



19 DICEMBRE 2018

Effettività del sistema sanzionatorio
edilizio e tutela dei diritti fondamentali
protetti dalla Cedu

di Enrico Bonelli

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Napoli Federico II



Effettività del sistema sanzionatorio edilizio e tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Cedu*

di Enrico Bonelli

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract [En]: The paper reconstructs the recent guidelines of Italian judges (Constitutional Court and common judges) about building code violations and demolition of illegal buildings. It also analyzes recent judgments of the European Court of Human Rights in the same subject, in the perspective of the protections guaranteed by the European Convention on Human Rights, its repercussions on the internal legal system. Finally, it deals with the issue of the use for public purposes of the abusive properties acquired by the Municipalities and the problematic destination of them for social housing.

Sommario: 1. I passaggi salienti della motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 140/2018 con cui si dichiara l'incostituzionalità dell'art. 2 della L.R. Campania n. 19/17. 2. L'*arrêt* dell'A.P. n. 9/2017 del Consiglio di Stato e l'affermazione del principio della demolizione degli immobili abusivi "*in ogni caso*". 3. Gli approdi più recenti della giurisprudenza della Corte Edu in tema di applicazione delle sanzioni edilizie e di tutela dei diritti protetti dalla Cedu: in particolare il *revirement* di cui alla sentenza della Grande Camera del 28 giugno 2018 (*Case of G.I.E.M. s.r.l. and Others v. Italy*). 4. La problematica utilizzazione per finalità pubbliche degli immobili abusivi acquisiti dai Comuni: la destinazione ad *housing* sociale. 5. La questione della copertura finanziaria da parte dei Comuni della spesa occorrente per le demolizioni. 6. A mo' di conclusione.

1. I passaggi salienti della motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 140/2018 con cui si dichiara l'incostituzionalità dell'art. 2 della L.R. Campania n. 19/17.

Con la sentenza 5 luglio 2018 n. 140¹ la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della Legge della Regione Campania n. 19/2017 ("*Art. 2 Linee guida per le misure alternative alla demolizione di immobili abusivi*"), volta a consentire la conservazione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio dei Comuni da destinare ad *housing* sociale. La norma regionale in parola era stata oggetto di impugnazione del Governo, che ne aveva denunciato l'illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 117, comma 2, lett. *s*) e comma 3 della Costituzione (in relazione ai principi fondamentali della legislazione dello Stato, nella materia "*governo del territorio*")².

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Tutte le pronunce delle Corti nazionali italiane e della Corte Edu citate nel presente lavoro sono reperibili ai siti istituzionali dei medesimi organi giurisdizionali.

² L'impugnato comma 2 dello stesso art. 2 stabilisce quindi che, "*ferma restando l'autonoma valutazione dei Consigli comunali sull'esistenza di prevalenti interessi pubblici rispetto alla procedura di demolizione dei beni acquisiti al patrimonio comunale, i Comuni, nell'ambito delle proprie competenze, possono avvalersi delle linee guida di cui al presente articolo per approvare, in conformità e nel rispetto della normativa nazionale vigente in materia, atti regolamentari e d'indirizzo riguardanti: a) i parametri e criteri generali*

Secondo la motivazione della pronuncia, le deroghe al principio della demolizione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio del Comune (in applicazione del disposto dell'art. 31, comma 5, del D.P.R. n. 380/2001) si fondano su un rapporto di stretta connessione con la regola base di cui contribuiscono a determinare la portata applicativa³. Sviluppando il proprio ragionamento secondo tale linea interpretativa, il giudice delle leggi ha ritenuto che l'art. 2, comma 2, della L.R. Campania n. 19/2017, configuri una lesione al principio fondamentale, desumibile dai commi da 3 a 6 dell'art. 31 del D.P.R. cit., in considerazione del fatto che i Comuni e la Regione Campania *"avvalendosi delle linee-guida possono eludere l'obbligo di demolire le opere abusive acquisite al proprio patrimonio"*.

Pertanto, la divaricazione della disciplina regionale dal principio fondamentale statale finisce per sminuire l'efficacia (anche dissuasiva) del regime sanzionatorio dettato dallo Stato e fondato sulla demolizione (*recte*: eliminazione dal mondo materiale) dell'opera abusiva. Con l'ulteriore conseguenza che l'effettività della sanzione demolitoria risulterebbe *"ancora più sminuita nel caso di specie, in cui l'interesse pubblico alla conservazione dell'immobile abusivo potrebbe consistere nella locazione o nell'alienazione dello stesso all'occupante per necessità, responsabile dell'abuso"*.

Una volta enucleato il principio dell'inderogabilità della sanzione demolitoria dalla norma-principio statale interposta (art. 31, commi 1-6 cit.), la conseguenza non può essere che quella dell'illegittimità costituzionale della norma regionale impugnata. In tale prospettiva, la legislazione regionale non può consentire di locare o alienare gli immobili acquisiti al patrimonio a seguito dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione emanata ex art. 31 D.P.R. cit. - quale che sia il soggetto destinatario della sanzione (occupante per *"necessità"* o meno) - perché, in caso contrario, risulterebbe violato il principio (statale) fondamentale della demolizione dell'immobile abusivo e (alternativamente) quello della sua conservazione **in via eccezionale**, ossia solo quando, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, vi sia uno specifico interesse pubblico prevalente rispetto all'obbligo di ripristino della conformità del territorio

di valutazione del prevalente interesse pubblico rispetto alla demolizione; b) i criteri per la valutazione del non contrasto dell'opera con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico; c) la regolamentazione della locazione e alienazione degli immobili acquisiti al patrimonio comunale per inottemperanza all'ordine di demolizione, anche con preferenza per gli occupanti per necessità al fine di garantire un alloggio adeguato alla composizione del relativo nucleo familiare; d) i criteri di determinazione del canone di locazione e del prezzo di alienazione ad onerosità differenziata fra le superfici adeguate alla composizione del nucleo familiare e quelle in eventuale eccedenza; e) i criteri di determinazione del possesso del requisito soggettivo di occupante per necessità, anche per quanto riferito alla data di occupazione dell'alloggio; f) i criteri di determinazione del limite di adeguatezza dell'alloggio alla composizione del nucleo familiare; g) le modalità di accertamento degli elementi di cui alle lettere e), f) e del possesso dei requisiti morali di cui all'articolo 71, comma 1, lettere a), b), e), f) del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi del mercato interno); h) le modalità di comunicazione delle delibere consiliari approvate ai sensi dell'articolo 31, comma 5 del D.P.R. n. 380/2001 all'autorità giudiziaria che abbia ordinato, per gli stessi immobili, la demolizione ai sensi dell'articolo 31, comma 9 del D.P.R. n. 380/2001".

³ Pertanto, si legge nella motivazione che *"la demolizione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio del Comune, con le sole deroghe previste dal comma 5 dell'art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001, costituisce un principio fondamentale della legislazione statale che vincola la legislazione regionale di dettaglio in materia di misure alternative alle demolizioni"*.

alla normativa urbanistica edilizia, e sempre che la conservazione non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico⁴. Tale conclusione è avallata da consolidata giurisprudenza della stessa Corte, secondo cui *"l'urbanistica e l'edilizia vanno ricondotte alla materia 'governo del territorio' di cui all'art. 117, terzo comma, Cost."*⁵, sicché, nella materia *de qua*, oggetto di legislazione concorrente, spetta allo Stato *"fissare i principi fondamentali, mentre spetta alle Regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio"*⁶.

2. L'arrêt dell'A.P. n. 9/2017 del Consiglio di Stato e l'affermazione del principio della demolizione degli immobili abusivi "in ogni caso".

Così ricostruito, il ragionamento della Corte costituzionale appare convincente ed in linea con consolidati canoni ermeneutici, affermati più volte anche dal giudice amministrativo, della cui giurisprudenza si trovano richiami nella motivazione della sentenza n. 140/2018. È proprio il giudice delle leggi, infatti, a ricordare che l'A.P. del Consiglio di Stato, con la decisione n. 9/2017, ha affermato il principio secondo cui *"il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso e il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino"*.

