

## **E' davvero segnato il destino della confisca per lottizzazione abusiva dopo le sentenze CEDU Sud Fondi e Varvara?**

**Per una riduzione a convenzionalità della misura ablatoria ex art.44 DPR 380 del 2001<sup>1</sup>.**

Dopo che le due sentenze Sud Fondi<sup>2</sup> e Varvara<sup>3</sup> hanno per diversi aspetti constatato la difformità della confisca per lottizzazione abusiva prevista prima dall'art.19 l.47 del 1985 e poi

---

<sup>1</sup> Testo, con l'aggiunta di note, dell'intervento all'incontro di formazione della Scuola Superiore della Magistratura – Struttura didattica territoriale – Distretto di Corte d'Appello di Bari, su *“Il sistema penale italiano sotto la lente dell'Europa. Panoramica e focus”*, Bari, 24 gennaio 2014.

<sup>2</sup> La prima sentenza Sud Fondi contro Italia, quella del 30 agosto, rinvenibile in una traduzione non ufficiale in <http://www.osservatoriocedu.eu/Database/Decisioni/Sud%20Fondi%20c%20Italia%20dec.pdf>, ha statuito la natura penale della confisca un tempo delineata dall'art.19 l.47 del 195 e oggi dall'art.44 DPR 380 del 2001 e ha quindi concluso per la ricevibilità della questione sollevata dal ricorrente. La seconda sentenza Sud Fondi contro Italia, quella del 20 gennaio 2009, rinvenibile in una traduzione non ufficiale in [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_20\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_20&contentId=SDU146792](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?previousPage=mg_1_20&contentId=SDU146792), ha concluso per la violazione dell'art.7 CEDU là dove tale sanzione, così come ricostruita dalla giurisprudenza interna, poteva trovare applicazione nei confronti di soggetti rispetto ai quali non si riscontrava alcun coefficiente di colpevolezza rispetto al reato, neppure in termini di colpa. In detta decisione si è inoltre dichiarata tale confisca contrastante con l'art.1 Prot. n.1 della Convenzione EDU, disposizione a protezione del diritto di proprietà, giacché tale ablazione difetta di proporzionalità, arrivando a colpire anche i terreni facenti parte della lottizzazione ma non edificati (nel caso di specie i suoli non edificati erano pari all'85% dei terreni confiscati). Su tali decisioni cfr. A. Balsamo, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. pen.* 2008, 3504 ss.; C. Angelillis, *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame di Cedu e Corte costituzionale*, in *Cass. pen.* 2008, 11, 4333 ss.; M. De Stefano, *La confisca delle lottizzazioni abusive in Italia all'esame della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (il caso Punta Perotti)*, in *I diritti dell'Uomo*, n. 3/2008, 53; F. Mazzacuva, *Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 1540 s.

<sup>3</sup> Con la sentenza Varvara contro Italia del 29 ottobre 2013 la Corte EDU ha concluso per la contrarietà all'art.7 della Convenzione dell'applicazione della confisca in caso di proscioglimento del reo per intervenuta prescrizione. Tale decisione è rinvenibile, in traduzione italiana non ufficiale, in [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_20\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_20&contentId=SDU971121](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?previousPage=mg_1_20&contentId=SDU971121). Per i primi commenti alla medesima cfr. F. Mazzacuva, *La confisca in assenza di condanna viola l'art.7 CEDU*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013; A. Dello Russo, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: tanto tuonò che piovve*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2013. Tale decisione, se dovesse passare in giudicato (cioè in caso di mancato ricorso dell'Italia alla Grande Camera della Corte alsaziana o di irricevibilità o rigetto del ricorso), comporterebbe la contrarietà all'art.7 della Convenzione EDU della fisionomia che nel diritto vivente aveva assunto la confisca ex art.44 DPR 380 del 2001 a seguito dell'elaborazione giurisprudenziale nazionale successiva alle sentenze Sud Fondi, elaborazione diretta a fornire di tale strumento sanzionatorio una struttura conforme ai principi di diritto desunti dall'art.7 CEDU. Trattasi di quell'orientamento giurisprudenziale di cui sono espressione, ad esempio *Cass. pen.*, III, 26 giugno 2008, Belloi, in *Cass. pen.*, 2009, 3069; *Cass. pen.*, III, 25 marzo 2009, Ramacca, in *Cass. pen.*, 2010, 1964, e che, ferma restando la lettura interna in termini di sanzione amministrativa della confisca in esame - dal che consegue la non applicazione integrale dello statuto normativa delle pene, e quindi la possibilità di disporre detta confisca anche in caso di prescrizione - per fornire un'esegesi convenzionalmente conforme della stessa condiziona l'applicazione della confisca per lottizzazione abusiva, tanto nei confronti dell'imputato quanto nei confronti dei terzi possessori, all'accertamento del coefficiente soggettivo della colpa in capo a costoro. Orbene, è evidente che, se tale interpretazione adeguatrice “para i colpi” inferti alla confisca ex art.44 DPR 380 2001 dalla giurisprudenza alsaziana con le sentenze Sud Fondi (che affermano che tale confisca non rispetta l'art.7 della Convenzione EDU poiché desumono da tale disposizione il principio *nulla poena sine culpa*), essa è del tutto priva di qualsiasi capacità di salvaguardia dello strumento sanzionatorio rispetto al principio di diritto estratto dall'art.7 con la sentenza Varvara: nessuna pena (quale è reputata la confisca per lottizzazione abusiva) qualora - per effetto della prescrizione - non vi sia una sentenza di condanna.

