

**CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO
IN MAGISTRATURA**

2017/2018

GIAPPICHELLI EDITORE

**Responsabile scientifico
Vincenzo Lopilato**

Diritto penale

1. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le modalità di esecuzione delle sentenze della Corte Edu.

Le fonti di diritto internazionale pubblico sono costituite, in particolare, dalla consuetudine internazionale e dai Trattati internazionali.

La *consuetudine* è fonte generale non scritta, posta al vertice del sistema delle fonti, che vincola l'intera comunità internazionale e presuppone l'esistenza di comportamenti reiterati nel tempo dagli Stati e la convinzione della loro vincolatività giuridica. L'art. 10 Cost. prevede che «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute». Si tratta di un processo di adeguamento automatico di ingresso di questa particolare fonte nel nostro ordinamento.

I *Trattati* sono accordi internazionali che vincolano esclusivamente gli Stati firmatari e devono, in applicazione del criterio gerarchico, rispettare il diritto consuetudinario.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) è uno dei più importanti Trattati sottoscritti da quarantasette Stati membri, che ha istituito un sistema di protezione collettiva dei diritti e delle libertà individuali di natura prevalentemente giudiziaria.

Si tratta di una «*soglia minima di tutela comune*», in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali¹.

La CEDU per assicurare il rispetto degli impegni derivanti dalla Convenzione ha istituito la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), con sede a Strasburgo (artt. 19 e seguenti), riconoscendo a tale organo sovranazionale una competenza estesa a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della predetta normativa.

2. La collocazione del diritto internazionale e della CEDU nel sistema delle fonti.

L'art. 117, primo comma, della Costituzione prevede che le leggi statali e regionali devono rispettare non solo i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo ma anche gli obblighi internazionali.

Il diritto internazionale deve, pertanto, ritenersi “norma interposta” con la conseguenza che la sua violazione comporta violazione indiretta della Costituzione che ad esso ha inteso assegnare copertura.

Il giudice, in attesa dell'accordo di adesione di cui sopra, non può pertanto “non applicare” il diritto interno contrastante con il diritto internazionale ma deve sollevare questione di legittimità costituzionale².

Allo stato, dunque, i compiti del giudice nazionale si sostanziano nell'obbligo di procedere ad una interpretazione convenzionalmente orientata del diritto interno³ e soltanto quando ciò non sia possibile, non potendosi procedere ad un sindacato diffuso mediante la tecnica della “non applicazione”, è necessario sollevare questione di legittimità costituzionale, evocando quale parametro il primo comma dell'art. 117 Cost.⁴.

La disciplina vigente non prevede, come sottolineato, che i giudici nazionali – per dirimere eventuali dubbi interpretativi – possano adire, in via preventiva, la Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto l'intervento di quest'ultima è consentito soltanto, come già sottolineato, alle parti che si ritengono lese dalla decisione nazionale all'esito dell'esaurimento dei mezzi di ricorso interno. E' consentito soltanto chiedere in corso di giudizio un parere non vincolante alla Corte.

¹ Corte cost. n. 43 del 2017.

² Corte cost., numeri 348 e 349 del 2007; 39 del 2008; 311 e 317 del 2009; 138 e 187 del 2010; 1, 80, 113, 236, 303, del 2011; v. anche Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 4 marzo 2015, n. 2

³ Corte cost. n. 239 del 2009.

⁴ Corte cost. n. 80 e n. 113 del 2011.

In definitiva, dunque, il giudice nazionale ha l'obbligo di rispettare le norme convenzionali, sollevando, in caso di dubbio di conformità di quelle nazionali al sistema internazionale di tutela, questione di legittimità costituzionale. Se all'esito di tutti i giudizi, la parte ritiene che persiste il contrasto con i principi internazionali sanciti dalla Convenzione, può ricorrere alla Corte EDU.

