

JUS CIVILE



ROCCO ALESSIO ALBANESE

Assegnista di ricerca – Università di Torino

LOTTIZZAZIONI, CONVENZIONI E CONFISCHE IN PROSPETTIVA CIVILISTICA. LA TUTELA DI PAESAGGI E PROPRIETÀ TRA ORDINAMENTO NAZIONALE E GIURISPRUDENZA CONVENZIONALE

SOMMARIO: 1. *Introduzione e obiettivi del presente lavoro.* – 2. *Lottizzazioni, convenzioni e confische. Cenni sulla normativa italiana.* – 3. *Segue. I rimedi contro le lottizzazioni convenzionate abusive.* – 4. *Da Sud Fondi a Varvara: breve cronistoria di una polemica tra Corti e ordinamenti.* – 5. *Segue. La sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale e la sentenza G.I.E.M.* – 6. *Lo statuto della confisca urbanistica tra rigidità e aporie nazionali ed europee.* – 7. *La confisca della proprietà per lottizzazione abusiva: un dispositivo irragionevole e poco efficace.* – 8. *Un approccio civilistico rinnovato per uscire dall'impasse. La rilevanza dei beni comuni.* – 9. *Segue. Le lottizzazioni abusive nella prospettiva dei beni comuni.* – 10. *Su alcuni rimedi esperibili a tutela delle utilità paesaggistiche e ambientali.* – 11. *Conclusioni*

1. – Il presente lavoro costituisce un'indagine sulle complesse relazioni tra attività lottizzatoria convenzionata, lottizzazioni abusive, confisca della proprietà e tutela del paesaggio. La prospettiva di analisi è quella civilistica: in particolare, l'approccio adottato intende prestare la massima attenzione agli aspetti ecologici della vita associata, prospettando una teoria dei beni più sofisticata e caratterizzata dalla rilevanza della dimensione sovra-individuale delle utilità¹.

La materia che ci si accinge a trattare è assai nota, in quanto costituisce uno dei principali gangli del diritto urbanistico italiano; ma da più di dieci anni si caratterizza per una rinnovata e crescente attualità. Infatti, attorno alle sanzioni predisposte dalla legislazione nazionale per reprimere gli abusi nell'attività lottizzatoria² – in particolare quella che si

¹ Per l'apertura di prospettive di indagine sintetizzate nella locuzione "ecologia del diritto", v. F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, San Sepolcro, 2017; nonché U. Mattei, A. Quarta, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, San Sepolcro, 2018. V. inoltre A. Gambaro, *I beni*, in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012.

² A partire dall'entrata in vigore dell'articolo 18, comma 1 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (oggi ar-



fonda su convenzioni tra proprietà private e pubbliche amministrazioni – si è sviluppata negli ultimi anni una vera e propria “saga”, che ha visto i giudici di Strasburgo ingaggiare con dottrina e corti nazionali un dialogo piuttosto polemico.

Nelle loro linee essenziali, i termini della questione sono noti. Mobilitando disposizioni cruciali nel sistema convenzionale, quali gli articoli 7 e 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU)³ e l’articolo 1 del primo Protocollo aggiuntivo (P-1)⁴, la Corte EDU ha censurato in tre occasioni – nel 2009 il caso *Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia (Sud Fondi)*; nel 2013 il caso *Varvara c. Italia (Varvara)*; il 28 giugno 2018, la più recente decisione *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia (G.I.E.M.)* resa dalla *Grand Chamber*⁵ –

articolo 30, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. Edilizia) «si ha lottizzazione (...) di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi (...); nonché 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».

³L’art. 7 della CEDU («nulla poena sine lege») statuisce al primo paragrafo che «[n]essuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso». Secondo l’articolo 6 della CEDU («diritto a un equo processo»), «1. 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, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. (...) 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

⁴L’articolo 1 P-1 («protezione della proprietà») recita, com’è noto, che «[o]gni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Per un recente aggiornamento del largo dibattito su questa disposizione e sulle sue possibili interpretazioni, sia consentito il rinvio a U. Mattei, R.A. Albanese, R.J. Fisher, *Commons as possessions. The path to protection of the commons in the ECHR system*, in *European Law Journal*, 2019, pp. 230-250.

⁵Le sentenze della Corte EDU sono agevolmente reperibili sul database HUDOC, consultabile online (ultimo accesso il 12 settembre 2018). Per il presente lavoro ci si è avvalsi delle redazioni in lingua francese e inglese. L’analisi delle sentenze menzionate e dei dibattiti che esse hanno generato è contenuta *infra* nel testo.



l'istituto della confisca urbanistica disposta dal giudice penale, previsto dall'ordinamento italiano quale sanzione delle attività di lottizzazione abusiva⁶. Come si vedrà l'arresto nel caso G.I.E.M. può ritenersi, in particolare, un esempio di “diplomazia interpretativa”, con il quale i giudici di Strasburgo hanno inteso rispondere alla sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale: pronuncia, questa, con cui la Consulta aveva a sua volta tentato di preservare un equilibrio precario, garantendo allo stesso tempo margini di effettiva operatività alla confisca urbanistica senza sconvolgere le relazioni giuridiche e istituzionali tra giudici nazionali e Corte EDU⁷.

A fronte di una simile *querelle* tra Corti e ordinamenti, occorre riconoscere che lo stato della discussione sui problemi agitati dalle lottizzazioni convenzionate e dalla confisca urbanistica appare piuttosto insoddisfacente, in quanto caratterizzato da approcci per lo più riduzionisti. Da un lato si tende a dare il benvenuto alla giurisprudenza della Corte EDU, sposando in maniera forse frettolosa la ricostruzione della confisca come *penalty* riconducibile all'art. 7 CEDU. Dall'altro lato ci si ritrae con reazioni “campanilistiche”, che accusano i giudici di Strasburgo di smantellare l'apparato normativo nazionale eretto (in materia urbanistica/edilizia) a tutela di paesaggio ed ecosistemi e giungono a invocare, *ex artt.* 9, comma 2 e 42, comma 2, Cost., l'attivazione dei “contro-limiti” a difesa del sistema costituzionale italiano⁸.

⁶ Si veda oggi l'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. Edilizia. In passato il riferimento normativo era l'articolo 19 della legge 28 febbraio 1985, n. 47. Uno degli obiettivi di questo lavoro è proprio una discussione critica del diritto legislativo italiano in materia di lottizzazioni convenzionate.

⁷ Tra i plurimi interventi relativi alla sentenza n. 49 si vedano, per lo meno: G. Repetto, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2, pp. 411-421; V. Mongillo, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione di innocenza*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2, pp. 421-432; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2015, pp. 400-405. Assai importante l'approfondimento dedicato alla decisione da *Diritto Penale Contemporaneo*, con numerosi contributi rilevanti contenuti nel fascicolo 2/2015 della rivista (consultabile all'indirizzo <http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/it/archivio/rivista-trimestrale-2-2015>; ultimo accesso il 22.03.2019); M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*, pp. 288-302; G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, pp. 303-317; D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questini lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, pp. 318-324; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, pp. 325-332; F. Viganò, *La consulta e la tela di Penelope*, pp. 333-343. Per uno sguardo complessivo v. ancora V. Manes, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile all'indirizzo <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3837-la-confisca-senza-condanna-al-crocevia-tra-roma-e-strasburgo-il-nodo-della-presunzione-di-innocenza> (ultimo accesso il 22.03.2019).

⁸ Per un approccio di apertura nei confronti degli orientamenti promossi dalla Corte EDU, v. C. Tenella



In un tale contesto, il presente lavoro adotta un punto di vista squisitamente civilistico allo scopo di offrire, sotto due aspetti connessi e interferenti, un contributo ricostruttivo al problema trattato. Anzitutto, il profilo della tutela costituzionale della proprietà è ricondotto alla dimensione pluralistica ricostruita, a partire dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 rese nel 2007 dalla Corte Costituzionale, per inquadrare lo statuto della CEDU (e delle sentenze che la interpretano) nel “sistema” di fonti del diritto operanti in Italia⁹. In secondo luogo, e soprattutto, una prospettiva civilistica sufficientemente problematica sembra facilitare – anche sul terreno rimediabile – la ricerca di un soddisfacente equilibrio nella dialettica tra lottizzazione abusiva, confisca della proprietà e tutela del paesaggio. A ben vedere, le condanne irrogate dalla Corte EDU ai danni della Repubblica italiana costringono l’interprete ad aggiornare le riflessioni sulla tenuta che la confisca (specie

Sillani, *Panoramica del diritto di proprietà*, in AA.VV., *Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI. Atti del convegno svoltosi a Milano dall’8 al 9 novembre 2012*, Milano, 2013, pp. 53-68; R. Rolli, *La proprietà come diritto dell’uomo?*, in *Contratto e Impresa*, 2011, pp. 1014-1075. Altri autori esprimono, al contrario, forti riserve: v. C. Salvi, *La proprietà privata e l’Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009, pp. 409-430; Id., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Europa e diritto privato*, 2011, pp. 437-458; v. inoltre G. Ramaccioni, *“Ecomostro” e diritti umani*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009, pp. 501-512. Per l’orientamento che, prendendo congedo da impostazioni dualistiche, ricostruisce la protezione multi-livello dei diritti in un’ottica di complessità e di unitarietà ordinamentale, v. P. Perlingieri, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008.

⁹Le decisioni “gemelle” n. 348 e 349 del 2007, così come le successive sentenze gemelle n. 311 e 317 del 2009, sono state notoriamente cruciali per comprendere l’approccio adottato dalla Corte Costituzionale italiana nei riguardi tanto della qualificazione della CEDU come fonte del diritto, quanto dello statuto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Allude a una giurisprudenza costituzionale «di passaggio», intuendo la futura rilevanza delle sentenze di rigetto per inammissibilità (in difetto di interpretazione conforme), A. Ruggeri, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in *Politica del diritto*, 2008, 3, pp. 443-460. V., inoltre, P. Perlingieri, *Leale collaborazione*, cit.. Una indagine d’insieme è svolta da I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte Costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Politica del diritto*, 2010, 1, pp. 41-100 (parte I) e in *Politica del diritto*, 2010, 2, pp. 285-317 (parte II). Più di recente, v. A. Guazzarotti, *L’interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze “gemelle” della Corte Costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2018. Sull’attuale, “disordinato”, discorso sulle fonti del diritto la bibliografia è sterminata: per tutti si rinvia, qui, a U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, 3/2006, pp. 361-384. Con approccio tanto convincente quanto foriero di complessità, iscrive le fonti europee nei meccanismi di tutela costituzionale della proprietà A. Gambaro, *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2/2010, pp. 115-132. V. anche A. Gambaro, *La dinamica dei principi: due esempi ed una ipotesi*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche – nuova serie*, 2014, numero speciale: I principi nell’esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Roma, 14-15 novembre 2014, pp. 209-226. Non meno importante, da ultimo, il contributo in questa materia di L. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa e diritto privato*, 3/2011, pp. 575-624.



quella disposta dal giudice penale) ha quale istituto cardine del diritto urbanistico italiano. Storicizzare e contestualizzare l'istituto consente a questo studio di mostrare in maniera peculiare gli elementi di obiettiva fragilità e irragionevolezza del diritto positivo italiano in materia di lottizzazione abusiva. Nondimeno, ricostruire la *ratio* di questa disciplina a partire da cruciali istanze di tutela delle utilità paesaggistiche (di carattere diffuso, collettivo, inclusivo) può condurre oggi a valorizzare la categoria dei beni comuni, il che permette di non ratificare le conclusioni della giurisprudenza di Strasburgo. La considerazione di paesaggio ed ecosistemi quali beni comuni sembra anzi illuminare, proprio sul terreno degli assetti proprietari, così caro alla Corte EDU, aspetti aporetici della giurisprudenza europea in materia di lottizzazione abusiva.

Si tratta allora di uscire dall'*impasse* generata dal “dialogo” tra giudici di Strasburgo e corti nazionali, emancipando l'analisi giuridica da approcci informati al solo diritto penale e fedeli alla rigida (e ormai mitologica) *divisio* pubblico/privato¹⁰. Come risulta evidente nei casi più delicati – ossia quelli in cui è presente una convenzione tra proprietà private e amministrazioni pubbliche –, l'attuale funzionamento della confisca urbanistica non può essere ritenuto soddisfacente. Esso, di per sé, non garantisce in alcun modo che al trasferimento coattivo e gratuito della proprietà seguano la demolizione degli abusi e il ripristino dello stato dei luoghi, ossia le attività che più danno corpo alla tutela di paesaggi e territori. Di conseguenza, emerge l'opportunità di discutere in modo preciso di quali possano essere i rimedi più efficaci ad assicurare protezione e riproduzione di *habitat* ed ecosistemi. La rilevanza dei beni comuni e il ricorso a un rimedio come la denuncia di nuova opera (art. 1171 c.c.) suggeriscono, ad avviso di chi scrive, percorsi ricostruttivi che, ponendosi accanto e oltre il deludente dato legislativo e operando in maniera efficace, potrebbero – in attesa di una auspicabile revisione della legislazione urbanistica statale – perfino limitare le occasioni di intervento della Corte EDU, così sdrammatizzando la polemica tra CEDU e ordinamento italiano

2. – Rievocando lo stato degli studi sulle trasformazioni urbanistiche di matrice convenzionale negli anni immediatamente antecedenti all'approvazione della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (legge urbanistica fondamentale, d'ora in avanti l.u.), Massimo Severo Giannini po-

¹⁰ V. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007. Quanto alla (davvero *summa*, ossia fondativa) *divisio* pubblico/privato, per tutta la sterminata produzione scientifica in materia ci si limita a segnalare: S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964, *ad vocem*; U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1989, pp. 191-219; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011.



teva rilevare, in maniera tanto ironica quanto immaginifica, che «[c]omunque urbanisticamente apprezzabili o no, le centauresse che erano le convenzioni urbanistiche manifestavano una perseverante presenza di deità reggenti, potenti ma amiche dell'ombra»¹¹.

Il lemma *centauresse*, impiegato dal grande Maestro per catturare la singolarità dell'istituto delle convenzioni urbanistiche, è divenuto un riferimento usuale nella letteratura amministrativistica, così come negli studi civilistici che non hanno rinunciato a contribuire – con il bagaglio di categorie e strumenti offerto dal diritto privato – alle discussioni sulla vita e sulle trasformazioni dei sistemi urbani e dei territori¹². Del resto

¹¹ M.S. Giannini, *Prefazione*, in V. Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979, p. 6.

¹² La letteratura in materia di convenzioni urbanistiche e, più in particolare, di lottizzazioni convenzionate è sterminata. A mero titolo esemplificativo, si vedano peraltro: AA.VV., *Il piano di lottizzazione oggi: Le nuove leggi ospedaliere. Atti del XV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 18-21 settembre 1969*, Milano, 1971; A. Gambaro, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, Bologna, 1977; V. Mazzarelli, *Le convenzioni*, cit.; T. Galletto, *Le convenzioni urbanistiche*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1989, II, p. 117 ss.; R. La Barbera, *L'attività amministrativa dal piano al progetto*, Padova, 1990; A. Candian, A. Gambaro, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992; M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1995 (rist.); P. Urbani, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Torino, 1995; A. Sandulli, *Le convenzioni di lottizzazione: natura e tutela*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1995, 4, p. 416 ss.; A. Travi, *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1996, *ad vocem*; V. Mazzarelli, *Convenzioni urbanistiche*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, pp. 294-303; P. Urbani, *Pianificare per accordi*, in *Riv. giur. edilizia*, 4/2005, p. 177 ss.; A. Marra, *L'interesse dei terzi nelle convenzioni di lottizzazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2006, p. 736 ss.; P. Urbani, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011; A. Gambaro, U. Morello (a cura di), *Trattato dei diritti reali, vol. IV, Proprietà e pianificazione del territorio*, Milano, 2012; G. Durano, *La disciplina degli accordi amministrativi e il loro utilizzo quale strumento di gestione e pianificazione del territorio*, in P. Urbani (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, 2015, pp. 299-324; R. Martuscelli, *Profili delle convenzioni di lottizzazione nel quadro dell'amministrazione per accordi*, consultabile all'indirizzo http://www.comparazioneirittocivi.le.it/prova/files/martuscelli_contratti.pdf (ultimo accesso 04.06.2019); P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2017; F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, I, Torino, 2018. Per una prospettiva di indagine più ampia, ossia relativa alla materia degli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni – di cui le convenzioni di lottizzazione sono ritenute figura esemplare – v., tra i moltissimi: A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. Pubblico*, 1938, pp. 455-556; P. Virga, *Contratto di diritto pubblico (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, *ad vocem*; F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, s.d. (ma 1965); F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, pp. 1469-1509; G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori (a cura di), *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995; E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, pp. 1-34; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; V. Mengoli, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2003; V. Cerulli Irelli, *Note critiche*



una tale fortuna è ben comprensibile, poiché questa immagine è capace di alludere al difficile inquadramento teorico di un istituto che deve senz'altro annoverarsi tra i più longevi e indiscussi protagonisti dei processi di urbanizzazione occorsi in Italia. Come è emerso grazie a studi ormai classici, la diffusione delle convenzioni urbanistiche – e tra di esse, in particolare, delle convenzioni di lottizzazione – può farsi risalire agli ultimi decenni del XIX secolo¹³. È ormai noto, infatti, che all'indomani dell'unificazione strumenti convenzionali furono usati per organizzare e regolare la maggior parte dei programmi di urbanizzazione che interessarono le città italiane, investite da processi di modernizzazione stimolati dall'industrializzazione e da significative dinamiche demografiche e migratorie. Già in quegli anni tali convenzioni mostravano uno straordinario tasso di ambiguità: presentavano (dove il *nomen iuris* affermatosi) una indubbia struttura negoziale, sebbene avessero a che fare con l'urbanizzazione e la trasformazione delle città, ossia con attribuzioni senz'altro riservate alle pubbliche amministrazioni; erano pensate e usate come contratti, ma allo stesso tempo rilevavano quali moduli atti a organizzare efficacemente l'esercizio di poteri e funzioni amministrativi; erano suscettibili di esprimere ragionevoli assetti sinallagmatici (con i lottizzatori privati che, pur perseguendo obiettivi imprenditoriali, si impegnavano a effettuare importanti opere di urbanizzazione), e però risultavano spesso veicoli di fenomeni corruttivi e di speculazione immobiliare¹⁴.

Simili peculiarità possono forse spiegare due caratteristiche dell'evoluzione che il regime delle convenzioni urbanistiche ebbe nella prima metà del Novecento. Anzitutto, la costruzione istituzionale dello Stato di diritto amministrativo, e dunque dello Stato-apparato, comportò una “pubblicizzazione” dei processi di trasformazione urbanistica. In tal senso il momento convenzionale risultò, almeno sul piano declamatorio, ridimensionato a vantaggio della centralità del provvedimento espressivo della volontà dei poteri pubblici: la conseguenza di ciò fu, nel 1942, lo strabiliante silenzio serbato dalla l.u. sulle convenzioni urbanistiche¹⁵. Com'è noto, la zona d'ombra che minava il diritto urbani-

in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali, in *Dir. Amm.*, 2/2003, pp. 217-276; M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1, p. 270 ss.

¹³ V. V. Mazzearelli, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi. Notazioni storiche*, in M. Costantino (a cura), *Convenzioni urbanistiche*, cit., pp. 67-89; ead., V. Mazzearelli, *Le convenzioni*, cit.; R. La Barbera, *L'attività amministrativa*, cit.

¹⁴ A riguardo della “prima stagione” delle convenzioni urbanistiche v. V. Mazzearelli, *Convenzioni urbanistiche come contratti*, cit., pp. 67-74. Per due contributi non squisitamente giuridici, ma assai significativi dal punto di vista urbanistico e storico, v. F. Sullo, *Lo scandalo urbanistico*, Firenze, 1964; E. Salzano, *Fondamenti di urbanistica. La storia e la norma*, Roma-Bari, 2016.

