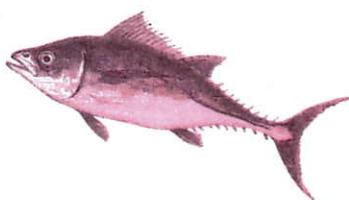


RIVISTA GIURIDICA DELL' AMBIENTE

5
2009

In questo numero:

- Corte europea dei diritti dell'uomo e Punta Perotti
- Energia da fonti rinnovabili: Corte Costituzionale e T.A.R. Toscana



GIUFFRÈ EDITORE

Anno XXIV - Bimestrale - N. 5 Settembre-Ottobre 2009

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Sez. II, 20 gennaio 2009 — (ric. n. 75909/01) — Pres. TULKENS — Sud Fondi s.r.l. e altri (avv.ti Giardina, Pietrangeli, Medina) c. Repubblica italiana.

Territorio - Edilizia e urbanistica - Reato di lottizzazione abusiva - Assoluzione motivata da errore di diritto inevitabile/scusabile - Confisca ex art. 19, L. 47/1985 - Natura penale - Applicabilità al caso concreto non chiaramente prevista dalla legge - Sproporzione - Violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In caso di assoluzione dal reato di lottizzazione abusiva, motivata da errore di diritto inevitabile/scusabile, la confisca ex art. 19, L. 28 febbraio 1985, n. 47 (oggi art. 44, comma 2, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) dell'insieme dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili abusivamente costruiti lede l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 1, Protocollo 1, alla stessa Convenzione, trattandosi di sanzione penale la cui applicabilità al caso di specie non era chiaramente prevista dalla legge, e sproporzionata rispetto allo scopo di tutela ambientale perseguito.

Il testo della sentenza è in: www.giuffre.it/riviste/rga

Un campanello di allarme della crisi dei poteri in Italia.

1. Vincoli ambientali-paesistici assentiti: imprevedibilità delle disposizioni pregiudizievoli. — 2. L'art. 5 del Codice penale: il principio di scusabilità della ignoranza della legge in materia ambientale. — 3. La P.A. proprietaria dei beni illeciti edificati assentiti. — 4. Profili di incostituzionalità dell'art. 44, comma 2, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (T.U. dell'Edilizia). — 5. Un invito a riempire il *vulnus* della tutela dei diritti dell'uomo di rango costituzionale ed internazionale. Incostituzionalità dell'art. 43 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (T.U. dell'Edilizia).

1. *Vincoli ambientali-paesistici assentiti: imprevedibilità delle disposizioni pregiudizievoli.*

Il panorama giuridico che vede il nostro paese destinatario (1) di plurime condanne in sede internazionale, per violazione dei diritti fondamentali *dell'uomo*, attesta il basso

(1) Basti osservare che dal 10 marzo al 26 maggio 2009 la Corte europea dei diritti umani ha pronunciato oltre venti sentenze che hanno accertato violazioni della Convenzione da parte dell'Italia, condannandola spesso ai relativi costi [vedere procedimento *Valentini* n. 40664/05 sulla violazione degli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata) e 13 (diritto alla possibilità di ricorrere contro le sanzioni) in occasione della procedura relativa al fallimento; *idem* per i procedimenti *Fabiano* n. 40807/05, *Moroni* n. 40261/05, *D'Apolito* n. 33226/05, *Cifra* n. 26735/05 e *Furno* n. 40824/05, mentre nei procedimenti *Pedicini* n. 8681/05, *Puzella e Cosentino* n. 38264/

livello, sia in sede legislativa, sia in quella giudiziaria, di salvaguardia e di rispetto dell'ordinamento civile e della carta costituzionale chiamata a privilegiare la tutela universale della « persona » e dell'« individuo », ancora prima del connotato soggettivo di « cives » (2), ovvero della sua appartenenza ad un determinato ordinamento nazionale.