Sta di fatto che tale approdo interpretativo appare così estremo da aver destato serie perplessità, specie in relazione alla configurazione della natura vincolata e obbligatoria del potere repressivo della P.A. in materia edilizia, come tale sottratto a qualsivoglia onere motivazionale. Peraltro, sottoponendo ad un'attenta analisi l'evoluzione di tale potere, non può disconoscersi che i caratteri dell'obbligatorietà e della vincolatezza dello stesso siano progressivamente emersi nell'ordinamento, non essendo previsti originariamente dalla L.U.N. n. 50/1942, che all'art. 32 prevedeva unicamente la facoltà di ordinare la demolizione dell'opera abusiva, mentre l'art. 13 della legge "ponte" n. 765/1967, nel sostituire l'art. 41 della L.U.N., si limitava a prevedere l'applicazione della sola sanzione pecuniaria in ipotesi di impossibilità di riduzione in pristino.

⁴ Per un primo commento critico della sentenza della Corte cost. n. 140/2018, cfr. L. B. MOLINARO, *Prime osservazioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 140 del 5 luglio 2018*, in *www.diritto.it*, 13 agosto 2018.

⁵ Corte cost., sent. n. 68/2018.

⁶ Corte cost., sent. n. 84/2017.

Fu l'art. 15 della legge "*Bucalossi*", n. 10/1977, a dare forma alla ricordata natura obbligatoria e vincolata dell'azione repressiva della P.A., che venne poi definitivamente configurata dall'art. 7 della legge 28 febbraio 1985 n. 47, trasfuso nell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001, che è la norma-principio interposta dalla Corte ai fini dell'esercizio del proprio sindacato di costituzionalità⁷.

Tuttavia, anche alla luce dell'evoluzione legislativa, l'approdo giurisprudenziale cui è pervenuta l'A.P. con la decisione n. 9/2017 non sembra convincente.

In precedenza, alcune sezioni dello stesso Consiglio di Stato si erano pronunciate con motivazione esaustiva in favore del mantenimento del principio affermato dall'A.P. n. 12/1983, secondo cui, a fronte dell'abuso del privato, ove la P.A. sia rimasta inerte per un arco temporale considerevolmente lungo, ai fini dell'adozione dell'ordine di demolizione, si rende necessaria una motivazione più articolata rispetto al caso-tipo, in cui l'onere motivazionale può essere **normalmente** assolto mediante la semplice constatazione dell'abusività dell'opera⁸.

Ancora oggi tale soluzione appare preferibile rispetto all'ultima, specie se si considera che essa risulta coerente con la più recente evoluzione legislativa, tendente ad accentuare l'onere motivazionale, ai fini di una nuova e più moderna dimensione del rapporto tra cittadino e P.A. Per converso, l'applicazione del principio fatto proprio da ultimo dall'A.P. non può non produrre, come conseguenza negativa, una svalutazione dell'onere motivazionale, con una pericolosa crescita del fenomeno della deresponsabilizzazione degli organi comunali, cui è demandata la repressione del fenomeno dell'abusivismo⁹.

Ciò posto, non può farsi a meno di evidenziare come la Corte costituzionale si sia voluta ricollegare attraverso un ben visibile *fil rouge* proprio alla più recente giurisprudenza del giudice amministrativo, condividendo, in linea teorica, il principio della demolizione delle opere abusive "*in ogni caso*", quale unico strumento idoneo a ripristinare la legalità violata.

Ci si deve chiedere a questo punto, anche nella prospettiva di una più incisiva politica repressiva dell'abusivismo (vero e proprio flagello italiano), se ciò risulti realmente utile.

Per combattere efficacemente il fenomeno occorre, a mio avviso, partire dalla "*verità effettuale della cosa*"¹⁰. Il primo aspetto che va considerato è che, una volta intervenuta l'acquisizione gratuita al patrimonio

⁷ Cfr. P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si pronuncia sul ruolo del fattore tempo nell'esercizio del potere repressivo della P.A. in materia urbanistica ed edilizia*, in www.federalismi.it, n. 1/2018, pp. 2-3.

⁸ *Ex multis*, cfr. Cons. Stato, 14 agosto 2015, n. 3933. Sul punto, in dottrina, cfr. P. TANDA, *op. cit.*, p. 13; E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale dell'abitare*, Napoli, 2017, pp. 3 ss.

⁹ Cfr. P. TANDA, *op. cit.*, p. 15; AA.VV., *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2015; N. D'ANGELO, *Vigilanza, sanzioni e sanatoria edilizia*, Rimini, 2006; A. FIALE - E. FIALE, *Abusi edilizi e sanzioni*, Napoli, 2012.

¹⁰ La ben nota espressione è di N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, Cap. XV, p. 71, rinvenibile al sito www.liberliber.it. L'A. distingue la realtà concreta dalla "*immaginazione di essa*".

disponibile del Comune del bene abusivo ex art. 31, comma 4, del D.P.R. n. 380/01, nella quasi totalità dei casi non vengono eseguite dai competenti organi comunali né l'immissione in possesso, né tantomeno la demolizione. Il che ha finito per svuotare di ogni effettività la sanzione demolitoria, portando alla formazione di una vera e propria "mano morta" costituita dagli immobili acquisiti (solo sulla carta) al patrimonio disponibile dei Comuni, non demoliti, e lasciati per lo più nelle mani degli autori dell'abuso. Sicché tali immobili formano oggi (nonostante l'incommerciabilità degli stessi) parte integrante del tessuto urbano di paesi e città, specie nell'Italia meridionale. Le uniche (pochissime) demolizioni che vengono eseguite sono quelle ordinate dalle Procure della Repubblica presso i Tribunali o dalle Procure Generali presso le Corti di appello, nell'ambito delle rispettive competenze. E difatti, la natura comunque amministrativa dell'autonomo potere sanzionatorio del giudice penale, che si concreta nell'ordinanza di demolizione di opere abusive emessa in sede di sentenza penale di condanna ex art. 31, comma 9, D.P.R. cit., è stata più volte affermata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, anche ai fini dell'imprescrittibilità di tale sanzione¹¹.

È stato il giudice penale, quindi, che ha cercato di assumere le iniziative più incisive in sede di repressione degli abusi edilizi, ordinando, secondo l'inclusione nel R.E.S.A. (Registro Esecuzione Sanzioni Amministrative) la demolizione di ufficio in danno dei responsabili degli edifici abusivi, in virtù di sentenze penali passate in giudicato, utilizzando a tal fine la copertura finanziaria di cui alla L. n. 326/2003 (che impone l'assunzione della relativa spesa da parte dei Comuni territorialmente competenti), come si vedrà più innanzi¹².

Ma anche tali iniziative hanno avuto efficacia assai limitata.

¹¹ Come *leading case* si richiama Cass. Pen, Sez. III, n. 9949/2016, che così motiva "In ogni caso, va evidenziato che la tesi della natura 'sostanzialmente penale' dell'ordine di demolizione, oltre ad essere, come si dirà, frutto di una applicazione del diritto eurounitario eccentrica rispetto al sistema costituzionale delle fonti, è infondata. Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato una serie di principi che hanno costantemente ribadito la natura amministrativa della demolizione, quale sanzione accessoria oggettivamente amministrativa, sebbene soggettivamente giurisdizionale, esplicitazione di un potere autonomo e non alternativo a quello dell'autorità amministrativa, con il quale può essere coordinato nella fase di esecuzione (ex multis, Sez. 3, n. 3685 del 11/12/2013 (dep. 2014), Russo, Rv. 258518; Sez. 3, n. 37906 del 22/5/2012, Mascia, non massimata; Sez. 6, n. 6337 del 10/3/1994, Sorrentino Rv. 198511; si vedano anche Sez. U, n. 15 del 19/6/1996, RM. in proc. Monter); in tale quadro, coerentemente è stata negata l'estinzione della sanzione per il decorso del tempo, ai sensi dell'art. 173 cod. pen., in quanto tale norma si riferisce alle sole pene principali, e comunque non alle sanzioni amministrative (Sez. 3, n. 36387 del 07/07/2015, Formisano, Rv. 264736; Sez. 3, n. 43006 del 10/11/2010, La Mela, Rv. 248670); ed altresì è stata negata l'estinzione per la prescrizione quinquennale delle sanzioni amministrative, stabilita dall'art. 28 L. 24 novembre 1981, n. 689, in quanto riguardante le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva ('il diritto a riscuotere le somme ... si prescrive'), mentre l'ordine di demolizione integra una sanzione 'ripristinatoria', che configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio (Sez. 3, Sentenza n. 16537 del 18/02/2003, Filippi, Rv. 227176). Ebbene, la tesi della natura intrinsecamente penale della demolizione risulta fondata su una serie di indici 'diagnostici' della 'materia penale', ovvero la pertinenzialità rispetto ad un fatto-reato, la natura penale dell'organo giurisdizionale che la adotta, l'indubbia gravità della sanzione e l'evidente finalità repressiva; sulla base di tali indici si afferma la natura penale, facendone poi discendere una disinvolta operazione di applicazione analogica dell'art. 173 cod. pen.". Come si vedrà più innanzi, siffatto indirizzo non è in linea con quello delineato dalla giurisprudenza della Corte Edu.