Alla luce di quanto esposto può ritenersi che al diritto convenzionale esterno importa la tutela dei diritti fondamentali e non si occupa direttamente delle sanzioni penali applicabili ma la sua applicazione, per la prevalente sul diritto interno, implica la produzione di effetti espansivi del penalmente rilevante, con obblighi di incriminazione di determinate condotte per assicurare maggiori garanzie ai diritti fondamentali, ovvero effetti riduttivi che possono avere ad oggetto sia il precetto penale (delimitandone l'ambito di applicazione) sia la sanzione.

A tale proposito, la Corte EDU ha fatto propria la cosiddetta "*dottrina del margine di apprezzamento*", che può ritenersi sostanzialmente il corrispondente, in questo ambito, dei contro-limiti operanti nei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale.

La Corte, riconoscendo che un diritto non è strutturato in modo omogeneo a livello europeo, concede agli Stati membri un margine di discrezionalità nell'applicazione degli standard della Convenzione nel modo più confacente alle condizioni interne.

La Corte costituzionale ha fatto applicazione di tale "dottrina", affermando che: «il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso (...), il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela»⁵.

3. Principio di sussidiarietà ed esecuzione delle sentenze della Corte Edu.

Le considerazioni appena svolte attengono ai sistemi di tutela preventivi di risoluzione delle antinomie normative, nazionali e internazionali.

Qualora il giudice ritenga di non attivare tali sistemi e si pervenga così ad una sentenza, passata in giudicato, che la parte ritiene in contrasto con i diritti fondamentali di matrice convenzionale, possono essere attivati sistemi di tutela successivi.

La Cedu dispone, infatti, che possano proporre ricorso alla Corte Edu non soltanto i singoli Stati (art. 33) ma anche le persone fisiche (art. 34).

Il rapporto tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo è costruito secondo *il principio di sussidiarietà*: spetta in prima battuta agli Stati membri e alle loro istituzioni tutelare i diritti fondamentali; solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interno si può adire la Corte EDU nel termine di sei mesi dall'adozione della decisione nazionale finale (art. 35)⁶.

Il 2 ottobre 2013 è stato adottato il Protocollo 16, il quale prevede la possibilità per gli organi giurisdizionali nazionali di livello apicale di chiedere in corso di giudizio un parere non vincolante alla Corte.

Essendo il sistema, come sottolineato, basato sul previo *esaurimenti dei rimedi interni*, la Corte Edu accerta normalmente le violazioni dei precetti convenzionali soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza interna, con la conseguenza, come si dirà oltre, che, nella maggior parte dei casi, l'adozione delle misure giudiziarie individuali di esecuzione impongono l'incidenza sul giudicato.

Gli articoli 41 e 46 disciplinano la fase di esecuzione delle decisioni della Corte.

⁵ Corte cost. n. 264 del 2012 e n. 170 del 2014.

⁶ La Corte EDU ha indicato quali sono le condizioni per l'accesso alla giustizia internazionale: «l'articolo 35 § 1 della Convenzione prescrive l'esaurimento dei soli ricorsi che siano al tempo stesso relativi alle violazioni denunciate, disponibili e adeguati. Un ricorso è effettivo quando è disponibile tanto in teoria quanto in pratica all'epoca dei fatti, vale a dire quando è accessibile, può offrire al ricorrente la riparazione delle violazioni denunciate e presenta ragionevoli prospettive di successo. Al riguardo, il mero fatto di nutrire dubbi quanto alle prospettive di successo di un dato ricorso che non è secondo ogni evidenza destinato al fallimento non costituisce un motivo valido per giustificare il mancato utilizzo di ricorsi interni» (sentenza 16 dicembre 2014, ric. n. 39386/10).

In particolare: i) l'art. 46, la cui rubrica reca «*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*», dispone che «*le Alte parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte*»; ii) l'art. 41, la cui rubrica reca «*Equa soddisfazione*», dispone che «*Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Corte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*».

La fase esecutiva è normalmente demandata alla discrezionalità degli Stati membri ma la Corte, negli ultimi anni, ha prescritto quali devono essere le specifiche misure da adottare.