Le norme contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sono state elaborate sul modello della Dichiarazione universale del 1948 (3) e adattate ad un progetto d'iniziativa « regionale », creando un meccanismo di controllo attraverso un sistema giudiziario di protezione collettivo dei diritti e delle libertà fondamentali, valido per un'area geo-politica relativamente omogenea sul piano culturale e ideologico, quella dei Paesi europei.

Dispiace osservare che nonostante l'Italia abbia una propria costituzione dal 1948 e abbia sottoscritto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel 1950 (4), e si sia impegnata a rispettare le sentenze della CEDU (5), non sia ancora pronta a garantire sempre una protezione efficace di tali diritti, ma debba essere richiamata a tal procedere.

Con la sentenza n. 75909/01, la Corte europea di Strasburgo ha condannato l'Italia per aver tenuto una condotta giudiziale in contrasto con l'art. 7 della citata Convenzione (*nulla poena sine lege*) (6) e con l'articolo 1 del Protocollo addizionale n. 1 (rispetto del diritto di proprietà di beni) (7); condotta esauritasi nella disposta confisca

05 e Maria Assunta Massimo n. 11000/05, procedimento Shaw n. 981/04 si rinviene anche la violazione dell'art. 6 oltre a due protocolli aggiuntivi]; procedimento Maria Vicari n. 13606/04 — violazione artt. 6 e 8 —; ecc.

(2) D. SIMEOLI, *La CEDU nel sistema delle fonti tra impostazioni internazionalistiche e prospettive di « comunitarizzazione »*, 2008; M.R. FERRARESE, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, p. 78; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999; L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1995; A. CORASANITI, *Protezione costituzionale e protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Diritto e società*, 1993, 589 ss.; M. LUCIANI, *La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. VI, 1990, pp. 161 ss.

(3) Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. La Dichiarazione racchiude una serie di diritti destinati a trovare tutela a livello universale a prescindere dai limiti geopolitici e della previa sottoscrizione dell'atto di riferimento.

(4) Firmata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953, è stata ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848. La CEDU è stata integrata e modificata da 14 protocolli addizionali, l'ultimo del 2004. I protocolli 2, 3, 5, 7, 8, 9 e 10 riguardano aspetti procedurali e sono stati superati dal protocollo 11. I protocolli 1, 4, 6, 12 e 13 hanno aggiunto altri diritti. Il protocollo 1, in particolare, tutela la proprietà privata; il 14 consente ad organizzazioni internazionali di diventare parte della Convenzione. Per lo stato delle ratifiche si consulti il sito <http://conventions.coe.int/>.

(5) A seguito del Preambolo al Protocollo n. 11, ratificato e reso esecutivo con la legge 28 agosto 1997, n. 296, mediante l'art. 1 della legge 9 gennaio 2006, n. 12, il legislatore ha inteso assicurare l'adempimento delle pronunce della Corte europea e, sotto il profilo organizzativo, ha previsto che incumbono alla Presidenza del Consiglio dei ministri gli adempimenti conseguenti alle pronunce della Corte di Strasburgo (D.P.C.M. 1° febbraio 2007 — « Misure per l'esecuzione della legge 9 gennaio 2006, n. 12, recante disposizioni in materia di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo »).

(6) Vedere in argomento anche l'art. 11, comma 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo « Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetuato, non costituisca reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso ».

(7) Vedere in argomento anche l'art. 17 commi 1 e 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo « 1. Ogni individuo ha il diritto ad avere una proprietà sua personale o in comune con altri. 2. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà ». Quest'ultima violazione era accertata dalla CEDU anche in altra contestuale pronuncia del 20 gennaio 2009 nel caso *Pierotti c. Italia* (ricorso n. 15581/05) e altresì il mese prima (9 dicembre 2008) nella sentenza della Corte europea di cui al ricorso *Cignoli e altri c. Italia* (ricorso n. 68309/01) www.federalismi.it ed il 17 giugno 2009 è fissata la decisione per il caso *Guiso-Gallisay c. Italia* (n. 58858/00), sempre in materia di espropriazione illegittima.

T. SCOVAZZI, *I limiti all'uso dei beni al fine della protezione della morale e la Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Relazione al « II Seminario sulla tutela dei diritti patrimoniali nel Proto-*

di alcuni terreni e costruzioni situati vicino Bari, sulla costa detta «Punta Perotti» (8).

