

LA CORTE DI STRASBURGO SUGLI “ECOMOSTRI” DI PUNTA PEROTTI Il diritto penale a nozione estesa nel sistema di tutele CEDU

La Corte Europei dei Diritti dell’Uomo di Strasburgo, con la sentenza della Grande Camera 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, ha affermato l’illegittimità convenzionale del provvedimento di confisca delle costruzioni di Punta Perotti, inflitto dalla Corte di Cassazione, in parallelo ad una sentenza definitiva di assoluzione degli autori della lottizzazione illecita.

Si noti che, sulla medesima vicenda, la Corte era già intervenuta con la sentenza della Sezione Seconda 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*.

Si intende qui ripercorrere i passaggi salienti della sentenza, avente ad oggetto le violazioni (tra le altre) dell’art. 7 della Convenzione (*nullum crimen sine lege* e, quale suo corollario, *nulla poena sine lege*), nonché dell’art. 1 del Prot. Add. n. 1 (sul diritto di proprietà).

In esordio, la Corte EDU conferma il proprio costante orientamento, secondo il quale la nozione di diritto penale ai fini delle tutele della CEDU non può coincidere con quella di diritto penale degli Stati contraenti: altrimenti, questi ultimi potrebbero decidere se e quando la Corte di Strasburgo può intervenire, con la semplice affermazione o negazione del carattere penale delle proprie normative interne (parr. 216-217).

Si possono qui ricordare i cd. criteri Engel (così chiamati perché inaugurati con la sent. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*), i quali offrono le coordinate per discernere la nozione di diritto penale ai fini delle garanzie convenzionali:

- 1) ciò che è diritto penale nazionale diventa perciò solo diritto penale nel sistema CEDU;
- 2) ciò che il diritto interno non ha considerato sanzione penale potrebbe diventarlo ai fini delle garanzie convenzionali;
- 3) il carattere penale di una sanzione nell’ambito del sistema CEDU si può dedurre dalla severità della pena, anche in astratto, qualora essa risulti particolarmente afflittiva quanto a natura, durata o modalità di esecuzione.

Conoscere questi criteri è fondamentale per evitare l’errore, secondo il quale la qualifica di sanzione amministrativa, da parte del diritto italiano, metta al riparo le Pubbliche Amministrazioni dalle garanzie di diritto CEDU in materia penalistica.

La Corte, peraltro, ricorda come nel caso di specie, non vi sarebbe nemmeno bisogno di spendere la nozione convenzionale di diritto penale, poiché è la stessa legge italiana a disciplinare la confisca come una delle “sanzioni penali”: così infatti è rubricato l’art. 44 T.U. Edilizia (d.P.R. 380/2001). La difesa del Governo italiano, peraltro, era stata improntata su un presunto *lapsus calami* del redattore del testo legislativo, nel passaggio tra la l. n. 47/1985 (ed i suoi artt. 19 e 20, aventi il primo per oggetto la confisca disposta da un’autorità giudiziaria, ed il secondo la pena per il reato di lottizzazione abusiva), e il T.U. Edilizia (par. 193).

La tesi del Governo era argomentata con tale struttura (par. 197 ss.):

- a) la confisca di per sé non è ricollegata necessariamente ad un reato (prova ne sarebbe l’art. 31, c. 8 T.U.);
- b) considerato che l’istituto della confisca non potrebbe, di rigore, cambiare la propria natura (penale ovvero amministrativa), a seconda dell’organo che la dispone, la stessa non potrebbe essere qualificata come sanzione penale solo perché adottata da un giudice penale;
- c) lo scopo della confisca non sarebbe punitivo, ma preventivo: mirerebbe infatti solamente a rimuovere gli effetti della lottizzazione abusiva;
- d) il grado di severità della confisca non può fondarsi sulle valutazioni di tipo economico dei privati, ma deve essere valutata in base alle norme di legge;

e) la rubricazione dell'art. 44 è inconferente, ai fini della decisione (in quella che è essenzialmente una riedizione del brocardo latino *rubrica legis non est lex*).

In primo luogo, la Corte ribadisce i principi che hanno fondato le sue due precedenti decisioni (*Sud Fondi S.r.l. e Varvara*), ossia (par. 212):

- la confisca è legata ad un reato previsto da norme generali;
- la sussistenza di una lottizzazione materiale illegale era stata confermata dai tribunali penali;
- la *ratio* dell'art. 19 l. n. 47/1985 è deterrente;
- il T.U. Edilizia qualifica la confisca tra le sanzioni penali;
- infine, la severità della sanzione della confisca.