¹⁵ Quanto alle traiettorie storiche evocate, v. i classici lavori di M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, Mila-



stico italiano fu illuminata soltanto dopo venticinque anni di elusioni e danni, spesso irreversibili¹⁶. L'articolo 28 della l.u. fu riscritto grazie alla legge 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. legge Ponte). In seno a un intervento normativo di indubbia ispirazione riformatrice¹⁷, le convenzioni di lottizzazione trovarono così una disciplina legislativa recante, tra le altre, indicazioni sugli obblighi del proprietario privato lottizzatore e sui termini (di dieci anni al massimo) previsti per l'esecuzione dei lavori.

Negli anni successivi, una tappa saliente dello sviluppo del regime giuridico delle lottizzazioni convenzionate deve individuarsi nella legge 28 febbraio 1985, n. 47¹⁸. Questo intervento del legislatore, passato alla storia come il primo criticatissimo condono edilizio, introdusse un organico apparato sanzionatorio per le lottizzazioni abusive. In parti-

no, 1973, pp. 179-274; e di S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971. In anni successivi v. G. Berti, *Principio contrattuale nell'amministrazione pubblica*, in *Jus*, 1987, 2, pp. 160-173; B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. Amm.*, 4/1995, pp. 483-518. Nel disciplinare le lottizzazioni, l'originario art. 28 della legge n. 1150 si limitò ad attribuire al sindaco un solitario potere di emanare provvedimenti autorizzatori, senza nulla disporre sugli aspetti convenzionali e senza apprestare adeguate forme di controllo su eventuali abusi e collusioni: duro, in proposito, il giudizio di M.S. Giannini, *Prefazione*, cit., pp. 7-8.

¹⁶ Per avere almeno un'idea di cosa abbia significato la stagione del "sacco" di interi paesaggi e territori italiani, v. G. Barbera, *Conca d'oro*, Palermo, 2012.

¹⁷ Tra le previsioni più avanzate della legge ponte era senz'altro da annoverarsi quel celebre art. 10 che, sostituendo l'articolo 31 della l.u., introduceva al comma 9 del nuovo articolato la (tanto promettente, quanto discussa) "azione popolare urbanistica". Secondo la versione dell'articolo 31, comma 9 della l.u. vigente a partire dal 1967, «[c]hiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione». L'innovazione normativa così apportata dal legislatore, potenzialmente dirompente, fu largamente ridimensionata in via interpretativa dalla giurisprudenza, la quale da un lato incontrava difficoltà nel concettualizzare situazioni giuridiche collettive cui attribuire rimedi, dall'altro lato – e soprattutto – negava con decisione che nell'ordinamento italiano fossero configurabili forme di azione popolare (ulteriori rispetto a quelle tassativamente ed eccezionalmente previste per legge). Per tutte le pronunce si rinvia a Cons. Stato, V, 9 giugno 1970, n. 523, vero e proprio *arrêt de principe* in materia. Tra i moltissimi interventi relativi a questa disposizione rilevano in particolare, anche ai fini di questo studio: V. Spagnuolo Vigorita, *Interesse pubblico e azione popolare nella «legge-ponte» per l'urbanistica*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1967, II, pp. 387-399; E. Guicciardi, *La decisione del "chiunque"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1970, parte terza, cc. 193-198; S. Rodotà, *Disciplina della proprietà e controlli privati nell'esecuzione delle convenzioni urbanistiche*, in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche*, cit., pp. 261-272; A. Romano, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milano, 1978, pp. 33-59. Per una riflessione pionieristica in materia di azione popolare e protezione del paesaggio, v. M. D'Amelio, *La tutela giuridica del paesaggio*, in *Giur. it.*, 1912, parte IV, cc. 129-146. L'art. 31 della l.u. doveva infine essere abrogato dall'art. 136, comma 1, lett. a) del T.U. Edilizia.

¹⁸ A proposito di questa legge è sufficiente, per il momento, il rinvio ad A. Carullo, *Nota introduttiva al Commentario della legge 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1985, p. 1014.



colare: l'articolo 18 conteneva una articolata disciplina delle attività di lottizzazione, con un primario rilievo delle previsioni in materia di lottizzazione abusiva, ossia condotta «in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione»; l'articolo 19 era rubricato «confisca dei terreni» e, come si è già intravisto, attribuiva al giudice penale che accertasse una lottizzazione abusiva il potere/dovere di irrogare la confisca urbanistica; l'articolo 20 era invece dedicato più in generale alle «sanzioni penali» previste per le violazioni della disciplina urbanistica ed edilizia. Le disposizioni della legge n. 47 sono oggi state trasfuse nel T.U. Edilizia. Rileva in particolare il capo II («sanzioni») titolo IV («vigilanza sull'attività urbanistico edilizia, responsabilità e sanzioni») del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Gli articoli 30 e 44 sono i riferimenti normativi di cui tenere principalmente conto, poiché contengono rispettivamente le regole in materia di «lottizzazione abusiva» e le previsioni sulle «sanzioni penali»: è nel secondo comma dell'articolo 44, come noto, che trova oggi collocazione il vecchio articolo 19 della legge n. 47, sicché nella disciplina vigente la confisca urbanistica irrogata dal giudice penale si trova affiancata alle altre pene in passato previste da una diversa disposizione.

Per avere una sufficiente comprensione dei meccanismi sanzionatori predisposti dal T.U. Edilizia devono segnalarsi ulteriori articoli. L'articolo 31, in merito agli «interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali», reca una disciplina diversa da quanto previsto in materia di lottizzazione abusiva: per contrastare i singoli interventi *contra legem* si ha un apparato rimediale piuttosto sofisticato, in applicazione del quale la confisca della proprietà è sanzione solo residuale, che scatta qualora il «responsabile» non provveda da sé alla riduzione in pristino dei luoghi interessati dall'abuso nel termine di 90 giorni dal ricevimento dell'ingiunzione emanata dall'autorità amministrativa¹⁹. Gli articoli 39 («annullamento del permesso di costruire da parte della regione») e 40 («sospensione o demolizione di interventi abusivi da parte della regione»), poi, attribuiscono all'ente regionale un importante ruolo di controllo e sanzione sulle trasformazioni urbanistiche avallate dalle amministrazioni comunali²⁰.

¹⁹ Sui rimedi previsti dal T.U. Edilizia in caso di singolo abuso si tornerà nelle pagine conclusive di questo scritto. Nondimeno si può segnalare sin da ora, per l'attenzione dedicata all'articolo 31 del Testo Unico, G. Tucci, *Confisca "urbanistica" e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto privato*, 1/2009, pp. 15-52.

²⁰ Ad esempio, ai sensi della disposizione generale di cui all'art. 39, comma 1 «[e]ntro dieci anni dalla loro adozione le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione, possono essere annullati dalla regione».



Si è detto che il carattere abusivo di una lottizzazione è dovuto non solo all'assenza di autorizzazione, ma anche alla «violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali»: donde la possibile illiceità anche delle lottizzazioni a base convenzionale. Alla luce di un tale rinvio (oggi disposto dall'art. 30, comma 1 T.U. Edilizia), occorre menzionare, sia pur di sfuggita, almeno alcune tra le numerose previsioni – legislative statali e regionali, ovvero regolamentari – potenzialmente rilevanti e contenute nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante codice dei beni culturali e del paesaggio²¹. Vengono in particolare in evidenza le disposizioni contenute nella parte terza del codice, quella relativa ai beni paesaggistici. Ferme restando le indicazioni generali contenute nell'articolo 131 («paesaggio»)²², in questa sede ci si può limitare a sottolineare la portata dell'articolo 142, che offre una corposa elencazione di aree interessate *ex lege* dai meccanismi di tutela paesaggistica²³. Non meno importanti risultano le previsioni contenute negli articoli 146 e ss.: il capo relativo a «controllo e gestione dei beni soggetti a tutela» costituisce il cuore della disciplina paesaggistica di fonte statale, e comporta una significativa conformazione dei poteri di uso e di godimento in capo ai soggetti proprietari (nonché ai possessori e ai detentori), alludendo a una tutela giuridica particolarmente intensa degli interessi diffusi di tipo paesaggistico²⁴⁻²⁵.

²¹ Antesignano del codice è stato il celebre d.l. 27 giugno 1985, n. 312, convertito dalla legge 8 agosto 1985, n. 431: questo intervento normativo, passato alla storia come “legge Galasso”, risulta oggi quasi integralmente abrogato, ma alla metà degli anni '80 del secolo scorso esso costituì un fondamentale avanzamento in materia di «tutela delle zone di particolare interesse ambientale».

²² Ai sensi del comma 1 dell'art. 131 del d.lgs. n. 42, «[p]er paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni».

²³ Tra i beni contemplati dall'articolo si segnalano per lo meno: «i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare», di cui alla lett. a); «i parchi e le riserve nazionali o regionali, nonché i territori di protezione esterna dei parchi» di cui alla lett. f); «le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici» di cui alla lett. h).

²⁴ In merito alla conformazione del diritto di proprietà resta ancora ineludibile la pagina di S. Rodotà, *Il terribile diritto*, Bologna, 2013, pp. 273-423. Per una prospettiva differente e altrettanto importante, v. invece E. Finzi, *L'officina delle cose. Scritti minori*, Milano, 2013. Come è noto, la prospettiva della conformazione normativa di una situazione giuridica soggettiva che resta, comunque, imputata al suo titolare, reca con sé il problema logico di isolare le ipotesi in cui una data conformazione risulti tanto intensa da trascendere in vera e propria ablazione del diritto. La questione è stata decisiva anche in merito alla frizione tra prerogative proprietarie e prescrizioni urbanistiche: per un quadro aggiornato sul punto v., per tutti, A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso. Seconda edizione completamente rifatta*, Milano, 2017, pp. 304-354. Anche nella giurisprudenza della Corte EDU la distinzione tra *control of use* dei beni e *deprivation* della proprietà (nella forma del *regulatory taking*, ossia della c.d. espropriazione sostanziale) è da sempre delicatissima e cruciale: ciò è attestato da *landmark cases* come *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* (deciso nel 1982) e *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom* (deciso,



3. – Un tale *excursus*, necessario per cominciare l’analisi dei problemi oggetto di questo studio, impone di evidenziare gli aspetti di stratificazione e di complessità che riguardano la disciplina legislativa delle trasformazioni urbanistiche, degli eventuali abusi in materia e delle relative sanzioni. La notazione riguarda in particolare l’istituto della lottizzazione convenzionata, da sempre protagonista dei processi di urbanizzazione dei territori italiani e oggi ricostruibile – come si è visto – anzitutto sulla base di una lettura incrociata degli artt. 28 l.u., 30 e 44 T.U. Edilizia.

Come anticipato poc’anzi, l’art. 28, comma 2 l.u. abilita le amministrazioni comunali, che si siano dotate di piani regolatori generali e di programmi di fabbricazione, ad autorizzare attività di lottizzazione in via sostitutiva rispetto all’adozione di strumenti urbanistici attuativi (i piani particolareggiati). Ai sensi del comma 5 dell’articolo 28 l.u. «[l]’autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione, da trascriversi a cura del proprietario»: la conclusione di convenzioni di lottizzazione tra privati e autorità pubbliche assume quindi un ruolo cruciale, dal momento che i contenuti delle stesse rappresentano il “cuore” dei processi di urbanizzazione²⁶. Nel silenzio della legge sui rapporti tra i vari strumenti attuativi, in via di prassi le lottizzazioni convenzionate si sono affermate – *rectius* confermate – come il modulo largamente dominante²⁷. Nella concreta esperienza del diritto urbanistico italiano, dunque, sono stati i grandi proprietari privati (e, in particolare, i grandi attori del sistema immobiliare) ad assumere l’iniziativa

con pronunce opposte, nel 2005 dalla IV sezione e nel 2007 dalla *Grand Chamber*). Il secondo dei casi menzionati ha, in particolare, suscitato attenzione negli osservatori italiani: v. S. Patti, *Perdita del diritto a seguito di usucapione e indennità (alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo)*, in *Rivista di diritto civile*, 6/2009, pp. 663-668; A. Guarneri, *Usucapione, acquisti a non domino e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, parte seconda, pp. 339-352.

²⁵ Quanto al potenziale di protezione degli interessi diffusi si segnala in particolare l’articolo 146, comma 12 del codice, a mente del quale «[l]’autorizzazione paesaggistica è impugnabile, con ricorso al tribunale amministrativo regionale o con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, dalle associazioni portatrici di interessi diffusi individuate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di ambiente e danno ambientale, e da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse. Le sentenze e le ordinanze del Tribunale amministrativo regionale possono essere appellate dai medesimi soggetti, anche se non abbiano proposto ricorso di primo grado».

²⁶ V. i riferimenti contenuti sopra, nota 12.

²⁷ Sono state relegate in posizioni minoritarie o perfino residuali l’adozione amministrativa di piani particolareggiati e il peculiare meccanismo della lottizzazione a iniziativa comunale (secondo l’art. 28, comma 11 l.u., «[n]ei Comuni forniti di programma di fabbricazione e in quelli dotati di piano regolatore generale anche se non si è provveduto alla formazione del piano particolareggiato di esecuzione, il Sindaco ha facoltà di invitare i proprietari delle aree fabbricabili esistenti nelle singole zone a presentare entro congruo termine un progetto di urbanizzazione delle aree stesse. Se essi non aderiscono, provvede alla compilazione d’ufficio»).



proponendo alle amministrazioni comunali piani di lottizzazione capaci di trasformare significativamente i tessuti urbani²⁸.

Nel caso di una lottizzazione abusiva l'ordinamento predispone reazioni differenti e, come si vedrà, non sufficientemente coordinate. In primo luogo è possibile una reazione amministrativa, disciplinata dai commi 7 e 8 dell'art. 30 T.U. Edilizia: le attività abusive di lottizzazione vengono colpite da ordinanze di sospensione le quali – trascorsi novanta giorni dall'emanazione del provvedimento, e in assenza di revoca dello stesso – conducono alla confisca, con acquisizione di diritto delle aree lottizzate al patrimonio disponibile del comune; è quindi l'amministrazione comunale, divenuta ormai proprietaria, a dover provvedere a proprie spese alla demolizione delle opere abusivamente realizzate. Sennonché è noto che la reazione amministrativa ha un margine di operatività piuttosto ristretto. Infatti, secondo la lettera della legge essa può essere attivata solamente ove sia accertata «l'effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio *senza la prescritta autorizzazione*» (comma 7 dell'art. 30, sul punto identico all'art. 18, comma 7 legge n. 47 del 1985)²⁹. L'individuazione di simili presupposti sembra suggerire che la reazione amministrativa comunale non è percorribile in tutti quei casi più complessi e problematici, in cui il carattere abusivo di interventi di lottizzazione intrapresi da soggetti privati emerge *nonostante* l'autorizzazione rilasciata da una pubblica amministrazione.

In altri termini, può ben darsi che per differenti ragioni – erronea convinzione nella legittimità del proprio operato, imperizia o negligenza, dolosa collusione; non importa qui indagare il c.d. “elemento soggettivo” – le pubbliche amministrazioni concludano con i privati proprietari convenzioni di lottizzazione, sulla base delle quali vengono autorizzati vasti interventi di cui, in un momento successivo, si accerti la contrarietà a previsioni normative in materia urbanistica, paesaggistica, ambientale. È proprio di questo insieme di situazioni, del resto, che si era occupata la cruciale sentenza 8 febbraio 2002, n.

²⁸ Come è stato documentato dagli studi sulle convenzioni urbanistiche citati in particolare alla nota 12, i poteri privati hanno sempre – i.e. anche nell'epoca in cui si asseriva che le decisioni strategiche sugli usi dei territori fossero rimesse esclusivamente alla pianificazione assunta dalle pubbliche amministrazioni – giocato un ruolo determinante nell'orientare e/o determinare i grandi processi di trasformazione urbana. Oggi, peraltro, il protagonismo dei soggetti privati in materia urbanistica è un dato assolutamente pacifico: per un recente contributo v. A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018. Occorre infine ricordare che le trasformazioni urbane sono il prodotto non solo delle strategie delle grandi concentrazioni di potere (privato o pubblico), ma anche di processi più dinamici e collettivi: v. ad esempio, sulla rendita fondiaria, A. Quarta, *La polvere sotto il tappeto. Rendita fondiaria e accesso ai beni comuni dopo trent'anni di silenzio*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2/2013, pp. 253-272. In una prospettiva non giuridica, merita inoltre attenzione F. La Cecla, *Contro l'urbanistica*, Torino, 2015.

²⁹ Il corsivo è aggiunto.



5115, resa dalle Sezioni Unite penali della Cassazione³⁰: con questa pronuncia-spartiacque la Suprema Corte confermò (sconfessando l'orientamento di Cass. pen., sez. III, 4 giugno 1991, n. 6094, Ligresti) che la lottizzazione abusiva è reato a consumazione alternativa, sussistente nella sua variante c.d. materiale anche in presenza di una “complicità” della pubblica amministrazione con il lottizzatore.

Nei casi in parola – lasciando a margine della trattazione il profilo relativo alla responsabilità dei soggetti che abbiano deliberato sulla conclusione della convenzione e sulle successive autorizzazioni – oltre alle possibilità di autotutela i rimedi specificamente predisposti per contrastare una lottizzazione formalmente convenzionata ma effettivamente abusiva sembrano principalmente due. Da un lato, un importante ruolo in ambito amministrativo è attribuito alle Regioni dal già menzionato articolo 39 T.U. Edilizia: ai sensi del comma 1, infatti, nel termine di dieci anni gli enti regionali possono annullare deliberazioni comunali «che autorizzano interventi non conformi» alla normativa urbanistica (regolamentare e legislativa) in vigore al momento della loro adozione³¹. Dall'altro lato, e soprattutto, viene in considerazione la rilevanza penalistica delle attività di lottizzazione abusiva, che sono qualificate come reato contravvenzionale dall'art. 44, comma 1 lett. c) T.U. edilizia³². Il comma 2 di questo articolo, la cui rubrica è dedicata alle «sanzioni penali», stabilisce che «[l]a sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottiz-

³⁰ La sentenza n. 5115, che può essere considerata uno spartiacque, è consultabile corredata dalla nota di E. Fiorino, *Sulla lottizzazione abusiva come reato a consumazione alternativa*, in *Giur. It.*, 2003, 10, p. 1908 ss.

³¹ Anche le lottizzazioni convenzionate devono ritenersi assoggettate al potere regionale di cui all'articolo 39 del Testo Unico, recentemente al centro della significativa decisione di Cons. Stato, IV, 16 agosto 2017, n. 4010. Una massima di questa pronuncia, in particolare, recita che «[i]l potere della Regione di annullare i permessi di costruire differisce da quello attribuito all'amministrazione comunale perché non costituisce esercizio di attività di controllo in funzione di riesame, bensì esercizio di una competenza (concorrente) di pianificazione e programmazione dell'uso del territorio. Si conferma anche, in tal modo, la piena compatibilità della previsione rispetto all'impianto costituzionale, che per l'appunto prevede nella materia del governo del territorio una competenza concorrente nell'art. 117 Cost.; sicché la Regione è tenuta a valutare l'interesse pubblico con esclusivo riferimento alla conservazione della situazione esistente rispetto agli strumenti urbanistici vigenti, secondo la scansione temporale disegnata dall'art. 39 del D.P.R. n. 380/2001 e, in precedenza, dall'art. 27, della legge 17 agosto 1942, n. 1150 e, soprattutto, senza che vengano in rilievo problemi di bilanciamento comparativo tra l'interesse pubblico al ristabilimento della legalità violata e l'interesse privato al mantenimento della costruzione. L'esercizio del potere sostitutivo di annullamento regionale delle concessioni di costruzione, infatti, a differenza dei poteri di autotutela del comune, non comporta un riesame del precedente operato, ma è finalizzato a ricondurre le amministrazioni comunali al rigoroso rispetto della normativa in materia edilizia, onde l'interesse pubblico all'annullamento è in re ipsa».

³² Secondo tale disposizione, «[s]alvo che il fatto non costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica (...) c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 15493 a 51645 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'articolo 30. (...)».



zazione 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 (...)).