¹² In tema, v. *amplius infra* al par. 5.

Ciò vale soprattutto per la Campania, vera e propria Regione *leader* del mattone selvaggio, con il 18% delle infrazioni su scala nazionale. In tema di abusivismo, risulta paradigmatico il caso del Parco Nazionale del Vesuvio, dove dal 1997 al 2012 sono state emesse 1778 ordinanze di demolizione di fabbricati abusivi, mentre gli abbattimenti eseguiti sono stati appena una quarantina. Ivi migliaia di pratiche di condono edilizio giacciono inevase: dai dati rilevati si deduce che ogni abitante ne ha presentata una e l'80% riguarda residenze, mentre il restante 20% è riferito a manufatti destinati ad attività produttive. Non dissimile il quadro che riguarda altre aree protette della Campania, come il Cilento, la Costiera amalfitana e la Penisola sorrentina, fino al caso limite dell'Isola di Ischia. In quest'ultima, infatti, la maggior parte dei danni prodotti dal sisma del 2017 è dovuta all'abusivismo e, comunque, al mancato rispetto delle norme antisismiche¹³. Nel 2017 in Campania risultano abbattuti soltanto dieci immobili abusivi in 17 mesi, quasi tutti in provincia di Salerno, siti tra lo stesso capoluogo, Cava de' Tirreni, Scafati, Nocera e Pagani, sempre su iniziativa della Procura Generale presso la Corte di appello di Salerno¹⁴.

Fra il 2016 e il 2017 risultano abbattuti tre edifici abusivi nel casertano, mentre nel distretto giudiziario di Napoli erano 3.000 gli immobili assoggettati a demolizione, a fronte di un numero complessivo di case abusive stimato in non meno di 70.000¹⁵. È indubbio che l'allocazione della potestà sanzionatoria amministrativa a livello locale e l'intreccio di competenze fra organi comunali e giudici penali, in materia di abbattimenti degli immobili abusivi, abbiano contribuito a creare una simile situazione, vanificando, in concreto, la portata non solo repressiva, ma anche deterrente della sanzione di cui all'art. 31, comma 5, D.P.R. cit.

Inseriti in tale quadro, gli *arrêts* giurisprudenziali dei giudici nazionali (Corte costituzionale e giudici comuni), volti ad affermare la demolizione "*ad ogni costo*" degli immobili abusivi, se da un lato sembrano (lodevolmente) perseguire l'effettività della sanzione ripristinatoria della legalità violata, dall'altro, non si sono dimostrati in grado di conseguire effettivamente ed efficacemente tale obiettivo.

In definitiva, ci si trova di fronte ad un paese reale che non può essere in alcun modo assimilato a quello legale.

¹³ Al punto che nella bozza di D.L. varato nella seduta del CDM del 13 settembre 2018, recante "*Disposizioni urgenti per la città di Genova, per la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, per il lavoro e per le altre emergenze*", è inserito l'art. 24 che subordina la concessione di contributi per la ricostruzione degli immobili danneggiati dal sisma alla definizione (favorevole) delle pratiche di condono pendenti di cui alle LL. nn. 47/1985, 724/1994, 326/2003.

¹⁴ I dati indicati nel testo sono rilevati da R. GALULLO, *In 17 mesi abbattuti 13 immobili abusivi*, in www.ilsole24ore.com, 23 agosto 2017.

¹⁵ V. F. GRIGNETTI, *Case fuorilegge, freno alle demolizioni*, in www.lastampa.it, 15 aprile 2017.

Ulteriori, allarmanti dati sono rilevabili dai *dossiers* pubblicati da "*Legambiente*", sotto il titolo *Mare Monstrum*, l'ultimo dei quali reca la data del 22 giugno 2018 ed è consultabile al sito www.legambiente.it.

3. Gli approdi più recenti della giurisprudenza della Corte Edu in tema di applicazione delle sanzioni edilizie e di tutela dei diritti protetti dalla Cedu: in particolare il *revirement* di cui alla sentenza della Grande Camera del 28 giugno 2018 (*Case of G.I.E.M. s.r.l. and Others v. Italy*).

Si è già accennato che il nostro ordinamento prevede la sovrapposizione, per il medesimo illecito edilizio, di sanzioni penali e amministrative, con la peculiarità che anche queste ultime possono essere irrogate dal giudice penale (come la demolizione di ufficio a carico del contravventore ex art. 31, comma 9, del D.P.R. n. 380/01 e la confisca amministrativa, in caso di lottizzazione abusiva, ex art. 44, comma 2, del D.P.R. cit.).

A fronte di un sistema sanzionatorio comportante simili intrecci di competenze, sembra quasi naturale che sia stata chiamata ad intervenire a più riprese la Corte Edu, proprio per offrire quella (indefettibile) tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Cedu, tutela che non può divenire recessiva a fronte di misure sanzionatorie edilizie previste dal nostro ordinamento.

Pertanto, in più di una occasione, si è venuta ad instaurare una relazione dicotomica fra giurisprudenza della Corte costituzionale e dei giudici comuni, da un lato, e pronunce della Corte Edu, dall'altro, in tema di applicazione delle sanzioni edilizie, tale da produrre possibili violazioni di diritti fondamentali protetti dalla Cedu.

Già alcuni anni orsono, nella celebre sentenza "*Sud Fondi*", vero e proprio *leading case* concernente la confisca amministrativa dell'eco-mostro di punta Perotti¹⁶, la Corte europea era intervenuta per affermare a spada tratta la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica, ancorché configurata come sanzione amministrativa dall'art. 44, comma 2, del D.P.R. n. 380/2001. Partendo da tale presupposto, essa aveva affermato il corollario che "*ai sensi dell'art. 7 si richiede la sussistenza di un nesso di natura psicologica attraverso il quale sia possibile riscontrare un elemento di responsabilità della condotta dell'autore materiale del reato*".

Senza allontanarsi da tale linea interpretativa, nella successiva sentenza cd. "*Varvara*"¹⁷, la Corte precisò ulteriormente che gli Stati, facendo eccezione a questa regola, possono prevedere figure di responsabilità oggettive, perché giustificate da presunzione di colpevolezza. Ciò, però, sempre nel rispetto delle garanzie del diritto di difesa dell'interessato, il quale giammai può essere privato "*dei diritti garantiti dall'art. 6.2. della Convenzione*". Se ne deduce che le presunzioni di colpevolezza, configurando, sul versante processuale, vere e proprie ipotesi di **responsabilità oggettiva**, devono consentire, sempre secondo la sentenza

¹⁶ Cfr. sent., sez. II 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. and others vs. Italia*.

¹⁷ La pronuncia è della sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara vs. Italia*, ric. n. 17475/2009. Cfr. come primo commento F. MAZZACUVA, "*La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 cedu*", in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2013.

"Varvara", l'ammissione di prova contraria da parte dell'incolpato, cosa impossibile nel caso in cui sia andato prescritto il processo penale¹⁸.

Com'è noto, dopo la pronuncia "Varvara" fu investita della questione la Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 49 del 2015, dichiarò non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 44 del D.P.R. n. 380/2001, in relazione, fra l'altro, all'art. 117, comma 1, Cost. La Corte, nell'occasione, emise un incisivo *arrêt* interpretativo della normativa interna, in relazione a quanto affermato dalla Corte Edu, laddove stabilì che le sentenze di quest'ultima vincolassero il giudice italiano a condizione che fossero espressive di un "*diritto vivente consolidato*"¹⁹. Per tale, secondo il giudice delle leggi, deve intendersi quell'interpretazione che poggia sul parametro costituzionale non solo dell'art. 117, comma 1, Cost., funzionale al raggiungimento di uno stabile assetto ermeneutico sui diritti fondamentali (demandato convenzionalmente alla Corte Edu), ma anche dell'art. 101, comma 2, Cost., come punto di sintesi fra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo "*di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso. È in quest'ottica che si spiega il ruolo della Corte Edu, in quanto permette di soddisfare l'obiettivo di certezza e stabilità del diritto*"²⁰. È evidente che un simile tracciato argomentativo finisca per costituire una sorta di prontuario per i giudici comuni interni, non a caso dettato per la prima volta in una materia particolarmente sensibile, qual è quella delle tensioni che possono sorgere tra tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione Edu e misure sanzionatorie edilizie proprie dell'ordinamento italiano. Spetta, quindi, ai giudici comuni stabilire se una pronuncia della Corte Edu sia effettivamente vincolante, o perché abbia definito il giudizio su cui il giudice comune è chiamato a giudicare, ovvero perché pronunciato dalla Grande Camera, o ancora perché costituente una sentenza pilota, non affievolita da alcuno degli indici elencati nella stessa sentenza n. 49/2015. Una volta, poi, riconosciuta come vincolante la sentenza sovranazionale, bisogna accertare, come già affermato dallo stesso giudice delle leggi²¹, se essa risulti compatibile con la Costituzione²².

