dalla Convenzione, esercitando così, nei fatti, un sindacato sulla legislazione medesima; con ciò esplicitando l'obbligo a carico dello Stato anche di modificare la legislazione vigente⁸⁹.

Nella prospettiva sopra indicata, le problematiche del sequestro funzionale alla confisca, oltre che della confisca stessa, sono state a più riprese oggetto di interventi della Corte di Strasburgo⁹⁰. Secondo la Corte, comportando il sequestro di per se stesso, come del resto risulta anche dalla disciplina positiva dello

⁸⁷ Si tratta della già citata Trib. Bari, 13 luglio 2004, in *Giurisprudenza locale-Bari*, 2004.

⁸⁸ Sul punto v. GALA, *Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 27 ss.

⁸⁹ Sul punto v. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 55.

⁹⁰ V. Raimondo c. Italia del 22 febbraio 1994, reperibile su www.echr.coe.int.

stesso nel nostro ordinamento, un'ingerenza nel diritto al godimento dei beni in proprietà, è necessario esaminare tali misure alla luce dell'art. 1, comma 2° del Protocollo n. 1 della Convenzione, il quale lascia agli Stati membri il diritto di adottare le leggi giudicate necessarie per regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale⁹¹.

La stessa Corte ha osservato a più riprese che una tale ingerenza, per essere ritenuta conforme alla Convenzione, deve rispettare le seguenti condizioni: 1) essere prevista dalla legge; 2) perseguire uno scopo legittimo; 3) essere necessaria in una società democratica, nel senso di realizzare un giusto equilibrio ed una corretta proporzione tra l'interesse della collettività ed i diritti individuali.

Tale giusto equilibrio e tale corretta proporzione tra interessi della collettività e diritti individuali senza dubbio non si realizzano nel caso di sequestro finalizzato alla confisca che grava a tempo indeterminato sui beni di un terzo assolutamente estraneo al reato, sicché senza dubbio si pone una questione di costituzionalità della nostra normativa interna con riferimento all'art. 117 Cost., in relazione all'art. 7 della CEDU ed all'art. 1 del Protocollo Addizionale alla CEDU n. 1, nonché con riferimento agli artt. 3 e 42 Cost.

⁹¹ A riguardo v. Agosti c. Regno Unito del 24 ottobre 1986, su *www.echr.coe.int*. Quanto alla disciplina di diritto interno, operante nel nostro ordinamento, si tenga presente che, con il sequestro preventivo, così come disciplinato dagli artt. 321 cod. proc. pen. e 104 disp. att. dello stesso codice, con il sequestro si intende impedire la disponibilità materiale della cosa pertinente al reato al fine di evitarne l'aggravamento o la reiterazione. Nel progetto preliminare delle norme di attuazione, di ordinamento e transitorie del codice di procedura penale, la norma prevedeva anche la trascrizione del sequestro preventivo sui beni immobili, ma nell'art. 103 del testo definitivo è stato eliminato ogni riferimento al sequestro preventivo, poiché, come si rileva in sede di lavori preparatori, la natura della misura, squisitamente penale, rende improprio il ricorso al regime di pubblicità dichiarativa tipico della trascrizione, oltre a generare effetti pregiudizievoli in capo al titolare del bene. A riguardo v. DE SANTIS, voce *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 264 ss.

SOMMARIO: 1. Premessa
2. Natura giuridica
3. Il mio intervento
4. La questione di diritto
5. Gli interventi

1. Premessa

Il mio intervento si riferisce alla sentenza della Corte sulla causa 380 (cosiddetto Tribunale di Torino) dove accerti l'esistenza di terreni abusivamente acquisiti al patrimonio statale.

Trattandosi di un caso di diritto al proprietario di un terreno lottizzato, lottizzato dall'Edilizia, non è stato tribuito, in parallelo con la sentenza di sfiducia, la tenuta spesso incerta con i provvedimenti.

Se tale è stata la sentenza, camente formulata, si fermerò, esaminando il particolare riferimento della dell'affidamento.