Risulta perfino superfluo rilevare che l'inquadramento della confisca urbanistica disposta dal giudice penale è stato il "punto di partenza" delle operazioni interpretative condotte dalla Corte EDU in polemica con l'ordinamento italiano. Nondimeno, di una tale vicenda non può che darsi conto.

4. – All'indomani del duemila le convinzioni dei giudici italiani circa la natura e la funzione della confisca urbanistica di cui agli artt. 30 e 44 T.U. Edilizia erano a dir poco solide. Con l'Ordinanza n. 187 del 1998, la Corte Costituzionale avallò l'orientamento, già emerso negli anni '80, secondo cui «in tema di lottizzazione abusiva, la confisca dei terreni, che ha natura di sanzione amministrativa, e non di misura di sicurezza, consegue ad una sentenza che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, prescindendo, pertanto, da una condanna al riguardo». La qualificazione della confisca urbanistica come sanzione amministrativa fu senz'altro la chiave di volta dell'assetto interpretativo messo a punto dalla giurisprudenza italiana in merito ai rimedi esperibili contro le lottizzazioni abusive. A tale inquadramento si perveniva prendendo le mosse dagli elementi differenziali rispetto alla confisca di cui all'articolo 240 c.p. Venne valorizzata, quindi, la possibilità (o meglio il dovere) del giudice di disporre – in via di supplenza rispetto all'amministrazione – una confisca urbanistica senza condanna: ossia anche nel caso di proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione, se l'istruttoria svolta avesse evidenziato la sussistenza della lottizzazione abusiva. Si sottolineò inoltre il fatto che la proprietà del bene fosse (nel 1985 così come nell'odierna disciplina) acquisita gratuitamente al patrimonio comunale, e non al patrimonio statale, come previsto dalla disciplina "ordinaria". Si ritenne dirimente, sopra ogni cosa, la *ratio* «del buon governo del territorio e della tutela dell'ambiente» che sorreggeva l'istituto: elemento, questo, che portava gli interpreti a distinguerlo dalle misure di sicurezza e al contempo a ritenere il giudice penale senz'altro autorizzato e tenuto a ricorrervi³³.

Né si è ritenuto, a seguito dell'entrata in vigore del T.U. Edilizia nel 2001, che la successione dell'articolo 44 del Testo Unico all'art. 19 della legge n. 47/1985, con una mo-

³³ Sul punto v., tra i tanti, F. Monaldi, *Commentario della legge 28 febbraio 1985, n. 47, sub art. 19*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1985, p. 1097. Per una sintesi di un'interpretazione giurisprudenziale invalsa v. Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2004, n. 38728 (consultabile su online.leggiditalia.it).



dificazione non trascurabile della *rubrica legis*, avesse comportato innovazioni giuridiche sostanziali di cui tenere conto³⁴.

Sono noti i corollari di questa ricostruzione. Anzitutto, anche il proscioglimento di un imputato per estinzione del reato di lottizzazione abusiva, dovuta a prescrizione, è stato ritenuto – fino alla sentenza Varvara – compatibile con l'applicazione della sanzione amministrativa, a condizione che fosse sostanzialmente accertata una responsabilità dell'imputato prosciolto «sotto il profilo oggettivo e soggettivo»³⁵. Per quanto riguarda, invece, la posizione dei soggetti terzi rispetto a un processo penale instaurato per sanzionare una lottizzazione abusiva, l'orientamento della giurisprudenza italiana si è delineato nel senso di impedire la confisca ai danni di chi, estraneo alla commissione del reato, sia entrato in buona fede nel possesso dei beni interessati dagli abusi. In altri termini, il terzo che in mala fede sia venuto in possesso di terreni abusivamente lottizzati è un possibile destinatario di confisca urbanistica, pur non potendo di regola essere chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. c) del T.U. Edilizia³⁶.

³⁴ Se nel 1985 si aveva un articolo specificamente dedicato alla «confisca dei terreni», dal 2001 il Testo Unico ha incluso la confisca urbanistica in un articolo relativo alle «sanzioni penali». A un simile cambiamento la giurisprudenza ha potuto agevolmente opporre l'argomento per cui *rubrica legis non est lex*. Cfr., in ogni caso, alcune voci critiche in dottrina: M. Panzarasa, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Penale*, 2010, pp. 1684-1685; S. Vinciguerra, *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. It.*, 2005, III, pp. 1911-1916; G. Tucci, *Ascesa e caduta della confisca "urbanistica"*, in G. Tucci (a cura di), *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo dall'accessione invertita alla confisca "urbanistica"*, Bari, 2009, pp. 61-92. Sulla discussa natura giuridica della confisca urbanistica si tornerà *amplius* nel prosieguo della trattazione.

³⁵ V., ancora in anni recenti, Cass. pen., sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066. Un tale principio di diritto implica, per converso, che sia illegittima una confisca urbanistica irrogata dal giudice penale nel caso in cui l'estinzione del reato per prescrizione sia maturata prima dell'esercizio dell'azione penale: il che sembra comprensibile, posto che la prescrizione che sia perfino antecedente all'esercizio dell'azione penale pregiudica radicalmente la potestà istituzionale di accertamento attribuita al giudice. Danno conto di questo punto Cass. pen., sez. III, 6 ottobre 2010, n. 5857; nonché, più di recente, Cass. pen., sez. III, 19 maggio 2016, n. 35313. Tutte le sentenze richiamate sono state consultate tramite il portale online.leggiditalia.it.

³⁶ È rappresentativa di un tale orientamento Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2008, n. 42741. V. anche Cass. pen., sez. III, 22 settembre 2009, n. 36844. Per la consultazione si rinvia a online.leggiditalia.it. L'interpretazione di cui si è dato atto nel testo è l'esito di un'evoluzione non certo esente da discussioni. In merito alla posizione dei soggetti terzi, estranei al reato di lottizzazione abusiva ma potenziali destinatari della confisca urbanistica, si vedano le notazioni critiche di B. Manfredonia, *La tutela del terzo nella confisca c.d. urbanistica*, in S. Mazzaresse e A. Aiello (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano, 2011, pp. 361-381. V. anche g. Tucci, *Confisca "urbanistica" e tutela del mercato tra la Costituzione italiana e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 3, 2009, pp. 614-628. Inoltre, in merito alla tutela dei terzi di buona fede nei casi di operatività dell'istituto della confisca, v. senz'altro S. Mazzamuto, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *Jus civile*, 2013, 7, pp. 406-435; Id., *Gli aspetti civilistici della confisca dei beni alla criminalità organizzata*, in *Contratto e Impresa*, 2012, pp. 1387-1414.



L'impostazione complessiva che si è ora sintetizzata può agevolmente reputarsi molto rigida, se non addirittura draconiana; essa, tuttavia, è sempre apparsa funzionale ad ampliare il più possibile l'operatività della confisca urbanistica disposta in un giudizio penale. La ragione di ciò è presto detta: in presenza di una significativa asimmetria dell'art. 30 del Testo Unico rispetto a quanto disposto dall'art. 31 per sanzionare i singoli interventi edilizi eseguiti «in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali»³⁷, l'istituto contemplato dall'art. 44, comma 2 risultava nei fatti il principale rimedio per contrastare con una qualche efficacia le lottizzazioni abusive di cui le amministrazioni comunali fossero «corresponsabili», per aver esse concluso convenzioni con i privati lottizzatori e rilasciato le successive autorizzazioni edificatorie.

Sono state proprio queste – peculiari perché caratterizzate da una corresponsabilità dei poteri pubblici – le situazioni che sono state portate all'attenzione della Corte EDU, consentendo ai giudici di Strasburgo di smantellare parti essenziali del diritto vivente italiano in materia di lottizzazione abusiva e confisca urbanistica. È pertanto opportuno rammentare brevemente le tre celebri «tappe» della polemica europea nei confronti dell'ordinamento italiano.

Con la notissima decisione Sud Fondi, emanata nel 2009 sui principali profili di merito, la Corte EDU sconfessò una sentenza della Suprema Corte italiana risalente al 2001 e inaugurò un orientamento giurisprudenziale riassumibile in quattro snodi ermeneutici³⁸. Primo, a differenza di quanto opinato dalle Corti italiane, per anni e con interpretazione granitica, la confisca urbanistica deve qualificarsi non come una mera sanzione amministrativa, bensì come una pena soggetta all'applicazione dell'art. 7 CEDU, fin dalla rubrica espressione del primario principio «nulla poena sine lege» (par. 106 e 115). Secondo, i riferimenti alla pena e alle nozioni di *guilty* e *personne coupable* rendono necessario

³⁷ Come già visto, l'articolo 31 T.U. Edilizia descrive un insieme di rimedi piuttosto articolato e ragionevole: posta la centralità della riduzione in pristino dei luoghi interessati dal singolo abuso, la confisca della proprietà si atteggia a sanzione residuale che scatta (in un'ottica di gradualismo sanzionatorio) in caso di protratta inerzia del responsabile dell'abuso.

³⁸ Per alcuni commenti degli osservatori italiani a seguito della decisione Sud Fondi si vedano i richiami contenuti nelle note 8 e 9. Si segnalano inoltre: per l'attenzione agli orientamenti che, in materia di confisca, la Corte di Strasburgo ha sviluppato prima del c.d. «caso Punta Perotti», M. Robles, *La nuova proprietà: ovvero il «governo dei diritti» nel dialogo tra Corti*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 2398-2406; per un commento complessivo sulla vicenda, R. Petruso, *L'affaire Punta Perotti davanti la Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Europa e diritto privato*, 2010, pp. 243-284. La decisione di Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2001, che pose fine alla vicenda giudiziaria dinanzi alle corti nazionali, può essere letta con il commento di L. Barbiera, *Norme paesaggistiche e norme urbanistiche: una difficile convivenza*, in *Giur. It.*, 2001, pp. 1919-1928.



l'accertamento di un elemento soggettivo – per lo meno di «coscienza e volontà» – affinché la sanzione del reo possa dirsi giustificata (par. 116)³⁹. Terzo, nel caso di specie la contrarietà della confisca urbanistica all'art. 7 CEDU è ravvisata nel carattere imprevedibile, oscuro, e in definitiva contrario alla certezza del diritto, della normativa rilevante. Oltre a imporre l'assoluzione (in punto colpevolezza) degli imputati nel processo penale per lottizzazione abusiva, ciò implica giocoforza che l'ingerenza sulla proprietà privata – in cui la confisca si risolve – sia di per sé in violazione dell'art. 1 P-1 (par. 137). Quarto, anche valutando nel merito tale violazione si rimarca che la confisca risulta sanzione non rispettosa del canone di proporzionalità richiesto dalla Corte affinché una ingerenza pubblica sulle *possessions* dei privati sia lecita, a tacer d'altro perché l'amministrazione comunale di Bari risultava, allo stesso tempo, il soggetto che aveva acquisito la proprietà dei beni confiscati e l'ente responsabile di aver concluso ed eseguito le convenzioni di lottizzazione illecite sanzionate con la confisca (par. 141).

Ferma restando l'articolazione di motivazioni che sorreggono la decisione, a ben vedere per comprendere l'impostazione interpretativa adottata dalla Corte EDU è cruciale il passaggio appena riportato, che ne costituisce forse il cuore. Sul punto si tornerà nel prosieguo, ma sin da ora occorre evidenziare che, secondo i giudici di Strasburgo, un trasferimento di proprietà coattivo e gratuito a scapito di un privato e in favore di un ente pubblico non rispetta elementari esigenze di giustizia e non può essere ritenuto compatibile con il sistema convenzionale, qualora il beneficiario pubblico della confisca sia il medesimo soggetto che ha materialmente concorso a determinare la situazione di illiceità sanzionata con la perdita della proprietà⁴⁰.

Con la sentenza Varvara la Corte EDU ha inteso ribadire e rafforzare le conclusioni già raggiunte con Sud Fondi. Se nel 2009 i giudici di Strasburgo negavano che una confisca urbanistica potesse essere disposta dal giudice penale unitamente a un'assoluzione

³⁹ Secondo la Corte EDU, «la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de «guilty» (dans la version anglaise) et la notion correspondante de «personne coupable» (dans la version française) vont dans le sens d'une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction».

⁴⁰ Così erano andate le cose, del resto, nel caso Sud Fondi. Nel 1992 un grande piano di lottizzazione dell'area nota come "Punta Perotti" era stato approvato dal comune di Bari su proposta di soggetti privati; seguiva nel 1993 la conclusione di convenzioni di lottizzazione, le quali a loro volta consentivano nel 1995 il rilascio di permessi di costruire. Nonostante il dibattito pubblico che gli "ecomostri" di Bari avevano suscitato, solo grazie all'attività della magistratura penale emergeva – nel 1999 con pronuncia del Tribunale, nel 2001 in Cassazione – la contrarietà del progetto di trasformazione urbanistica alle leggi n. 431 e 47 del 1985. I giudici nazionali avevano potuto così disporre la confisca delle aree abusivamente lottizzate, sebbene la sentenza di Cassazione avesse assolto i soggetti imputati.



nel merito, con la decisione sul caso Varvara il principio desunto dall'art. 7 CEDU è stato esteso all'ipotesi in cui l'imputato, pur non venendo assolto, vada esente da giudizio di condanna (nelle parole della Corte, «*jugement de condamnation*») per intervenuta prescrizione (par. 72). Il rafforzamento dell'orientamento della Corte EDU è registrabile anche con riguardo all'art. 1 P-1: se in Sud Fondi la Corte si dava cura di denunciare, sia pur *ad abundantiam*, il carattere non proporzionato della confisca irrogata a un soggetto assolto dal reato di lottizzazione abusiva, in Varvara ci si limita a rilevare che la violazione dell'art. 7 CEDU, riverberando in un'ingerenza nella proprietà privata contraria all'art. 1 P-1, «dispense la Cour de rechercher s'il y a eu rupture du juste équilibre» (par. 85)⁴¹.

Pur rinviando al prosieguo della trattazione una discussione più approfondita, può qui notarsi che il tenore così perentorio degli argomenti adottati dai giudici di Strasburgo nel decidere il caso Varvara non poteva che dare adito a discussioni⁴². Ad esempio, all'interno della stessa Corte EDU si registrava l'importante *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, che perveniva a ravvisare un vero e proprio squilibrio di fondo in seno agli atteggiamenti interpretativi adottati dalla Corte EDU. In tal senso si individuavano “confische”, assai invasive sul piano patrimoniale e personale, capaci persino di sfuggire a ogni controllo della Corte; mentre alcune altre misure amministrative – come la confisca urbanistica – erano ricondotte alle garanzie degli articoli 6 e 7 CEDU. Un simile rilievo era senz'altro condivisibile e avrebbe meritato di essere adeguatamente sviluppato⁴³. Esso restava tuttavia minoritario tra i giudici di Strasburgo, facendo della sentenza Varvara la base dei più recenti sviluppi della “polemica” tra ordinamento italiano e sistema convenzionale in materia di confisca urbanistica.

⁴¹ È bene chiarire, per dovere di cronaca, la complessità dei fatti alla base del caso Varvara: a un primo piano di lottizzazione convenzionata (1984/1985) seguiva una nuova convenzione, contenente una variante ai progetti originari (1993/1994). Seguiva un lungo processo penale che qualificava detta variante come iniziativa lottizzatoria sostanzialmente nuova, e dunque assoggettata *ratione temporis* alla legge n. 431/1985 (attuata in Puglia con la legge regionale n. 30/1990). Nel 2008 il giudice penale dispose la confisca urbanistica delle aree interessate dal processo nonostante l'imputato non potesse essere condannato, non dovendosi procedere in quanto la prescrizione del reato contestato era intervenuta sin dal 2002.

⁴² Nel contesto italiano prende spunto dal *decisum* del caso Varvara, e in particolare dalla dialettica tra prescrizione e confisca, L.V. Lo Giudice, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei contro-limiti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2017, consultabile all'indirizzo <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/4022-logiudice417.pdf> (ultimo accesso il 22.03.2019).

⁴³ Nel contesto italiano, si sofferma sulla pluralità di ricostruzioni presente in seno alla stessa giurisprudenza della Corte EDU A.M. Maugeri, *Confisca (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2015, *ad vocem*.



5. – In un quadro di complessa riconfigurazione delle fonti del diritto, attestata dall'interpretazione apprestata dalla Consulta per l'art. 117, comma 1, Cost., la confisca disposta dal giudice penale ai sensi dell'art. 44 T.U. Edilizia viene dunque stravolta, nella sua operatività, dall'intervento ermeneutico del giudice convenzionale, il quale impiega l'art. 7 CEDU congedandosi dalla nozione formale di pena (propria delle tradizioni penalistiche nazionali) per sposare una concezione «tipologico-sostanziale» e molto estensiva della sanzione penale⁴⁴.

A quanto consta, la giurisprudenza di legittimità italiana si è esplicitamente adeguata agli orientamenti della Corte EDU con la sola decisione di Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2015, n. 7860⁴⁵. Al di là di questa pronuncia isolata non stupisce, allora, che la sentenza Varvara abbia suscitato nei giudici italiani due reazioni uguali e contrarie, ben riassunte nelle ordinanze di rimessione che hanno portato la Consulta a pronunciare nel 2015 la già citata sentenza n. 49. Da un lato, adeguandosi alla supposta tensione innovatrice del «vento dell'Europa»⁴⁶ il Tribunale di Teramo riteneva l'art. 44 del d.P.R. n. 380 e la confisca urbanistica incostituzionali poiché contrari all'art. 117, comma 1 Cost., disposizione tramite la quale l'articolo 7 CEDU (come interpretato dai giudici di Strasburgo) fa ingresso nel sistema italiano delle fonti come norma interposta di rango sub-costituzionale e sovra-legislativo. Dall'altro lato, la terza sezione penale della Corte di Cassazione pronunciava una ordinanza di rimessione molto lunga e articolata rilevando la necessità di sollevare «(...) questione di costituzionalità dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU (sentenza Varvara) (...), atteso che tale norma deve ritenersi in contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117, primo co., Cost. – i quali, come in precedenza specificato, impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà (...)»⁴⁷.

⁴⁴ In questi termini V. Mongillo, *La confisca senza condanna*, cit., p. 423.

⁴⁵ Nella massima di questa sentenza (per la quale v. online.leggiditalia.it) è possibile leggere che «[l']estinzione del reato per prescrizione preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prodotto o il profitto, a prescindere dalla sua connotazione come obbligatoria o facoltativa, per la necessità di interpretare tassativamente il concetto di condanna quale presupposto dell'ablazione, che è inibita dalla sentenza della Corte EDU del 29 ottobre 2013 nel caso Varvara c. Italia, in quanto il principio di legalità in campo penale preclude interpretazioni estensive o analogiche delle norme interne in danno dell'imputato».

⁴⁶ Al «vento» europeo, giudicato in maniera senz'altro positiva, ha fatto riferimento C. Tenella Sillani, *Panoramica del diritto di proprietà*, cit., pp. 66-67.