In particolare, la Corte ha interpretato queste norme nel senso che esse comportano per lo Stato responsabile di una violazione non solo l'obbligo di corrispondere alle parti lese la somma eventualmente liquidata a titolo di equa soddisfazione ma anche quello di adottare misure generali e/o individuali dirette a porre fine alla violazione accertata e a farne cessare le conseguenze⁷. Ne consegue che l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu può richiedere interventi sia di natura legislativa, per porre rimedio alle carenze ordinamentali riscontrate, sia di natura giudiziaria, per reintegrare sul piano individuale il diritto leso, che, come si dirà oltre, possono richiedere la revisione del processo ovvero la cancellazione in fase esecutiva degli effetti della sentenza nazionale passata in giudicato. A tale ultimo proposito, si è sottolineato come la finalità delle misure individuali è stata ravvisata nella restituzione in *integrum* del ricorrente il quale, per quanto possibile, deve essere posto in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata l'accertata inosservanza delle prescrizioni della Convenzione⁸.

In definitiva, l'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte ha un contenuto variabile⁹ dipendente dalla natura della violazione riscontrata.

3.1. Cedu e diritto penale. Garanzie convenzionali processuali e sostanziali.

La Convenzione non disciplina “direttamente” i reati e le pene. Essa si occupa soltanto di fornire uno standard minimo di tutela dei diritti fondamentali.

Su un piano specifico, al fine di assicurare queste finalità la Convenzione incide, però, “indirettamente” nel settore in esame, in una duplice e differente direzione: da un lato, realizzando un *effetto espansivo* dell'area della punibilità penale contemplando obblighi di incolpazione quando essi sono ritenuti la misura necessaria per assicurare un determinato livello di protezione di tali diritti; dall'altro, realizzando un effetto riduttivo di tale area, come nel caso della ridefinizione dei limiti interni del diritto di critica e di cronaca (rinvio successive lezioni su tale specifico profilo).

Su un piano generale, la suddetta incidenza indiretta si ha attraverso due norme contenute nella CEDU che prevedono forme di garanzia convenzionale processuale ovvero sostanziale a tutela del soggetto sottoposto ad un procedimento afflittivo di tipo personale o economico.

L'art. 6 CEDU contempla la prima forma di garanzia disponendo quali sono le condizioni che devono essere rispettate perché si abbia un «*equo processo*». In particolare, si prevede che «*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge*».

L'art. 7 CEDU contempla la seconda forma disponendo che: i) «*non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato*» (ultimo inciso primo comma); ii) «*il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di un'azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili*».

⁷ Corte eur. dir. uomo, Scozzari e Giunta c. Italia, 13 luglio 2000, n. 39921/98 e 41963/98; G. Lattanzi, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu in materia penale*, in Cass. pen., 2014, 3192 e ss.

⁸ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, n. 10249/0; Id. 20 settembre 2016, Karelin contro Russia, paragrafo 97; Grande Camera, 5 febbraio 2015, Bochan contro Ucraina, paragrafo 58; si v. anche Corte cost. n. 123 del 2017.

⁹ In questo senso, Corte cost. n. 123 del 2017.

In questa sede interessa soffermarsi su tale ultima norma.

4. Il fondamento della potestà punitiva e la materia penale: legalità convenzionale e campo di applicazione delle garanzie convenzionali.

L'ambito di applicazione delle suddette garanzie è determinato dal *fondamento* del reato e dalla individuazione dell'ambito di rilevanza della "*materia penale*".

In relazione al primo aspetto, nell'ordinamento CEDU non è prevista una riserva di legge in materia penale (o l'imposizione del principio di legalità di matrice legislativa per il diritto amministrativo). Il fondamento della potestà punitiva (o amministrativa) può essere anche la giurisprudenza. Si utilizza l'espressione di *base legale convenzionale* o di principio di giuridicità. La ragione di tale allargamento deriva dal fatto che la Convenzione è stata stipulata anche da Stati per i quali vige il sistema di *common law*.