dall'art.44 DPR 380 del 2001 rispetto alle garanzie desunte dalla Convenzione EDU, e in particolare dal suo art.7<sup>4</sup>, appare ineludibile il quesito se non vi sia altro futuro per tale sanzione che quello di una declaratoria di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art.117 Cost.<sup>5</sup> o quello di una pratica ineffettività a seguito di una esegesi convenzionalmente conforme che, leggendo tale confisca in tutto e per tutto come una sanzione penale<sup>6</sup> e assoggettandola pertanto al relativo regime, l'applichi unicamente nei confronti di chi sia riconosciuto colpevole con sentenza di condanna, il che significa - visti i brevi termini prescrizionali delle contravvenzioni - non applicare mai tale misura ablatoria.

A parere dello scrivente è possibile fornire risposta negativa al quesito e conservare *in una certa misura* uno strumento sanzionatorio di indubbia potenza, giacché abbina all'efficacia investigativa degli accertamenti affidati all'AG (anziché ad autorità "meno indipendenti" rispetto agli interessi consolidati sul territorio quali usualmente sono le P.A. locali) un'efficacia temporale non limitata dai brevissimi termini prescrizionali delle contravvenzioni, in virtù di una qualificazione amministrativa di tale tipologia di confisca.

---

<sup>4</sup> Sui corollari che la giurisprudenza della Corte EDU trae da tale disposizione cfr. V. Manes, *art.7/1*, in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 258 s.

<sup>5</sup> Giacché le norme desumibili dalla Convenzione EDU nell'interpretazione fornite dal suo Giudice, la Corte EDU, sono norme interposte la cui inosservanza determina la violazione mediata dell'art.117 Cost., che fa obbligo di rispettare gli obblighi internazionali assunti dall'Italia, secondo l'insegnamento delle cc.dd. sentenze gemelle della Corte costituzionale nn.348 e 349 del 2007. Su tali capitali sentenze, rinvenibili sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), la letteratura è vastissima. Senza pretese di completezza v. M. Cartabia, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2008, 3564; R. Conti, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la corte di Strasburgo?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2010; A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sentt. nn. 348/2007 e 349/2007)*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2007; R. Dickmann, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2007; T. F. Giupponi, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2007; D. Tega, *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi*, in V. Manes – V. Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 198 s. Per i riflessi di ordine generale che tali decisioni comportano per il sistema penale cfr. i contributi di O. Di Giovine, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2012, 160 s.; ID., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2011, 1474 s. e quivi spec.1478 s., in cui si sostiene che la garanzia apprestata a livello costituzionale alle decisioni CEDU imponga di riconoscere la giurisprudenza come fonte del diritto, al pari di quanto ritenuto dalla Corte EDU; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

<sup>6</sup> Via forse consentita dal tenore letterale delle disposizioni giacché l'art.44 DPR 380 del 2001 è rubricato "sanzioni penale" e al rubrica legislativa, per quanto non vincoli l'interprete, può ben essere un ausilio per il suo operato esegetico. Del resto, fino alla svolta giurisprudenziale dei primi anni 90 del XX secolo, la Corte di Cassazione interpretava la confisca introdotta dall'art.19 l.47 del 1985 come una vera e propria sanzione penale (e quindi irrogabili esclusivamente in caso di condanna), come illustra la sentenza Sud Fondi del 2007 là dove ricostruisce l'evoluzione giurisprudenziale italiana a proposito di confisca per lottizzazione abusiva.