⁴⁷ Quanto alle due ordinanze di rimessione, agevolmente reperibili sul web (chi scrive si è avvalso del portale online.leggiditalia.it), si fa riferimento: a Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014; nonché a Cass. pen., III, ord. 20 maggio 2014, n. 20636. In merito al ruolo dei giudici comuni nella ricostruzione di un quadro di



Con la sentenza n. 49/2015 la Corte Costituzionale ha formalmente dichiarato, sotto più profili, l'inammissibilità delle questioni proposte dai giudici *a quibus*⁴⁸. La pronuncia è apparentemente paragonabile alla sentenza n. 239/2009, con la quale peraltro la Consulta aveva manifestato prime, significative aperture a seguito di Sud Fondi⁴⁹. A ben vedere, però, nel 2015 la decisione nel senso dell'inammissibilità è stata raggiunta tramite un percorso argomentativo sofisticato e attento al merito dei problemi posti nelle ordinanze di rimessione: tanto da suscitare reazioni numerose e di diverso tenore nella cultura giuridica italiana⁵⁰. Particolarmente felice è apparsa l'immagine della «tela di Penelope», impiegata per offrire un giudizio sintetico sull'approccio adottato dalla Consulta⁵¹. Vero è, infatti, che il nostro giudice delle leggi sembra aver ormai aderito *in toto* all'orientamento di fondo inaugurato dalla Corte EDU con Sud Fondi, avallando l'inquadramento della confisca urbanistica come «pena» assoggettata all'applicazione dell'art. 7 CEDU (v. par. 5 in diritto della sentenza n. 49). Sennonché, dopo aver adottato nei confronti del sistema convenzionale un approccio assai adesivo – ben al di là, ad esempio, dell'interpretazione proposta dal giudice Pinto De Albuquerque nella sua opinione dissenziente in Varvara – la Corte Costituzionale dedica gli interi, articolati paragrafi 6 e 7 in diritto della sentenza n. 49 a ridimensionare l'*interpretative authority* della Corte EDU. I dispositivi impiegati a tale scopo paiono assumere il tenore e l'ambizione di una *doctrine*, non fosse altro perché ripresi dalla stessa Consulta nella succinta Ordinanza 23 luglio 2015, n. 187. Come noto, essi sono individuabili: nella distinzione tra «forma del-

fonti vieppiù complesso, e ormai caratterizzato da norme interposte di indubbia portata, v., per tutti, P. Perlingieri, *Leale collaborazione*, cit.

⁴⁸ Tra gli argomenti mobilitati per affermare l'inammissibilità delle censure proposte nelle ordinanze di rimessione, la Consulta ha anzitutto segnalato l'erronea indicazione della disposizione legislativa di cui si sospettava l'illegittimità costituzionale. La questione di costituzionalità, infatti, avrebbe dovuto essere sollevata non con riguardo all'articolo 44 del T.U. Edilizia, bensì in merito alla legge 4 agosto 1955, n. 848, recante «[r]atifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952».

⁴⁹ Nella sentenza n. 239 la Consulta si limitava a statuire che spetta «(...) agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge». Per un accenno critico a questa pronuncia v. B. Manfredonia, *La tutela del terzo*, cit., pp. 371-373.

⁵⁰ Per riferimenti in proposito si rimanda alla nota 7, *supra*.

⁵¹ L'immagine è stata prospettata da F. Viganò, *La consulta e la tela di Penelope*, cit.



la pronuncia» e «sostanza dell'accertamento»; nel canone interpretativo del «diritto consolidato». Quanto al primo argomento, esso sembra costituire nient'altro che un'estremizzazione e un rovesciamento delle concezioni sostanzialistiche promosse dai giudici di Strasburgo: in altri termini, secondo il giudice delle leggi italiano l'assunto per cui l'art. 7 CEDU si applica a ogni tipo di pena sarebbe tanto vero da rendere compatibile con il sistema convenzionale una sanzione amministrativa applicata all'esito di un accertamento sostanziale di responsabilità, ma in assenza di un formale provvedimento di condanna (ciò può avvenire quando sia pronunciato non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione abusiva)⁵². Il cuore della sentenza n. 49 è però nel paragrafo 7: infatti, è qui che l'argomento ricostruttivo sviluppato nel paragrafo 6 viene innestato dalla Consulta in un ordine di considerazioni di matrice più sistematica e istituzionale, riassunto nel canone del «diritto consolidato». In breve, la Corte ribadisce che nell'attività giurisdizionale che interessa l'ordinamento italiano i giudici nazionali sono vincolati a uniformarsi alla CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo e sino a quando non ritengano che ciò ponga questioni di costituzionalità. D'altra parte, ciò non significa ridurre i giudici italiani a «passivi ricettori di un comando esecutivo impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale». Al contrario, i giudici nazionali sono autorizzati e perfino tenuti a ri-espandere le proprie attribuzioni ermeneutiche ogniqualvolta una porzione del diritto italiano non risulti «coperta», sul piano del sistema convenzionale europeo, da indicazioni interpretative sufficientemente affidabili provenienti da Strasburgo. E anche alla luce di una serie di indici enumerati nella decisione n. 49, la sentenza *Varvara – ça va sans dire* – appartarrebbe proprio a quell'insieme di pronunce dotate di una «carica innovativa» incapace di esprimere «alcun orientamento consolidato»⁵³. Su tali basi, diventa possibile sintetizzare il ragionamento in

⁵² Secondo la Consulta, «[a]llo stato, e salvo ulteriori sviluppi della giurisprudenza europea (...), deve perciò ritenersi erroneo il convincimento, formulato dai rimettenti come punto di partenza dei dubbi di costituzionalità, che la sentenza *Varvara* sia univocamente interpretabile nel senso che la confisca urbanistica possa essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del giudice per il reato di lottizzazione abusiva» (par. 6.2).

⁵³ Sul punto l'argomentazione della Consulta è esplicita. Da un lato, si ammette che «[n]on è sempre di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento (...)». Dall'altro lato, e nonostante tale premessa, si indicano al giudice nazionale alcuni indici ritenuti senza dubbio rilevanti: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale (...)».



questi termini: «[è], pertanto, solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo».

Dunque secondo la sentenza n. 49, definita come un episodio di «disobbedienza funzionale» suscettibile di profondi effetti istituzionali⁵⁴, i giudici nazionali non sono in alcun modo vincolati a uniformarsi alla sentenza Varvara, potendo continuare a disporre la confisca *ex art. 44 T.U. edilizia* nel caso in cui, nonostante la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, siano sostanzialmente accertate responsabilità e colpevolezza dell'imputato. La sentenza G.I.E.M., pronunciata il 28 giugno 2018 dalla *Grand Chamber*, può allora leggersi come risposta della Corte EDU alla Corte Costituzionale italiana, meritevole di grande attenzione anche per il fatto di essere stata formulata dai giudici di Strasburgo nella composizione più autorevole. La decisione G.I.E.M., articolata e considerabile (come anticipato in sede introduttiva) un esempio di “diplomazia interpretativa”, ha definito tre ricorsi riuniti, tra i quali è significativo annoverare nuovamente un contenzioso relativo alla vicenda barese di Punta Perotti⁵⁵.

La sentenza della Corte EDU si misura esplicitamente con le posizioni italiane (tanto

⁵⁴ È questo l'approccio del saggio di Giuseppe Martinico, citato alla nota 7. Gli effetti istituzionali menzionati nel testo sono connessi, naturalmente, all'espansione del sindacato di costituzionalità dei giudici ordinari nazionali. Al paragrafo 52 della sua *partly concurring, partly dissenting opinion* allegata alla sentenza G.I.E.M., il giudice Pinto De Albuquerque ha inteso sottolineare questi aspetti con apprezzabile chiarezza: «[s]urprisingly, the Constitutional Court is ready to accept a diffuse control by every ordinary judge of the “consolidated” nature of the Court’s judgments. Thus, in 2015 the ordinary judges have regained a truly uncontrolled power over the application of the Convention, which the first “twin judgments” had intended to strictly limit. There is, however, one major difference. While until 2007 the ordinary judges had a final say on the application of the Convention to the detriment of national law, in 2015 they gained the power to disapply the Court’s judgments when they find that they are not “consolidated law”». V. anche F. Viganò, *La Consulta*, cit., pp. 338-340.

⁵⁵ Le proprietà della G.I.E.M. S.r.l. erano state incluse nel 1992 nel piano di lottizzazione che doveva poi dare origine della vertenza Sud Fondi, e la società comunicava la propria disponibilità a siglare una convenzione di lottizzazione per evitare di subire un'eventuale espropriazione (attuabile dall'autorità pubblica ai sensi dell'art. 28, comma 12 l.u.). Nulla accadeva fino all'anno 2001, quando la società si attivava nei confronti dell'amministrazione comunale con l'obiettivo di stipulare una convenzione di lottizzazione ma veniva al corrente, suo malgrado, dell'intervenuta confisca delle sue proprietà. Da ultimo i terreni venivano restituiti alla G.I.E.M. nell'anno 2013, quando l'amministrazione comunale di Bari – a seguito del caso Sud Fondi, e in particolare della pronuncia con cui nel 2012 la Corte EDU accordò ai ricorrenti risarcimenti per complessivi 49 milioni di euro – chiedeva e otteneva per via giudiziaria la revoca della confisca. Diverso, e più complesso, il caso delle società R.I.T.A. Sarda S.r.l. e Hotel Promotion Bureau S.r.l., avente a oggetto un sito insistente nel comune di Golfo Aranci. Non erano invece relative a lottizzazioni convenzionate le posizioni della Falgest S.r.l. e del signor Filippo Gironda.



quelle espresse dal governo, quanto quelle contenute nella sentenza n. 49 della Consulta) e si risolve in una lunga riaffermazione dell'orientamento inaugurato con Sud Fondi e sedimentato con Varvara in punto natura della confisca urbanistica: questa sanzione è una pena ai sensi dell'art. 7 CEDU. Ciò consente senz'altro di collocare i concreti casi decisi nella più ampia prospettiva di un intervento giurisprudenziale con ambizioni "nomofilattiche". Tuttavia il risultato della vasta operazione interpretativa appare deludente, poiché pregiudicato da profili di ambiguità che sono attestati – a parere di chi scrive – anche dal numero di *separate opinions* allegate alla sentenza. Non è esagerato, peraltro, sostenere che la *ratio decidendi* della pronuncia è tutta contenuta in soli due paragrafi: il 252 e il 253.

Nel primo la Corte EDU ha affrontato la c.d. dottrina del diritto consolidato, come formulata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 49. Il tentativo ermeneutico dei giudici delle leggi italiani è confutato in tre soli periodi: proclamato il proprio compito di assicurare la compatibilità con gli articoli 7 e 6 CEDU delle dichiarazioni di responsabilità penale e dei procedimenti che a esse conducono, la Corte di Strasburgo sottolinea che le proprie decisioni hanno tutte lo stesso valore giuridico, con una obbligatorietà e una *interpretative authority* che non mutano al mutare della composizione del collegio giudicante. In capo ai giudici ordinari nazionali scompare – si direbbe: a dispetto degli sforzi della Consulta – ogni margine di apprezzamento in merito al carattere più o meno consolidato degli orientamenti adottati a Strasburgo⁵⁶. Del resto, il carattere così perentorio delle statuizioni della Corte EDU è presto spiegato: sconfessare la dottrina del diritto consolidato è necessario allo scopo di tutelare e rafforzare un monopolio interpretativo e una facoltà di *last say* in merito all'interpretazione della CEDU.

È però nel secondo dei due paragrafi evidenziati, il 253, che la Corte EDU – dopo aver confermato la riconduzione all'art. 7 CEDU della confisca urbanistica, e dopo aver ribadito che ogni sua decisione ha il medesimo valore giuridico – ha rivelato l'ambiguità

⁵⁶Nella sua *separate opinion* il giudice Pinto De Albuquerque è entrato nel merito di questo passaggio, mostrando come e quanto la nozione di diritto consolidato (giudicata assai «volatile») sia diversa dal concetto di *well-established case law*, menzionato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 49 con riguardo all'art. 28 CEDU e al Protocollo n. 14 alla Convenzione: «The only function of well-established case-law is to give a Committee the "competence" to adjudicate a case instead of referring it to a Section of the Court. This is not because well-established case-law is superior in any way to the rest of the case-law, but only because it allows a more "simplified" procedure for "repetitive" cases. Furthermore, applicants can challenge the character of well-established case-law under Article 28 § 3 of the Convention. Well-established case-law permits this Court to differentiate case-law according to the simplicity of its interpretation, but this does not say anything about the binding force of its judgments» (sono state omesse le note al testo riportato).



del proprio ragionamento, verosimilmente frutto della scelta di non andare allo scontro frontale con la Corte Costituzionale italiana. Infatti, con la sentenza G.I.E.M. è possibile scoprire che la «compliance with Article 7 as interpreted in the Varvara judgment does not require that all disputes under that Article must necessarily be dealt with in the context of criminal proceedings stricto sensu». Questo passaggio costituisce una vera e propria svolta dal punto di vista argomentativo, che sembra abilitare la Corte EDU a convergere sulle posizioni della Consulta italiana “reinterpreta” Varvara e concludendo esplicitamente nel senso della legittimità convenzionale di una confisca urbanistica irrogata nonostante la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva⁵⁷. Con G.I.E.M., insomma, la Corte EDU ha inequivocabilmente ritenuto la confisca senza condanna plausibile e compatibile con l’art. 7 CEDU. Nondimeno, la portata di una tale decisione non ha impedito ai giudici di Strasburgo di ritenere violata la regola *nulla poena sine lege* sotto un altro profilo. La personalità giuridica delle società e il noto brocardo *societas delinquere non potest* sono infatti mobilitati per qualificare le società responsabili delle lottizzazioni abusive come soggetti terzi rispetto ai processi che avevano condotto alle confische⁵⁸. Venuta meno la necessità di un formale provvedimento di condanna in nome di un approccio sostanzialistico alla responsabilità, un nuovo diaframma formale (la personalità giuridica) viene insinuato dalla Corte EDU tra l’accertamento di una lottizzazione abusiva e il rimedio costituito dalla confisca urbanistica disposta dal giudice penale. All’evidenza, le ricadute di una simile opzione interpretativa sono suscettibili di ridimensionare di molto (salvi i “ripensamenti” delle amministrazioni comunali e i poteri

⁵⁷ Si legga il paragrafo 251 della sentenza G.I.E.M.: «(...) where the courts find that all the elements of the offence of unlawful site development are made out, while discontinuing the proceedings solely on account of statutory limitation, those findings can be regarded, in substance, as a conviction for the purposes of Article 7, which in such cases will not be breached».

⁵⁸ La questione è nota da tempo alla dottrina. Già in anni risalenti, infatti, ai fini dell’affermazione della specificità della confisca amministrativa – distinta dall’omologa sanzione penale – si poté rilevare che «ancora più decisiva si presenta, forse, l’osservazione che le sanzioni penali non possono essere applicate a persone giuridiche, ma soltanto a persone fisiche; la confisca, invece, può colpire, e più propriamente avere a soggetto passivo, anche una fondazione o una corporazione, proprietaria dei beni da confiscare»: P. Pisciione, *Confisca (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 1961, *ad vocem*. Quanto alla funzione della personalità giuridica – e al ruolo di persone come le corporation multinazionali – nell’esperienza giuridica contemporanea, v. U. Mattei, A. Quarta, *Punto di svolta*, cit., pp. 93-137; v. anche U. Mattei, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, V, Milano, 2012, pp. 1117-1133. Restano poi classiche le pagine di F. Galgano, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, Milano, 1976-77, pp. 681-701. Di pari importanza, poiché dedicati agli *Itinerari moderni della persona giuridica*, i volumi 11-12 dei *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1982-83, consultabili all’indirizzo <http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/11/index.htm> (ultimo accesso il 22.03.2019).



sostitutivi delle Regioni) la possibilità di reagire a convenzioni di lottizzazione che si traducono in abusi⁵⁹.

6. – La sentenza G.I.E.M. risulta opinabile per almeno due ragioni di fondo. Anzitutto appare piuttosto altalenante l’approccio che i giudici di Strasburgo adottano, prima adeguandosi a una visione sostanzialistica della condanna e della responsabilità e poi virando su un rigido formalismo al fine di escludere, per ragioni inerenti più all’integrazione del contraddittorio di cui all’art. 6 CEDU che non all’art. 7 CEDU, che una persona giuridica possa essere assoggettata a confisca urbanistica. In secondo luogo, e soprattutto, sembra incoerente ribadire con forza la natura di pena ai sensi dell’art. 7 della confisca, salvo poi diluire la portata garantistica di questa disposizione convenzionale accettando la nozione di accertamento sostanziale di responsabilità, come elaborata e difesa dalla Consulta italiana.

Muovendosi oramai a braccetto su questo punto giuridicamente cruciale, la Corte EDU e la Corte Costituzionale si espongono alle medesime considerazioni critiche, ben riassunte in una domanda retorica: «[m]a veramente la condanna penale si riduce a mero ornamento formale dell’accertamento e del connesso pronunciamento giudiziale, insignificante nella prospettiva del *fair trial*?»⁶⁰. A ben vedere, infatti, la qualificazione della confisca urbanistica come una *penalty*, una sanzione di matrice penale, non può che spostare il discorso su un piano logico e categoriale destinato a far emergere contraddizioni non sanabili. Basti pensare alla fragilità dell’assunto confutato in Varvara e riabilitato con G.I.E.M. L’idea per cui un provvedimento di proscioglimento per intervenuta prescrizione non impedisce al giudice penale di disporre la confisca (ove sia stato possibile accertare “nella sostanza” una responsabilità per lottizzazione abusiva) finisce con l’obliterare, in maniera inaccettabile, la funzione garantista e la natura sostanziale attribuite nell’ordinamento italiano all’istituto della prescrizione, conducendo all’esito assur-

⁵⁹ Sul punto v. uno dei primissimi commenti alla sentenza G.I.E.M. apparsi in lingua italiana: A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell’ente al processo: l’attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica*, reperibile all’indirizzo <https://www.penalcontemporaneo.it/d/6141--confisca-senza-condanna-principio-di-colpevolezza-partecipazione-dell-ente-al-processo-l-attesa-se> (ultimo accesso il 14.10.2018). V. inoltre P. Santoro, *Punta Perotti e non solo: una nuova condanna risarcitoria (per il momento solo annunciata) per l’Italia*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 5, p. 567 ss.; nonché A. Quattrocchi, *Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte Edu*, in *Dir. Pen. Proc.*, 11, 2018, pp. 1505-1515.

⁶⁰ V. Mongillo, *La confisca senza condanna*, cit., p. 430.



do dell'accertamento dell'estinzione di un reato da cui derivi l'applicazione di una sanzione penale⁶¹.

Insomma, l'intensa dialettica che Corte EDU e giudici nazionali hanno sviluppato negli ultimi anni, confrontando interpretazioni assai differenti in materia di lottizzazione abusiva e di confisca urbanistica, porta a ritenere che delle due l'una: o si tiene ferma la qualificazione della confisca come pena, traendo tuttavia da un tale inquadramento ogni conseguenza pertinente in punto accertamento, colpevolezza e responsabilità (e dunque riconoscendo che il giudice penale potrà disporre una confisca urbanistica *ex art. 44*, comma 2 T.U. Edilizia solo in presenza di una formale condanna per il reato di lottizzazione abusiva); oppure si rimette in discussione proprio la natura giuridica della confisca, prendendo congedo da un approccio penalistico e orientando l'analisi in una prospettiva differente. Una soluzione mediana tra queste due ipotesi teoriche non sembra sostenibile, anzitutto sul piano della coerenza logica. A riprova di ciò sembra sufficiente rifarsi alle *opinion* redatte dal giudice Pinto de Albuquerque. In Varvara questo giudice aveva allegato alla sentenza della Corte EDU una *opinion* volta a qualificare la confisca urbanistica prevista dall'ordinamento italiano come "semplice" ingerenza sulla proprietà rilevante *ex art. 1 P-1* (e da valutare, semmai, con un giudizio di proporzionalità), escludendo che essa fosse riconducibile *sub art. 7 CEDU*⁶². Tuttavia una volta accettata – sia pur malvolentieri – la natura penale della confisca urbanistica l'interprete non può venire meno al proprio rigore. Così, nella sua *separate opinion* alla sentenza G.I.E.M. il giudice Pinto de Albuquerque non ha potuto che muovere dure critiche nei confronti della decisione della Corte EDU, ritenendo che l'adesione alle tesi della Corte Costituzionale in merito alla dichiarazione sostanziale di responsabilità configuri una grave violazione del divieto costituzionale di analogia *in malam partem* in ambito penale⁶³.

È dunque evidente che il nodo teorico da sciogliere è – ed è sempre stato – lo statuto della confisca urbanistica disposta dal giudice penale, da ricostruire muovendo dai dati di diritto positivo italiano già presi in considerazione e, soprattutto, procedendo a un'opera-

⁶¹ Il punto è ben evidenziato da L.V. Lo Giudice, *Confisca senza condanna e prescrizione*, cit., pp. 259-262.