Da una simile impostazione non può non discendere una visione piramidale, in cui Costituzione e Corte costituzionale si collocano al vertice rispetto a Cedu e Corte Edu. Con l'ulteriore conseguenza che, pur profilandosi in tal modo la possibilità di perseguire un assetto interpretativo stabile in tema di diritti

¹⁸ Sul punto, cfr. A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al Processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 luglio 2018, p. 3.

¹⁹ Nello stesso senso, Corte costituzionale, ord. n. 187/2015. Fra i commenti più esaustivi in tema, si v. A. RUGGERI, "*Fissati nuovi paletti dalla consulta a riguardo del rilievo della cedu in ambito interno*", in www.diritticomparati.it, 2 aprile 2015.

²⁰ Cfr. sentenza Corte cost., n. 49/2015.

²¹ Sentenza n. 264/2012.

²² Cfr. D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.giurcost.org, 30 aprile 2015, p. 4.

fondamentali, proprio il margine di discrezionalità riconosciuto ai giudici comuni potrebbe risultare controproducente, qualora questi ultimi, posti dinanzi a siffatte (difficili) opzioni interpretative, tentassero di disfarsi con eccessiva facilità dei vincoli imposti dalla giurisprudenza di Strasburgo, negandone la sussistenza senza neanche chiamare in causa la Corte costituzionale²³.

Non è un caso, del resto, che, quando, dopo la sentenza della Consulta è ritornato ad occuparsi della questione della confisca amministrativa, il giudice della nomofilachia abbia mantenuto fermo il proprio precedente indirizzo, riconoscendo "*la possibilità di applicare la confisca anche in caso di sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato*"²⁴.

Di recente, però, la Grande Camera della Corte Edu ha avuto modo di ritornare sull'argomento con un'altra, attesa decisione²⁵, senza mancare di riaffermare principi garantistici in tema di applicazione delle sanzioni urbanistico-edilizie da parte dell'autorità giudiziaria italiana, chiarendo preliminarmente che la misura della confisca disposta dal giudice penale ex art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001, in caso di commissione del reato di lottizzazione abusiva, si dimostra "*sproporzionata*" rispetto alla tutela della proprietà privata (garantita dall'art. 1, prot. Add. Cedu), nel caso in cui non sia intervenuto un accertamento in sede penale della responsabilità del soggetto sanzionato. A ben guardare, nella motivazione, la Corte ha ritenuto che nella fattispecie esaminata i fatti sembrerebbero smentire la tesi secondo cui la confisca abbia "*effettivamente contribuito alla protezione dell'ambiente*", finalità perseguita dallo Stato italiano. Per giunta, sempre secondo i giudici di Strasburgo, l'applicazione della confisca amministrativa, prevista dalla legge italiana in caso di lottizzazione abusiva, si dimostra chiaramente inadatta, dato che non permette ai tribunali di definire quali strumenti siano più appropriati in relazione alle circostanze specifiche del caso.

Ciononostante, non può negarsi che nei passaggi fondamentali la motivazione della decisione europea realizzi un *revirement* di giurisprudenza, assolvendo (forse in accoglimento delle sollecitazioni di cui alla ricordata sentenza della Corte cost. n. 49/2015) la disciplina italiana della confisca c.d. "*urbanistica*": in realtà, con specifico riferimento all'ipotesi della c.d. "*confisca senza condanna*", i giudici di Strasburgo si discostano dal precedente indirizzo (decisamente garantista) di cui alla sentenza "*Varvara*" del 29 ottobre 2013, affermando la compatibilità della sanzione prevista dall'art. 44 D.P.R. 380/01 con gli artt. 7, 6.2 e 1 del Prot. Add. Cedu. Secondo la Grande Camera, pur essendo la confisca qualificabile come pena, ai

²³ La critica è mossa aspramente da A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, *op. cit.*, pp. 2 ss., il quale sostiene addirittura che la sentenza della Corte cost. n. 49 del 2015 sia "*espressiva di un 'patriottismo' costituzionale ingenuo ed infecundo*".

²⁴ Cass. pen., sez. III, 5 luglio 2017, n. 32363. *Adde*, sez. III, 8 aprile 2015, n. 16803; *id.*, 8 aprile 2015, n. 15888; sez. IV, 23 giugno 2015, n. 31239.

²⁵ Grande Camera Corte Edu "*Case of G.I.E.M. s.r.l. and Other v. Italy*", depositata in data 28 giugno 2018.

sensi dell'art. 7 Cedu, essa può essere applicata anche in carenza delle condizioni stabilite dall'art. 6 Cedu e quindi anche se essa non sia consequenziale ad un provvedimento giurisdizionale di condanna vero e proprio, ferma restando un'adeguata garanzia del diritto di difesa del soggetto sanzionato.

Pur essendo questo l'indirizzo ermeneutico espresso dalla Corte Edu, non può farsi a meno di notare come quest'ultima riaffermi, nella motivazione della sua (ultima) sentenza, in una sorta di *stop and go*, quale regola generale (derogabile solo in via di eccezione), la necessità che debba sussistere un nesso psicologico (*mental link*) fra il fatto-reato e l'autore dello stesso, il che comporta necessariamente l'incompatibilità con il Prot. Add. Cedu di qualsivoglia strumento sanzionatorio amministrativo che sia carente di un accertamento giudiziale di responsabilità, tradotto in un apposito provvedimento di condanna, come del resto motivatamente ritenuto già nella decisione della Sez. II "*Varvara*"²⁶.

Risulta evidente, quindi, che, a fronte di una simile, travagliata evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, il punto di approdo cui è giunta l'A.P. del Consiglio di Stato con la sopracitata sentenza n. 9/2017 (disinvoltamente richiamata dal giudice delle leggi nella sentenza n. 140/2018), volta ad affermare la legittimità della sanzione demolitoria, comminata all'acquirente in buona fede di edificio abusivo, si pone "*fuori sistema*"²⁷, specie laddove tende ad affermare il "*carattere reale dell'ordine di demolizione di costruzione abusiva*". Tale tesi, comportando la configurazione di una sorta di responsabilità oggettiva, in primo luogo, non appare coerente con il nostro sistema sanzionatorio, così come interpretato dalla Corte Edu. Inoltre, risulta evidente che, in ipotesi di non addebitabilità dell'abuso al terzo acquirente in buona fede, debba ricevere adeguata considerazione l'affidamento²⁸, consolidatosi in capo a quest'ultimo e riconducibile ad un comportamento complessivo dell'amministrazione, che si sia tradotto nell'opzione di non sanzionare per un lungo lasso di tempo l'immobile accertato come abusivo²⁹.

²⁶ In tema, cfr. G. REPETTO, *La Grande Camera della Corte EDU si pronuncia sulla confisca a seguito di lottizzazione abusiva e si riduce il divario con la Corte costituzionale*, in www.diritticomparati.it, 29 giugno 2018.

²⁷ L'espressione virgolettata nel testo è adoperata da I. CACCIAVILLANI, *La demolizione dell'edificio abusivo in capo all'acquirente di buona fede: una devianza d'alto bordo (dell'Adunanza Plenaria)*, in www.amministrativistiveneti.it, 26 marzo 2018, p. 11.

²⁸ Come riferimenti di carattere generale, *ex multis*, v. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Principio di obbligatorietà*, in AA.VV., *Sanzioni amministrative in materia di edilizia*, Milano, 2014, pp. 3 ss.; R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione e tutela dell'affidamento*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 566; D.U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm.* T.A.R., 2008, pp. 1912 ss.; M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2012, a cura di M.A. Sandulli, p. 133; V. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, II, p. 148.