A parere dello scrivente vi è la possibilità di separare il “bambino” rappresentato dall’efficacia sopra tratteggiata di tale misura ablatoria dalla “acqua sporca” costituita da quegli aspetti deteriori dell’istituto nostrano che hanno più volte indotto la Corte EDU a censurarlo.

Tale “via di fuga” è percorribile enucleando, all’interno della categoria generale di confisca ex art.44 DPR 380 del 2001, reputata da Strasburgo contrastante con la Convenzione, una sottocategoria compatibile con gli standard della giurisprudenza alsaziana. Si tratta di un’operazione che non deve reputarsi estranea alle possibilità ermeneutiche del giudice italiano e, in particolar modo della Consulta, rispetto a quelle norme interposte che scaturiscono dalla giurisprudenza della Corte EDU. Infatti, i giudici italiani sono “giudici comuni della Convenzione cui compete di interpretarla ed applicarla” (così una delle c.d. sentenze gemelle, la 349 del 2007) ed al giudice delle leggi “compete di *apprezzare* la *giurisprudenza* europea *consolidatasi* in modo da *rispettarne la sostanza* ma con un *margin*e di *apprezzamento* e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico nostrano” poiché “la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente prese in considerazione nel momento in cui la Corte costituzionale è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno” (così la sent. Consulta n.236/2011<sup>7</sup>, che ha salvato disciplina italiana della legge ex -Cirielli sull’inapplicabilità dei più brevi termini di prescrizione ai p.p. pendenti in Appello e Cassazione pur dopo che sentenza Scoppola aveva ritenuto la retroattività *in mitius* tra le garanzie di cui all’articolo 7 CEDU).

Un *caveat* è importante: la Corte EDU non ha mai reputato la confisca *sic et simpliciter* una sanzione penale. Non è questo il modo di procedere del giudice alsaziano, che non opera per categorie ma casisticamente, e spesso è incoerente<sup>8</sup>. E pur tuttavia noi dobbiamo dai casi risalire

---

<sup>7</sup> Rinvenibile su [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it). Su tale decisione cfr. la disamina di F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della legge penale più favorevole*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011. In generale, nelle pronunzie del giudice delle leggi successive alle sentenze gemelle del 2007 (oltre a quella appena citata si v. sent. Corte cost. n.311/2009) si nota un’accentuazione, nell’individuazione della norma-parametro la cui violazione immediata da luogo all’inosservanza mediata dell’art.117 Cost., del riferimento ad un orientamento giurisprudenziale consolidato della Corte EDU piuttosto che del singolo precedente. Nella dottrina penalistica, mette in guardia dall’individuare quale fonte del diritto penale - in forza dell’apertura operata dalle sentenze gemelle - il singolo precedente isolato di Strasburgo in luogo di uno stabile orientamento della Corte EDU, O. Di Giovine, *Come*, cit., 167.

<sup>8</sup> Il punto è assolutamente assodato nella riflessione giuridica sulla giurisprudenza di Strasburgo. Cfr., *ex plurimis*, V. Manes, *Il giudice*, cit., 31. Anche nell’autoconsapevolezza della Corte EDU si rinviene in alcune occasioni il riconoscimento che il suo modo di procedere casistico determina talvolta l’insorgere di significative incoerenze. Cfr., in

alle norme: ce lo impongono le c.d. sentenze gemelle, una volta che hanno elevato al rango di norme interposte le decisioni della Corte di Strasburgo. Dobbiamo perciò sistematizzare: desumere dai concreti casi decisi le loro *rationes* e ricostruire così il precetto generale ed astratto, la norma<sup>9</sup>.