Tale diversità di fondamento non ha conseguenze dirette nel nostro ordinamento per il quale continuerà ad operare la concezione formale di reato che vuole che esso è determinato dalla qualificazione espressa data dal legislatore in caso di trasgressione di un precetto. La finalità dell'allargamento della base legale, si ribadisce, è solo quella di estendere a tutti gli Stati aderenti il rispetto degli obblighi convenzionali. Si realizzano, però, "conseguenze indirette" in quanto, come si esporrà oltre in relazione al caso Contrada, la giurisprudenza riveste un ruolo di maggiore pregnanza rispetto al nostro ordinamento.

In relazione al secondo aspetto, la Corte Edu ha esteso l'ambito di applicazione delle proprie disposizione mediante la prospettazione di criteri sostanziali (cd. criteri Engel) della materiale penale

Nella prospettiva europea, assume rilevanza una concezione sostanziale di reato.

La Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi "criteri sostanziali" (c.d. criteri Engel¹⁰) al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione.

In particolare, sono stati individuati tre criteri, costituiti: *i*) dalla *qualificazione giuridica dell'illecito* nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza "intrinsecamente penale" della misura; *ii*) dalla *natura dell'illecito*, desunta dall'ambito di applicazione, di carattere generale, della norma che lo prevede (deve essere rivolto alla generalità dei consociati) e dallo scopo perseguito che deve essere non risarcitorio ma afflittivo; *iii*) dal grado di severità della sanzione¹¹, che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata.

Questi criteri sono alternativi e non cumulativi. Nondimeno la Corte EDU si è riservata la possibilità di adottare un approccio cumulativo qualora l'analisi separata di ciascun criterio non le consenta di pervenire ad una conclusione chiara quanto all'esistenza di una accusa in materia penale.

In questa prospettiva, anche una sanzione *formalmente amministrativa*, se risponde al modello così come sopra delineato, dovrà considerarsi, agli effetti dell'applicazione delle norme CEU, come *sostanzialmente penale*.

L'allargamento delle garanzie convenzionali, sostanziali e processuali, deriva dall'esigenza di evitare la cd. truffa delle etichette, scongiurando che lo Stato possa sottrarre un illecito all'applicazione delle norme sopra riportate con l'espedito di qualificare quella condotta come non penalmente rilevante¹².

Quanto esposto non significa che si sia realizzata una completa sovrapposizione tra sanzione formalmente e sostanzialmente penale e sanzione solo sostanzialmente penale.

¹⁰ Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi, par. 82.

¹¹ Corte EDU 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhine c. Russia; si v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10.

¹² Così Corte cost. n.109 del 2017.

La prima sarà sottoposta integralmente alla disciplina del codice penale e del codice di procedura penale, con integrale applicazione delle garanzie convenzionali.

La seconda sarà sottoposta alla disciplina sua propria con applicazione, se si tratta di sanzione amministrativa, del codice civile o amministrativo nonché del codice di procedura civile o amministrativa, cui si “aggiungono” le disposizioni convenzionali di garanzia.

In particolare, sul piano processuale è sufficiente che tali garanzie vengano assicurate nell’ambito del processo amministrativo o civile (cd. ricorso di piena giurisdizione) e non anche nell’ambito del procedimento che conduce all’adozione del provvedimento sanzionatorio.

Sul piano sostanziale, la minore gravità della sanzione giustifica la non applicazione di talune specifiche garanzie.

La Corte costituzionale ha ritenuto, invero, estensibile a tutte le sanzioni di carattere punitivo il principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole, ritenuto applicabile anche alla confisca obbligatoria dell’autoveicolo per i reati di guida in stato di ebbrezza o sotto l’effetto di stupefacenti¹³ nonché il principio di colpevolezza¹⁴. La stessa Corte, facendo applicazione del margine di apprezzamento, ha ritenuto, invece, che non trova applicazione in presenza di una sanzione solo sostanzialmente penale ma formalmente amministrativa l’art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), che stabilisce che «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»¹⁵. In altri termini, il travolgimento del giudicato viene riservato al “nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio”, che è quello strettamente penale.