²⁹ In tema, cfr. P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria n. 9/2017, op. cit.*, pp. 18 ss, il quale, con ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, analizza le possibili ipotesi di comportamenti incolpevoli ascrivibili agli acquirenti di immobili

È auspicabile, quindi, che l'A.P. possa tornare sulla propria decisione, rivedendola o, alternativamente, sollevando (anche sulla base dei canoni ermeneutici affermati dalla sentenza della Corte cost. n. 49/2015) ex art. 117 comma 1 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 31, commi 1-6, D.P.R. n. 380/2001, nella parte in cui esso impone di emettere l'ordinanza di demolizione anche nei confronti dell'acquirente in buona fede di edificio abusivo³⁰. In effetti, delle due l'una: o i ricordati commi 1-6 dell'art. 31 cit. non consentono di emettere nei confronti del proprietario terzo acquirente in buona fede l'ordinanza di demolizione, decorso un notevole lasso di tempo dall'abuso (a meno che il Comune non motivi adeguatamente il provvedimento, secondo quanto sopra evidenziato); o l'art. 31 cit., ove interpretato in senso opposto, conferendo "*carattere reale*" all'ordine di demolizione, come tale svincolato da ogni accertamento di responsabilità³¹, finirebbe per contrastare con l'art. 42, comma 3, Cost. (che consente l'espropriabilità di un bene legittimamente acquistato solo dietro indennizzo), nonché con gli artt. 1,6 e 7 del Prot. Add. Cedu, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte Edu³².

4. La problematica utilizzazione per finalità pubbliche degli immobili abusivi acquisiti dai Comuni: la destinazione ad *housing* sociale.

Come si è visto, vero e proprio *punctum dolens* dell'effettività e dell'efficacia del nostro sistema sanzionatorio edilizio è la formazione, a cagione delle demolizioni rimaste ineseuite, di una enorme

abusivi. Adde, G. MARI, *L'acquisizione di diritto ex art. 31 t.u. edilizia nei confronti dell'attuale proprietario del bene erede del responsabile dell'abuso*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, n. 3, I, pp. 419 ss.

³⁰ In questo caso, ci si troverebbe di fronte all'utilizzazione della Convenzione Edu come fonte "*sub-costituzionale*" del diritto, secondo la già sperimentata tecnica di sindacato affermata con le sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007 della stessa Corte cost. In tema, cfr. D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2007; AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2007; D. TEGA, *La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2007; A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it.

³¹ Non va dimenticato che già da tempo la Corte costituzionale (sent. n. 345/91) ha affermato il principio secondo cui il proprietario estraneo all'abuso non può essere destinatario della sanzione dell'acquisizione gratuita dell'area su cui insiste il manufatto abusivo "*quando risulti in modo inequivocabile la sua estraneità al compimento dell'opera abusiva*". Per la giurisprudenza amministrativa, *ex multis* cfr. TAR, Campania, Salerno, sez I, 20.4.2015 n. 873, reperibile al sito istituzionale della Giustizia amministrativa.

³² In effetti, sul punto, è sufficiente leggere la sentenza sez. II 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. and others vs. Italia*, nella quale, con ampi richiami di propri precedenti, la Corte Edu afferma che: i) anche alle sanzioni amministrative (come la confisca) si applica il principio *nullum crimen sine lege* deducibile dall'art. 7 della Cedu; ii) è illecita la sanzione della confisca quando il reato si è estinto e la responsabilità del destinatario della sanzione amministrativa non sia stata accertata con sentenza di condanna; iii) non potendo presumersi che l'acquirente in buona fede di immobile abusivo sia partecipe dell'attività edificatoria, non può applicarsi ad esso *tout court* la sanzione prevista per l'abuso. In tema, cfr. I. CACCIAVILLANI, *op. cit.*, pp. 8-12, il quale richiama ampi stralci della citata sentenza *Sud Fondi contro Italia* (in specie parr. 82-84), evidenziando che secondo la Corte appare decisivo il rilievo in base al quale "*l'acquisto di buona fede attiene alla circolazione giuridica del bene e non all'uso/abuso del territorio*".

"*mano morta*" di immobili abusivi, acquisiti ai patrimoni disponibili comunali, non abbattuti e non abbattibili per mancanza sia di volontà politico-amministrativa che di adeguate risorse finanziarie.

A questo punto, ci si deve porre il problema della gestione concreta di tale enorme patrimonio immobiliare, senza rinviare *sine die* la ricerca di soluzioni adeguate.

È evidente che una questione siffatta travalichi la competenza legislativa delle Regioni e vada affrontata a livello statale partendo dalla riallocazione a tale livello (eventualmente utilizzando le Prefetture o altri organi dell'amministrazione periferica del Ministero delle Infrastrutture) della competenza dell'esecuzione delle sanzioni, in modo da dare effettività a quella demolitoria. Anche di recente, invero, la Corte costituzionale ha chiarito che "*l'urbanistica e l'edilizia vanno ricondotte alla materia 'governo del territorio' di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.*" e costituiscono oggetto di legislazione concorrente³³, sicché spetta allo Stato " *fissare i principi fondamentali, mentre spetta alle Regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio*"³⁴. Con specifico riferimento, poi, alle sanzioni edilizie, la stessa Corte non ha mancato di colpire con la declaratoria di illegittimità costituzionale la legislazione regionale in tema di repressione degli abusi edilizi, ove divergente da quella statale³⁵; sicché, ben può lo Stato riservare alla competenza di propri organi (periferici) l'esecuzione delle sanzioni edilizie, dettando puntuali norme-principio.

Non va, però, dimenticato che oggi gli immobili edilizi abusivi acquisiti al patrimonio disponibile dei Comuni possono essere utilizzati per finalità pubbliche, a norma dell'art. 31, comma 5, D.P.R. n. 380/2001, a condizione che non contrastino con rilevanti interessi urbanistici e sempre che, con deliberazione consiliare, sia dichiarata l'esistenza di prevalenti interessi pubblici al mantenimento degli stessi.

Non può seriamente dubitarsi, quindi, che la destinazione ad *housing* sociale possa rientrare proprio fra quelle (possibili) consentite dalla normativa in parola.

Com'è stato chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, tale istituto si è sviluppato già a partire dalla metà del secolo scorso in alcuni paesi dell'Europa settentrionale, in conseguenza dell'evoluzione della scienza urbanistica, nel tentativo di ampliare, qualificandola, l'offerta degli alloggi da offrire in affitto (e in minor misura anche in vendita) immettendo sul mercato unità abitative a favore di quelle persone che, escluse per motivi di reddito dall'accesso all'edilizia residenziale pubblica, non fossero, tuttavia, in grado di sostenere i costi del libero mercato³⁶. Quindi, coerentemente col disposto dell'art. 31, co. 4, del D.P.R.

³³ Corte cost., sent. n. 68/2018. Quale rinvio di carattere generale, in tema, cfr. L. ANTONINI, *Art. 17, 2°, 3° e 4° co.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Milano, 2006.

³⁴ Corte cost., sent. n. 84/2017.

³⁵ Corte cost., 9 marzo 2016, n. 49; *adde*, 19 novembre 2015, n. 33.

³⁶ Cfr. sul punto, Cons. Stato, A.P. 30 gennaio 2014, n. 7. Per approfondimenti e ulteriori richiami giurisprudenziali, cfr. L. B. MOLINARO, *Incostituzionale il social housing della Regione Campania*, in *Diritto & Diritti*, in www.diritto.it, in specie p. 11.

n. 380/2001, gli immobili (legittimamente) sottratti alla demolizione e destinati a finalità pubbliche, possono essere utilizzati proprio per *l'housing sociale*, stante la cronica mancanza di alloggi, specie nelle grandi aree metropolitane. Sicché, in astratto la ricordata norma regionale campana di cui all'art. 2, comma 2, della L.R. n. 19/2017, pur debordando, per il suo contenuto precettivo, dalla competenza legislativa delle Regioni, non può dirsi incoerente con un principio fondamentale dell'ordinamento, qual è quello di conferire, mediante delibera di consiglio comunale, una destinazione ad *housing sociale* agli immobili abusivi acquisiti.