*In primis* va detto che la Corte di Strasburgo ha reputato conforme a Convenzione - e non le qualifica quindi come pene - le misure riparative, quelle dirette a ripristinare lo *status quo ante*. Lo si desume dalle sentenze che hanno qualificato le sanzioni tributarie irrogate nei confronti degli eredi dell'autore dell'illecito come sanzioni penali ai sensi della Convenzione e come tali contrarie ai principi della stessa nella parte in cui concretano una responsabilità penale per fatto altrui (il cui divieto è ricondotto all'art.6 comma 2 della Convenzione)<sup>10</sup>. In tali decisioni si desume la natura penale delle misure prese in considerazione dal fatto che esse non sono dirette a compensare il pregiudizio subito dal pubblico erario. Da ciò la conclusione che sarebbe stato pienamente conforme alla Convenzione richiedere agli eredi dell'autore dell'illecito la mera restituzione del maltolto; in tal caso saremmo stati in presenza di un misura riparativa, e pertanto non qualificabile come penale ai sensi della Convenzione<sup>11</sup>.

Che tale conclusione sia un punto fermo nella giurisprudenza di Strasburgo lo dice anche dalle sentenze Sud Fondi. Nella decisione capostipite del 2007, quella in tema di ricevibilità, si

---

tal senso, l'opinione dissenziente nella citata sentenza Varvara del giudice Pinto de Albuquerque, il quale rileva che l'approccio casistico della Corte di Strasburgo in tema di confisca ha dato origine ad una giurisprudenza contraddittoria ed incoerente e rinviene un'eclatante esempio di ciò nella dissonanza tra le decisioni delle Corte EDU che hanno reputato conformi a Convenzione le confische previste dalla legislazione italiana antimafia con quelle (le sentenze Sud Fondi e Varvara) che hanno reputato difforni rispetto all'art.7 della Convenzione le confische per lottizzazione abusiva, per le quali l'ordinamento italiano prevede condizioni molto più rigorose delle confische antimafia.

<sup>9</sup> Sulle insidie che l'operatore giuridico conformato agli schemi di un ordinamento di *civil law* deve evitare al fine di individuare le *rationes decidendi* di pronunzie emesse da un giudice che opera secondo la logica del *case-law*, cfr. V. Manes, *Il giudice*, cit., 32 s.

<sup>10</sup> Cfr. sentenza E.L., R.L. e J.O.L. contro Svizzera; sentenza A.P., M.P. e T.P. contro Svizzera, 29 agosto 1997. Tali decisioni sono rinvenibili, al pari di tutte le altre sentenze delle Corte EDU, in inglese e francese, le lingue ufficiali del sistema CEDU, presso il sito istituzionale della Corte all'indirizzo <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22>}. Nella presente trattazione vengono citate le riviste ed i siti italiani che hanno pubblicato (e tradotto) le sentenze cui si fa riferimento, a meno che non risulti alcuna pubblicazione di tal tipo. In questo secondo caso, il rinvio deve intendersi al sito della Corte.

<sup>11</sup> Desume dalle decisioni appena citate l'irriducibilità – per la giurisprudenza CEDU - delle misure aventi esclusiva natura compensativa alla materia penale F. Mazzacupa, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2013, 1906.

ha cura di precisare che la confisca nostrana non ha come obiettivo il risarcimento di un pregiudizio ma mira a punire e nella seconda sentenza Sud Fondi, quella pronunciata nel 2009, ancor più chiaramente si evidenzia che la confisca non ha finalità di riduzione a conformità urbanistica di quanto realizzato, giacché colpisce anche (e nella misura dell'85%) i terreni non edificati e che sarebbe stato sufficiente – a fini conformativi - la demolizione delle opere abusive e la dichiarazione di inefficacia del progetto di lottizzazione. Tali specificazioni, che costituiscono gran parte delle motivazioni della Corte EDU in tali pronunzie, sembrano quasi veicolare il messaggio che la confisca ex art.44 DPR 380 del 2001 sarebbe stata immune da censure se avesse avuto esclusivamente funzioni riparative.

*In secundis* va osservato che Corte EDU ha sempre ammesso la compatibilità a Convenzione di confische delle *res intrinsecamente pericolose o illecite*. Così per il materiale osceno, come ritenuto nella sentenza Handyside contro Regno Unito del 1976<sup>12</sup>. Ma, ed è questo un punto decisivo ai nostri fini, la confisca di *res pericolose o illecite* è stata reputata non costituente sanzione penale, e quindi convenzionalmente conforme, pure se applicata nei confronti dei terzi in buona fede. È quanto ritenuto nella sentenza AGOSI contro Regno Unito del 24 ottobre 1986, relativa a monete d'oro che avevano fatto illegalmente ingresso nel Regno Unito e che erano state confiscate pure se la società proprietaria (che era la ricorrente presso la Corte EDU) era in buona fede<sup>13</sup>. Ed è quanto opinato nella sentenza Air Canada contro Regno Unito del 5 maggio 1995<sup>14</sup>, decisione relativa alla confisca di un aeromobile usato per trasportare droga, aereo che venne restituito alla società proprietaria in buona fede, dopo esser stato sottoposto a sequestro, solo dietro pagamento di una somma di denaro. In tali pronunzie si esclude che si sia in presenza di una sanzione penale poiché le misure reali prese in considerazione sono caratterizzate da una funzione preventiva.