Dalla dispensa di diritto amministrativo dell’ 11.01.2018

5. Lottizzazione abusiva, confisca urbanistica e tutela dell’acquirente in buona fede: Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2017, rel. V. Lopilato

Omissis...

Diritto

1.– La questione posta all’esame della Sezione attiene alla legittimità degli atti adottati dal Comune di Giuliano in Campania finalizzati a sanzionare la realizzazione di una lottizzazione abusiva. Si tratta di una causa che si inserisce nell’ambito di una serie di controversie alcune delle quali, analoghe alla presente, sono state già decise da questa Sezione (sentenza 20 luglio 2017, n. 3750, unitamente ad altre dal medesimo contenuto definite tutte all’esito della stessa udienza del 20 aprile 2017).

2.– Con il primo motivo si deduce l’erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha accertato che gli appellanti avrebbero acquistato gli immobili per cui è causa in buona fede, con la conseguenza che, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, non avrebbero potuto essere applicate le sanzioni indicate nella parte in fatto.

3.– In via preliminare è necessario ricostruire il quadro normativo rilevante e riportare gli orientamenti giurisprudenziali in materia di lottizzazione abusiva e sanzioni amministrative.

3.1.– Sul piano strettamente edilizio, l’art. 30 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia)

¹³ Corte cost. n. 196 del 2010.

¹⁴ Corte cost. n. 49 del 2015.

¹⁵ Corte cost. n.109 del 2017, cit. Le sanzioni amministrative oggetto del giudizio a quo sono state quelle previste dall’art. 18-bis, comma 4, del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 (Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro), secondo cui la violazione, da parte del datore di lavoro, della durata dell’orario di lavoro e dei riposi giornalieri e settimanali dei dipendenti, può comportare l’applicazione di una sanzione pecuniaria di circa 177.000 euro.

disciplina la *«lottizzazione abusiva»*, distinguendo due modalità alternative con le quale essa può esse attuata.

La prima modalità è la cd. lottizzazione reale o materiale, che si verifica *«quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione»* (comma 1, primo inciso).

La seconda modalità è la cd. lottizzazione formale ovvero negoziale o cartolare, che si verifica *«quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio»* (comma 1, secondo inciso).

In relazione alle conseguenze amministrative, la norma in esame dispone che: i) *«nel caso in cui il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale accerti l'effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione»*, con ordinanza da notificare ai proprietari delle aree, al titolare del permesso di costruire, al committente e al costruttore, *«ne dispone la sospensione»* (comma 7, primo inciso); ii) *«il provvedimento comporta l'immediata interruzione delle opere in corso ed il divieto di disporre dei suoli e delle opere stesse con atti tra vivi, e deve essere trascritto a tal fine nei registri immobiliari»* (comma 7, secondo inciso); iii) trascorsi novanta giorni, ove non intervenga la revoca del suddetto provvedimento, *«le aree lottizzate sono acquisite di diritto al patrimonio disponibile del comune il cui dirigente o responsabile del competente ufficio deve provvedere alla demolizione delle opere»* (comma 8).

In relazione alle conseguenze penali, l'art. 44, secondo comma, dispone che: i) *«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»*; ii) *«per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione»*; iii) *«la sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari»*.

Sul piano civilistico, l'art. 46, primo comma, del d.lgs. n. 381 del 2001 dispone che: *«Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria»*. Si tratta di una nullità formale testuale per omessa indicazione degli estremi del titolo edilizio.

L'art. 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili) dispone che il notaio non può ricevere o autenticare, tra l'altro, atti *«se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico»*.