Del resto, siffatto principio era stato già veicolato nella legislazione campana dall'art. 1, comma 65, della L.R. n. 5/2013, che conteneva una *dictio* del tutto analoga a quella della legge dichiarata incostituzionale, prevedendo, al termine del procedimento sanzionatorio, la possibilità di riconoscere, ai fini dell'assegnazione, "*precedenza*" a coloro che, al tempo dell'acquisizione, occupassero il bene, previa verifica che gli stessi non disponessero di altra idonea soluzione abitativa³⁷.

Non può dubitarsi, quindi, che anche l'applicazione di questa disposizione comporti il rischio di favorire il responsabile dell'abuso, offrendo a quest'ultimo la possibilità di continuare ad occupare il bene abusivo sottratto alla demolizione.

Ciononostante, con un'opzione non si sa fino a che punto consapevole, ma comunque compatibile col nostro ordinamento costituzionale³⁸, il giudice delle leggi non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale "*conseguenziale*" della norma regionale di cui all'art. 1, comma 65 cit., ai sensi e per gli effetti dell'art. 27 della L. n. 87/1953, sicché deve ritenersi che la disposizione regionale ult. cit., ancorché carente delle specificazioni applicative contenute nell'art. 2, comma 2 della L.R. n. 19/2017 (dichiarata incostituzionale), sia ancora vivente nell'ordinamento giuridico.

Ma, a prescindere da tale particolare fattispecie, in via generale non può disconoscersi che è proprio la normativa statale, e precisamente l'art. 31, comma 5, D.P.R. cit., a consentire la legittima utilizzazione degli immobili abusivi per quelle finalità che l'art. 1, comma 65 della L.R. n. 5/2013 si limita soltanto a specificare, senza alcun sospetto di costituzionalità, né del giudice penale³⁹, né di quello amministrativo.

³⁷ Cfr. in tema L. B. MOLINARO, *Incostituizionale il social housing della Regione Campania*, op. cit. in *Diritto & Diritti*, in www.diritto.it, in ispecie p. 7.

³⁸ Cfr. G. CRISAFI, *L'illegittimità conseguenziale delle leggi e discrezionalità. Commento alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, 18 ottobre 2017, in ispecie pp. 12 ss., laddove l'A. compie un'analisi a tutto campo dei margini di discrezionalità ritagliati dalla Corte in tema di declaratoria d'incostituzionalità conseguenziale. *Adde*, come riferimenti di carattere generale, A. MORELLI, *L'illegittimità conseguenziale delle leggi*, Soveria Mannelli, 2008; B. CARAVITA, *Appunti in tema di "Corte giudice a quo" (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008.

³⁹ Cfr. da ultimo, Corte di Cassazione, sez. III, 12 gennaio 2017, n. 5254. Secondo la giurisprudenza del giudice della nomofilachia, "*a prescindere dall'entrata in vigore della richiamata legge regionale, nel concetto di prevalente interesse pubblico*

Quest'ultimo, in particolare, non ha mancato di statuire che spetti ai Comuni stabilire (entro novanta giorni dall'entrata in vigore della disposizione e nel rispetto delle norme in materia di *housing* sociale), da un lato, i criteri di assegnazione degli immobili in parola, "*riconoscendo precedenza a coloro che, al tempo dell'acquisizione, occupavano il cespite, previa verifica che gli stessi non dispongano di altra idonea soluzione abitativa*", dall'altro le "*procedure di un piano di dismissione degli stessi*"⁴⁰.

Se, quindi, l'art. 31, comma 5, D.P.R. cit., costituisce la norma-principio statale che, ancorché **in via eccezionale**, legittima i Comuni ad utilizzare gli immobili abusivi acquisiti per finalità pubbliche, ivi compresa la destinazione ad *housing* sociale, si pone il problema della sua concreta applicazione, indipendentemente dall'interposizione di una norma regionale, tenuto conto che la stessa disposizione statale si limita a richiedere *tout court* l'adozione di una (motivata) delibera consiliare che dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici per la conservazione dell'immobile abusivo, sempre che quest'ultimo non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico.

Per sciogliere il nodo, non può dimenticarsi che la programmazione degli interventi di edilizia residenziale pubblica ricade nella materia "*governo del territorio*", di competenza legislativa concorrente⁴¹. Sotto altro, ma connesso profilo, non vi è dubbio che assuma valore pregnante il fatto che spetti proprio all'ente locale, in sintonia col disposto dell'art. 4, della L. n. 131/2003 ed in attuazione dell'art. 239, comma 1, D.Lgs. n. 267/00, adottare, previa acquisizione del parere dei revisori, il "*regolamento di contabilità, economato, economato-provveditorato, patrimonio e di applicazione dei tributi locali*". Può, quindi, ritenersi che competa ai Comuni, *in subiecta materia*, quella potestà regolamentare costituzionalmente garantita dall'art. 117, comma 6, Cost., ben potendo configurarsi, in virtù del precetto costituzionale, una vera e propria riserva di regolamento operante, come limite negativo per il Legislatore statale o regionale, in materia di destinazione degli immobili abusivi ad *housing* sociale⁴².

al quale fa riferimento la normativa statale (art. 31, comma 5, D.P.R. n. 380/2001) certamente rientra anche quello alla realizzazione di alloggi di edilizia residenziale".

⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6155, che conferma T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 28 maggio 2014, n. 2931.

⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 451/2006.

⁴² Per la tesi, qui condivisa, tendente ad individuare nell'art. 117, comma 6 Cost., una riserva di regolamento, cfr. V. CERULLI-IRELLI, *Consolidamento delle riforme amministrative e innovazioni costituzionali: problemi attuativi e di integrazione*, in AA.VV., *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di G. Berti e G.C. De Martin, Roma, 2002, p. 27; G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti - vecchi nodi teorici e nuovo assetto istituzionale*, Milano, 2005, pp. 78 ss.; *adde*, da ultimo, P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2016, p. 96. Per una ricostruzione evolutiva del potere regolamentare degli enti locali, si segnala, fra i lavori più recenti, A. ALBERTI, *La parabola della potestà regolamentare degli enti locali dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 alla riforma Renzi-Boschi*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2016.

Peraltro, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire i criteri di relazione tra regolamenti locali e legislazione regionale, escludendo, in sintonia con le disposizioni contenute nella L. n. 131/2003, che il riconoscimento a Comuni e Province della "*potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro*

5. La questione della copertura finanziaria da parte dei Comuni della spesa occorrente per le demolizioni.

Con specifico riferimento, poi, all'esecuzione delle demolizioni concernenti gli immobili "irrecuperabili", perché contrastanti con rilevanti interessi urbanistici, non può dubitarsi che la via maestra debba restare quella dell'esecuzione effettiva di tali sanzioni, mettendo a disposizione (probabilmente di organi statali più che di organi comunali) adeguate risorse finanziarie. Tale punto, ai fini dell'effettività del nostro sistema sanzionatorio edilizio, costituisce un'ulteriore criticità, come tutti quelli comportanti spese per il bilancio pubblico in un periodo di crisi ciclica, che ha indotto addirittura il Legislatore costituente alla modifica degli artt. 81 e 97 Cost. e all'introduzione del principio del pareggio di bilancio nel nostro ordinamento interno, dietro sollecitazione dell'U.E.⁴³.

Si ricorda che, in base al sistema oggi in vigore, i Comuni sono chiamati ad eseguire le demolizioni (di propria competenza) degli immobili acquisiti al patrimonio disponibile del Comune ex art. 31, commi 4 e 5, D.P.R. n. 380/2001⁴⁴, mentre la competenza ad eseguire l'ordine di demolizione, irrogato dal giudice penale, sulla base del disposto dell'art. 31, comma 9, D.P.R. cit., in virtù di una sentenza di condanna, spetta esclusivamente all'autorità giudiziaria, quale "*potere autonomo e non meramente residuale o di supplenza*

attribuite" comporti una riserva di regolamento in questi ambiti, come un riparto di competenze nei confronti delle leggi regionali. Sicché, queste ultime, legittimamente, possono "*disciplinare l'organizzazione delle funzioni conferite agli enti locali, nei casi in cui risultino specifiche esigenze unitarie*" (v. in tal senso, Corte cost., sent. n. 372/2004).