⁶² In questi termini opina un passaggio saliente (p. 11) della *separate opinion* del giudice Pinto de Albuquerque in Varvara. La medesima impostazione è fatta propria dai giudici Lemmens e Spano nella *separate opinion* che essi hanno allegato alla sentenza G.I.E.M.

⁶³ Per il giudice Pinto de Albuquerque, «such extension of the concept of “conviction” to the detriment of the defendant corresponds to an inadmissible analogy *in malam partem*. The legal fiction of a “conviction in substance” contradicts the very essence of the prohibition of analogy to the detriment of the defendant, which lies at the heart of the principle of legality». L'affermazione può leggersi nella *opinion* depositata a margine della sentenza G.I.E.M. (p. 103).



zione di contestualizzazione⁶⁴. Una adeguata storicizzazione consente infatti di rilevare quanto l'ambigua fisionomia dell'istituto fosse discussa sin dalla fine degli anni '70 del secolo scorso. Due erano i profili oggetto del dibattito nella cultura giuridica e nelle corti italiane: da un lato si dubitava del fatto stesso che il giudice penale potesse irrogare la sanzione della confisca in un processo relativo al reato di lottizzazione abusiva; dall'altro lato, dopo lo "spartiacque" costituito dalla legge n. 47/1985 – che aveva disciplinato in maniera esplicita l'istituto con l'articolo 19 – si cominciò a discutere della natura amministrativa ovvero penale della confisca urbanistica disposta dal giudice penale.

Si è già detto sopra in che termini la qualificazione della confisca *ex art.* 19 legge n. 47 come sanzione in senso lato amministrativa si affermò, sin dai primi commenti della disciplina introdotta nel 1985. In sintesi, si può ribadire che la lettura della confisca urbanistica come sanzione *sui generis* ma di natura certamente reale e amministrativa, quand'anche disposta dal giudice penale – ad esempio perché il carattere abusivo di una lottizzazione era accertato malgrado l'esistenza di una convenzione tra amministrazione comunale e lottizzatore –, è risultata prevalente.

In tal senso, è opportuno sottolineare nuovamente che, dal punto di vista ermeneutico, le interpretazioni prevalenti hanno fatto leva sulla tecnica del *distinguishing*, valorizzando gli elementi di differenza tra la disciplina contenuta nell'articolo 240 c.p. e i dati testuali offerti in merito alla confisca urbanistica dalla legge sul condono edilizio⁶⁵. Va da sé che una tale opzione interpretativa può risultare opinabile. Da un lato, è stato ben possibile ritenere irragionevole la diversa qualificazione della sanzione. Dall'altro lato, sono state mostrate le conseguenze negative che l'inquadramento "tradizionale" – confisca urbanistica come sanzione amministrativa di natura reale, che prescinde dalla condanna formale dell'imputato – era suscettibile di comportare a carico dei terzi che, totalmente estranei al reato di lottizzazione abusiva, acquistassero in buona fede beni poi "colpiti" dal processo penale⁶⁶.

⁶⁴ Oltre ai contributi più specifici già citati, per alcuni ragguagli di piglio complessivo sull'istituto della confisca v., a titolo esemplificativo: P. Piscione, *Confisca (dir. amm.)*, cit.; P. Gotti, *Confisca nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1989, *ad vocem*; A.M. Maugeri, *Confisca (diritto penale)*, cit.; F. Vergine, *Confisca*, in *Dig. Disc. Pubbl. – sez. penale*, Torino, 2016, *ad vocem*.

⁶⁵ Per una prima informazione sulla tecnica del *distinguishing*, opportunamente collocata in una più ampia trattazione sul funzionamento della giurisprudenza nei sistemi di *common law*, v. U. Mattei, E. Ariano, *Il modello di common law. Quinta edizione*, Torino, 2018, pp. 177-232 (spec. 192-199).

⁶⁶ Evidenzia «la singolarità e, sotto molti aspetti, l'anomalia della confisca urbanistica, specie nei confronti dei terzi in buona fede estranei al reato», G. Tucci, *Confisca "urbanistica"*, cit., p. 33. Si rinvia nuovamente, inoltre, a B. Manfredonia, *La tutela del terzo*, cit.



D'altra parte può forse riconoscersi che, nel tentativo di delineare contorni, pregi e limiti di questo istituto, sono state trascurate le ragioni "contingenti" che spinsero il legislatore ad attribuire esplicitamente il potere/dovere di confisca al giudice penale. In tal senso è facilmente ipotizzabile che la disciplina dell'articolo 19, così come l'inasprimento del trattamento sanzionatorio penale di cui all'articolo 20, siano stati elementi normativi volti a bilanciare un intervento legislativo come la legge n. 47/1985, che nel complesso fu assai criticato⁶⁷. Questa, infatti, fu l'esito di una stagione di produzione normativa confusa e problematica, caratterizzata dall'ampio ricorso alla decretazione d'urgenza, dalla frequente mancata conversione di decreti legge molto contestati e da ulteriori interventi normativi, adottati immediatamente dopo la promulgazione della legge n. 47. In un quadro così farraginoso, nel condono edilizio si era ravvisata una «legge a formazione successiva» foriera di gravi incertezze nei rapporti tra poteri pubblici e cittadinanza; parimenti si era parlato di un'amnistia non rispettosa del dettato dell'articolo 79 Cost.⁶⁸. Si può dire che nel 1985 il legislatore portò a termine un'operazione di politica del diritto essenzialmente contraddittoria: con un occhio rivolto al passato (e con in mente i potenziali incassi conseguibili nel breve periodo dall'erario), sacrificò con il condono vaste porzioni di territorio italiano abusivamente lottizzate e/o trasformate; con l'altro occhio proteso verso il futuro, introdusse una disciplina molto severa e imperniata sull'istituto della confisca, la cui applicazione era per la prima volta rimessa – in termini di potere/dovere – anche al giudice penale. A distanza di più di trent'anni, e a seguito di nuove stagioni di condono edilizio⁶⁹, è senz'altro possibile concordare con chi ha sottolineato che «[I]a fuga nel diritto amministrativo sanzionatorio allora risponde (...) alla ricerca di una via più efficace, ed in definitiva talvolta più invasiva, per reprimere viola-

⁶⁷ Nel commentare l'articolo 20 della legge n. 47 era possibile rilevare che «(...) è quanto meno curioso che un simile intervento normativo sia contenuto in una legge che ha per fondamentale obiettivo un quasi indiscriminato condono, per di più conseguibile a buon mercato, di abusi già consumati; questo andamento a forbice rende francamente perplessi circa la reale efficacia deterrente delle nuove pene (...)»: G. Fornasari, *Commentario della legge 28 febbraio 1985, n. 47, sub art. 20*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1985, p. 1100. In ambito non giuridico, una interessante e agile retrospettiva è in V. De Lucia, *Nella città dolente. Mezzo secolo di scempi, condoni e signori del cemento dalla sconfitta di Fiorentino Sullo a Silvio Berlusconi*, Roma, 2013.

⁶⁸ Sul punto è sufficiente rinviare ad A. Carullo, *Commentario della legge 28 febbraio 1985, n. 47*, Nota introduttiva, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1985, p. 1014-1015. Per un approfondimento in merito ai dibattiti dell'epoca, v. AA.VV., *Sanzioni e sanatoria nella nuova urbanistica*, Padova, 1985.

⁶⁹ Come è noto, dopo quello del 1985 si sono avuti i condoni del 1994 (ai sensi dell'articolo 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724) e del 2003 (previsto in seno al d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326).



zioni di particolare gravità. Una di queste strade è stata percorsa quanto alla confisca urbanistica, seppure in un modo del tutto peculiare, perché l'inerzia e talora la connivenza delle amministrazioni locali a fronte della lottizzazione abusiva ha reso vantaggioso affidare, in via di supplenza, al giudice penale la sanzione (amministrativa), al contempo svincolandolo dall'handicap dei fugaci termini di prescrizione del reato»⁷⁰.

Sulla scorta di quanto osservato diventa agevole evidenziare che le contraddizioni delle linee di politica del diritto tradotte in legislazione nel 1985 sono all'origine delle principali ambiguità riscontrabili nell'istituto della confisca urbanistica, specie quando essa sia disposta dal giudice penale ai sensi dell'odierno art. 44, comma 2 T.U. Edilizia.

In primo luogo, il crescente ruolo dei giudici penali – specie nelle situazioni più complesse, perché caratterizzate da forme di “corresponsabilità” delle amministrazioni pubbliche nella commissione di lottizzazioni abusive – ha rafforzato la tendenza a mutuare una griglia di categorie e tecniche interpretative propria del diritto penale. In altri termini, negli ultimi trent'anni un campo di problemi così delicato, com'è quello urbanistico e paesaggistico, è stato viepiù fagocitato nell'ordine discorsivo penalistico⁷¹. In questo mutato contesto il baricentro delle riflessioni teoriche e delle interpretazioni giurisprudenziali non poteva che spostarsi strutturalmente: la natura della confisca è stata sempre meno inquadrata come rimedio (severo quanto si vuole, ma chiaramente) predisposto a tutela dell'ambiente e del paesaggio, per venire discussa anzitutto alla stregua del principio *nulla poena sine lege* e dunque del complesso di garanzie costituzionali a presidio del carattere personale della responsabilità penale. Una vera e propria torsione, questa, occorsa ben prima degli interventi della Corte EDU e destinata inevitabilmente a mandare in crisi la tenuta teorica della confisca urbanistica disposta dal giudice penale, specie se in assenza di formale provvedimento di condanna: tanto che si è potuto opportunamente considerare questo istituto come «l'ennesimo ibrido nostrano (...) escogitato per ovviare ad endemiche carenze nella gestione del territorio e nella repressione degli abusi edilizi»⁷².

Una seconda ambiguità strutturale della confisca urbanistica deve essere individuata nell'automatismo che si registra nel funzionamento di questo istituto. Tanto ai sensi dell'art. 30, commi 7 e 8, quanto *ex art.* 44, comma 2 del T.U. Edilizia, la confisca urbanistica risulta una sanzione rigidissima: nel primo caso essa scatta decorso un termine di

⁷⁰ M. Bignami, *Le gemelle crescono*, cit., pp. 301-302 (nota al testo citato omessa).

⁷¹ In questa direzione sembrano andare, con riguardo alla posizione del terzo estraneo al reato di lottizzazione abusiva, le considerazioni di B. Manfredonia, *La tutela del terzo*, cit., pp. 377-379.

⁷² V. Mongillo, *La confisca senza condanna*, p. 432.



90 giorni dall'adozione dell'ordinanza che sospende le attività di «lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione»; nel secondo caso, come ampiamente discusso, è necessaria e sufficiente non la formale condanna dell'imputato, bensì una «sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva».

A costo di formulare una – solo apparente – provocazione, occorre allora riconoscere che è perfino secondario soffermarsi in maniera astratta sulla natura penale (e personale) ovvero amministrativa (e reale) della confisca urbanistica. Il punto dirimente, perfettamente colto dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua *opinion* allegata alla sentenza Varvara, non è l'eventuale applicabilità dell'articolo 7 CEDU, bensì la concreta modalità di ingerenza sulla proprietà in cui la confisca si risolve. Da questo punto di vista operativo, l'interprete si misura con una sanzione che produce un trasferimento coattivo e gratuito della proprietà da un soggetto privato a un'amministrazione comunale (spesso corresponsabile degli abusi che sono alla base della confisca stessa) e che è caratterizzata da un funzionamento draconiano. Ma se così è, lungi da discussioni tanto complesse quanto interessanti sembra davvero agevole, per qualsiasi osservatore, riconoscere la natura inaccettabilmente indiscriminata della confisca urbanistica. In sintesi, con Sud Fondi e Varvara (più che con G.I.E.M.) la Corte EDU ha adottato – lo si è visto – scelte interpretative assai opinabili, ma ha anche avuto il grande merito di chiarire un punto dirimente: una interferenza così invasiva e automatica sulle proprietà dei privati è sproporzionata rispetto alle meritorie esigenze di controllo dell'uso dei beni, riassunte nelle normative urbanistiche e a tutela di paesaggio e ambiente; pertanto essa finisce con l'essere contraria a basilari esigenze di tutela costituzionale, ponendosi in violazione dell'art. 1 P-1⁷³.

7. – Le considerazioni da ultimo svolte autorizzano a sottolineare che la dialettica tra lottizzazione convenzionata, abusi, confisca della proprietà e tutela del paesaggio può essere studiata anche prescindendo, almeno in parte, dal ginepraio costituito dalle discussioni relative alla natura giuridica, penale o amministrativa, della confisca urbanistica.

⁷³ Ad avviso di chi scrive, la conclusione dovrebbe valere anche e soprattutto per coloro i quali si rifiutano di dare dell'articolo 1 P-1 una interpretazione semplicistica come quella dominante nella giurisprudenza della Corte EDU, che risulta tutta imperniata sul principio generale di tutela della libertà proprietaria, delle *possessions* esclusive dei privati e dell'individualismo possessivo. Sul punto sia consentito il rinvio a U. Mattei, R.A. Albanese, R.J. Fisher, *Commons as possessions*, cit.



È allora possibile e opportuno adottare un punto di vista civilistico, con gli obiettivi di restituire protagonismo alla *ratio* di una disciplina tanto dibattuta e di spostare il baricentro dell'analisi sulle utilità offerte dai beni e sulla teoria della proprietà. Da questa differente prospettiva è necessario soffermarsi su come una certa articolazione – o redistribuzione – delle sfere proprietarie può essere, o non essere, conseguita tramite un certo dispositivo giuridico⁷⁴. È in tale ottica che alcuni dei profili discussi nei paragrafi precedenti si rivelano meno decisivi di quanto potesse sembrare. Emerge invece un aspetto cruciale, rispetto al quale le sentenze con cui la Corte EDU ha ripetutamente condannato la Repubblica italiana hanno operato (ancora una volta⁷⁵) come “marcatore”, capace di evidenziare inadeguatezze e contraddizioni del nostro ordinamento. Ci si riferisce, chiaramente, al problema della compatibilità tra un certo insieme di interferenze sulle proprietà private e di regole di controllo sull'uso dei beni, da un lato, ed esigenze di tutela proprietaria provviste di matrice costituzionale, dall'altro lato.

Come si è visto, è proprio su questo punto che il concreto funzionamento della confisca urbanistica, quale sanzione delle lottizzazioni abusive, rivela la sua irragionevolezza. Scattando in maniera indiscriminata e sostanzialmente automatica, essa non supera il test di proporzionalità e pertanto appare contraria non solo all'articolo 1 P-1 ma perfino – non è forse peregrino ipotizzarlo – all'articolo 42 Cost.⁷⁶. Anche a non voler approfondi-

⁷⁴ Per una tale sofisticazione dell'analisi della materia proprietaria si rinvia a U. Mattei, *La proprietà*, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 2015. V. inoltre A. Gambaro, *Diritti reali (diritto internazionale e comparato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, 2007, pp. 473-449; Id., *La proprietà*, cit.

⁷⁵ Quanto alla ben nota *querelle* che i giudici europei hanno ingaggiato con l'ordinamento italiano, in merito all'istituto dell'occupazione acquisitiva, ci si limita a rinviare, *ex multis*, a G. Ramaccioni, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda dell'occupazione acquisitiva*, Torino, 2013. In merito alle violazioni dell'articolo 3 CEDU («[n]essuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»), di cui la Repubblica Italiana si è drammaticamente resa responsabile a più riprese, si segnalano due recenti sentenze della Corte EDU, legate ai fatti del tristemente celebre G8 di Genova del 2001: *Azzolina e altri c. Italia e Blair e altri c. Italia*, decisioni entrambe rese il 26 ottobre 2017. Infine, con riguardo alla possibilità di attribuire a un soggetto neonato il cognome materno in aggiunta o in sostituzione del solo cognome del padre, v. Corte EDU, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*. V., in termini, la successiva sentenza della Corte Costituzionale, 21 dicembre 2016, n. 286, secondo cui «[t]ale diversità di trattamento dei coniugi nell'attribuzione del cognome ai figli, in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, non è compatibile né con il principio di uguaglianza, né con il principio della loro pari dignità morale e giuridica». A partire dalla sentenza dei giudici di Strasburgo, una ricostruzione della materia è offerta da C. Battiato, *Il cognome materno alla luce della recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, consultabile all'indirizzo <https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/cassandra-battiato/il-cognome-materno-alla-luce-della-recente-sentenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo> (ultimo accesso il 22.03.2019).

⁷⁶ In seno alla vastissima bibliografia in materia di giudizio di proporzionalità, vero e proprio pilastro argomentativo nella dimensione giuridica europea, si rinvia per lo meno a D. Kennedy, *A Transnational*



re un tale profilo di incostituzionalità “interna”, la confisca urbanistica risulta censurabile alla luce della ricostruzione dei rapporti tra fonti nazionali e convenzionali che è stata elaborata in Italia. È infatti plausibile concludere che le previsioni legislative italiane in materia di confisca urbanistica per lottizzazione abusiva – gli artt. 30, comma 8 e 44, comma 2 T.U. Edilizia – sono illegittime per violazione dell’articolo 1 P-1, ossia una norma interposta operante nel nostro ordinamento con un rango sub-costituzionale (e sovra-legislativo) in virtù dell’art. 117, comma 1 Cost.⁷⁷. D’altra parte, anche sul terreno rimediale – ove occorre verificare quanto un dispositivo giuridico sia capace di assicurare protezione e riproduzione di utilità primarie come quelle paesaggistiche ed ecologiche – è purtroppo facile rilevare che questo istituto costituisce uno strumento spuntato e ben poco efficace. Appare infatti evidente che l’attuale funzionamento draconiano della confisca urbanistica non può ritenersi soddisfacente: esso, di per sé, non garantisce in alcun modo che al trasferimento coattivo della proprietà seguano la demolizione degli abusi e il ripristino dello stato dei luoghi, ossia le attività in cui la tutela paesaggistica si può e deve concretizzare. Un simile argomento è esplicitamente proposto nella sentenza G.I.E.M.⁷⁸, e gli stessi dubbi possono trarsi dalla lettura del dossier “Abbatti l’abuso. I numeri delle (mancate) demolizioni nei comuni italiani”, pubblicato nel 2018 da Legambiente⁷⁹. In particolare questo studio è stato capace di attestare, sulla base delle risposte fornite volontariamente (e quindi da un campione statistico non del tutto rappresentativo) da oltre 1.800 comuni italiani, che «[d]al 2004 a oggi, in Italia, risultano eseguite il 19,6% delle ordinanze di demolizione emesse» per sanzionare gli abusi riscontrati sia nei singoli interventi edilizi sia nelle lottizzazioni.

8. – È dunque vero che – con riguardo ai rimedi predisposti per reagire alle lottizza-

Genealogy of Proportionality in Private Law, e a N. Reich, *Balancing in Private Law and the Imperatives of the Public Interest: National Experiences and (Missed?) European Opportunities*, entrambi in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia, S. Weatherill (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland, 2011, pp. 185-248.

⁷⁷ V. P. Perlingieri, *Leale collaborazione*, cit., passim.

⁷⁸ La Corte EDU – dopo aver rammentato gli avvenimenti relativi ai complessi immobiliari litigiosi (la G.I.E.M. S.r.l. aveva ottenuto la restituzione dei terreni confiscati nel 2013, all’esito della vicenda Sud Fondi; a fine luglio 2015 la Hotel Promotion Bureau S.r.l. occupava ancora i terreni confiscati dal comune di Golfo Aranci) – ha potuto soggiungere (par. 299) che «[i]t may thus be questioned whether the confiscation of the property has actually contributed to the protection of the environment».