3.1.1.– La giurisprudenza è costante nel ritenere che l'interesse protetto dall'art. 30 del d.p.r. n. 380 del 2001 è quello di garantire un ordinato sviluppo urbanistico del tessuto urbano, in coerenza con le scelte pianificatorie dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2014, n. 3115; Id. 7 giugno 2012, n. 3381; si v. anche Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 51710).

In particolare, si muove dal presupposto di fatto per cui le scelte espresse nel piano urbanistico generale di un Comune di regola non possano essere attuate mediante il diretto rilascio di permessi di costruire agli interessati, ma richiedano l'intermediazione di uno strumento ulteriore, rappresentato dai piani di attuazione.

Tali piani hanno la funzione di *«precisare zona per zona»*, con i dettagli necessari, *«le indicazioni di assetto e sviluppo urbanistico complessivo contenute nel piano regolatore»*, e quindi di attuarle *«gradatamente e razionalmente»* e di garantire che ogni zona disponga di *«assetto ed attrezzature rispondenti agli insediamenti»*, ovvero delle opere di urbanizzazione, e tutto ciò, all'evidenza,

trascende il possibile contenuto di un singolo permesso di costruire (così Cass. pen. n. 51710 del 2013, cit., richiamata dalla sentenza n. 3750 del 2017 della Sezione).

In tale contesto, la lottizzazione abusiva, «*sottrae all'amministrazione il proprio potere di pianificazione attuativa e la mette di fronte al fatto compiuto di insediamenti in potenza privi dei servizi e delle infrastrutture necessari al vivere civile; ciò che, com'è notorio, è fra le principali cause del degrado urbano e dei gravi problemi sociali che ne derivano*» (sentenza n. 3750 del 2017, cit.).

Alla luce della predetta ragione giustificativa la giurisprudenza sopra citata ha ritenuto, nell'ambito della lottizzazione reale, che per verificare se il divieto è stato violato si deve avere riguardo non solo e non tanto alle singole opere realizzate, le quali isolatamente considerate ben potrebbero essere assistite ciascuna dal necessario titolo edilizio, ma «*alla complessiva trasformazione edilizia che di quelle opere costituisce il frutto*». In questa prospettiva, può costituire lottizzazione abusiva reale anche il cambio di destinazione d'uso di un complesso immobiliare formato da singoli elementi legittimamente edificati, se in tal modo si è imposto al territorio un carico urbanistico diverso da quello in origine previsto, e tale quindi da richiedere un adeguamento degli standard.

3.2.– Le sanzioni, irrogate dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di funzioni amministrative, rappresentano la reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto.

Valorizzando il profilo funzionale si distinguono le sanzioni in senso lato e le sanzioni in senso stretto: le prime hanno una finalità ripristinatoria, in forma specifica o per equivalente, dell'interesse pubblico leso dal comportamento antigiuridico; le seconde hanno una finalità afflittiva, essendo indirizzate a punire il responsabile dell'illecito allo scopo di assicurare obiettivi di prevenzione generale e speciale.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in relazione alle sanzioni penali, prevede, tra l'altro: i) al comma 1 dell'art. 6 quali sono le condizioni che devono essere rispettate perché si abbia un «*equo processo*» («*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge*»); al comma dello stesso articolo che: «*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*»; ii) al comma 1 dell'art. 7 che «*non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato*» (ultimo inciso primo comma); al comma 2 dello stesso articolo che esso «*non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di un'azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili*».

La Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione.

In particolare, sono stati individuati tre criteri, costituiti: i) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza «intrinsecamente penale» della misura; ii) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; iii) dal grado di severità della sanzione (sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella casua Zolotoukhine c. Russia; si v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10), che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata.

In relazione alla confisca urbanistica, per lungo tempo la giurisprudenza nazionale ha ritenuto che si trattasse di una sanzione amministrativa che potesse essere disposta sulla base del solo fatto obbiettivo costituito dal carattere abusivo dell'opera e dunque senza che fosse necessario muovere un addebito di responsabilità nei confronti di chi subiva la misura.