⁴³ Sulla tematica, ampiamente trattata dalla dottrina giuspubblicistica, fra i molti lavori, si segnala, per la visione sinottica della revisione dell'art. 81 e di quella dell'art. 97 Cost., T.F. GIUPPONI, *Vincoli di bilancio, stato costituzionale e integrazione europea: una nuova occasione di dialogo tra corti?*, ora in *idem*, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, pp. 211-236; *adde, id.*, *Il principio dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 51 ss.; A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, *ad vocem*, in *Enc. dir.*, annale VII, Milano, 2014; M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243, attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *www.federalismi.it*, n. 6/2013; C. GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzioni e prospettive*, Padova, 2013; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al seminario "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Corte costituzionale, Roma, 22 novembre 2013; D. CABRAS, *La legge di attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, pp. 124 ss.; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Costituzione e pareggio di bilancio*, in *Filangieri*, Quaderno, 2011, pp. 89 ss.; *Adde*, G. PISAURO, *La regola del pareggio di bilancio tra fondamenti economici e urgenze della crisi*, in *AA.VV.*, *Crisi economica e trasformazione della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione della legge di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco e O. Roselli, Torino, 2013.

Da ultimo cfr., volendo, E. BONELLI, *L'Ossimoro del regionalismo forte sotto controllo* in *www.federalismi.it*, n. 12 del 14 giugno 2017, pp.12 ss.

⁴⁴ Non va dimenticato che per l'esecuzione delle demolizioni di competenza dei Comuni il Legislatore ha fatto un timido passo avanti, nella direzione dell'aumento delle risorse a disposizione di tali enti, aggiungendo, con la L. n. 164/2014, all'art. 31 D.P.R. n. 380/2001, i commi 4 bis (che prevede, in caso di accertamento d'inottemperanza, l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso fra i 2.000,00 e i 20.000,00 euro) e 4 ter (secondo cui i proventi delle sanzioni di cui al comma 4 bis spettano al Comune e sono destinati "*esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico*"). Come si vede *ictu oculi*, si tratta di risorse palesemente insufficienti a coprire i costi delle demolizioni.

*rispetto a quello dell'autorità amministrativa, assolvendo sostanzialmente la predetta sanzione una funzione ripristinatoria del bene giuridico leso"*⁴⁵.

La dicotomia è solo apparente, in quanto la copertura finanziaria dell'esecuzione delle demolizioni disposte dal giudice penale è assicurata dalle disposizioni di cui all'art. 32, comma 12 del D.L. n. 269/2003 conv. nella L. n. 326/2003, secondo cui la competenza esclusiva del P.M. ad eseguire le demolizioni giudiziarie legittima quest'ultimo (ed esso soltanto) ad avviare, per tramite del Comune territorialmente competente, le richieste di finanziamento alla Cassa Depositi e Prestiti. Ulteriore fonte della disciplina si ritrova nella Convenzione interministeriale del 15 dicembre 2005, in base alla quale il magistrato competente, ove ritenga l'affidamento dell'incarico ad imprese private eccessivamente oneroso ovvero impossibile, deve richiedere l'intervento delle strutture tecnico-operative del Ministero della Difesa per tramite del Servizio Integrato delle Infrastrutture Trasporti (c.d. Siit). Sono seguite, poi, una serie di circolari delle Casse Depositi e Prestiti che hanno dettato puntuali disposizioni ai fini dell'erogazione del finanziamento⁴⁶, precisando che sono ammessi a quest'ultimo esclusivamente i costi relativi agli interventi di demolizione delle opere abusive, nonché le spese giudiziarie, tecniche e amministrative connesse. Sta di fatto che il finanziamento "*consiste in un'anticipazione senza interessi a valere sulle risorse del fondo che ha natura rotativa*", tanto che il Comune è obbligato (anche in caso di mancato recupero della spesa nei confronti degli esecutori degli abusi) comunque a rimborsare l'importo dell'anticipazione e a pagare le spese di gestione del fondo entro e non oltre il termine massimo di rimborso (cinque anni)⁴⁷.

Ci si trova, quindi, di fronte ad una vera e propria forma di indebitamento dell'ente locale (sia pure per le finalità connesse all'esecuzione di demolizioni derivanti da sentenze penali di condanna), considerato che il recupero delle somme nei confronti del condannato alla demolizione è del tutto incerto, essendo condizionato, secondo logica, alla concreta solvibilità di quest'ultimo ed è classificabile tra le entrate a carattere "*non ricorrente*", quali le sanzioni derivate da violazione del codice della strada, gli oneri concessori, le entrate rivenienti dalla riscossione coattiva dei tributi, ecc. Con l'ulteriore conseguenza che l'accesso a tale forma di copertura della spesa *de qua* non può non soggiacere al divieto generale di indebitamento di

⁴⁵ *Ex multis*, cfr. Cass. pen., sez. III, 11 maggio 2015, n. 37120. A tale giurisprudenza si è conformato il giudice amministrativo: cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2015, n. 5324. In tema, cfr. L. B. MOLINARO, *No alle demolizioni nei comuni dissestati. Focus sulla provvista finanziaria fra bilancio comunale e fondo di rotazione*, in *www.lexitalia.it*, 25 giugno 2018, p. 2.

⁴⁶ Su cui, v. L.B. MOLINARO, *op. ult. cit.*, pp. 5-6.

⁴⁷ Cfr. Circolari della Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., del 28 ottobre 2004 n. 1254 e del 2 febbraio 2006 n. 1264.

cui all'art. 119 Cost.⁴⁸. A conferma di tale assunto, il giudice contabile⁴⁹ ha affermato che l'elencazione delle forme di indebitamento, indicate dall'art. 3, comma 17 della L. n. 350/2003, per i Comuni non ha carattere tassativo e pertanto anche l'accesso al fondo di rotazione *de quo* "realizza di tutta evidenza un'operazione che comporta l'acquisizione di risorse aggiuntive per effettuare spese per le quali non è già prevista idonea copertura di bilancio". Quindi, da siffatta forma di finanziamento non può che derivare un'obbligazione debitoria a carico del Comune, suscettibile di esecuzione per compensazione da parte del Ministero dell'Interno, da effettuarsi su qualsiasi altro trasferimento a favore degli enti locali previsto dalla legge, dovendosi prescindere dall'effettivo recupero di tali somme da parte dell'ente locale in danno dei soggetti obbligati alla demolizione⁵⁰. Insomma, non vi è dubbio che in tal modo, sia pure per perseguire il nobile fine del ripristino della legalità violata, vengono sottratte ai Comuni risorse indispensabili per l'esercizio di funzioni fondamentali per la gestione dei tanti servizi pubblici essenziali, che sono ad essi demandati⁵¹. Sembra quasi di trovarsi di fronte ad una sorta di scaricabarile da parte dello Stato, per trasferire ai Comuni ogni responsabilità, non solo amministrativa, ma anche organizzativa ed economica *in subiecta materia*.

6. A mo' di conclusione.

Volendo tirare le fila del discorso fin qui condotto, mentre i giudici interni (Corte costituzionale, Consiglio di Stato e Corte di cassazione) si affannano ad affermare rigorosamente l'effettività del nostro sistema sanzionatorio, volto alla repressione dell'abusivismo edilizio e alla demolizione "in ogni caso" degli immobili abusivi, nella realtà non può non registrarsi il fallimento dello stesso sistema, che si è rivelato inadeguato, sia sotto il profilo organizzativo, sia sotto quello finanziario, sia sotto quello dell'efficacia repressiva e dissuasiva. Oltretutto, esso è stato sottoposto in più occasioni a censure da parte della Corte Edu, che, come si è visto, non ha mancato di rilevare la violazione di diritti, la cui tutela è garantita dal Prot. Add. Cedu.

⁴⁸ La Corte costituzionale diede una prima lettura del divieto *de quo*, definito sinteticamente anche come *golden rule*, nella pronuncia n. 425/2004, in cui affrontò esplicitamente la questione di che cosa debba intendersi per "spese di investimento", nell'ambito del sesto comma dell'art. 119 Cost. Sulla sentenza in oggetto si può vedere M. BARBERO, *Golden rule: non è tutt'oro quel che luccica!*, in www.forumcostituzionale.it. Sulla *golden rule*, in generale si può invece leggere G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995, II, p. 128. In tema, cfr. anche sentenza Corte cost., n. 267/2006.

⁴⁹ Cfr. Corte dei Conti, SS.RR. per la Regione Sicilia in sede consultiva - delib. n. 14/2013/SS.RR./PAR del 4 marzo 2013. Nello stesso senso, cfr. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per il Piemonte, delib. n. 76/2013/SRCPIE/PAR del 9 aprile 2013.