La vicenda concerne il piano di lottizzazione di Punta Perotti, approvato dal Comune di Bari, giudicato illegittimo sotto numerosi profili, quali il divieto di edificare ad una distanza inferiore ai 300 metri dal mare e la violazione delle norme nazionali sulla tutela paesaggistica e dei beni culturali. All'esito di un lunga vertenza giudiziaria penale, numerosi terreni (alcuni dei quali appartenenti a soggetti giudicati estranei alle vicende penali), sono stati confiscati (ai sensi dell'art. 19 della legge 47/1985) (9). Nel 2006 il complesso immobiliare, definito dai toni giornalistici «ecomostro» (10) è stato abbattuto.

Per l'ordinamento italiano costituisce lottizzazione abusiva (11) la realizzazione di qualsiasi progetto che, assentito dalla P.A. sotto profili urbanistici, contraddica la normativa ambientale e paesaggistica vigente.

Difatti, l'emanazione di atti amministrativi permissivi, se da un lato, può fondare quel legittimo affidamento a vedere realizzata l'opera, dall'altro lato, non fa venir meno la realizzazione di una condotta *contra legem*, laddove siano ravvisabili illeciti ambientali.

Ulteriore e differente profilo, è altresì quello rilevato dalla sentenza in commento, ove evidenzia che l'assenza di una responsabilità penale, per carenza del presupposto soggettivo, non può comportare (12) il patimento di alcun pregiudizio, neppure sanzioni di natura accessoria (quali la confisca), se l'autore non aveva la possibilità di prevedere e avvertire la propria condotta *contra legem*.

collo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», Università Cattolica di Milano, 12 novembre 1988, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, fasc. 2, pp. 239-246.

(8) *Punta Perotti* è il nome di un complesso immobiliare che fu edificato sul lungomare di Bari nel 1995, all'altezza della spiaggia di *Pane e Pomodoro*, dopo il rilascio della (allora) concessione edilizia.

A distanza di due anni, nel 1997, era riconosciuto l'abuso edilizio ed attuato il sequestro. Nel 1999, la Cassazione riconosceva l'assenza di abusivismo, così progettisti e imprenditori erano assolti, ed era disposta comunque la confisca dei beni a favore del Comune di Bari. Il provvedimento pregiudizievole era revocato nel 2000, dalla Corte di Appello di Bari, ma ripristinato in seguito dalla Cassazione. La richiesta di risarcimento di 363 milioni di euro, avanzata nel 2002 dalle imprese, era seguita nel 2004 dal pignoramento del complesso immobiliare nei confronti del Comune, sospeso poi a ottobre. La sentenza del Tribunale di Bari, emessa nel 2005, precisava che il pignoramento era riferito ai suoli e non alle costruzioni. Il Comune, proprietario dei suoli, procedeva alla demolizione degli edifici abusivi che avviene nel 2006.

(9) Legge dell'8 agosto 1985, n. 431 (in *G.U.R.I.* del 22 agosto 1985, n. 197) Conversione in legge con modificazioni del Decreto Legge 27 giugno 1985, n. 312 concernente disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale. In particolare, l'art. 1 modifica l'art. 82 del D.P.R. del 24 luglio 1977, n. 616, aggiungendo i seguenti commi «Sono sottoposti a vincolo paesaggistico ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497: a) i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare..»; l'art. art. 1-*sexies* recita «1. Ferme restando le sanzioni di cui alla legge 29 giugno 1939, n. 1497, per la violazione delle disposizioni di cui al presente Decreto, si applicano altresì quelle previste dall'art. 20 della legge 28 febbraio 1985, n. 47. 2. Con la sentenza di condanna viene ordinata la rimessione in pristino dello stato originario dei luoghi a spese del condannato».