La Corte Europea, quindi, non ha potuto non rilevare come l'art. 44 cit. sia sempre stato affidato alla disciplina della giurisdizione penale – e comunque, se davvero di *lapsus calami* si è trattato, il medesimo non è stato corretto negli ultimi diciassette anni (par. 220).

Conclude pertanto affermando che la confisca delle lottizzazioni abusive è da considerare una “pena” ai sensi dell'art. 7 CEDU, che pone il principio del *nulla poena sine lege* (par. 221).

Nel prosieguo, la Corte esplicita ulteriormente i tre caratteri – già esposti nel caso *Sud Fondi*, *supra* ricordato (par. 222) – che rendono la confisca una “pena” ai fini delle garanzie CEDU:

1. la dissuasività, o carattere punitivo, circostanze riconosciute sia dalla Corte di Cassazione che dal Governo italiani (par. 223);

2. l'incidenza sull'art. 1 del Prot. Add. n. 1 alla CEDU, in tema di tutela del diritto di proprietà. In altre parole, come riconosciuto dal Governo italiano, la confisca assume carattere punitivo, sotto forma di ablazione dei possedimenti, comminata a chi sia responsabile di trasformazioni illecite del territorio (par. 224);

3. l'obbligatorietà, ovvero il fatto che la sua pronuncia non richiede la prova di un pregiudizio reale o di un rischio concreto per l'ambiente. Infatti, essa potrebbe essere statuita anche avverso persone che non abbiano commesso alcuna attività concreta di trasformazione del territorio (par. 225).

La Corte precisa poi che la confisca ha assunto un carattere particolarmente pesante e invasivo, poiché si applica: sia ai terreni ove sorge l'abuso; sia a quelli dove è stata dimostrata la semplice intenzione, da parte dei proprietari, di costruire, oppure dove si era realizzato un cambio di destinazione degli immobili; sia a tutti gli altri terreni, facenti parte del medesimo sito; il tutto, senza indennizzo (par. 227).

Più oltre, affronta la tematica che più da vicino investe il legame tra giurisdizione penale e Pubblica Amministrazione, ai fini della repressione delle violazioni delle norme urbanistiche.

Alla Corte viene sottoposta la tesi secondo cui non si potrebbe parlare di “pena” per la confisca *de qua*, perché la Corte di Cassazione avrebbe agito al posto dell'Amministrazione (par. 229). Sembra che il Governo volesse assumere a difesa i confini prettamente italiani tra diritto amministrativo e diritto penale – approccio radicalmente sbagliato, in sede sovranazionale.

La CEDU, però, non si limita a ribadire che il diritto penale convenzionale ha confini molto più sfumati di quello nazionale. Essa ricorda che perfino la giurisprudenza italiana è divisa, sul fatto che il giudice penale reprima “in via amministrativa” una lottizzazione avvenuta in mancanza o in violazione di un titolo autorizzatorio (par. 230).

Parte della giurisprudenza, infatti, ritiene che in caso di lottizzazione illecita materiale formale o giuridica, il giudice penale “*svolg[a] un ruolo di supplenza*” rispetto al potere di confisca dell'Amministrazione: cfr. sent. Cass., 42741/2008; sent. Cass., 5857/2011; ord. Cass., 24877/2014 (par. 125).

Secondo un altro orientamento, invece, la confisca di cui all'art. 44 T.U. edilizia costituisce un autonomo potere sanzionatorio del giudice penale, che non si sostituisce all'Amministrazione: cfr. sentt. Cass., 37274/2008 e 34881/2010. Ciò è suffragato dal caso di lottizzazione illecita materiale sostanziale, dove esiste un provvedimento amministrativo di natura autorizzatoria, il quale però si pone in contrasto con le leggi regionali o nazionali: in tale caso, il giudice penale valuta solo la sussistenza o meno del reato urbanistico, senza inficiare la validità dell'autorizzazione, cfr. sentt. Cass., 37274/2008 e 36366/2015 (parr. 126-127 e 231).

Per di più, se la condanna penale passa in giudicato, la confisca non può più essere revocata, nemmeno in caso di sanatoria a posteriori della lottizzazione illecita da parte della Pubblica Amministrazione (par. 230).

La Corte ne conclude ancora che, anche se la confisca da parte del giudice penale italiano non è stata sottoposta al diritto processuale penale *ex art. 6 CEDU*, essa deve essere comunque qualificata come "pena" ai sensi dell'art. 7 CEDU (par. 233).