2. Natura giuridica

Infatti le questioni con frequenza alla sentenza, che solitamente si concludono.

La giurisprudenza è posta in essere dal Tribunale disciplinata dall'art. 117 come un'espropriazione fatta in favore del C.

Le confische urbanistiche e le più recenti sentenze dalla Cassazione

Franco Casarano

Avvocato

Foro di Milano - Studio Lexjus Sinacta

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Natura giuridica della c.d. "confisca urbanistica". - 3. *Segue*: l'interpretazione della Corte di Strasburgo. - 4. *Segue*: l'impostazione della Corte territoriale barese. - 5. Gli interventi "successivi" della Suprema Corte.

1. Premessa

Il mio intervento sarà dedicato ad una lettura della giurisprudenza della Suprema Corte sulla natura e sugli effetti dell'art. 44 co. 2 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (cosiddetto Testo Unico dell'Edilizia), norma che impone al Giudice Penale, ove accerti l'esistenza del reato di lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, così che siano acquisite al patrimonio del Comune ove è avvenuta la lottizzazione abusiva.

Trattandosi di nomi che in sostanza riproduce gli effetti dell'acquisizione di diritto al proprio patrimonio da parte del Comune, in ordine alle aree abusivamente lottizzate, prevista dall'art. 30 comma 8 dello stesso Testo Unico dell'Edilizia, non si può fare a meno di osservare che tale potere di confisca attribuito, in parallelo ed in via sostitutiva, al Giudice Penale sembra un'espressione di sfiducia del Legislatore verso la Pubblica Amministrazione locale, ritenuta spesso incapace di contrastare le lottizzazioni abusive e di intervenire con i provvedimenti che la legge pure riserva alla p.a.

Se tale è stato l'intento del Legislatore, resta il fatto che la norma, genericamente formulata, ha posto numerosi problemi interpretativi, sui quali mi soffermerò, esaminando le soluzioni offerte dalla giurisprudenza di legittimità, con particolare riferimento al tema della posizione dei terzi in buona fede e della tutela dell'affidamento.

2. Natura giuridica della c.d. "confisca urbanistica"

Infatti le questioni poste dalla interpretazione della norma sono approdate con frequenza alla Suprema Corte, ove si è consolidato un indirizzo giurisprudenziale, che soltanto negli ultimi mesi, come vedremo, ha mostrato segni di cedimento.

La giurisprudenza della Corte ha qualificato il provvedimento di confisca posto in essere dal Giudice Penale come istituto del tutto diverso dalla confisca disciplinata dall'art. 240 cod. pen. sul presupposto che quest'ultima si configura come un'espropriazione a favore dello Stato, mentre la prima produce i suoi effetti in favore del Comune. Non si tratterebbe dunque di un provvedimento san-

zionatorio penale, ma di una misura amministrativa, eccezionalmente assunta dal Giudice Penale, in sostituzione della p.a. ed in via suppletiva rispetto a questa, ove la p.a. sia rimasta inerte e non abbia quindi attivato il meccanismo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del Comune (così come previsto dal sopra citato art. 30 co. 8 Testo Unico dell'Edilizia)¹.

Corollario di tale impostazione interpretativa è la considerazione che la confisca urbanistica, seppur disposta obbligatoriamente dal Giudice Penale, prescinde dalla condanna ed ha quale unico presupposto l'accertamento giudiziale dell'esistenza di una lottizzazione abusiva: i beni sono sottoposti a confisca in quanto privi di autorizzazione e quindi in quanto "oggettivamente illeciti", e non in quanto "cose intrinsecamente criminose". Ne consegue che la confisca urbanistica, avendo natura reale e non personale, debba essere disposta anche nei confronti ed in danno di terzi estranei al reato, indipendentemente dalla loro buona fede, che tutt'al più darebbe loro la facoltà di far valere i loro diritti al risarcimento del danno in sede civile nei confronti dei loro diretti danti causa, ma giammai il potere di contrastare la misura della confisca².