(10) L'articolo 734 c.p. e l'articolo 181, comma 1-*bis*, lett. a) del Codice dei beni culturali e del paesaggio (emanato con decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 in Suppl. ordinario n. 28 alla *G.U.R.I.* del 24 febbraio 2004, n. 45, modificato con il decreto legge 3 giugno 2008, n. 97, in *G.U.R.I.* del 3 giugno 2008 convertito dalla *legge di 2 agosto 2008, n. 129*, in *G.U.R.I.* del 2 agosto 2008) costituiscono oggi il sistema normativo nazionale basilare a protezione dei beni paesaggistici ed ambientali. L'interesse protetto è quello di rilevanza costituzionale di cui all'articolo 9 della Costituzione che tutela il paesaggio non solo nel suo carattere estetico, ma anche quale espressione del bene ambiente che racchiude la protezione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio.

(11) Il reato di lottizzazione abusiva è a consumazione alternativa, potendo realizzarsi sia per il difetto di autorizzazione, sia per il contrasto con le prescrizioni della legge o degli strumenti urbanistici Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 2008 (2 ottobre 2008), n. 37472.

(12) A. SCARCELLA, *Lottizzazione abusiva, confisca e buona fede dei proprietari estranei al reato: revirement della Cassazione?* (Commento a Cassazione penale, Sez. III, 17 novembre 2008, n. 42741), in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 3, pp. 371-382; A. GUANTARIO, *Il caso «Punta Perotti». La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia a responsabilità civile da sentenza, ma si contraddice: confisca arbitraria e demolizione ammissibile* (causa Sud Fondi srl e altre 2 c/ Italia — Ricorso n. 75909/01) sentenza del 20 gennaio 2009, in *Lexitalia.it*, febbraio 2009.

2. *L'art. 5 del Codice penale: il principio di scusabilità della ignoranza della legge in materia ambientale.*

Il caso « Punta Perotti », che ha comportato la edificazione di un imponente complesso immobiliare, in virtù di un piano approvato da parte dell'Amministrazione comunale di Bari, in violazione dei vincoli ambientali-paesistici, rappresenta solo l'occasione per dialogare su tematiche più generali, preponderanti e controverse dell'ordinamento nazionale che si pongono come critiche del comportamento delle Autorità amministrative e giudiziarie.

L'*excursus* giudiziario, culminato nella sentenza della Cassazione del 29 gennaio 2001 (26 marzo 2001), n. 11716 (Matarrese ed altri) vede accertare la carenza di responsabilità penale dei soggetti che avevano edificato l'« ecomostro », in violazione delle norme a tutela del paesaggio e dei beni culturali, a causa dell'esistenza di atti amministrativi permissivi e di un panorama legislativo e giurisprudenziale caotico e confusionale, tale da determinare un « errore inevitabile e scusabile » nell'interpretazione di disposizioni regionali « oscure e mal formulate », soprattutto se messe a confronto con la legge nazionale.

La Corte di Cassazione ha rilevato l'insussistenza dell'elemento soggettivo dei reati contestati, alla stregua di quanto previsto dall'art. 5 c.p., nell'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988, statuendo che sussiste un « errore scusabile nell'interpretazione delle norme violate » a fronte di fattori sintomatici quali: a) l'esistenza di una legislazione regionale poco chiara che, a seguito della legge Galasso, ha prodotto contrasti giurisprudenziali; b) l'esistenza di concessioni edilizie accompagnate da successive rassicurazioni del personale amministrativo apicale (direttore dell'ufficio tecnico del Comune di Bari); c) l'assenza di indicazione dei vincoli nella planimetria allegata al secondo programma pluriennale di attuazione trasmessa alla Soprintendenza per i beni culturali ed ambientali in data 26 ottobre 1984 (di cui al tardivo riscontro il 10 febbraio 1997, con invio di nota comunale al 26 gennaio 1998); d) l'inerzia della stessa Soprintendenza a fronte di una attività di edificazione che (secondo la valutazione poi espressa in data 30 aprile 1998, con nota indirizzata al Ministero dei beni culturali ed ambientali) presentava un « impatto ambientale negativo percettibile visivamente ».