---

<sup>12</sup> Sentenza Handyside contro Regno Unito, 7 dicembre 1976, in *Foro it.*, 1977, IV, 113.

<sup>13</sup> Su tale pronunzia cfr. E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 168.

<sup>14</sup> Pubblicata in *Riv. Int. diritti dell'uomo*, 1997, 153.

Perché, a parità di effetti ablatori, in Agosi ed in Air Canada si è deciso difformemente che in Sud Fondi in punto di qualificazione penale della confisca?<sup>15</sup> Quale è la differente *ratio*, da cui desumere la differente norma interposta ex art.117 Cost.?

Per rispondere a tale quesito bisogna concentrare l'attenzione su quello che è il discrimine tra misure penali e sanzioni non penali nella elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU. Dopo una prima lunga fase di elaborazione giurisprudenziale in cui erano compresenti vari criteri non coordinati tra loro e che apparivano in maniera intermittente nella decisioni (indici sintomatici della natura penale di una sanzione erano di volta in volta la gravità della sanzione, la sua convertibilità in misure restrittive della libertà personale, la portata generale dei divieti e la tipologia degli interessi tutelati)<sup>16</sup> in modo da determinare indirizzi quanto mai ondivaghi, ormai da tre lustri la Corte ha elaborato un criterio abbastanza preciso: trattasi del binomio concettuale repressione/prevenzione. Se nella misura presa in esame spiccano finalità repressive la sanzione viene considerata penale ai sensi degli artt.6 e 7 della Convenzione EDU; se dominano scopi preventivi, essa non viene reputata penale.

A proposito della terminologia adoperata della Corte EDU è però importante una precisazione al fine di evitare confusioni concettuali con le funzioni preventive assegnate al sistema penale in letteratura. Per la terminologia della Corte EDU le finalità punitive o repressive sono quelle che transitano per la sofferenza consapevole del reo e che quindi si impernano sull'intimidazione e sull'efficacia deterrente della sanzione per conseguire l'osservanza delle norme: la repressione per la Corte EDU è ciò che corrisponde alla prevenzione generale e speciale negativa per la dottrina penalistica<sup>17</sup>. Ciò spiega per quali ragioni sono state talvolta classificate come penali talune sanzioni disciplinari<sup>18</sup> o la sanzione dell'ammenda<sup>19</sup>. Di contro, finalità preventive sono quelle che non transitano per l'intimidazione del reo ma si impernano sulle caratteristiche

---

<sup>15</sup> Ai fini della qualificazione della confisca urbanistica come sanzione penale decisiva è soltanto la sentenza Sud Fondi del 2007, quella del 2007. Unicamente in essa si dispiegano con un certa ampiezza le argomentazioni che hanno indotto la Corte di Strasburgo a riconoscere la natura di pena alla confisca ex art.44 DPR 380 del 2001. Nella seconda sentenza Sud Fondi e nella sentenza Varvara ci si limita ad un breve rinvio di un rigo, sul punto, a quanto già affermato nella prima Sud Fondi.

<sup>16</sup> Su tale stadio evolutivo della giurisprudenza alsaziana cfr. F. Mazzacuva, *La materia penale*, cit., 1901.

<sup>17</sup> In tal senso l'analisi condotta da F. Mazzacuva, *La materia penale*, cit., 1905 s.

<sup>18</sup> Sull'ondivaga giurisprudenza CEDU in tema di illeciti disciplinari cfr. E. Nicosia, *Convenzione*, cit., 44 s.