La Corte europea dei diritti dell'uomo 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. e altri contro Italia, cui si è adeguata la giurisprudenza costituzionale, ha affermato, invece, che «*la confisca urbanistica costituisce sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU e può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale*

(coscienza e volontà) con i fatti» (così Corte cost. n. 49 del 2015, che richiama la citata sentenza della Corte EDU). Tale accertamento può essere fatto dal giudice penale anche “senza condanna”. In particolare, si è rilevato che *«il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca»*. Si è aggiunto che *«va poi da sé che l'onere di dimostrare la mala fede del terzo grava, nel processo penale, sulla pubblica accusa, posto che una “pena”, ai sensi dell’art. 7 della CEDU, può essere inflitta solo vincendo la presunzione di non colpevolezza formulata dall’art. 6, comma 2, della CEDU»* (Corte cost. n. 49 del 2015, cit).

E’ bene chiarire che questi principi trovano applicazione anche nel caso in cui la sanzione è applicata da una pubblica amministrazione ed è sindacata dal giudice amministrativo. L’art. 30 del d.lgs. n. 380 del 2001, nel prevedere l’acquisizione del bene al patrimonio pubblico, contempla una misura sanzionatoria sostanzialmente equiparata alla confisca. Ne consegue che valgono le medesime regole, elaborate in ambito europeo, con applicazione del regime delle “sanzioni penali” anche in punto di sussistenza dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa. E’, pertanto, *«l’amministrazione, nell’emanare l’ordinanza di cui all’art. 30 T.U., a dover provare la mala fede del terzo acquirente, che in mancanza di ciò non potrebbe essere sanzionato»* (sentenza n. 3750 del 2017, cit.).

Questa Sezione ha già avuto modo di puntualizzare, inoltre, che queste regole non operano per *«per gli altri effetti previsti dall’art. 30 T.U., ovvero per il divieto di proseguire le opere e di disporre del bene dopo la trascrizione, trattandosi di effetti obiettivamente dipendenti dal carattere abusivo del bene e volti non a sanzionare, ma a impedire ulteriori conseguenze dell’abuso stesso»* (sentenza n. 3750 del 2017, cit.).

3.3.– Occorre adesso verificare quando il terzo acquirente non possa, per la sua situazione soggettiva, subire la “confisca”.

In via preliminare, deve chiarirsi che, per quanto si faccia normalmente riferimento al “terzo acquirente di buona fede”, la regola di condotta che viene in rilievo non è quella della buona fede soggettiva in senso stretto ma quella della diligenza, quale declinazione della nozione di colpa. Si tratta, infatti, di nozioni che possono, in alcuni casi, sovrapporsi ma in altre rimangono distinte in ragione del fatto che l’esistenza di una situazione di buona fede non esclude di per sé la colpa.

Vale richiamare, infatti, il principio generale, ex art. 1147, cod. civ., per cui *«La buona fede non giova se l’ignoranza dipende da colpa grave»*.

Il terzo deve, pertanto, tenere una condotta concreta conforme alla condotta tipica che delinea l’atteggiamento che, in circostanza come quella in esame, è necessario osservare da un agente modello che opera in tale settore.

Nell’effettuare tale indagine occorre tenere conto del fatto che nelle vicende, quale quella in esame, si inserisce normalmente la figura del notaio – ovvero anche quella di ulteriori professionisti – che provvede a redigere l’atto di acquisto.

La legge prevede che il notaio non può rogare atti nulli e nella specie quelli per i quali l’art. 46 del d.lgs. n. 380 del 2001 dispone che deve essere allegato il permesso di costruire, con applicazione di sanzioni disciplinari in caso di violazione di tali regole. Inoltre, i “protocolli dell’attività notarile”, elaborati dal Consiglio nazionale notarile, contemplano altre regole deontologiche da osservare, la cui violazione ha anch’essa rilevanza disciplinare. In particolare, il protocollo n. 13 dispone che il notaio non può rogare un atto che integra gli estremi di una lottizzazione cartolare. Il protocollo n. 12, nei “considerando” iniziale, dispone che *«la circolazione dei medesimi si fonda sull’attività assertiva delle parti e non su verifiche dirette, di carattere tecnico, da parte del notaio»*, ma poi aggiunge che questi deve *«colmare asimmetrie d’informazione nelle parti in materie complesse come quella urbanistica ed edilizia e rendere quindi le parti stesse consapevoli degli effetti prodotti dalle fattispecie negoziali, anche in rapporto agli scopi pratici perseguiti»*.