La Corte di Cassazione nella sentenza richiamata e la Corte europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia in commento, in sintesi, accertano che l'ordinamento italiano, alla fine del primo decennio del secondo millennio, latita di quei criteri basilari (13) atti a fondare una convivenza civile, basata sulle norme positive improntate alla « chiarezza, accessibilità » e su decisioni giurisprudenziali obbedienti al principio della « prevedibilità ».

Elementi che fondano il giudizio di condanna del nostro paese per aver contravenuto all'art. 7 della Convenzione.

Il passaggio logico operato dalla Corte di Strasburgo è elementare: se gli stessi giudici italiani assumono che i proprietari delle unità immobiliari edificate non sono responsabili penalmente, per assenza dell'elemento soggettivo a riconoscere e prevedere la qualificazione « abusiva » del piano di lottizzazione, è gioco forza ritenere che gli stessi autori non potevano neppure prevedere che sarebbe stata comminata loro la sanzione penale (14) accessoria della confisca « obbligatoria ». Il patire la sanzione in

(13) Leggasi: « In altri termini, dal momento che la base giuridica del reato non risponde ai criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, era impossibile prevedere che sarebbe stata inflitta una sanzione. » (§. 114 della sentenza)... « un quadro legislativo che non permette ad un imputato di conoscere il senso e la portata della legge penale è lacunoso non solo rispetto alle condizioni generali di « qualità » della « legge » ma anche rispetto alle esigenze specifiche della legalità penale » (§. 117 della sentenza).

(14) Le nozioni di « reato » (*infraction; criminal offence*) di cui all'art. 7 della CEDU e di « materia penale » (*matière pénale; criminal offence*) risulta oggetto di valutazione autonoma da parte degli organi della Convenzione, al fine di poter prescindere (attraverso l'utilizzazione di parametri sostanziali capaci di cogliere l'intima essenza dell'illecito) dalle peculiarità delle legislazioni degli Stati membri, sì da escludere una frammentazione su scala nazionale dei termini e dei concetti utilizzati all'interno della Convenzione. L'ambito applicativo dell'art 7 della CEDU si estende ben al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificati come « penali » in base al diritto interno, finendo per comprendere tutte le norme e tutte le misure considerate « intrinsecamente penali » in base alla concezione autonomista accolta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, lasciando comun-

assenza di una previsione di responsabilità porta ad avvertire la prima come ingiusta ed indebita. Altresì è da avvertire ingiusto e gratuito l'effetto consequenziale della comminata confisca che ha portato il Comune di Bari ad acquisire e disporre di quei beni immobili edificati conformemente ai propri provvedimenti.

3. *La P.A. proprietaria dei beni illeciti edificati assentiti.*

Il Comune di Bari aveva rilasciato le autorizzazioni e le concessioni edilizie (oggi permessi di costruire), ritenendo legittimo il piano di lottizzazione e quindi tutte le edificazioni venute a materiale esistenza.

In realtà quelle costruzioni, con quelle particolari caratteristiche, ponendosi *contra ius*, non dovevano essere assentite né tanto più realizzate.

La confisca in favore del Comune, a norma dell'art. 19 della legge 47/1985, era imposta quale conseguenza obbligatoria all'accertamento della sussistenza obiettiva del reato edilizio di lottizzazione abusiva, indipendentemente dall'esistenza di una pronuncia di condanna penale.

I giudici di Strasburgo giudicano « paradossale » che l'Ente comunale, ritenuto responsabile di avere accordato le concessioni edilizie illegali, fosse poi divenuto proprietario dei beni confiscati, così realizzando *in factu* una espropriazione indebita dei beni altrui.

Tralasciando di ravvisare che la Corte di Strasburgo ha pronunciato più di 83 sentenze in materia di espropriazione ravvisando altrettante violazioni a carico dell'Italia, il caso « Punta Perotti » conclama l'ennesima violazione strutturale e sistemica dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 (tutela della proprietà) della Convenzione europea dei diritti umani, focalizzando in aggiunta come tali condotte si profilino punitive per il privato e non per lo Stato che in un modo o nell'altro se ne avvantaggia sempre (15) consentendo alla Pubblica amministrazione di trarre beneficio da situazioni illegittime, dalla stessa create.