⁷⁹ Il dossier può essere consultato al seguente indirizzo: <https://www.legambiente.it/abbatti-abuso-i-numeri-delle-mancate-demolizioni> (ultimo accesso il 12.12.2018).



zioni che si rivelano abusive – l’attuale quadro normativo italiano è viziato da carenze in termini di effettività, da contraddizioni teoriche e operazionali non secondarie, da profili di contrarietà al sistema convenzionale europeo di tutela della proprietà. Tali criticità, di per sé gravi, risaltano soprattutto nel caso in cui a risultare abusiva sia una lottizzazione convenzionata. In queste ipotesi, come si è già evidenziato, pericoli o lesioni (spesso irreversibili, purtroppo) delle utilità generate da paesaggi ed ambiente sono il prodotto di una “alleanza” che proprietà privata lottizzatrice e pubbliche amministrazioni suggellano con la convenzione. Il settore pubblico, da garante degli interessi sovra-individuali affidatigli, si fa corresponsabile degli abusi; e un rimedio come la confisca urbanistica disposta dal giudice penale – limitandosi a trasferire la proprietà in maniera coattiva e gratuita, proprio in favore della persona pubblica corresponsabile – contribuisce ben poco a un’efficace tutela dei contesti ecologici minacciati o pregiudicati dalle attività di lottizzazione sanzionate.

Eppure, ammettere i limiti del vigente diritto positivo italiano non obbliga ad aderire pedissequamente agli orientamenti della Corte di Strasburgo. Già nei paragrafi precedenti, anzi, si è cominciato a verificare che un approccio più problematico consente di mostrare quanto le criticità che affliggono la confisca abbiano avuto l’effetto collaterale di sviare l’attenzione da quello che dovrebbe essere il cuore della discussione giuridica e di politica del diritto in materia di lottizzazione abusiva. A tal proposito, non è difficile ricordare che la formale imputazione del diritto (soggettivo, individuale, esclusivo) di proprietà ha un rilievo secondario, ai fini di una soddisfacente regolazione delle questioni discusse in questo lavoro. A essere cruciali, in termini di *ratio* della disciplina sulla lottizzazione abusiva, sono invece le istanze di tutela delle utilità (diffuse, collettive, inclusive) che possono emergere dalla relazione giuridica tra coloro i quali abitano un territorio e quel complesso di beni qualificato come paesaggio, ambiente o *habitat*⁸⁰.

Una tale, ritrovata consapevolezza consente all’analisi condotta di fare due avanzamenti. Anzitutto, diventa possibile riportare alla luce le ragioni di fondo che hanno giustificato – per quanto in un contesto giuridico caratterizzato da regolazioni amministrative che erano appannaggio del settore pubblico – e tuttora giustificano le previsioni legi-

⁸⁰ Su paesaggio, ambiente e *habitat* si vedano, a titolo meramente esemplificativo: M.S. Giannini, «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, pp. 15-53; A. Predieri, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1981, pp. 503-531; U. Breccia, *Diritto all’abitare*, in *XXI Secolo*, Roma, 2009, consultabile all’indirizzo http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-all-abitare_%28XXI-Secolo%29/ (ultimo accesso il 22.03.2019); A. Gambaro, *Proprietà privata*, cit.. In ambito non giuridico, v. G. Agamben, *L’uso dei corpi*, Vicenza, 2014; R. Bodei, *Paesaggi sublimi. Gli uomini davanti alla natura selvaggia*, Milano, 2008.



slative che si sono discusse. Inoltre, e soprattutto, può cogliersi l'opportunità di adottare un innovativo approccio civilistico, mostrando come le categorie e le tecniche del diritto privato possono mettere in forma e tutelare interessi sovra-individuali⁸¹. In altri termini, analizzare le questioni oggetto del presente studio con le lenti del diritto privato rafforza l'impostazione che intende sganciare da ottiche di troppo estesa penalizzazione gli obiettivi di ordinata trasformazione del territorio e di tutela di utilità paesaggistiche e ambientali: in questo ambito della vita associata, infatti, la priorità non è costituita dalla sanzione afflittiva del responsabile. Una tale prospettiva permette, più in particolare, di far emergere con maggiore chiarezza la pluralità di interessi che ruotano attorno a processi e operazioni negoziali di trasformazione territoriale. In proposito è ben possibile evidenziare che accanto agli interessi qualificati come pubblici, e pertanto imputati agli apparati amministrativi, e alla posizione giuridica idiosincratica dei proprietari privati lottizzatori, nella ricostruzione dell'assetto negoziale definito dalle convenzioni urbanistiche non devono essere ignorati interessi ulteriori, non confinabili nello schema riduzionistico pubblico-privato⁸².

Un adeguato inquadramento della pluralità di interessi cui si è alluso può essere conseguito anzitutto dal diritto dei beni e dagli studi sulla proprietà, con riguardo alle prospettive di indagine aperte (*rectius* rinnovate) dagli studi, ormai innumerevoli, sui beni comuni⁸³. Specialmente nel contesto italiano, le riflessioni e i vivaci dibattiti che hanno

⁸¹ Pensare un diritto privato "non proprietario" e sovra-individuale significa sviluppare un ambito di ricerche tanto importanti quanto attuali. In proposito tra le letture più risalenti, oltre a S. Rodotà, *Il terribile diritto*, già cit., v. per tutti N. Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, 1974; e L. Bigliazzi Geri, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1987, pp. 495-510. Più di recente, v. A. Quarta, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016; nonché M. Spanò, *Making the Multiple: Toward a Trans-Subjective Private Law*, in *The South Atlantic Quarterly*, 118:4, October 2019, pp. 839-855.

⁸² Per recenti ricerche che, nel contesto italiano, sono volte a ripensare e arricchire il ruolo istituzionale del contratto, v. A. Nervi, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 180-203; Id., *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2016, pp. 418-443; M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Persona e mercato*, 2015, pp. 37-50; Id., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 2016, pp. 1291-1323; Id., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1, 2017, pp. 4-31. Critico nei riguardi di tale approccio è S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2016, pp. 337-344.

⁸³ In una bibliografia vastissima è sufficiente menzionare alcune recenti pubblicazioni in lingua italiana: U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; P. Grossi, *I beni: itinerari tra "moderno" e "post-moderno"*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4/2012, pp. 1059-1085; L. Nivarra, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 4/2013, pp.



preso le mosse dai lavori della c.d. commissione Rodotà – secondo cui, come è noto, sono beni comuni le «cose che esprimono utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»⁸⁴ – consentono oggi di impostare in termini promettenti l’analisi di tutti i problemi che riguardano la tutela e gestione del paesaggio e degli ecosistemi, le trasformazioni urbanistiche, il regime giuridico delle attività di lottizzazione.

Infatti, ammettere (come proposto dalla commissione Rodotà) la riconduzione alla categoria dei beni comuni dei «beni archeologici, culturali, ambientali e [del]le altre zone paesaggistiche tutelate» è un passaggio di non poco momento.

In primo luogo, prospettare una tutela inibitoria a legittimazione diffusa – aspetto, questo, assunto nelle proposte della commissione Rodotà e acquisito nella quasi totalità

503-530; N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013; A. Di Porto, *Res in usu publico e “beni comuni”*. *Il nodo della tutela*, Torino, 2013; Y. Thomas, *Il valore delle cose*, Macerata, 2015 (edizione curata da M. Spanò con un saggio di G. Agamben); L. Nivarra, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1/2016, pp. 41-62; A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, 2016. Si segnala inoltre l’utile approfondimento contenuto nel fascicolo 2/2017 di *Questione giustizia*, consultabile all’indirizzo <http://questione.giustizia.it/rivista/2017-2.php> (ultimo accesso il 22.03.2019). Per una prospettiva critica nei confronti della categoria v. E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013; nonché C. Castrovano, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

⁸⁴ È opportuno riportare la formulazione integrale dell’ormai celebre articolo 1, comma 3 lett. c) dell’articolato redatto dalla commissione Rodotà come proposta di disegno di legge delega per la riforma del diritto dei beni pubblici: sono beni comuni le «cose che esprimono utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall’ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l’aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all’esercizio dell’azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l’azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definite dal decreto delegato».

La relazione di accompagnamento predisposta dalla commissione è consultabile online all’indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_21&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47617 (ultimo accesso il 12.12.2018). Per maggiori ragguagli v. U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007; Eid. (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell’economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010.



degli studi sui beni comuni – significa prendere le distanze dalle tradizionali costruzioni sui beni pubblici e sulla demanialità (impennate sul ruolo di tutela attribuito *ex* articolo 823 c.c. alle pubbliche amministrazioni⁸⁵) per riproporre, seppur in termini aggiornati, l'insieme di problemi legati all'emersione, al riconoscimento e alla tutela degli interessi diffusi e collettivi. Sarebbe del tutto inappropriato soffermarsi qui su discussioni che sono state centrali negli anni '70 del secolo scorso⁸⁶. È pertanto sufficiente dare atto della rinnovata attualità di questioni come la configurabilità di situazioni soggettive «adespotate», che, anche ai sensi dell'art. 24 Cost., non sono meno «proprie» per il fatto di non essere esclusive⁸⁷; o anche i numerosi limiti strutturali – tra tutti la matrice individualistica, nonché il carattere prevalentemente impugnatorio del giudizio amministrativo – che le giurisdizioni civile e amministrativa mostrano di fronte alle esigenze tecniche poste dalle istanze di tutela degli interessi diffusi e dei beni comuni⁸⁸.

Rispetto ai dibattiti ruotati attorno alla qualificazione e alla fisionomia degli interessi diffusi, peraltro, oggi sembra possibile un avanzamento consistente nel riconoscimento – non soltanto dottrinale, ma anche emergente in fonti legislative regionali e in regolamenti

⁸⁵ Ai sensi dell'art. 823, comma 2 c.c., rubricato «condizione giuridica del demanio pubblico», «spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice». Peraltro, per lo meno con riguardo agli enti locali una tale disposizione dovrebbe essere coordinata con quanto previsto dall'articolo 9, comma 1 d.lgs. (Testo Unico degli Enti Locali), che in materia di «azione popolare e delle associazioni di protezione ambientale» stabilisce che «ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia». Come si sa, questa norma descrive un'azione popolare meramente «sostitutiva», caratterizzata da ristretti margini di operatività e da una portata istituzionale non innovativa: *ex* articolo 9 TUEL, infatti, il singolo elettore non può far valere una situazione soggettiva «propria», e la sua azione popolare è dunque da ricondurre a una prospettiva lontana dai modelli rimediali a legittimazione diffusa prospettata per i beni comuni.

⁸⁶ Sterminata la produzione scientifica in materia. V., a mero titolo esemplificativo, AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976; AA.VV., *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Milano, 1976; AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi*, cit.. Per due ulteriori contributi apparsi nel decennio successivo v. V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Diritto e Società*, 1985, pp. 637-656. Per una prospettiva d'insieme v. L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato. Atti del Convegno. Palermo, 7-8 luglio 2006*, Milano, 2008.

⁸⁷ Da ultimo v., in questi termini, P. Duret, *Taking “commons” seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 1/2013, pp. 44-45. V., inoltre, M. Spanò, *Making the Multiple*, cit.

⁸⁸ Per tutti, a questo proposito v. M. Cappelletti, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., in particolare pp. 191-221; e A. Romano, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi*, cit., pp. 33-59.

JUS CIVILE



comunali⁸⁹ – del protagonismo delle relazioni giuridiche di uso pubblico intrattenute tra soggetti e beni. Infatti, la tutela e riproduzione delle utilità comuni offerte dal paesaggio è anzitutto derivante dall'uso pubblico che, a vari livelli di intensità (dalla mera fruizione sino a una cura più attiva), dei beni paesaggistici viene fatto. Specularmente, è in tali forme di uso e godimento che possono trovare soddisfazione interessi e diritti fondamentali di soggetti che, proprio in riferimento alla dimensione collettiva dell'uso di questi beni, possono riconoscersi come parte di una più ampia comunità di riferimento⁹⁰. Una tale centralità dell'uso pubblico conduce a ridimensionare il ruolo dell'imputazione formale del diritto soggettivo di proprietà – che infatti può essere in capo tanto a persone pubbliche, quanto a soggetti privati – e la portata dello *ius excludendi* tradizionalmente attribuito all'individuo proprietario, con un inedito protagonismo delle prerogative di accesso⁹¹.

In sintesi, dunque, rispetto a un passato anche recente il discorso sui beni comuni rende più plausibile un ripensamento delle ricostruzioni in materia di proprietà e di forme di appartenenza, così come delle coppie teoriche “soggetto/oggetto”, “privato/pubblico”, “individuale/collettivo”⁹². Il Pubblico non può più considerarsi il tutore unico di interessi giuridici sovra-individuali, magari perseguiti con provvedimenti amministrativi di conformazione dei diritti soggettivi di proprietà: tra i due poli della sovranità pubblica e dell'idiosincrasia proprietaria è finalmente possibile attribuire piena consistenza giuridica a interessi diffusi, non riducibili a forme di appartenenza individualistiche ed esclusi-

⁸⁹ Tra le diverse leggi regionali è bene riportare l'art. 1, comma 1 della legge regionale Toscana 10 novembre 2014, n. 65, a mente del quale «[l]a presente legge detta le norme per il governo del territorio al fine di garantire lo sviluppo sostenibile delle attività rispetto alle trasformazioni territoriali da esse indotte anche evitando il nuovo consumo di suolo, la salvaguardia e la valorizzazione del patrimonio territoriale inteso come bene comune e l'uguaglianza di diritti all'uso e al godimento del bene stesso, nel rispetto delle esigenze legate alla migliore qualità della vita delle generazioni presenti e future». Toni non dissimili si hanno, ad es., nella legge regionale Emilia-Romagna 21 dicembre 2017, N.24, nonché nella legge regionale Veneto 06 giugno 2017, n. 14. Quanto al livello municipale, sono ormai oltre duecento i regolamenti comunali che disciplinano i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadinanza per la cura, gestione e rigenerazione di beni comuni urbani. Sul punto v., oltre al testo di A. Giusti citato alla nota 28, *retro*, C. Angiolini, *Possibilità e limiti dei recenti regolamenti comunali in materia di beni comuni*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0*, cit., pp. 147-156; F. Giglioni, F. Di Lascio (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017.

⁹⁰ Oltre che al determinante insegnamento di Yan Thomas, sopra citato alla nota 83, sia consentito il rinvio a R.A. Albanese, *L'uso pubblico e il diritto privato. Una relazione da ripensare*, in U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti, C. Marchetti (a cura di), *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, pp. 531-548.

⁹¹ V. l'importante lavoro di A. Quarta, *Non-proprietà*, cit.

⁹² V. tra i molti F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto*, cit.; nonché A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, cit.



ve né integralmente sussumibili nell'azione autoritativa delle persone pubbliche⁹³.

Sono da sottolineare, in particolare, le implicazioni della consapevolezza per cui la promozione di certi interessi, fondamentali e diffusi, non può essere integralmente assorbita nella categoria degli «interessi pubblici» perseguiti dalle autorità amministrative. Da un lato, una tale acquisizione consente di rinnovare le riflessioni problematiche su questioni classiche: si pensi, ad esempio, a come la categoria della demanialità e la nozione di beni pubblici siano state rilette nel 2011 dalle Sezioni Unite civili della Suprema Corte, con la giurisprudenza c.d. di San Valentino⁹⁴. Dall'altro lato, e soprattutto, occorre ammettere che il riconoscimento giuridico dei beni comuni conduce, specie in un ambito come quello paesaggistico e ambientale, a nuovo assetto istituzionale delle relazioni tra le funzioni delle pubbliche amministrazioni e le situazioni soggettive della cittadinanza: «questo modo di considerare il territorio come bene comune, imposta allora, sia il problema della pianificazione, che il problema della tutela o, meglio, della posizione sostanziale del cittadino nell'ambito della destinazione e dell'uso del territorio»⁹⁵. A questo proposito, non è certo casuale che, proprio nel solco dei lavori sui beni comuni, sia stato possibile discorrere di *urban commons* come dispositivo per contrastare i processi di speculazione immobiliare e di *gentrification*, così come vedere nei beni comuni urbani

⁹³ Per un'autorevole visione d'insieme in materia di interessi diffusi v. G. Alpa, *Interessi diffusi*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1993, *ad vocem*; Id., *Interessi diffusi* (I° agg.), in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2014, *ad vocem*.

⁹⁴ Secondo un passaggio ormai celebre della pronuncia di Cass. SS.UU., 14 febbraio 2011, n. 3665, “là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium romanistico* e della proprietà codicistica, “comune” vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini». A proposito di questa giurisprudenza v., tra i molti, E. Pellicchia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Il Foro Italiano*, 2012, c. 573 ss.; G. Carapezza Figlia, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 535-548. Sia consentito il rinvio anche a R.A. Albanese, *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela*, in *Questione Giustizia*, 2/2017, pp. 104-111, consultabile all'indirizzo http://questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-2_18.pdf (ultimo accesso il 21.12.2018). Occorre peraltro rammentare che sulla questione dell'appartenenza delle valli da pesca della laguna di Venezia – oggetto della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione – si è pronunciata anche la Corte EDU, decidendo il 23 settembre 2014 il caso *Valle Pierimpiè Società Agricola S.p.a. c. Italia*. In proposito, v. T. Greco-M. Greco, *Valli da pesca, demanialità marittima ed espérance légitime del privato nella giurisprudenza CE-DU*, in *Danno e responsabilità*, 2/2015, pp. 134-149; C. Angiolini, *L'interpretazione estensiva dell'art. 1, prot. 1, Cedu: fra tutele proprietarie e beni comuni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2/2016, pp. 328-336. Per uno sguardo più generale in merito alla tutela giuridica delle aspettative legittime e delle chances, v. S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e diritto privato*, 2010, pp. 49-89.

⁹⁵ F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, 1987, p. 137.



la frontiera più avanzata della rigenerazione urbana e della c.d. amministrazione collaborativa⁹⁶.

9. – Nell’ottica così delineata, anche i problemi relativi a fruizione e tutela del paesaggio e degli ecosistemi sono un laboratorio molto promettente. È ben noto, infatti, che nella cultura giuridica italiana le impostazioni tradizionalmente prevalenti hanno fatto leva in maniera consistente sulla dicotomia pubblico-privato. In particolare, la disciplina degli usi del territorio è stata lungamente considerata appannaggio delle pubbliche amministrazioni, abilitate e tenute ad adottare – con provvedimenti unilaterali e autoritativi – sequenze pianificatorie organizzate secondo criteri gerarchici e c.d. “a cascata”⁹⁷. Simili approcci, sia detto per inciso, hanno storicamente contribuito all’insufficiente comprensione della portata istituzionale e della concreta diffusione delle convenzioni di lotizzazione. Per quanto risultasse sovente tradita⁹⁸, la fiducia nella pianificazione pubblicistica, quindi, ha impedito di mettere adeguatamente a fuoco la capacità degli strumenti negoziali di conformare le proprietà e di influenzare il regime giuridico dei beni, così

⁹⁶ In merito a *urban commons* e *gentrification* v., a titolo esemplificativo, M.R. Marella, *Oltre il pubblico e il privato*, cit.; G. Semi, *Gentrification. Tutte le città come Disneyland?*, Bologna, 2015. Più in generale v. R. Cavallo Perin, *Beyond the Municipality: the City, its Rights and its Rites*, in *Italian Journal of Public Law*, 2/2013, pp. 307-315; F. Giglioni, F. Di Lascio (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017; A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit. Contributi più specifici sono P. Michiara, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L’esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2/2016, consultabile all’indirizzo <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2016/2/michiara.htm> (ultimo accesso 8.03.2019); G. Calderoni, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, 2/2016, consultabile all’indirizzo <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2016/2/calderoni.htm> (ultimo accesso 8.03.2019); E. Fidelbo, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon*, 3/2018, consultabile all’indirizzo <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2018/3/fidelbo.htm> (ultimo accesso 8.03.2019); S. Franca, *Cura dei beni comuni e responsabilità condivisa: spunti ricostruttivi*, in *Munus*, 1/2018, pp. 47-85. In materia di amministrazione collaborativa, nell’ottica di una netta valorizzazione della sussidiarietà orizzontale, resta sempre utile la consultazione del portale dell’associazione Laboratorio per la Sussidiarietà, www.labsus.org (ultimo accesso il 22.03.2019).