Tale indirizzo giurisprudenziale è stato assolutamente costante, nonostante l'entrata in vigore del nuovo Testo Unico dell'Edilizia approvato con il citato d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, che pure aveva collocato la confisca urbanistica disposta dal Giudice Penale in una norma (l'art. 44) rubricata con esclusivo riferimento alle "sanzioni penali".

3. *Segue: l'interpretazione della Corte di Strasburgo*

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, con propria ordinanza del 30 agosto 2007 n. 75909, ha autorevolmente posto in discussione il consolidato orientamento della nostra giurisprudenza di legittimità.

La Corte Europea è stata chiamata a decidere se l'art. 44 co. 2 Testo Unico dell'Edilizia, nella parte in cui prevede che debba disporsi la misura della confisca urbanistica su beni, i cui proprietari non siano stati assoggettati ad accertamento di responsabilità, sia norma che si pone in contrasto con l'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), che sancisce il principio *nulla poena sine lege*³.

Il Governo Italiano ha eccepito la inapplicabilità dell'art. 7 CEDU sostenendo, secondo l'orientamento giurisprudenziale sopra sintetizzato, la natura amministrativa della misura della confisca urbanistica, così che l'ordinanza della Corte Europea si è limitata ad una preventiva valutazione sulla ricevibilità del ricorso, fondata però sulla determinazione della effettiva natura della confisca.

¹ Sulla natura amministrativa della confisca disposta dal Giudice Penale vedi fra le tante Cass. Sez. III n. 12471 del 20.12.1995; Cass. Sez. III n. 1880 del 25.6.1999; Cass. Sez. III n. 777 del 6.5.1999; Cass. Sez. III n. 38728 del 7.7.2004; Cass. Sez. III n. 6396 del 7.11.2006.

² Vedi Cass. Sez. III n. 38728 del 7.7.2004; Cass. Sez. III n. 6396 del 7.11.2006.

³ L'art. 7 comma 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo così recita: "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituisce reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso".

La Corte E
menti indicator
"pena" ai fini d
quali la verifica
condanna per il
ficazione della
zione ed esecuzi
ritenuto che la c
nistrativa, tenu
certamento dell
tale accertament
soggettato a cor
o risarcitoria, m
rischio di reiter
fatti di notevole
lottizzate abusiv
in una norma rul

La Corte ha
44 co. 2 costitui
zione proposta c
rimesso la tratta
questioni di fatt
mancanza di prc

L'ordinanza
rio, che ha però
confisca urbanis
giuridico (la nat
legittimità che h
acquirente in bu

4. *Segue: l'im*

Altra analisi
ordinanza 9.4.20
dimento n. 203/
ritenuto la rileva
mità costituziona
in cui impone al
lottizzati o di op
responsabilità, n

La Corte di
in buona fede, p

Dapprima l
ed una ricostruz
formulazione fin
il dubbio che l'a

La Corte Europea ha utilizzato, nel corso della propria analisi, alcuni elementi indicatori, elaborati dalla stessa Corte e dai quali è tratto il concetto di "pena" ai fini della piena e corretta applicazione dell'art. 7 CEDU, elementi quali la verifica che la misura in questione sia stata imposta a seguito di una condanna per il reato, lo scopo della misura (preventivo o repressivo), la qualificazione della misura nel diritto interno, le procedure connesse alla sua adozione ed esecuzione ed infine la gravità della misura inflitta. La Corte ha quindi ritenuto che la confisca di cui all'art. 44 co. 2 abbia natura penale, e non amministrativa, tenuto conto che: i) si tratta di misura imposta a seguito dell'accertamento dell'esistenza di un reato da parte del Giudice Penale, ancorché a tale accertamento non si accompagni la condanna del proprietario del bene assoggettato a confisca; ii) la sanzione della confisca non ha funzione riparatoria o risarcitoria, ma una esclusiva funzione repressiva e di prevenzione rispetto al rischio di reiterazione del comportamento illegittimo; iii) la misura produce effetti di notevole gravità per la estensione della sua applicazione a tutte le aree lottizzate abusivamente; iv) lo stesso legislatore italiano ha collocato la confisca in una norma rubricata "sanzioni penali".