Difatti il Comune di Bari si è avvantaggiato accrescendo il proprio patrimonio a danno di coloro che non potevano essere puniti in virtù di un piano di lottizzazione assentito e in assenza di una norma chiara e prevedibile sulle conseguenze ablative ricollegabili alla condotta della P.A..

Il Comune avrebbe dovuto utilizzare il proprio potere di controllo con più oculatezza ed evitare di ritenere conforme a norma, ciò che non lo era.

La sentenza in commento dispone una condanna pecuniaria a carico dello Stato per fatto imputabile al Comune di Bari, avendo determinato con la propria condotta le ravvisate violazioni dei diritti dell'uomo.

Sarà di sicuro interesse vedere, nel prosieguo, se lo Stato italiano eserciterà il diritto di rivalsa, riconosciutogli dal comma 1217 della legge finanziaria per l'anno 2007 (16), nei confronti dell'Ente locale pugliese che si è reso responsabile delle citate

que alla discrezionalità degli Stati membri la soluzione del problema relativo alla individuazione delle fonti penali legittime e concentrando la propria attenzione sugli aspetti sostanziali della legge e sulle garanzie che da essi derivano. Cass. pen., Sez. III, 2 ottobre 2008, n. 37472, cit.

(15) In argomento si possono richiamare per affinità la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 5 novembre 2005 e ancor prima la sentenza della Corte europea, nella nota causa *Soc. Belvedere alberghi c. Repubblica Italiana*, che rileva come l'istituto dell'occupazione appropriativa consenta, in via generale, alla Pubblica Amministrazione di trarre beneficio da una situazione illegittima, escludendo la restituzione del bene al proprietario, nonostante l'annullamento giurisdizionale degli atti della procedura espropriativa, così ponendo in essere un meccanismo in netta violazione dell'art. 1 del protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Corte europea diritti dell'uomo, 30 maggio 2000, in *Foro It.*, 2001, IV, 233; cfr. Corte europea diritti dell'uomo, Sez. I, 30 ottobre 2003, n. 41576).

(16) Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (in Suppl. ord. n. 244, alla G.U.R.I. del 27 dicembre, n. 299). — *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria 2007). « Diritto di rivalsa per oneri da condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: Lo Stato ha altresì diritto di rivalersi sulle regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati, i quali si siano resi responsabili di violazioni delle disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, e dei relativi Protocolli addizionali, degli oneri finanziari sostenuti per

violazioni alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sanzionate dalla Corte europea dei diritti umani.

4. *Profili di incostituzionalità dell'art. 44, comma 2 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (T.U. dell'Edilizia).*

La condanna dello Stato italiano a risarcire i danni alle parti, in virtù della confisca illegittimamente emanata, ai sensi dell'art. 19 della legge 47/1985, trasfuso nell'art. 44, comma 2, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 T.U. dell'Edilizia (17), apre la problematica della base costituzionale della citata norma, in relazione all'art. 7 CEDU, nonché all'art. 117, primo comma, della Costituzione.

La violazione riscontrata dalla Corte europea pone il problema se la confisca in presenza di reati edilizi possa considerarsi o meno una violazione strutturale nel quadro dell'ordinamento giuridico italiano, in assenza o a prescindere da un giudizio di responsabilità penale per lottizzazione abusiva.

Con sentenza 22 ottobre 2007, n. 348 (18), la Corte Costituzionale, in applicazione del citato art. 117, primo comma Cost., come sostituito dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha ritenuto le norme CEDU, nell'interpretazione ad esse data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sopraordinate alle leggi ordinarie, quali norme di rango intermedio rispetto a quelle costituzionali. Tali norme, pertanto, divengono anche esse parametri di riferimento per valutare la legittimità costituzionale delle leggi ordinarie.

La disposizione censurata, nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di una accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite, anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti, viola il principio di cui all'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte europea, che esige, per punire, un legame di natura soggettiva (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato.