⁵⁰ Cfr. Corte dei conti, sez. Reg. Piemonte, delibera n. 76/2013/SRCPIE/PAR, del 9 aprile 2013. Per ulteriori approfondimenti e con specifico riferimento al divieto di tale forma di indebitamento per i Comuni che abbiano attivato la procedura di riequilibrio di bilancio di cui all'art. 243 bis del T.U. n. 267/2000, cfr. L. B. MOLINARO, *No alle demolizioni nei Comuni dissestati*, op. cit., pp. 9 ss.

⁵¹ In tema, cfr., volendo, E. BONELLI, *Amministrazione, governance e servizi pubblici locali*, Torino, 2008, *passim*.

Sembra, quindi, giunto il momento di sottoporre ad una seria revisione tale sistema sanzionatorio, partendo dalla riallocazione delle competenze per l'esecuzione delle sanzioni in capo allo Stato (Prefetture e organi periferici del Ministero delle Infrastrutture) e stanziando risorse economiche adeguate, senza le quali alcun abbattimento appare possibile.

Inoltre, per la grande "*mano morta*" costituita dagli immobili acquisiti e non demoliti occorrerà compiere, con grande realismo, un censimento, individuando oggettivamente quelli non contrastanti con rilevanti interessi urbanistici e che (eventualmente), mediante adeguata riqualificazione edilizia, potrebbero ottenere destinazione pubblica, fermo restando che quella principale potrebbe essere l'*housing* sociale. Non può, però, negarsi che per dare concretezza a tale progetto, occorre che il Legislatore detti preventivamente le coordinate per una seria pianificazione finanziaria ed urbanistica degli interventi necessari.

Al riguardo, pur tenendo conto delle peculiarità del nostro sistema sanzionatorio edilizio, giova ancora evidenziare che una significativa pronuncia dei giudici di Strasburgo ha affrontato (sia pure con riferimento all'ordinamento di altro Stato firmatario della Cedu) la questione del c.d. "*abuso di necessità*": quest'ultimo, secondo la Corte Edu, ove seriamente accertato, può assumere una sua autonoma dimensione giuridica.

Infatti, una decisione ampiamente motivata, emessa nei confronti della Bulgaria⁵² - che ha destato non poco scalpore, specie tra gli ambientalisti italiani -, ha ritenuto meritevole di tutela la posizione di soggetti sottoposti a misure sanzionatorie edilizie, che configurino una violazione dell'art. 8 della Cedu, che garantisce il diritto di ogni persona al rispetto della propria casa e il divieto di ingerenze delle Autorità pubbliche nell'esercizio di tale diritto.

Stando a tale pronuncia, di fronte a misure invasive rivolte al ripristino della legalità, è necessario verificare la legittimità della sanzione inflitta alla luce delle condizioni dei ricorrenti (nella specie due cittadini bulgari, autori appunto di un abuso di necessità), in quanto, in presenza di un illecito certo, le misure più estreme (di ripristino della legalità e afflittive) non possono essere imposte, laddove i contravventori si trovino in condizioni personali ed economiche limitate. Più specificamente, siffatte misure non possono essere applicate nel caso in cui il manufatto abusivo sia l'unica "*sistemazione*" per il contravventore, costituendo l'abitazione in cui quest'ultimo vive da molti anni indisturbato, ovvero nel caso in cui l'autore dell'abuso versi in condizioni economiche di oggettiva povertà; o ancora, nel caso in cui le sue condizioni di salute non gli consentano di trasferirsi altrove.

⁵² Sentenza della Corte Edu n. 46577/2015 *Case Ivanova e Cherkezov vs. Bulgaria*. Cfr. sul punto, L. B. MOLINARO, *Abusivismo edilizio: la legge Falanga e le ragioni di un falso allarme*, in www.altalex.it, 4 ottobre 2017, p. 5.

In tale prospettiva, secondo il richiamato indirizzo giurisprudenziale europeo, acquisisce rilievo pregnante la tutela del diritto al domicilio, soprattutto nel caso in cui la fattispecie di abusivismo venga accertata solo in seguito al consolidarsi nel tempo del legittimo affidamento del privato, che impone in sede sanzionatoria un attento bilanciamento degli interessi in gioco ed una approfondita considerazione personale della condizione dei contravventori.

È evidente che se, da un lato, ad una simile pronuncia non può attribuirsi alcun carattere di "*sentenza pilota*", assolutoria in qualche modo dell'abusivismo edilizio in sé, dall'altro, quanto osservato in motivazione dalla Corte europea induce a riflettere sui criteri che possono limitare l'applicazione della sanzione demolitoria in alcune specifiche fattispecie di abuso di "*necessità*", cui si contrappone quello di "*speculazione*", quest'ultimo sicuramente immeritevole di qualsivoglia considerazione "*garantistica*".

Su tutte tali questioni, quindi, sarà il caso di aprire una seria discussione, per trovare uno sbocco legislativo equilibrato e comunque tale da dare una svolta seria, sia alla repressione effettiva del fenomeno dell'abusivismo, sia alla gestione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio disponibile dei Comuni italiani, facendo tesoro delle critiche giustamente mosse a soluzioni affrettate e rischiose, precedentemente prese in considerazione dal Legislatore. Ci si intende riferire al c.d. "*d.d.l. Falanga*",⁵³ già approvato nel corso della scorsa Legislatura al Senato e giunto alla Camera dei Deputati col numero 1994-B, il quale indicava i criteri cui dovevano attenersi le Procure della Repubblica, ai fini dell'esecuzione degli ordini di demolizione già adottati, stabilendo le priorità per procedere a tali esecuzioni, attribuendo in ciascuna categoria precedenza assoluta agli immobili in corso di costruzione o non ultimati alla data della sentenza di condanna di primo grado, mentre per quelli non stabilmente abitati la demolizione era prevista in un momento successivo. Si introduceva, inoltre, nello stesso d.d.l. la distinzione (sicuramente non chiara) tra abusivismo "*di necessità*" e "*di speculazione*", stabilendo che per i primi l'esecuzione dovesse essere prioritaria, ferma restando la discrezionalità delle Procure di valutare i singoli casi di specie. Si insisteva, però, per la copertura della spesa, nella previsione di un fondo di rotazione dell'importo di 45 milioni di euro presso il Ministero delle Infrastrutture, palesemente insufficiente e comunque inidoneo a superare le questioni relative all'indebitamento degli enti locali derivanti dagli abbattimenti, secondo quanto sopra prospettato sub 5.

Veniva, infine, condivisibilmente prevista l'istituzione di una (imprescindibile) banca dati nazionale sull'abusivismo edilizio gestita dall'Agenzia per l'Italia digitale, cui gli enti avrebbero dovuto trasmettere tutti i dati sulle opere abusive, prevedendo addirittura una sanzione pecuniaria a carico di dirigenti o funzionari inadempienti. Alla stessa banca dovevano affluire tutte le notizie, non solo inerenti allo stato

⁵³ In tema cfr. L.B. MOLINARO, *Abusivismo edilizio: la Legge Falanga e le ragioni di un falso allarme op. cit.*, pp. 7 ss.



dell'abusivismo edilizio e alle demolizioni effettuate, ma anche quelle relative alle eventuali iniziative di riqualificazione urbanistica degli edifici abusivi non demoliti, cercando di avviare una (virtuosa) collaborazione con Regioni ed Enti Locali.

In alcuni suoi passaggi normativi il d.d.l. sopracitato, poi lasciato decadere al termine della scorsa Legislatura, offriva indubbiamente il fianco a giuste critiche⁵⁴, per l'eventualità, non certo peregrina, che restassero bloccate le poche demolizioni già avviate dalle Procure e per le possibili elusioni offerte agli autori degli abusi, che potevano, attraverso l'istituto dell'abusivismo di necessità, restare nel possesso degli immobili colpiti da ordini di demolizione non più eseguibili.

Ma siccome tutto è migliorabile, soprattutto stringendo le maglie dei controlli preventivi e aumentando gli interventi repressivi e/o l'esecuzione delle sanzioni demolitorie, specie quando gli abusi si trovano nella fase iniziale, non può non auspicarsi una riconsiderazione della tematica, non più differibile, da parte del (nuovo) Legislatore.

⁵⁴ Cfr. S. CIAFANI, di "Legambiente", *Abusivismo, l'eterno disegno di legge. I pro e i contro del "blocca ruspe"* in www.espresso.repubblica.it.