<sup>19</sup> Cfr. sentenza Lauko contro Slovacchia, 2 settembre 1998, in *Riv. Int. diritti dell'uomo*, 1999, 286.

oggettive di certe cose o situazioni, risolvendosi in misure profilattiche. È il caso delle confische viste nelle decisioni Agosi ed Air Canada. Ed è il caso dell'iscrizione dei condannati per reati sessuali nel registro dei *sex offenders*, situazione esaminata dalla Commissione EDU nella decisione Ibbotson contro Regno Unito del 1998<sup>20</sup> e dalla Corte EDU nella sentenza Gardel contro Francia del 2009<sup>21</sup>. In tali pronunzie è stata la funzione preventiva delle misure – che pure possono assumere carattere afflittivo per il loro destinatario - ad aver comportato l'esclusione della natura penale delle medesime. Altrettanto è a dirsi per le nostre misure di prevenzione, sempre “salvate” da Strasburgo nella logica appena illustrata<sup>22</sup>.

Nessun altro criterio è decisivo per riconoscere la natura penale delle sanzioni. Non l'argomento consequenzialista - tale per cui è penale la sanzione derivante da un illecito penale accertato con un processo penale - che a volte si ritrova come mera clausola di stile (così, ad esempio, nella sentenza Sud Fondi del 2007). Che ci si trovi in presenza di una clausola di stile lo comprova la circostanza che detto argomento non è mai da solo - evidentemente perché non è in grado di reggere autonomamente la qualificazione in termini penali di una sanzione - e che esso è platealmente confutato da decisioni come quella sui *sex offenders*<sup>23</sup>. L'argomento consequenzialista è meramente *ad colorandum*. È la funzione punitivo-repressiva quella che fa qualificare una sanzione come pena ex artt.6 e 7 della Convenzione EDU.

La nostra confisca ex art.44 DPR 380 del 2001 è stata reputata sanzione penale proprio perché in essa la componente repressivo-punitiva prevale su quella riparativa e preventiva, che pure la Corte EDU reputa presente. Chiarissima è la sentenza Sud Fondi del 2007 là dove la natura punitiva è argomentata per aver la confisca colpito nella misura dell'85% terreni non edificati. Nella sentenza Sud Fondi del 2009 si ribadisce che la confisca in esame non ha finalità di riduzione a conformità urbanistica di quanto abusivamente realizzato giacché essa colpisce anche, in misura pari all'85%, dei terreni non edificati. In tale pronunzia si evidenzia che sarebbe stato sufficiente – a fini conformativi - la demolizione delle opere abusive e la dichiarazione di inefficacia del progetto di lottizzazione. Alla luce delle predette considerazioni

---

<sup>20</sup> Decisione Ibbotson contro Regno Unito del 21 ottobre 1998, su cui v. E. Nicosia, *Convenzione*, cit., 54.

<sup>21</sup> Su cui v. F. Mazzacuva, *La materia penale*, cit., 1907.

<sup>22</sup> Cfr. F. Nicosia, *Convenzione*, cit., 52 s.; F. Mazzacuva, *La materia penale*, cit., 1907.

<sup>23</sup> In tale senso v. F. Mazzacuva, *La materia penale*, cit., 1907.

le due sentenze Sud Fondi desumono la compresenza di funzioni preventive e *punitivo-repressive* e, dunque, la natura penale della confisca<sup>24</sup>.

Ma se allora la Corte alsaziana riconosce natura non penale alle misure riparative e a quelle preventive pure (non transitanti per l'intimidazione-deterrenza del reo) e reputa la nostra confisca ex art.44 DPR 380 del 2001 una sanzione penale pure se vi riconosce funzioni riparative e preventive *giacché ad esse si affiancano altresì funzioni punitive*, come attesta la confiscabilità dei terreni non edificati, prima di rinunciare *in toto* a tale formidabile strumento sanzionatorio è forse esperibile la via di una sua *riduzione a convenzionalità*. Come? Espungendo da esso la parte che non assolve a funzioni riparative o preventive nella terminologia Corte EDU (e cioè la confisca dei terreni non edificati) e conservando solo quest'ultime (e cioè l'ablazione delle costruzioni abusive e dei suoli su cui sono stati edificati). La via che pare praticabile è allora quella di *sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art.44 DPR 380 del 2001 per contrasto dell'art.117 Cost.* (e con la giurisprudenza Corte EDU richiamata da tale previsione) *nella parte in cui la confisca ivi prevista colpisce anche le aree non edificate*.