⁹⁷ Per un’autorevole espressione dell’orientamento menzionato nel testo v., per tutti, A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione: saggi*, Milano, 1969; Id., *La legge 28 Gennaio 1977 N. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977; A.M. Bartoli, A. Predieri, *Piano regolatore*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, *ad vocem*.

⁹⁸ In tal senso, già nel 1973 – anno in cui gli orientamenti che valorizzavano il ruolo della pianificazione autoritativa erano senz’altro dominanti – si poteva constatare che «non vi è stato un solo caso di città importante, in nessuna parte del mondo, che possa essere additato ad esempio di una pianificazione urbanistica organicamente realizzata»: M.S. Giannini, «*Ambiente*», cit., p. 21 (nel testo della nota n. 5).



ostacolando l'elaborazione di più sofisticate teorie della proprietà e dei beni⁹⁹.

A fronte di tali tendenze normative e culturali, ma in un contesto che risulta oggi profondamente mutato e assai incline a riconoscere il ruolo decisivo dell'urbanistica negoziata¹⁰⁰, la crescente attenzione nei riguardi dei beni comuni pare avere un'implicazione in ciò: che sembrano maturi i tempi per rendere più sofisticati (e dunque per cominciare a ripensare) gli assetti istituzionali figli delle impostazioni culturali tradizionalmente prevalenti. In tal senso, come autorevolmente intuito in passato, «[p]artendo da altre premesse, sono state date altre classificazioni dei beni ambientali come beni a proprietà divisa o come *beni supporto di situazioni diverse di fruizione*. Tale fruizione potrà essere *maggiore o minore, andrà da quella visiva e collegata prevalentemente ad una difesa dello status quo, all'accesso per consentire talune forme di godimento tipiche di un uso collettivo*; e comporterà una *partecipazione nell'attività di tutela e di pianificazione così come la possibilità di tutela, anche giudiziaria*, tanto della funzione collettiva quanto dalla stessa consistenza patrimoniale del territorio o del paesaggio»¹⁰¹.

Prendendo le mosse da una simile consapevolezza, si ha conferma del fatto che nell'ambiente e nel paesaggio possono identificarsi beni comuni, ossia forme di appartenenza «trans-soggettiva» imperniate sull'uso pubblico, sull'accesso, su un approccio relazionale ed ecologico, sulla tutela delle utilità comuni generate nell'interesse della presente e delle future generazioni¹⁰². In una tale prospettiva – peraltro già delineata autorevolmente anche nella cultura giuridica pubblicistica¹⁰³ – alcune delle principali contraddizioni della materia oggetto di questo studio possono evidenziarsi con chiarezza. A fronte dei fondati dubbi rilevati nei riguardi della confisca urbanistica – specie di quella disposta dal giudice penale ai sensi dell'art. 44, comma 2, T.U. Edilizia –, deve notarsi che il mancato riconoscimento di strumenti per porre efficacemente rimedio a lottizzazioni convenzionate che minaccino o ledano il paesaggio o la qualità ecologica di un territorio è suscettibile di tradursi in una paradossale redistribuzione di *property rights* in favore dei lottizzatori abusivi.

⁹⁹ In proposito si rinvia, per tutti, allo studio di V. Mazza, *Le convenzioni*, cit.; e alle riflessioni di S. Rodotà, *Disciplina della proprietà e controlli privati nell'esecuzione delle convenzioni urbanistiche*, in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche*, cit., pp. 261-272.

¹⁰⁰ Si rinvia, sul punto, ai riferimenti contenuti alla nota 12.

¹⁰¹ A. Predieri, *Paesaggio*, cit., p. 522 (corsivi aggiunti).

¹⁰² Per una prospettiva espressamente «trans-soggettiva», v. P. Femia, *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 25, 2019, consultabile online; v. inoltre M. Spanò, *Making the Multiple*, cit.

¹⁰³ V. F. Benvenuti, *Pianificazione*, cit.



In altri termini, in assenza di una sofisticazione dell'apparato rimediabile – tale ad esempio da valorizzare tutele in forma specifica, inibitorie e ripristinatorie – si corre il serio rischio che la collettività debba sopportare pesanti esternalità negative, venendo espropriata delle proprie prerogative relative ai beni comuni paesaggistici per il tramite di una convenzione di lottizzazione che, pur risultando abusiva, potrebbe spesso andare esente da adeguate sanzioni ove ricondotta al criticabile orizzonte penalistico sopra discusso. Il tutto risulta ancora più insoddisfacente nella misura in cui – lungi dall'imporre complessi accertamenti sull'elemento soggettivo delle persone fisiche (e non delle società) che possono essere chiamate a rispondere di reati – è noto che le questioni relative alla ripartizione delle sfere proprietarie prescindono di regola dalla colpevolezza dei soggetti coinvolti nella vicenda giuridica controversa¹⁰⁴.

10. – All'esito dell'analisi svolta fino a ora, diventa dunque opportuno soffermarsi brevemente – accanto e oltre quel che si è discusso in merito al ruolo delle pubbliche amministrazioni o della magistratura penale – sui rimedi prospettabili per reagire a forme di lottizzazione convenzionata in cui autorità pubbliche e poteri privati finiscano con il risultare, di fatto, alleati nella realizzazione di interventi abusivi e nocivi per le utilità comuni offerte dai territori¹⁰⁵.

Un primo spunto potrebbe essere colto e valorizzato restando all'interno del T.U. Edilizia. Infatti, la constatata illegittimità della confisca urbanistica disciplinata dagli artt. 30, comma 8 e 44, comma 2 del Testo Unico non impedisce all'interprete di ricercare, nel medesimo ambito normativo, soluzioni plausibili per apprestare rimedi nei confronti delle lottizzazioni abusive. In proposito, non sembra impossibile prospettare un'applicazione analogica dei meccanismi rimediali predisposti dal decreto n. 380 per il caso di singoli interventi edilizi abusivi (art. 31, commi 2-4). I rimedi operanti per i singoli abusi, tali da costituire un dispositivo giuridico articolato e modulabile, potrebbero quindi

¹⁰⁴ Sul punto è sufficiente rinviare a U. Mattei, *La proprietà*, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 2015, in particolare pp. 317-352. Inquadrandolo da questa prospettiva le contraddizioni della giurisprudenza Varvara, si potrebbe perfino affermare che la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva si risolve in una contestuale prescrizione acquisitiva a favore del lottizzatore, il quale accresce la propria sfera proprietaria a scapito della collettività che vanta diritti sui beni comuni paesaggistici e ambientali.

¹⁰⁵ È appena il caso di evidenziare, a questo proposito, che “a monte” sarebbe ben possibile che, in un'ottica di pubblicità e trasparenza, le negoziazioni che conducono alla lottizzazione convenzionata siano aperte anche alla partecipazione fattiva – più intensa rispetto a quanto previsto dagli articoli 9 e 10 legge 7 agosto 1990, n. 241 – di individui e formazioni sociali interessati alla cura e riproduzione dei beni comuni paesaggistici e ambientali.



applicarsi anche per il caso di lottizzazione abusiva: sarebbe ragionevole reputare prioritario che un rimedio a tutela del paesaggio e degli interessi urbanistici abbia effetti ripristinatori, com'è per l'ordine di demolizione e di riduzione in pristino; solo in ipotesi estreme (reiterata inerzia del lottizzatore abusivo) un trasferimento coattivo della proprietà come quello provocato dalla confisca sarebbe una sanzione proporzionata. Non si ignora, d'altra parte, che una simile operazione interpretativa risulterebbe piuttosto delicata con riguardo alla riserva di legge *ex* articolo 42, comma 2, Cost., dal momento che essa – venuta meno *ex* art. 117, comma 1, Cost. la confisca urbanistica di cui agli artt. 30, comma 8 e 44, comma 2, T.U. Edilizia – porterebbe a configurare per analogia un modo di estinzione della proprietà privata¹⁰⁶.

Il profilo che, in ogni caso, risulta più interessante trattare – sulla scorta delle considerazioni contenute nei due paragrafi precedenti – è relativo ai rimedi che il diritto privato, riletto alla luce della rilevanza dei beni comuni, può mettere a disposizione dei soggetti “immersi” in paesaggi ed ecosistemi (e dunque interessati a fruizione e riproduzione dei medesimi)¹⁰⁷. Come si è già accennato, le tutele più efficaci a difesa dei beni comuni – specie in casi come quelli decisi dalla Corte EDU, in cui la causa dei pericoli o dei danni sia una lottizzazione convenzionata concordata da enti pubblici e soggetti privati – sono da individuare in dispositivi cautelari e inibitori azionabili con una ampia legittimazione, attribuita a tutti i soggetti (potenzialmente o attualmente) lesi dagli abusi.

Senonché è noto che rimedi così incisivi rispetto alle posizioni giuridiche altrui sono ricondotti all'ascrizione di situazioni giuridiche “proprietarie” ai soggetti che si facciano attori in giudizio¹⁰⁸. Nel caso dei beni comuni paesaggistici e ambientali, invece, ci si trova dinanzi – come autorevolmente riconosciuto – a forme di «generale interesse che sta fuori dei concetti arcaici di proprietà o di possesso, ma costituisce una nuova forma

¹⁰⁶ A proposito di quanto rilevato nel testo è qui sufficiente rinviare, per tutti, a U. Mattei, *La proprietà*, cit., pp. 93-142; S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit.; R. Sacco, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970, pp. 435-466.

¹⁰⁷ Quanto alla necessità di interrogarsi a fondo sulle categorie, sulle forme e sulle prestazioni del diritto privato contemporaneo, v. per lo meno: N. Lipari, *Le categorie*, cit.; M. Spanò, *Istituire o regolare? Le autorità private e la crisi della “topologia moderna”*, in P. Sirena, A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018; U. Breccia, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di “teoria generale del diritto”*, Pisa, 2019. Risulta impossibile dare conto di una letteratura sterminata in materia di rimedi. Per un riferimento ormai classico, v. U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987. Tra i molti contributi successivi v., per tutti, A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003. Negli anni più recenti, v. M. Spanò, *Azioni collettive. Soggettivazione, governamentalità, neoliberalismo*, Napoli, 2013; Id., *Più d'Uno. La class action tra “tortificazione” del diritto civile e tramonto del diritto soggettivo*, in *Parolechiave*, 60, 2018, pp. 149-164.

¹⁰⁸ V. in proposito U. Mattei, *Tutela inibitoria*, cit.



di rapporto che (...) si avvicina piuttosto a una nuova relazione tipica che unisce il cittadino a beni immateriali (...)»¹⁰⁹.

L'attribuzione di rimedi diffusi a tutela dei beni comuni si lega, dunque, ai due avanzamenti teorici sopra discussi. Da un lato, si tratta di costruire una teoria dei beni meno fiscalista e più sofisticata, che valorizzi le plurime utilità che il mondo delle cose è capace di offrire per poter più adeguatamente concettualizzare gli interessi soggettivi che attorno agli usi dei beni possono delinearli¹¹⁰. Dall'altro lato, occorre che le forme di appartenenza e le tecniche proprietarie siano non solo liberate definitivamente dai condizionamenti culturali esercitati dal diritto soggettivo e dall'individualismo, ma anche riferite a quella che è stata definita la dimensione «trans-soggettiva» delle relazioni giuridiche¹¹¹.

Tali considerazioni impongono di accennare all'elemento della legittimazione attiva per individuare i soggetti che, pur non essendo titolari di un diritto di proprietà tradizionalmente inteso, e pur risultando «terzi» rispetto alle convenzioni di lottizzazione, possono nondimeno ritenersi abilitati ad attivare rimedi per tutelare paesaggio e ambiente da trasformazioni abusive del territorio. Trattandosi di legittimazione attiva, si finisce naturalmente col tornare al tradizionale dibattito sulla tutela degli interessi diffusi, nonché sulla problematica distinzione tra «terzo» e «chiunque» (invalsa negli studi in materia di giustizia amministrativa)¹¹².

¹⁰⁹F. Benvenuti, *Pianificazione*, cit., pp. 136-137. In questa pagina, con una punta di amara ironia l'Autore soggiunge, significativamente, che «certo noi parliamo ancora in termini di diritti soggettivi».

¹¹⁰Sul punto si rinvia ad A. Gambaro, *I beni*, cit. Sulla nozione di capacità dei beni, da segnalare anche il contributo di A. Quarta, *Utilità, capacità, bisogni. Sulla fenomenologia dei beni in Antonio Gambaro*, in U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti, C. Marchetti (a cura di), *Un giurista di successo*, cit., pp. 809-828. Volendo rifarsi a pagine meno recenti, si vedano per lo meno gli spunti di riflessione offerti da: C. Salvi, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, in F.D. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, pp. 445-488; D. Messinetti, *Oggetto dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, ad vocem; M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, pp. 607-682.

¹¹¹Sulla complessità delle sub-tradizioni operanti nella costruzione moderna della proprietà, è ancora utilissimo il riferimento ad A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992. V. inoltre P. Femia, *Il civile senso dell'autonomia*, cit.; nonché M. Spanò, *Making the Multiple*, cit.

¹¹²Ormai classiche, sul punto, pagine come quelle di V. Spagnuolo Vigorita, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1962, pp. 630-651; E. Guicciardi, *La decisione del "chiunque"*, cit.; A. Romano, *Il giudice amministrativo*, cit. Più di recente: N. Paolantonio, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse)*, in *Giustamm.it*, 10/2013; P. Duret, *Taking "commons"*, cit.; F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2015, pp. 413-456; G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2016.



La *querelle* è nota e ha molto a che fare con questioni urbanistiche, risalendo per lo meno alla pronuncia di Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1970, n. 523 – passata alla storia come la «decisione del chiunque» – sulla portata dell’art. 10, comma 9 della legge ponte¹¹³. Non essendo qui possibile una ricognizione puntuale della vicenda, è sufficiente confermare che la giurisprudenza e gli interpreti sembrano mantenere un atteggiamento talora altalenante in merito ad alcuni aspetti ricorrenti. Ferma restando, anzitutto sul piano declamatorio, l’esclusione nell’ordinamento italiano di forme di azione popolare in materia urbanistica, nel tentativo di ricostruire la legittimazione e l’interesse dei soggetti ricorrenti si è transitati nel tempo dal canone del c.d. «insediamento abitativo» (fatto proprio dal Consiglio di Stato nel 1970) all’odierna nozione di *vicinitas*¹¹⁴. D’altra parte, anche quest’ultimo concetto è suscettibile di interpretazioni non omogenee, e anzi spesso conflittuali: ciò che si constata facilmente visionando la recente giurisprudenza amministrativa sul punto. Talvolta il giudice prende le mosse proprio dall’articolo 10 della legge ponte, ribadendo l’assenza di un’azione popolare urbanistica e facendo riferimento a «una posizione qualificata e differenziata in favore di chi si trovi in una specifica situazione giuridico-fattuale rispetto all’intervento edilizio assentito, per cui il provvedimento impugnato venga oggettivamente ad incidere la sua posizione sostanziale, determinandone una lesione concreta, immediata e attuale» (Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278). In molti altri casi viene impiegata la locuzione «stabile collegamento»: sennonché a volte il collegamento è instaurato con «l’immobile del ricorrente», quasi ad alludere a una inaccettabile restrizione della legittimazione a proprietà e diritti reali (v. Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2016, n. 1156); in altre situazioni ancora si richiama, con respiro maggiore, «l’area interessata dall’intervento contestato» (Cons. Stato, sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3180).

A ben vedere, l’imbarazzo di fondo della giurisprudenza – la ragione per cui i canoni dell’attualità, della concretezza e della personalità possono essere usati tanto per estendere quanto per restringere l’accesso alla giustizia di soggetti terzi rispetto a provvedimenti amministrativi o a piani urbanistici¹¹⁵ – può spiegarsi da una prospettiva più strutturale.

¹¹³ V. E. Guicciardi, *La decisione del “chiunque”*, cit. Sulla decisione si veda anche S. Rodotà, *Disciplina della proprietà*, cit., pp. 264-266.

¹¹⁴ Per una diversa opinione, secondo cui con l’articolo 10, comma 9 della legge ponte «nella sostanza si è reintrodotta l’azione popolare, quanto meno a favore di tutti coloro che abitino nell’area pianificata», v. A.M. Bartoli, A. Predieri, *Piano regolatore*, cit., *ad vocem*.

¹¹⁵ A riprova delle difficoltà menzionate nel testo sarebbe sufficiente riportare la massima di Cons. Stato IV, 24 dicembre 2007, n. 6619: «la sussistenza dell’interesse ad agire deve essere valutata in astratto, con riferimento al contenuto della domanda, dovendosi ritenere requisiti imprescindibili per la configurazione



In altri termini, le diffidenze nei confronti di una ampia legittimazione attiva rinviano ai classici problemi della qualificazione e della differenziazione delle posizioni soggettive attribuite sul piano del “diritto obiettivo”. In particolare, in ambito pubblicistico una giustizia amministrativa che si vuole anzitutto *soggettiva* (ossia posta a tutela di diritti e interessi legittimi nei confronti dell’azione dei pubblici poteri) sconta difficoltà se portata a misurarsi con interessi di cui si predica il carattere soggettivo, ma che se guardati con lenti tradizionali appaiono più ascrivibili a modelli di giudizio *oggettivo* (ossia funzionante a garanzia dell’astratta legalità dell’azione amministrativa)¹¹⁶. Ebbene, la crescente rilevanza giuridica dei beni comuni mostra proprio come un simile approccio interpretativo non faccia che riprodurre – sia pur velatamente – le precomprensioni che lo sorreggono. L’orientamento che diffida di una ampia legittimazione attiva sembra, infatti, inscritto nella risalente tradizione che concepisce senza soluzione di continuità (e quasi in una logica di equivalenza) le nozioni di diritto obiettivo, legalità, interesse pubblico e persone pubbliche. Conseguenza di tale impostazione è la tendenza a risolvere gli inte-

di questa condizione dell’azione, il suo carattere personale, la sua attualità e la sua concretezza. Poiché in relazione ai profili della attualità e concretezza, si deve ritenere che la lesione arrecata dal provvedimento impugnato deve essere effettiva, nel senso che dall’esecuzione discenda in via immediata un danno certo alla sfera giuridica del ricorrente, ovvero potenziale (intendendosi come tale quello che sicuramente, o molto probabilmente, si verificherà in futuro), non sussiste interesse ad agire avverso un programma integrato di riqualificazione urbanistica, edilizia e ambientale qualora i ricorrenti non abbiano provato in concreto alcun danno (anche potenziale) conseguente a tale intervento». Degna di nota anche la più recente massima di TAR Lombardia Milano II, 16 giugno 2014, n. 1580: «in materia di impugnazione di piani urbanistici, anche attuativi, ai fini del fondamento della legittimazione e dell’interesse ad agire, non è sufficiente il mero requisito della “vicinitas” dell’area oggetto dell’intervento urbanistico (requisito da valutarsi peraltro con rigore), esigendosi invece dal ricorrente la prova concreta della specifica lesione inferta dagli atti impugnati alla propria sfera giuridica. Questo per evitare che un’eccessiva dilatazione del concetto di “interesse ad agire” (ex art. 100 del codice di procedura civile, norma applicabile al processo amministrativo in virtù del c.d. rinvio esterno di cui all’art. 39 del d.lgs. n. 104/2010), con riferimento ai piani urbanistici, consenta l’impugnativa anche a soggetti titolari di un interesse di mero fatto. Occorre, infatti, che dall’approvazione e dall’esecuzione delle scelte urbanistiche derivi al ricorrente un pregiudizio certo e concreto in relazione ai molteplici aspetti e ai vari interessi costitutivi della sua sfera giuridica». Le pronunce sono state consultate tramite online.leggiditalia.it.