Più di recente, anche la Corte di Cassazione, III Sezione penale, è intervenuta in argomento con la sentenza del 17 novembre 2008, n. 42741 (19) che supera ogni ipo-

dare esecuzione alle sentenze di condanna rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato in conseguenza delle suddette violazioni ».

(17) Art. 44 recita al comma 2: « 2. La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari ».

(18) La Corte Costituzionale, con la decisione n. 348 del 22 ottobre 2007 ha eliminato dall'ordinamento l'art. 37 commi 1 e 2 del D.P.R. 327/2001 e l'art. 5-bis della legge 359/1992, inerenti i criteri di stima per le aree edificabili, creando un vuoto normativo. La Legge Finanziaria 2008 (Legge 244 del 24 dicembre 2007) all'art. 2, commi 89 e 90, si è occupata di riempire il vuoto normativo, con criteri assolutamente innovativi per la determinazione dell'indennità di esproprio per le aree edificabili facendo leva sul *criterio del « valore di mercato »*. Con sentenza n. 349/2007, la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale, invece, il comma 7-bis del medesimo art. 5-bis, del citato D.P.R. 327/2001, introdotto dalla legge 662/1996, in quanto, disponendo che il risarcimento del danno in caso di occupazione acquisitiva di suoli per causa di pubblica utilità avvenuta anteriormente al 30 settembre 1996 venisse calcolato in base ai criteri dell'indennità di espropriazione — seppure con l'esclusione della decurtazione del 40% e con un aumento del 10% —, e non in base al valore di mercato del bene, risultava anch'esso lesivo degli obblighi internazionali di cui alla CEDU. In dottrina, per alcuni commenti sul merito della decisione della Corte costituzionale: G. MARENA, *Sui diritti del proprietario espropriato: profili di novità delle sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 988 ss.; F. CORTESE, *La garanzia costituzionale del diritto di proprietà tra espropriazione e occupazione acquisitiva*, in www.forumco-stituzionale.it.

(19) Cass., Sez. III, 24 ottobre 2008 (17 novembre 2008), Pres. Lupo, Est. Lombardi, Ric. Silvioi ed altri n. 42741, www.lexambiente.it. La Cassazione precisa che in tema di lottizzazione abusiva la natura amministrativa della confisca non ne esclude il carattere sanzionatorio con la conseguente necessità di tener conto dei principi generali che regolano l'applicazione anche delle sanzioni amministrative. Tali principi sono dettati dalla L. 24 novembre 1981, n. 689 (« *Modifiche al sistema penale* ») e, peraltro, corrispondono ad esigenze di uguaglianza e razionalità normativa ai sensi dell'art. 3 della Costituzione.

tesi di incostituzionalità della norma interna richiamata, sulla scorta di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 44, comma 2, del Testo Unico dell'Edilizia, secondo cui deve escludersi « ... 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 ».

In conclusione, la stessa Corte di Cassazione, III Sezione penale, ha dimostrato, attraverso la sentenza citata, che la confisca dei suoli della lottizzazione « Punta Perrotti » non era affatto inevitabile, in un'ottica interpretativa costituzionalmente orientata, anche in relazione alla corretta interpretazione dell'art. 7 CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 1.

5. *Un invito a riempire il vulnus della tutela dei diritti dell'uomo di rango costituzionale ed internazionale. Incostituzionalità dell'art. 43 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (T.U. dell'Edilizia).*

La pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in rassegna rappresenta un sicuro monito al nostro ordinamento perché il suo intervento non abbia riverbero solo sul piano giuridico individuale, a beneficio delle singole persone vittime delle violazioni della Convenzione europea dei diritti umani, ma sia diretta ad incidere più profondamente sul piano politico generale interno.