Se il ragionamento appena svolto fosse condiviso dalla Consulta ed il *petitum* costituzionale appena tratteggiato fosse accolto dalla medesima, avremmo conseguito l'obiettivo di salvaguardare (almeno il nucleo di) uno strumento sanzionatorio che coniuga l'indubbio vantaggio di conseguire ad accertamenti affidati a quell'apparato pubblico ad elevato tasso di indipendenza costituito dall'AG con un'efficacia temporale non limitata dai brevissimi termini prescrizionali delle contravvenzioni. Saremmo riusciti a "separare il bambino dall'acqua sporca".

All'itinerario argomentativo appena delineato può essere mossa l'obiezione che in tal modo si viene a configurare la confisca ex art.44 DPR 380 del 2001 come una misura ablatoria che in parte (nel suo nucleo duro reputato convenzionalmente conforme poiché assolvente funzioni riparativo-preventive) avrebbe ad oggetto *res intrinsecamente pericolose ed illecite* mentre la Cassazione ha sempre escluso che gli immobili abusivi siano tali. A tacer d'altro, non vi sarebbe stato bisogno di escogitare lo strumento legislativo di cui dibattiamo se gli immobili abusivi ed i

---

<sup>24</sup> Anche l'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nella sentenza Varvara rinvia in tale situazione di compresenza tra funzione repressive e preventive la *ratio* della qualificazione penalistica della confisca urbanistica operata in Sud Fondi.



terreni su cui essi sono stati edificati fossero stati reputati intrinsecamente illeciti giacché, in tal caso, ad essi sarebbe stata applicabile la confisca obbligatoria di cui all'art. 240 comma 2 c.p.

Orbene, a prescindere dalla circostanza per cui prima della l.47 del 1985 la giurisprudenza era divisa sulla possibilità di assoggettare i terreni oggetto di lottizzazione abusiva a confisca ex art.240 c.p., con la giurisprudenza di legittimità contraria<sup>25</sup> e quella di merito in parte favorevole<sup>26</sup>, di modo che si potrebbe sostenere che l'introduzione della confisca in esame nella l.47 del 1985 ha significato l'affermazione legislativa della tesi fino ad allora recessiva nel diritto vivente, e pur sottacendo la circostanza per cui la giurisprudenza di legittimità che qualifica la confisca in questione come sanzione amministrativa lo fa chiarendo che essa ha ad oggetto terreni che *diventano pericolosi in quanto pongono in pericolo il potere decisionale riservato alla P.A.* <sup>27</sup>, bisogna rilevare che, ri-considerando i termini della questione *allo stato attuale dell'ordinamento*, e quindi alla luce dell'assetto che esso ha assunto in virtù di quella fonte che è la Convenzione EDU così come interpretata dal suo Giudice, dobbiamo osservare che è proprio la giurisprudenza CEDU ad affermare che nella nostrana confisca ex art.44 DPR 380 del 2001 vi è *la compresenza, accanto a caratteri punitivi, di elementi riparativi e preventivi*. Ciò significa, allora, che è ben possibile oggi reputare la confisca disegnata nell'art.44 DPR 380 del 2001 come in parte punitiva là dove colpisce terreni non edificati ed in parte riparativo-preventiva là dove incide sugli immobili abusivi e sui terreni su cui essi sono stati edificati. Questi immobili e le loro aree di edificazione sono pertanto *res* che la Corte di Strasburgo riconosce evidentemente come *frutti del reato e pericolosi*. È la medesima Corte EDU a ritenere pertanto che il "nucleo duro" della confisca in esame, quello di cui ci pare possibile affermare la compatibilità convenzionale, ha ad oggetto *res pericolose e illecite*. Nessun ostacolo insormontabile si frappone allora al tentativo di ricondurre a convenzionalità la confisca ex art.44 DPR 380 del 2001 – sollecitando una declaratoria di illegittimità costituzionale di tale disposizione *nella sola parte in cui essa ha per oggetto i terreni non edificati* – espungendone i profili punitivo-repressivi e conservando quelli riparativo-preventivi.

---

<sup>25</sup> In tal senso Cass. Sez. Un. 30.4.1983, in *Giust. Pen.*, 1984, III, 299.

<sup>26</sup> Sull'intero dibattito, che animava anche la riflessione dottrinale, v. i riferimenti in M. Pelissero, voce *Edilizia e urbanistica*, in F. C. Palazzo – C. E. Paliero (dir. da), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, 817.

<sup>27</sup> Così Cass. pen., III, n.1298/2000, Petrachi.

*Enrico Infante*

*Magistrato esercente le funzioni di PM in Foggia*