¹¹⁶ Sulla scorta di quanto rimarcato nel testo è stato invocato maggiore rigore nella distinzione tra *terzo* e *chiunque*, nell’auspicio di una transizione dichiaratamente orientata «dalla legalità ai diritti»: v. G. Manucci, *La tutela dei terzi*, cit. In merito a questi profili v., però, la decisiva osservazione secondo cui «è la configurazione della funzione attribuita al Consiglio di Stato come di tutela di interessi individuali, che ha portato alla definizione di questi come oggetto della giurisdizione amministrativa»: A. Romano, *Il giudice amministrativo*, cit., p. 43. La notazione è assai condivisibile, in quanto: da un lato mostra come una infrastruttura istituzionale possa storicamente influire sulla configurazione delle posizioni soggettive da essa contemplate; dall’altro lato evidenzia che uno studio non sufficientemente sofisticato delle posizioni soggettive comporta il rischio di attribuire caratteri a-storici al contesto istituzionale di riferimento, così rafforzando le categorie che ordinano la vita associata.



ressi soggettivi sovra-individuali nella più compatta categoria di interesse pubblico, che sospinge verso l'irrelevanza giuridica i primi. Sicché la persistente incapacità di concettualizzare una posizione soggettiva non esclusiva conduce generalmente, e specialmente in materia urbanistica e paesaggistica, ad attribuire qualificazione e differenziazione solo agli interessi individualistici (e in particolare a quelli proprietari).

Risulta invece chiaro, e non da oggi, che è proprio questa infrastruttura istituzionale che si tratta di restituire alla sua dimensione storica, per poterla poi problematizzare¹¹⁷⁻¹¹⁸. Un simile programma di ricerca è presente nell'odierno dibattito civilistico, come si è visto nell'analisi condotta fino a ora. Ed è anche per tale ragione che il diritto privato appare attrezzato per apprestare rimedi efficaci a tutela dei beni comuni paesaggistici e ambientali, così come dei cruciali interessi soggettivi connessi alla fruizione e alla cura di essi.

In virtù di tali precisazioni, si può concludere che l'ambito rimediale su cui concentrarsi, per cominciare a rendere operativi possibili strumenti di tutela dei beni comuni, è quello in senso lato possessorio. La ragione di ciò è presto detta. Sebbene costruito a immagine «della proprietà o di altro diritto reale» (art. 1140 c.c.) il possesso, situazione di fatto e di «non diritto», può invero ritenersi una forma di appartenenza cadetta, la cui singolarità ha spesso consentito di offrire tutela a interessi e situazioni difficilmente inquadrabili nelle sistemazioni teoriche ricevute dalla tradizione¹¹⁹.

Non si ignorano le ambivalenze di questa impostazione, ma d'altra parte si ritiene che

¹¹⁷ Ancora preziosissimo, in proposito, il richiamo a R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in Id., *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, Bologna, 1978, pp. 115-189.

¹¹⁸ Volendo esemplificare proprio in ambito urbanistico, il riconoscimento della rilevanza giuridica delle relazioni tra le utilità comuni offerte da certi beni e gli interessi trans-soggettivi vantati da individui e comunità potrebbe aprire uno scenario istituzionale assai differente, nel quale sarebbero sostanzialmente superate le discussioni in materia di legittimazione attiva e l'elemento della *vicinitas* potrebbe essere contemplato, al più, al fine di valutare la sussistenza dell'interesse ad agire (*ex art. 100 c.p.c.*) delle parti attrici.

¹¹⁹ Per alcuni riferimenti essenziali in materia di possesso, v. U. Natoli, *Il possesso*, Milano, 1992; R. Sacco, R. Caterina, *Il Possesso*, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014. Per una pagina risalente v. G. Branca, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, pp. 383-407. Quanto ai profili storici v. A. Burdese, *Possesso (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 452-467; nonché G. Diurni, *Possesso (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 467-490. Per un importante studio in ottica storica e comparatistica, v. J. Gordley, U. Mattei, *Protecting Possession*, in *The American Journal of Comparative Law*, 44, 1996, pp. 293-334. Sulla capacità espansiva delle tecniche di tutela possessoria v., in particolare, U. Breccia, *Possesso e denunce nel quadro della tutela civile dei diritti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1989 – parte IV, c. 179-191; Id, *Possesso di diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, *ad vocem*. Sul possesso di diritti, v. naturalmente E. Finzi, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968 (rist.; ed. or. 1915).



sul terreno operativo la flessibilità dei rimedi collegati alle posizioni possessorie potrebbe agevolare molto – e ben più di un riferimento diretto al diritto di proprietà – il progressivo ed effettivo riconoscimento degli interessi rilevanti nelle situazioni della vita associata oggetto di questo studio¹²⁰. In particolare, ai fini della tutela dei beni comuni paesaggistici e ambientali uno strumento che sembra rivelare importanti potenzialità è la denuncia di nuova opera disciplinata dall'art. 1171 c.c. La proposta che qui si avanza, quindi, prospetta l'attribuzione di una qualificazione “possessoria” – sia pur non esclusiva e non individualistica – agli interessi relativi ai beni comuni paesaggistici e ambientali, con una conseguente estensione dell'applicazione dell'art. 1171 c.c., capace anzitutto di svilupparne la funzione cautelare¹²¹.

In concreto, le attività di lottizzazione poste in essere in esecuzione di una convenzione potrebbero essere denunciate con un ricorso diretto tanto verso il privato lottizzatore – ossia il soggetto che di regola materialmente esegue o appalta le “nuove opere” – quanto verso la pubblica amministrazione, e presentato rispettando le previsioni del comma 1: le opere non devono essere terminate e non deve essere trascorso un anno dal loro inizio. Nei casi in cui proprietà privata e autorità pubblica decidano trasformazioni urbane pericolose o lesive per i beni paesaggistici e i connessi interessi sovra-individuali, l'azione nunciatoria potrebbe allora operare oltre i ristretti spazi (e tempi) dei meccanismi impugnatori previsti dal diritto amministrativo¹²². Del resto questo rimedio, «a legittimazione

¹²⁰ Una indicazione da prendere in considerazione in questa direzione sembra provenire anche dal codice civile. Infatti l'art. 1145, rubricato «possessione di cose fuori commercio», nel privare di effetti il potere di fatto esclusivo su tali beni – negando la possibilità di usucapire le «cose di cui non si può acquistare la proprietà» intesa quale diritto soggettivo individualistico e idiosincratico – accorda nei rapporti tra privati (ossia, come sembra corretto ritenere, contro i privati che intendano esercitare forme di uso esclusivo) «l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico». In merito all'interpretazione del non felice dato testuale di cui all'articolo 1145 c.c. (disposizione che, nel progetto originario di codice redatto dalla Commissione reale, non a caso riguardava il «possessione dell'uso») sia consentito il rinvio a R. A. Albanese, *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno*, cit.

¹²¹ Per una prima informazione in merito alle denunce di cui agli artt. 1171 e 1172 c.c. (e specialmente, si ritiene, con riguardo alla legittimazione attiva in materia condominiale), si vedano due voci enciclopediche documentate anche se non più recenti: A. Jannuzzi, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto* (*dir. vig.*), in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, *ad vocem*; L. Cabella Pisu, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civile*, Torino, 1989, *ad vocem*.

¹²² Qualificando, nei confronti del “pubblico”, il piano di lottizzazione convenzionata come provvedimento amministrativo – e dunque seguendo un approccio tratlazio, ma forse non del tutto capace di cogliere la peculiare matrice negoziale e programmatica di queste vicende giuridiche – si può prospettare, in capo a un soggetto terzo rispetto alla convenzione di lottizzazione conclusa tra pubblica amministrazione e proprietà privata, la legittimazione ad agire per ottenere l'annullamento del piano. È tuttavia necessario precisare che, ai sensi dell'articolo 29 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo, c.p.a.),



mista o variabile», già oggi è molto usato dai privati in materia urbanistica: se in passato prevalevano (in modo coerente rispetto a una complessiva sistemazione dei rapporti istituzionali e giuridici tra settore pubblico e cittadinanza) orientamenti assai restii a configurare una legittimazione passiva delle pubbliche amministrazioni, attualmente la denuncia di nuova opera viene attivata contro gli enti pubblici per proteggere le proprietà da interventi di trasformazione dei territori reputati pericolosi o lesivi¹²³.

Ciò chiarito, quanto alla complicata questione del riparto di giurisdizione è appena il caso di segnalare che – nonostante la competenza esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie «aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio» (art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a.) – la cognizione delle azioni di nunciazione è usualmente riservata al giudice ordinario quando parte attrice contesti non atti e provvedimenti adottati nell'esercizio di un potere amministrativo, bensì attività materiali suscettibili di recare danno¹²⁴.

«l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni». Decorso tale termine – che per il piano ha come *dies a quo* l'ultimo giorno di pubblicazione nell'albo pretorio –, secondo l'approccio che si concentra sui soli rimedi amministrativistici il terzo non solo non potrebbe prospettare eventuali vizi di una convenzione di lottizzazione (non avendola impugnata con il ricorso per l'annullamento), ma nemmeno potrebbe agire per il risarcimento di danni eventualmente patiti a causa dell'esecuzione della lottizzazione. In proposito rilevarebbe, infatti, l'articolo 30, comma 3 c.p.a., secondo cui «[n]el determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti».

¹²³ V. in proposito A. Gambaro, *La proprietà*, cit., pp. 716-721. Ancora trent'anni fa, però, erano diffuse impostazioni piuttosto nette: «per entrambe le denunce il problema della legittimazione passiva della pubblica amministrazione si prospetta in termini analoghi a quelli in cui si pone per le azioni possessorie: la domanda è improponibile, ex art. 4 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, se rivolta ad ottenere provvedimenti che comporterebbero la revoca o la modifica di un atto amministrativo; è invece proponibile in rapporto all'attività che l'amministrazione pone in essere al di fuori dei suoi poteri discrezionali o nel perseguimento di fini privatistici; in particolare è proponibile quando si lamenta l'omissione di cautele tecniche nel corso di un'attività meramente materiale, peraltro con problemi circa la possibilità di condannare l'amministrazione ad un *facere*» (L. Cabella Pisu, *Denuncia*, cit.; note al testo originale omesse). Attualmente, sulla proponibilità delle azioni nunciatorie anche contro la pubblica amministrazione la giurisprudenza sembra assestata: negli anni più recenti si rinvia a Cass., Sez. Unite, 15 gennaio 2015, n. 604; TAR Sicilia Catania I, 17 settembre 2007, n. 1426; Cass., Sez. Unite, 31 luglio 2006, n. 17286 (consultabili sul portale online.leggiditalia.it).

¹²⁴ In tal senso, «occorre avere riguardo all'oggetto della tutela invocata, che configura la giurisdizione del giudice esclusivo quando è invocato il controllo di legittimità dell'esercizio del potere e non quando è fatta valere una situazione possessoria» (Cass., Sez. Unite, ord. 26 ottobre 2017, n. 25456, consultabile sul portale online.leggiditalia.it).



Insomma, i soggetti terzi rispetto alla convenzione – ma interessati alla protezione dei beni comuni “investiti” dall’esecuzione del programma negoziale in cui la lottizzazione convenzionata si risolve – disporrebbero di un rimedio potenzialmente molto efficace poiché sofisticato. Il comma 2 dell’art. 1171, infatti, affida al giudice poteri di pronuncia articolati – che vanno dalla completa sospensione dell’opera all’adozione di specifiche cautele – e modulabili sul caso concreto¹²⁵. Nei termini così prospettati, quindi, la denuncia di nuova opera funzionerebbe come un meccanismo di controllo senz’altro avvicicabile alla disciplina delle immissioni e molto confacente allo statuto giuridico dei beni comuni¹²⁶. Ne conseguirebbe un’innovazione istituzionale di significativa portata, in quanto la selezione e il contemperamento delle molteplici utilità che i territori sono capaci di esprimere comincerebbero a essere affidate – al di là dell’alternativa riduzionista tra discrezionalità amministrativa e idiosincrasia proprietaria – anche a rimedi a legittimazione diffusa, capaci di porre le basi per forme di regolazione decentrata¹²⁷.

11. – Da lungo tempo le lottizzazioni che risultano abusive costituiscono un fenomeno particolarmente problematico in Italia, specie quando pericoli e danni per paesaggi e ambiente sono provocati da convenzioni tra privati lottizzatori e pubbliche amministrazioni. In questi casi reazioni tempestive ed efficaci nei confronti degli abusi risultano difficili per via della “corresponsabilità” delle persone pubbliche, e tale difficoltà ha concorso a rendere cruciale – specie dalla legge n. 47/1985 in poi – il ruolo della magistratura penale nella repressione di questo tipo di lottizzazione abusiva. Il protagonismo dei giudici penali e di approcci interpretativi sanzionatori e penalistici ha avuto la conseguenza di portare alla luce le contraddizioni latenti dell’istituto della confisca urbanistica come reazione alle lottizzazioni abusive. Tali contraddizioni sono esplose nel confronto tra gli orientamenti dei giudici nazionali e la Corte EDU, e a fronte di questa dialettica

¹²⁵ Ai sensi dell’art. 1171, comma 2 c.c., «[l]’autorità giudiziaria, presa sommaria cognizione del fatto, può vietare la continuazione dell’opera, ovvero permetterla, ordinando le opportune cautele: nel primo caso, per il risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell’opera, qualora le opposizioni al suo proseguimento risultino infondate nella decisione del merito; nel secondo caso, per la demolizione o riduzione dell’opera e per il risarcimento del danno che possa soffrire il denunziante, se questi ottiene sentenza favorevole, nonostante la permessa continuazione». Per un ulteriore contributo sulle azioni di nunciazione, nel più ampio quadro della materia proprietaria, v. U. Mattei, *La proprietà*, cit., pp. 382-390. V. inoltre la riflessione di U. Breccia, *Possesso e denunce*, cit.

¹²⁶ Alcune analogie tra denunce e disciplina delle immissioni erano colte già da A. Jannuzzi, *Denuncia*, cit.

¹²⁷ Per l’analisi delle relazioni tra conflitti proprietari, criteri di efficienza, fattore ecologico e ruolo istituzionale del giudice, v. U. Mattei, *La proprietà*, cit., pp. 51-55.



anche chi sia scettico rispetto all'applicabilità dell'art. 7 CEDU sembra dover riconoscere che la confisca italiana, con i suoi automatismi, è un'interferenza sulla proprietà privata contraria all'articolo 1 P-1. Ciononostante la recente sentenza G.I.E.M. ha rappresentato un tentativo di compromesso, opinabile – ad esempio nel ritenere l'articolo 7 CEDU violato da una confisca disposta a carico di una persona giuridica estranea al giudizio penale – ma verosimilmente ricercato con un duplice obiettivo: scongiurare uno scontro istituzionale con la Corte Costituzionale; evitare almeno in apparenza che l'istituto della confisca urbanistica disposta dal giudice penale sia troppo ridimensionato, così pregiudicando un importante ganglio del diritto urbanistico italiano.

Si determina così l'*impasse* discussa in questo scritto. In materia di lottizzazione convenzionata e violazioni della disciplina urbanistica, la giurisprudenza della Corte EDU ha funzionato da “marcatore” delle contraddizioni strutturali presenti nell'ordinamento italiano. D'altra parte, lungi da reazioni difensive e campaniliste alle pronunce provenienti da Strasburgo (operazioni culturali, queste, dal respiro corto), la *case law* relativa a lottizzazioni abusive e confisca urbanistica può rappresentare un'occasione per approfondire il dibattito. Nell'ambito di una rinnovata valorizzazione della *ratio* delle regole giuridiche in materia urbanistica e paesaggistica, diventa agevole evidenziare le contraddizioni della confisca urbanistica prevista dagli artt. 30, comma 8 e 44, comma 2 T.U. Edilizia e si può configurare uno scenario in cui è ragionevole rivolgersi al diritto privato – e al suo repertorio di categorie e di tecniche operative – con un duplice obiettivo. Da un lato, si tratta di ottenere una ricostruzione più sofisticata e calzante degli interessi in gioco nei processi di trasformazione territoriale e nelle situazioni in cui sono configurabili lottizzazioni abusive. Dall'altro lato, è possibile prospettare l'uso di rimedi più efficaci di quanto non siano gli attuali dispositivi del diritto amministrativo e del diritto penale.

Grazie al discorso sui beni comuni e alle sue implicazioni sul terreno della teoria dei beni e della proprietà, possono oggi riconoscersi posizioni giuridiche qualificate e differenziate – benché non in termini individualistici ed esclusivi – ai soggetti interessati alla cura e riproduzione dei beni paesaggistici. Tali posizioni soggettive, come si è visto, possono essere negativamente incise dalle convenzioni di lottizzazione concluse tra privati lottizzatori e persone pubbliche. In questa ottica, una proposta come l'estensione della legittimazione ad attivare la denuncia di nuova opera *ex art. 1171 c.c.* si connette al riconoscimento di situazioni giuridiche per lo meno “possessorie”, inclusive e non individualistiche, in capo ai componenti delle comunità che si riconoscono attorno alle utilità offerte da un bene comune. Ciò, peraltro, non significa in alcun modo ignorare le istanze

JUS CIVILE



della proprietà privata individualistica – si ribadisce che la confisca urbanistica risulta un rimedio non compatibile con l’articolo 1 P-1! – né trascurare la rilevanza istituzionale dell’azione delle pubbliche amministrazioni. Semmai, l’apertura dei rimedi civilistici ai soggetti titolari di interessi relativi ai beni comuni pone – anzitutto ai giudici che si trovino a conoscere di simili controversie – problemi più concreti, non analizzabili nel dettaglio in questa sede e riassumibili nella primaria esigenza di evitare forme di abuso. Così, sembra necessario vegliare affinché non vi sia un uso emulativo delle azioni civilistiche, volto magari a contrastare ingiustamente un programma di lottizzazione perfettamente legittimo. Inoltre, è possibile prospettare questioni nodali sul piano processuale: dai temi della “rappresentatività” e dell’adeguatezza dei soggetti che si facciano attori a tutela dei beni comuni; all’esigenza di adattare i meccanismi di integrazione del contraddittorio e di economia processuale al carattere peculiare di queste controversie. Da ultimo, non è certo secondario interrogarsi su quali effetti avrebbe una pronuncia nei confronti dei soggetti che, pur titolari degli interessi sovra-individuali dedotti in giudizio, non siano stati parti del processo. Si tratta tuttavia di problemi noti da tempo, come autorevolmente attestato in dottrina¹²⁸. E non pare che continuare a ignorare o ridimensionare la rilevanza giuridica di interessi collettivi e beni comuni sia una strategia adeguata per venirne a capo.

In ultima analisi, rispetto alle convenzioni concluse tra privati lottizzatori e pubbliche amministrazioni può finalmente manifestarsi la rilevanza di soggetti e interessi ulteriori. Allora, a contrattare l’urbanistica non sono più soltanto l’autorità pubblica e la sovranità proprietaria: tra pubblico e privato, tra provvedimento e contratto, non è forse peregrino attribuire occasioni di partecipazione ed eventuali rimedi a quei soggetti interessati alla protezione e riproduzione dei beni comuni. In particolare i rimedi prospettati in questo scritto, operando in maniera efficace, potrebbero limitare le occasioni di intervento della Corte EDU e ridimensionare la polemica tra CEDU e ordinamento italiano. Simili avanzamenti sarebbero, inoltre, conferma di come «(...) non sia più possibile conservare le strutture soggettivistiche tradizionali dipendenti da una concezione individualistica della libertà e della capacità dell’uomo e che occorra spregiudicatamente tentare vie adatte a dare concretezza giuridica a quella funzione sociale attiva che non basta ricondurre, in funzione di limite, ai diritti individuali (funzione sociale della proprietà, dell’impresa ecc.), ma che deve manifestarsi come acquisizione di una nuova faccia dell’intera capa-

¹²⁸ M. Cappelletti, *Appunti*, cit., in particolare pp. 201-206.

JUS CIVILE



«città individuale e del rapporto tra la persona e l'ordinamento obiettivo»¹²⁹. Ci si avvede della portata della sfida, tuttavia con la convinzione che la contemporaneità richieda niente di meno che simili ripensamenti sulle forme e sulle tecniche con cui il diritto organizza e ordina lo stare insieme nel mondo.

¹²⁹ G. Berti, *Giudizio amministrativo e interesse diffuso*, in *Jus*, 1982, p. 78.