Non deve essere più consentito al potere legislativo di emanare leggi poco chiare, o che diventano tali a fronte di abrogazioni parziali o di novelle prive di coordinamento normativo con quelle previgenti. Così come non dovrebbe più accadere che il potere esecutivo possa espropriare beni in violazione dei diritti fondamentali (in specie, della proprietà), accedere ai terreni privati per edificare opere pubbliche mai assentite o assentite illecitamente, facendo diventare, ad esempio, la regola l'istituto dell'accessione invertita e la sua sanatoria postuma a fronte di condotte illegittimamente poste, in aperto contrasto con il protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Infine, dovrebbero essere preclusi quei continui *revirement* giurisprudenziali che generano perplessità e incertezza nell'interpretazione delle norme anche tra gli operatori del diritto.

La sanatoria presuppone pur sempre l'esistenza di un vizio, formale e/o procedurale, di una condotta illegittima, che nel caso di specie, in quanto lesiva dei diritti fondamentali dell'uomo, quale ad esempio quello della proprietà, non può risolversi ai sensi dell'art. 43 citato in una postuma approvazione della condotta illecita, addirittura per la volontà unilaterale proveniente dalla stessa Pubblica amministrazione che ebbe a porre in essere la condotta violata, pena riproporre lo stesso paradosso rilevato dalla CEDU nella sentenza in commento. L'espropriazione di beni attuata in violazione di principi e di norme costituzionali vincolanti nazionali e internazionali impone (20) di procedere unicamente al ripristino dei valori violati (21) (risarcimento in forma specifica) e, solo in via subordinata, concordata tra le parti interessate, al risarcimento per equivalente.

Deve essere interdetto l'*escamotage* (prima di natura giurisprudenziale, poi legislativo) di dotare la P.A. di uno strumento con efficacia sanante *ex post*, ovvero in epoca successiva alla arrecata violazione dei diritti costituzionalmente tutelati del privato, a livello nazionale e ancor prima a livello internazionale.

Devono essere vietate quelle condotte della P.A. che, riconoscendo di aver violato la procedura espropriativa (22) continuino a far uso distorto del proprio potere e a fa-

(20) Interessanti rilievi emergono in F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2008, 2, pp. 319-398. Vedere in part. p. 362 ove l'Autore afferma: « l'esistenza di una tutela risarcitoria sostitutiva dell'annullamento (e delle conseguenze) è priva di una reale persuasività », e p. 394 « l'incapacità dell'autorità amministrativa di rispettare tutte le norme sul procedimento o sulla forma non può essere sopperita rendendone irrilevante la violazione di queste stesse norme », ecc.

(21) Deve essere repressa la condotta dell'occupazione abusiva, ovvero accessione invertita, in specie usurpativa (nella quale il comportamento materiale della Pubblica amministrazione non si inserisce in alcun modo in un pregresso procedimento espropriativo), imponendo, di poi, unilateralmente l'acquisizione coattiva sanante di cui all'art. 43 D.P.R. 327/2001.

(22) Vedere sulla illegittimità dell'art. 43 del D.Lgs. 327/2001, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non in ultimo, del 9 febbraio 2006, nella causa n. 69907/01, *Prenna e altri c. Italia*.

vorire « *l'expropriation indirecte vise à entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l'administration, tend à régler les conséquences pour le particulier et l'administration, et permet à cette dernière de tirer bénéfice de son comportement illégal* ».

Ebbene, la disposizione dell'art. 43 (nonché l'orientamento palesato dal Consiglio di Stato in Adunanza plenaria n. 2/05), consentendo la costituzione di un titolo successivo ad un comportamento illegittimo posto in essere da parte della P.A., si pone in palese violazione con i diritti fondamentali dell'uomo, ed in specie con l'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La tutela della proprietà privata, che trova la sua fonte in sede costituzionale a livello nazionale (artt. 2, 10 e 42 Cost.), ed internazionale (« *Convenzione dei diritti dell'uomo nonché nella richiamata Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* »), postula un diritto connaturato con l'essere uomo, diritto fondamentale ed inviolabile, deve consentire di abbattere qualsiasi *escamotage* legislativo, quale l'art. 43 citato, che sottendono condotte arbitrarie, indebite ed ingiustificabili, atteso che il diritto dominicale può essere menomato solo a fronte di specifiche procedure legittime che precedano — e non seguano — la menomazione stessa.

ADABELLA GRATANI