Alla luce di questo, è da stigmatizzare che la confisca sia stata pronunciata dalla Corte di Cassazione in parallelo ad una sentenza di assoluzione dalla responsabilità penale, nonché in parallelo all'accertata inesistenza dell'elemento soggettivo in capo ai destinatari della confisca. Le garanzie CEDU, invece, prevedono la sussistenza di un certo grado di prevedibilità della sanzione, nonché la presenza dell'elemento volitivo: "*élément moral*" e "*lien intellectuel*" nella versione francese (parr. 241 ss.).

La vicenda odierna, poi, presenta un elemento di complicazione: le terre confiscate erano formalmente in proprietà di alcune società, ma le condotte illecite di cui ha conosciuto la Corte di Cassazione erano state evidentemente commesse da persone fisiche (par. 272).

Ne deriva che tutte le società, avessero o meno azionisti o membri del Consiglio di Amministrazione condannati per i reati che hanno portato alla misura della confisca, in forza del principio per cui *societas delinquere non potest* (vigente all'epoca delle condanne) devono qualificarsi come soggetti terzi rispetto ai condannati. Considerato che la responsabilità penale è personale e non è trasferibile, di converso non può prevedersi la confisca nei confronti delle società terze.

Per Gironda, unica persona fisica parte del giudizio avanti alla CEDU, la confisca potrebbe invece essere convalidata, stante il fatto che era stato ritenuto penalmente responsabile, ma poi prosciolto per avvenuta prescrizione del reato.

Il passaggio più interessante si ha quando la Corte indaga il rispetto, da parte della confisca *de qua*, del principio di proporzionalità. Il tema, per l'importanza che riveste, merita una citazione integrale: «301. *Al fine di valutare il carattere proporzionale della confisca, possono essere presi in considerazione i seguenti elementi: la possibilità di adottare delle misure meno incisive, come la demolizione delle opere difformi dalle norme in materia o la caducazione del progetto di lottizzazione; il carattere indeterminato della sanzione, stante il fatto che essa può includere indifferentemente delle zone edificate e non edificate, così come delle zone appartenenti a terzi; il grado di colpevolezza o negligenza dei ricorrenti o, almeno, il rapporto tra la loro condotta e la violazione per cui è causa.*

302. *In più, è bene non dimenticare l'importanza degli oneri procedurali ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1. Infatti, la Corte ha più volte rilevato che, nonostante il silenzio dell'art. 1 del Protocollo n. 1 in materia di oneri procedurali, un procedimento giudiziario che investì il diritto al rispetto della proprietà privata deve anche offrire alla persona coinvolta un'occasione adeguata di esporre le proprie ragioni alle autorità competenti, al fine di contestare con effettività le misure che possono minare i diritti garantiti da questa norma (Sovtransavto Holding c. Ucraina, n. 48553/99, § 96, CEDH 2002-VII, Capital Bank AD c. Bulgaria, n. 49429/99, § 134, CEDH 2005-XII (extraits), Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo [GC], no 73049/01, § 83, CEDH 2007-I, J.A. Pye*

(Oxford) Ltd e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito [GC], n. 44302/02, § 57, CEDH 2007-III, Zafranias c. Grecia, n. 4056/08, § 36, 4 ottobre 2011, e Giavi c. Grecia, n. 25816/09, § 44, 3 ottobre 2013 ; si vedano anche, mutatis mutandis, Al-Nashif c. Bulgaria, n. 50963/99, § 123, 20 giugno 2002, e Grande Stevens e altri, cit., § 188). Un'incisione dei diritti previsti dall'art. 1 del Protocollo n. 1 non può essere legittima in assenza del contraddittorio e in violazione del principio di parità delle armi, che permetta di discutere gli aspetti rilevanti per l'esito della causa. Per assicurare il rispetto di questa condizione, si possono ponderare le regole procedurali applicabili in via generale (si vedano, ex multis, AGOSI, cit., § 55, Hentrich c. Francia, § 49, 22 settembre 1994, serie A n. 296-A, Jokela c. Finlandia, n. 28856/95, § 45, CEDH 2002-IV, Gáll c. Ungheria, n. 49570/11, § 63, 25 giugno 2013, et Sociedad Anónima del Ucieza c. Spagna, n. 38963/08, § 74, 4 novembre 2014).