Può pertanto ritenersi che il “comune cittadino”, non disponendo *«di regola delle cognizione necessarie ad eseguire in proprio»* le verifiche necessaria al momento dell’acquisito di beni, quali

quelle in esame, si rivolge ad un notaio che è tenuto ad osservare le regole sopra esposte (sentenza n. 3750 del 2017, cit.).

In questo contesto occorre analizzare la posizione soggettiva del terzo acquirente che si rivolge al notaio per l'acquisto di un bene immobile inserito nell'ambito di una lottizzazione materiale.

Da un lato, deve escludersi che egli possa considerarsi "*sempre in colpa*" per violazione di norme imperative che impongono obblighi di condotta. Nella fattispecie in esame, non trova, infatti, applicazione l'art. 46 del d.lgs. n. 380 del 2001, il quale contempla, come esposto, una nullità formale testuale. Questa Sezione ha già avuto modo di affermare che «è senz'altro vero che l'immobile parte di una lottizzazione abusiva potrebbe in concreto essere stato costruito senza alcun titolo edilizio, ma ciò non rappresenta, ancora una volta, la regola assoluta». Nel caso di specie, infatti, «un permesso di costruire, quello relativo all'originario residence, esisteva, e averlo citato nell'atto notarile salva lo stesso dalla nullità; ancorché, come subito si vedrà, non significa che esso non possa essere irregolare sotto altri profili» (sentenza n. 3750 del 2017, cit.).

Dall'altro lato, deve escludersi che il terzo non sia "*mai in colpa*" per il fatto di essersi affidato ad un notaio, in quanto «l'intervento del notaio non garantisce una sorta di "*ripulitura giuridica*" della originaria illegalità dell'immobile abusivo» (così Cass. pen. n. 51710 del 2013, cit.). In alcuni casi peculiari, l'acquirente potrebbe, infatti, essere a conoscenza dei fatti (materiali e giuridici) «per esempio per aver esercitato il diritto di accesso alla relativa pratica edilizia, atto che presuppone una certa competenza tecnica in materia» (sentenza n. 3750 del 2017, cit.).

Escludendo i suddetti due estremi opposti, la regola giuridica da applicare, alla luce della giurisprudenza costituzionale ed europea sopra riportata, è quella di ritenere che è necessario effettuare una "*indagine casistica*" per verificare se, nel caso concreto, sussista o meno una condotta colposa dell'acquirente. Venendo in rilievo una "sanzione penale" – nei sensi di cui alla succitata giurisprudenza della C.E.D.U. – l'onere di provare la sussistenza di tale condotta incombe in capo all'amministrazione pubblica.

4.– Alla luce di quanto esposto, il motivo va accolto.

Nella fattispecie in esame, infatti, è pacifico che l'abuso fu realizzato dalla società costruttrice, estranea a questo processo, la quale ha realizzato il complesso immobiliare. Gli appellanti si sono limitati ad acquistare una delle abitazioni così costruite per il proprio uso. Si tenga conto, altresì, che l'originaria ordinanza di demolizione n.77 del 2008 non risulta nemmeno essere stata trascritta, con il corollario, da un lato, della sua inopponibilità agli aventi causa nei singoli cespiti immobiliari e, dall'altro lato, della sua inutilizzabilità per desumerne elementi indiziari a riprova della colpa degli odierni proprietari.

L'ordinanza impugnata, non contendo alcuna motivazione sulla responsabilità dei destinatari, deve, pertanto, essere annullata.

Omissis...