La Corte ha quindi dichiarato che la confisca urbanistica prevista dall'art. 44 co. 2 costituisce una pena, ai sensi dell'art. 7 CEDU, ed ha respinto la eccezione proposta dal Governo Italiano, dichiarando ricevibile il ricorso; ne ha poi rimesso la trattazione e decisione alla Grande Camera, attesa la serietà delle questioni di fatto e diritto proposte in tema di illegittimità della confisca e di mancanza di proporzionalità tra lo scopo della misura ed i suoi effetti.

L'ordinanza della Corte Europea è certamente provvedimento interlocutorio, che ha però posto in evidenza un principio (quello della natura penale della confisca urbanistica) che contrasta in modo eclatante con il fondamento logico-giuridico (la natura amministrativa della confisca) della citata giurisprudenza di legittimità che ha sino ad oggi ritenuto che i beni di qualunque terzo, ancorché acquirente in buona fede, potessero essere sottoposti al provvedimento ablativo.

4. *Segue: l'impostazione della Corte territoriale barese*

Altra analisi critica dell'orientamento della Suprema Corte si rinviene nella ordinanza 9.4.2008 emessa dalla Corte d'Appello di Bari Sez. I Pen. nel procedimento n. 203/2002 che ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale, avendo ritenuto la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 co. 2 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 nella parte in cui impone al Giudice Penale di disporre la confisca di terreni abusivamente lottizzati o di opere abusivamente costruite, anche a prescindere dal giudizio di responsabilità, nei confronti di persone estranee ai fatti.

La Corte di Bari pone, dunque, in evidenza il tema della posizione dei terzi in buona fede, proponendo sul punto una articolata riflessione.

Dapprima la Corte barese, con una precisa analisi dei lavori parlamentari ed una ricostruzione della sequenza di emendamenti che hanno portato alla formulazione finale dell'art. 44 co. 2 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, legittima il dubbio che l'attuale formulazione della norma abbia sopravanzato le reali in-

tenzioni di chi l'ha votata, atteso che il testo originario prevedeva che la misura della confisca potesse essere disposta soltanto unitamente alla sentenza di condanna, così che l'omissione finale dell'espressione *sentenza di condanna*, essendo priva di alcuna motivazione, sembra il risultato di un involontario stralcio in sede di riformulazione e stesura definitiva del testo poi votato.

La Corte sottolinea poi la diversità della confisca rispetto alle altre sanzioni amministrative, quali la demolizione e la riduzione in pristino, che vanno annoverate tra le misure ripristinatorie dell'interesse leso; a differenza di queste la confisca non implica l'esecuzione di attività materiali, ma produce un effetto ablativo della proprietà anche in danno dei non trasgressori, prescindendo dall'esistenza di una sentenza di condanna.

Il giudice barese pone, poi, in dubbio la natura della sanzione amministrativa pronunciata dal Giudice Penale in funzione di supplenza della p.a.: tale funzione suppletiva ha carattere di eccezionalità e presuppone che il suo esercizio sia dettagliatamente previsto dalla legge (come è dato vedere nei casi previsti dall'art. 31 commi 8-9 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380), sul presupposto verificato di uno stato di inerzia da parte della p.a.. L'art. 44 co. 2 del citato d.P.R. prevede, invece, l'intervento del Giudice Penale indipendentemente dalle iniziative poste in essere dalla p.a. e quindi prescinde da qualsiasi verifica sulla esistenza di uno stato di inerzia da parte della p.a.

La Corte barese richiama infine la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che più sopra ho commentato, riferendone l'iter argomentativo e ricordando, a ragione, che l'ordinanza della Corte Europea, ancorché costituisca pronuncia interlocutoria, rappresenta, quanto all'affermazione dei principi di diritto in essa contenuti, un punto di riferimento che non può essere ignorato e che pone la questione di una norma nazionale che costituisce infrazione dell'art. 7 CEDU⁴.