303. *La comminazione automatica della confisca in caso di lottizzazione illecita prevista – salvo che per i terzi di buona fede – dalla legge italiana, contrasta con questi principi, nella misura in cui non permette al giudice di valutare quali sono gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di effettuare un bilanciamento tra le esigenze di legittimità sottese e i diritti degli interessati incisi dalla prefata sanzione. Inoltre, poiché le società ricorrenti non sono state parti dei processi, esse non hanno approfittato di alcuna delle garanzie processuali esposte al precedente paragrafo 302»¹.*

In conclusione, si offre questa considerazione. Se è vero che la confisca può essere comminata sia dal giudice penale sia dalla Pubblica amministrazione; e se è vero che la Corte EDU ha ritenuto questa misura di afflittività tale da meritare la qualifica di “pena” ai sensi delle garanzie convenzionali; se ne può concludere che il rispetto del principio di proporzionalità, come sviscerato dai paragrafi sopra citati integralmente, sarà verosimilmente chiesto anche all'Amministrazione. Quest'ultima, quindi, qualora si determini per la confisca di un area abusivamente lottizzata, dovrà

¹ Il testo ufficiale in lingua francese recita così: «301. Afin d'apprécier le caractère proportionné de la confiscation, les éléments suivants peuvent être pris en compte : la possibilité d'adopter des mesures moins contraignantes, telles que la démolition des ouvrages non conformes aux dispositions pertinentes ou l'annulation du projet de lotissement ; le caractère illimité de la sanction résultant du fait qu'elle peut inclure indifféremment des zones bâties et non bâties et même des zones appartenant à des tiers ; le degré de faute ou d'imprudence des requérants ou, à tout le moins, le rapport entre leur conduite et l'infraction litigieuse.

302. En outre, il convient de ne pas négliger l'importance des obligations procédurales au titre de l'article 1 du Protocole no 1. Ainsi, la Cour a maintes fois relevé que, nonobstant le silence de l'article 1 du Protocole no 1 en matière d'exigences procédurales, une procédure judiciaire afférente au droit au respect des biens doit aussi offrir à la personne concernée une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes afin de contester effectivement les mesures portant atteinte aux droits garantis par cette disposition (Sovtransavto Holding c. Ukraine, no 48553/99, § 96, CEDH 2002-VII, Capital Bank AD c. Bulgarie, no 49429/99, § 134, CEDH 2005-XII (extraits), Anheuser-Busch Inc. c. Portugal [GC], no 73049/01, § 83, CEDH 2007-I, J.A. Pye (Oxford) Ltd et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni [GC], no 44302/02, § 57, CEDH 2007-III, Zafranias c. Grèce, no 4056/08, § 36, 4 octobre 2011, et Giavi c. Grèce, no 25816/09, § 44, 3 octobre 2013 ; voir également, mutatis mutandis, Al-Nashif c. Bulgarie, no 50963/99, § 123, 20 juin 2002, et Grande Stevens et autres, précitée, § 188). Une ingérence dans les droits prévus par l'article 1 du Protocole no 1 ne peut ainsi avoir de légitimité en l'absence d'un débat contradictoire et respectueux du principe de l'égalité des armes, qui permette de discuter des aspects présentant de l'importance pour l'issue de la cause. Pour s'assurer du respect de cette condition, il y a lieu de considérer les procédures applicables d'un point de vue général (voir, parmi d'autres, AGOSI, précitée, § 55, Hentrich c. France, § 49, 22 septembre 1994, , série A no 296-A, Jokela c. Finlande, no 28856/95, § 45, CEDH 2002-IV, Gáll c. Hongrie, no 49570/11, § 63, 25 juin 2013, et Sociedad Anónima del Ucieza c. Espagne, no 38963/08, § 74, 4 novembre 2014).

303. L'application automatique de la confiscation en cas de lotissement illicite prévue – sauf pour les tiers de bonne foi – par la loi italienne s'accorde mal avec ces principes dans la mesure où elle ne permet pas au juge d'évaluer quels sont les instruments les plus adaptés aux circonstances spécifiques de l'espèce et, plus généralement, d'effectuer une mise en balance entre le but légitime sous-jacent et les droits des intéressés touchés par ladite sanction. De plus, les sociétés requérantes n'ayant pas été parties aux procédures litigieuses, elles n'ont profité d'aucune des garanties procédurales visées au paragraphe 302 ci-dessus».

Sia perdonato ciò che risulti lost in translation.

garantire una partecipazione del privato al procedimento amministrativo, tale da poter essere paragonata al diritto al contraddittorio penalistico.

Vicenza, 24 luglio 2018

Dott. Alberto Antico

dott.sa Alessandra Piola

Per www.italiaius.it