Il contrasto tra norme dello Stato e norme CEDU, per effetto del nuovo testo dell'art. 117 primo comma della Costituzione, genera una questione di legittimità costituzionale ed appartiene quindi alla competenza della Corte Costituzionale.

⁴ La Corte d'Appello di Bari nella ordinanza in esame riporta l'attenzione sul tema della tutela del terzo in buona fede e dell'affidamento da questi incolpevolmente riposto sulla legittimità del proprio acquisto, citando la sentenza della Corte Cost. del 10.1.1997 n. 1 secondo cui: *"È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27, comma 1, Cost., l'art. 301, comma 1, d. P. R. 23 gennaio 1973 n. 43 (Approvazione del l.u. delle disposizioni legislative in materia doganale), come modificato dall'art. 11 l. 30 dicembre 1991 n. 413, nella parte in cui non consente alle persone estranee al reato di provare di avere acquistato la proprietà delle cose ignorando senza colpa l'illecita immissione di esse sul mercato, in quanto - posto che dalla giurisprudenza costituzionale emerge il generale principio secondo cui deve escludersi, in ossequio al canone della personalità della responsabilità penale, che la misura della confisca obbligatoria possa investire la cosa appartenente al terzo estraneo al reato di contrabbando, quando questo dimostri di esserne divenuto proprietario senza violare alcun obbligo di diligenza, e quindi in buona fede - se gli interessi dello Stato commessi all'esercizio della potestà tributaria possono ricevere un ambito di tutela privilegiata anche nei confronti del terzo sul piano processuale, sicché può risultare non irragionevole una delega al vigente principio secondo il quale la buona fede è generalmente presunta in materia di acquisti di beni mobili -, tuttavia la posizione del terzo, che abbia compiuto il suo acquisto in buona fede e senza che esistessero elementi idonei a far sorgere sospetti circa la provenienza (illecita) del bene, deve ritenersi protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, il quale comporta necessariamente - risultando, altrimenti, violato il canone della personalità della responsabilità penale - che il terzo sia abilitato a dimostrare la propria buona fede dell'acquisto"*.

Ulteriori provvedimenti dal Giudice di legittimità (art. 3 Cost.) al principio della personalità della responsabilità penale, ultimi soltanto sul presupposto che i terzi estranei alla confisca sono insuscettibili di

5. Gli interventi

La Suprema Corte di Cassazione, con l'ordinanza della Corte Costituzionale pronunciata il 26.6.2001 n. 37472 del 26.6.2001, quest'ultimo,

5.1 Con la sentenza del 2001 il proprio orientamento costituzionale proferito in materia di espropriazioni poste a

Il primo profilo del contrasto del comma 2-27-111 CEDU (nulla poenitentia) sviluppati e commentata, il giudice europeo, pur affermando la sussistenza di un diritto di ricevitibilità del terzo in materia di espropriazione della

Per altro verso, la pena di cui agli artt. 1 e 2 della Convenzione di Ginevra del 1948, ratificate dagli ordinamenti, l'art. 7 CEDU va al di là

Il secondo profilo del contrasto della norma 1 della Costituzione (principio di eguaglianza) impone la costituzionalità ed all'art. 117 primo comma Cost. il diritto del cittadino di ricorrere alla tutela del pubblico ministero manifesta infonda

Ulteriori profili di illegittimità costituzionale della norma in esame sono rilevati dal Giudice di Bari in relazione alla violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), del principio della riserva penale (art. 25 Cost.), del principio della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.), e per questi ultimi soltanto si è disposta la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, sul presupposto che l'ordine di confisca previsto dalla legge e la sua estensione a terzi estranei al reato abbiano carattere assoluto ed inderogabile e siano quindi insuscettibili di rettifica interpretativa.

5. Gli interventi "successivi" della Suprema Corte

La Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi ulteriormente, dopo l'ordinanza della Corte Europea e l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale pronunciata dalla Corte d'Appello di Bari, dapprima con sentenza n. 37472 del 26.6.2008 e poi con sentenza n. 47741 del 24.10.2008, provvedimento, quest'ultimo, nel quale si registra l'evoluzione di alcune posizioni.

5.1 Con la sentenza n. 37472 del 26.6.2008 la Corte di legittimità ha ribadito il proprio orientamento, prendendo posizione sulle eccezioni di illegittimità costituzionale proposte dalle parti e così esaminando la portata delle argomentazioni poste a supporto dell'ordinanza emessa dalla Corte Europea.

Il primo profilo di incostituzionalità esaminato dalla Corte è quello fondato sul contrasto della norma in questione (art. 44 comma 2) con gli artt. 3-25 comma 2-27-111 e 117 comma 1 della Costituzione, in relazione all'art. 7 CEDU (*nulla poena sine lege*). Trattandosi di eccezione fondata sugli argomenti sviluppati dalla Corte Europea nella decisione del 30.8.2008 sopra commentata, il giudice di legittimità ha preliminarmente osservato che la Corte Europea, pur affermando che la confisca ha natura penale, non ha però affermato la sussistenza di una infrazione dell'art. 7 CEDU, limitandosi alla dichiarazione di ricevibilità del ricorso. Da ciò la mancanza di una questione di legittimità costituzionale, difettando l'accertamento dell'esistenza di un contrasto tra la disposizione della norma nazionale ed il diritto garantito dalla CEDU.

Per altro verso la Corte ha evidenziato che la nozione di reato e, quindi, di pena di cui agli artt. 6-7 CEDU sono nozioni autonomamente definite dagli organi della Convenzione e sopravanzano di gran lunga le nozioni equivalenti utilizzate dagli ordinamenti nazionali: ne consegue che l'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU va al di là della nozione di pena definita dal nostro ordinamento.

Il secondo profilo di incostituzionalità, esaminato dalla Corte, è fondato sul contrasto della norma in esame con gli artt. 3-25 comma 2-27-111 e 117 comma 1 della Costituzione, in relazione all'art. 5 del Trattato della Comunità Europea (principio di sussidiarietà e di proporzionalità), laddove la norma nazionale impone la confisca anche per quelle parti di terreno non interessate al frazionamento ed alla lottizzazione abusiva, ponendo in essere una restrizione del diritto del cittadino non proporzionata rispetto a quanto strettamente necessario alla tutela del pubblico interesse. Sul punto la Corte di Cassazione ha rilevato la manifesta infondatezza della questione, tenuto conto che la confisca può avere

quale oggetto soltanto aree rientranti nel generale progetto di lottizzazione, ancorché non interessate ad attività edificatoria.

Il terzo profilo di incostituzionalità, esaminato dalla Corte, è fondato sul contrasto della norma in esame con l'art. 42 della Costituzione, in relazione all'art. 6 CEDU (diritto ad un equo processo) e all'art. 1 del Protocollo n. 1 (protezione della proprietà). La Corte ha ritenuto che nel contrasto tra l'interesse collettivo e l'interesse privato debba prevalere il primo, così che la privazione della proprietà in danno al cittadino è giustificata dalla pubblica utilità. Resterebbero da esaminare le questioni inerenti la illegalità della misura ed il suo carattere sproporzionato, sulle quali però la Corte Europea non si è ancora pronunciata, pur riconoscendone la non manifesta infondatezza: in tale attesa la nostra Corte di legittimità non ha visto motivi per discostarsi dal precedente orientamento ed ha dichiarato la manifesta infondatezza della proposta questione.

Risulta evidente che la Corte di Cassazione con la pronuncia sopra esaminata si è limitata ad arroccarsi sulle precedenti posizioni, pur dando atto della progressiva affermazione di opinioni del tutto differenti dalle proprie; è ben vero che l'ordinanza della Corte Europea non può configurarsi come una pronuncia che accerta l'infrazione dell'art. 7 CEDU, ma è palese che quell'ordinanza ha affermato un principio di diritto (quindi nulla di interlocutorio), che accerta la natura penale della confisca e quindi la sua soggezione alla disciplina dell'art. 7 CEDU, per effetto della quale *"nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituisce reato secondo il diritto interno o internazionale..."*.

A fronte di tale affermazione di principio, la nostra Corte ha conservato le posizioni, rifiutando di porre in discussione un orientamento giurisprudenziale da più parti confutato e restando nell'attesa che altra Corte (quella sopranazionale) affermi in via definitiva il principio di diritto cui attenersi.

5.2 Con la successiva sentenza n. 47741 del 24.10.2008 la nostra Corte di legittimità, sollecitata ancora una volta a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'art. 44 comma 2 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, ha iniziato a discostarsi dal precedente orientamento, giungendo a conclusioni diverse, con particolare riferimento alla posizione dei terzi acquirenti in buona fede.

La Corte prende le mosse dalla considerazione che un'applicazione indiscriminata della confisca, che vada a colpire anche soggetti estranei alla commissione del reato, che siano divenuti proprietari in buona fede dell'immobile, susciterebbe dubbi di legittimità costituzionale. Dopo tale considerazione preliminare, la Corte da atto della pronuncia resa dalla Corte Europea ed osserva che in ogni caso l'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU appare più esteso di quello corrispondente alla nozione di "sanzione penale" secondo il diritto interno, atteso che l'art. 7 CEDU ricomprende anche norme e misure "intrinsecamente penali".

Aperta così la strada ad una futura argomentazione che consenta di mantenere viva la tesi della misura amministrativa, senza collidere con la attesa pronuncia nel merito da parte della Corte Europea (sul presupposto che anche la sanzione amministrativa della confisca urbanistica potrebbe essere considerata una misura "intrinsecamente penale" ai sensi dell'art. 7 CEDU), la Corte di legittimità ha ribadito il proprio indirizzo interpretativo secondo cui la confisca costituisce

sanzione ammira
principi generali
particolare i prin
campo delle san
sponsabilità oggi
spondenti ai nec
che l'elemento p
me, dunque, por
che la misura ab
giustificata sulla
guardia del territ

La compres
sanzionatorie (c
di misure di nat
interesse genera
sponsione di mit

La Corte os
terzo incolpevol
blico interesse, l
zione del princip
nale CEDU, che

La Corte cc
timità costituzio
380 è suscettibi
possibile esclud
appartenenti a sc
la buona fede.

A conclusio
risprudenziale di
gittimità va fati
rente in buona fe
masto estraneo.
dalla Corte Eurc
della stessa Cort

⁵ Gli artt. 2 e 3

*Non può essere
fatto, non aveva com
capacità di intendere
da lui preordinato.*

*Fuori dei casi
era tenuto alla sorveg*

*Nelle violazioni
propria azione od om
Nel caso in cui
do l'errore non è dett*

sanzione amministrativa, ma ha altresì richiamato la necessità di tener conto dei principi generali che regolano l'applicazione delle sanzioni amministrative ed in particolare i principi dettati dagli artt. 2 e 3 della L. 24.11.1981 n. 689⁵; anche nel campo delle sanzioni amministrative non trovano collocazione criteri di mera responsabilità oggettiva ed è indispensabile che esse siano rapportate a condotte rispondenti ai necessari requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente e che l'elemento psicologico consista, quantomeno nella colpa. La pronuncia in esame, dunque, ponendosi in aperto contrasto con la precedente giurisprudenza, nega che la misura ablatoria della confisca nei confronti di terzi incolpevoli possa essere giustificata sulla affermazione di prevalenza dell'interesse collettivo alla salvaguardia del territorio, con la conseguente compressione del diritto di proprietà.

La compressione del diritto di proprietà è giustificata in presenza di misure sanzionatorie (che presuppongono almeno la colpa dell'agente anche nel caso di misure di natura amministrativa), oppure in presenza di prevalenti ragioni di interesse generale, nel qual caso detta compressione si accompagna alla correzione di misure indennitarie in favore del cittadino che ne risulti colpito.

La Corte osserva che ove la misura ablatoria della confisca in danno del terzo incolpevole fosse giustificata soltanto sulla base della prevalenza del pubblico interesse, l'assenza di un intervento indennitario configurerebbe la violazione del principio di proporzionalità sancito dall'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU, che sancisce il diritto di ogni persona al rispetto dei suoi beni.

La Corte conclude dichiarando la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale, assumendo che l'art. 44 comma 2 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 è suscettibile di interpretazione costituzionalmente compatibile, giacché è possibile escludere che la norma consenta di procedere alla confisca dei beni appartenenti a soggetti estranei alla commissione del reato e di cui sia accertata la buona fede.

A conclusione di questa, pur sommaria, ricostruzione della evoluzione giurisprudenziale di questi ultimi mesi, resta da osservare che la nostra Corte di legittimità va faticosamente giungendo a valutazioni che tengono il terzo acquirente in buona fede al sicuro rispetto all'esito di procedimenti penali cui sia rimasto estraneo. Si tratta di un risultato, non ancora consolidato, che è provocato dalla Corte Europea e che attende, per la sua conferma, la pronuncia definitiva della stessa Corte.

⁵ Gli artt. 2 e 3 della L. 24.11.1981 n. 689 così recitano:

Art. 2

Capacità di intendere e di volere.

Non può essere assoggettato a sanzione amministrativa, chi al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i diciotto anni o non aveva, in base ai criteri indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere, salvo che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa o sia stato da lui preordinato.

Fuori dei casi previsti dall'ultima parte del precedente comma, della violazione risponde chi era tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.

Art. 3

Elemento soggettivo.

Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.

Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa.

Ben venga il nuovo diritto comune ad armonizzare gli ordinamenti nazionali, ma stupisce che nulla abbia potuto, nel caso di specie, il principio generale della tutela dell'affidamento del cittadino, laddove questo abbia confidato nell'altrettanto generale principio che impone di presumere la legittimità dell'atto amministrativo ed in conseguenza di ciò abbia acquistato la proprietà di beni immobili edificati confidando sulla legittimità di permessi rilasciati dalla p.a. e successivamente caducati.

Paradossalmente si è chiesto al cittadino di farsi parte diligente e di diffidare della legittimità degli atti provenienti dalla p.a. (anziché presumere la loro legittimità), onde evitare l'acquisto di beni "oggettivamente illeciti" dichiarati tali a posteriori dal Giudice penale⁶. Non è valso ad escludere la sua "colpevole" inconsapevolezza il fatto che abbia acquistato, avanti a notaio, un bene assolutamente commerciabile, perché dotato dei permessi rilasciati dalla p.a.: anche questo cittadino è travolto dallo tsunami del processo penale, al punto che il Giudice può emettere una sanzione (amministrativa) a suo carico, privandolo della proprietà, senza contraddittorio e senza condanna e trasferendo la stessa a quella p.a. che ha posto in essere gli atti amministrativi sui quali ha confidato.

Ho la convinzione che il nostro ordinamento consenta di porre in essere autonomi rimedi a tale paradossale situazione: attendiamo comunque la definitiva pronuncia della Corte Europea.

⁶ Sul punto vedi Cass. Sez. III n. 37472 del 26.6.2008 secondo la quale: "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".

Questa se
Convenzione.

SENTEN

La Corte
composta da:

F. Tulken

I. Cabral J

V. Zagreb

D. Jočieni

D. Popovi

A. Sajó,

I. Karakaş

e da S. Dc

Dopo ave
sentenza segue

PROCED

1. All'orig
pubblica Italian
renti"), tutte di
all'articolo 34
bertà Fondame
prima ricorrent

2. Le ricor
geli e Pasquale
sentato dal suo

3. Le ricor
stinatarie é inco
tocollo n°1 dell

4. Con dec
mente irricevibi
del ricorso.

5. Tanto le
to della causa (

IN FATTO

I. LE CIRCO

6. Le ricor
zioni e dei terre