

### **10.1. Lottizzazioni abusive**

L'art. 30 del Testo unico disciplina la lottizzazione abusiva, distinguendo due modalità alternative con le quali essa può essere attuata.

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

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

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

In relazione alle conseguenze penali, l'art. 44, comma 2, dispone che: i) «*la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*»; ii) «*per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione*»; iii) «*la sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari*» [sul potere di disapplicazione del giudice penale si v. cap. 28, par. 39.3].

Sul piano civilistico, l'art. 46, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001 prevede la nullità degli atti di trasferimento dai quali non risultino gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria [par. 12.1]<sup>1</sup>.

La giurisprudenza è costante nel ritenere che l'interesse protetto dall'art. 30 del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001 sia quello di garantire un ordinato sviluppo urbanistico del tessuto urbano, in coerenza con le scelte pianificatorie dell'amministrazione<sup>2</sup>.

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

In tale contesto, la lottizzazione abusiva «*sottrae all'amministrazione il proprio potere di pianificazione attuativa e la mette di fronte al fatto compiuto di insediamenti in potenza privi dei servizi e delle infrastrutture necessari al vivere civile*»<sup>3</sup>.

Alla luce della predetta ragione giustificativa, la giurisprudenza sopra citata ha ritenuto, nell'ambito della lottizzazione reale, che per verificare se il divieto sia stato violato si deve avere riguardo non solo alle

---

<sup>1</sup> L'art. 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 dispone che il notaio non può ricevere o autenticare, tra l'altro, atti «*se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico*».

<sup>2</sup> Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2014, n. 3115; Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3381; si v. anche Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 2013, n. 51710.

<sup>3</sup> Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2017, n. 3750.

single opere realizzate, le quali isolatamente considerate ben potrebbero essere assistite ciascuna dal necessario titolo edilizio, ma «*alla complessiva trasformazione edilizia che di quelle opere costituisce il frutto*»<sup>4</sup>.

La sanzione prevista è la confisca urbanistica.

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

La Corte Europea dei diritti dell'uomo<sup>5</sup>, cui si è adeguata la giurisprudenza costituzionale<sup>6</sup>, ha affermato, invece, che «*la confisca urbanistica costituisce sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della Cedu e può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti*».

In particolare, si è rilevato che «*il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca*». Si è aggiunto che «*va poi da sé che l'onere di dimostrare la mala fede del terzo grava, nel processo penale, sulla pubblica accusa, posto che una "pena", ai sensi dell'art. 7 della Cedu, può essere inflitta solo vincendo la presunzione di non colpevolezza formulata dall'art. 6, comma 2, della Cedu*»<sup>7</sup>.

Il giudice europeo ha chiarito che tale accertamento possa essere fatto dal giudice penale anche «*senza condanna*» e, dunque, anche in presenza di una decisione che dichiari l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione<sup>8</sup>.

Questo orientamento è stato seguito anche dalle Sezioni unite della Cassazione penale<sup>9</sup> che hanno affermato che la confisca in esame «*può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati*». Nella sentenza si valorizza la natura formalmente amministrativa della confisca per ritenere che il giudice possa disporla anche senza che vi sia una sentenza di condanna.

Le Sezioni unite hanno ritenuto, però, che, una volta intervenuta questa causa di estinzione, il giudice penale non possa proseguire il giudizio ai soli fini di accertamento del fatto per potere applicare la sanzione della confisca, in quanto ciò è vietato dall'art. 129 cod. proc. pen., che impone quando, tra l'altro, si dichiara estinto il reato, che debba essere dichiarata con «*immediatezza*» la sussistenza di una causa impeditiva della punibilità<sup>10</sup>.

Si è ritenuto, inoltre, che la misura della confisca debba rispettare il principio di proporzionalità, il

---

<sup>4</sup>In questa prospettiva, si sottolinea nella sentenza in esame, può costituire lottizzazione abusiva reale anche il cambio di destinazione d'uso di un complesso immobiliare formato da singoli elementi legittimamente edificati, se in tal modo si è imposto al territorio un carico urbanistico diverso da quello in origine previsto, e tale quindi da richiedere un adeguamento degli standard.

<sup>5</sup>Corte eur. dir. uomo, sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*.

<sup>6</sup>Così Corte cost. n. 49 del 2015, che richiama la citata sentenza della Corte Edu.

<sup>7</sup>Corte cost. n. 49 del 2015, cit.

<sup>8</sup>Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.i.e.m. e altri c. Italia*. Tale sentenza ha superato, pertanto, l'orientamento espresso da Corte eur. dir. uomo, sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, che aveva ritenuto necessario, invece, il presupposto dell'esistenza di una condanna formale.

La Grande Camera ha escluso, inoltre, che la confisca possa essere disposta nei confronti di una persona giuridica che non abbia rivestito il ruolo di parte nell'ambito del procedimento in cui la pena è stata inflitta.

La giurisprudenza nazionale ha, di recente, ammesso la praticabilità della confisca urbanistica anche nei confronti di una persona giuridica titolare del bene lottizzato, la quale non abbia partecipato al procedimento di irrogazione della sanzione. In particolare, Cass. pen., sez. III, 23 gennaio 2019, n. 8350 ha affermato che: «*in tema di lottizzazione abusiva e di confisca ad essa relativa, non sono soggetti terzi, estranei al reato, né la persona giuridica proprietaria dell'area abusivamente lottizzata, che riceve i vantaggi e le utilità conseguenti al reato, essendo normalmente committente degli interventi in essa realizzati e parte degli atti negoziali relativi e di ogni altra attività che viene attuata, né quella che è titolare apparente di beni, la quale rappresenta solo lo schermo attraverso il quale il reo, effettivo proprietario degli stessi, agisce nel proprio esclusivo interesse, difettando, in entrambi i casi, il necessario requisito della buona fede di tale soggetto giuridico*». In motivazione, la Corte ha precisato che i principi elaborati dalla suddetta pronuncia della Grande Camera della Corte Edu del 28 giugno 2018 sono relativi ai diritti della persona giuridica che versi in una condizione di buona fede e, pertanto, possa essere reputata estranea al reato.

<sup>9</sup>Cass. pen., sez. un., 30 gennaio 2020, n. 13539.

<sup>10</sup>Sulla confisca urbanistica, si v. T. Trichera, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020, 361 ss.

quale non sarebbe assicurato da una previsione, quale quella interna al nostro sistema, che risulta poco flessibile.

Sulla base di questa affermazione, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001 nella parte in cui, «*qualora la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite risulti sproporzionata alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte Edu (...) non consente l'applicazione in via principale di una sanzione meno grave, come quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle integralmente conformi alle legittime prescrizioni della pianificazione urbanistica generale, nei confronti dei soggetti rimproverabili per aver tenuto solo una lieve condotta colposa con riguardo alla lottizzazione abusiva*»<sup>11</sup>.

La Corte Costituzionale<sup>12</sup> ha dichiarato la questione inammissibile in quanto il suo accoglimento avrebbe comportato l'immissione nell'ordinamento di una "novità di sistema". In particolare, l'attenuazione di portata ed effetti del reato di lottizzazione abusiva, cui la confisca accede, ne sovvertirebbe «*la funzione individuata dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità*»<sup>13</sup>.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che questi principi trovano applicazione anche nel caso in cui la sanzione sia applicata da una pubblica amministrazione e sindacata dal giudice amministrativo<sup>14</sup>.

Si è affermato che l'art. 30 del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001, nel prevedere l'acquisizione del bene al patrimonio pubblico, contempla una misura sanzionatoria sostanzialmente equiparata alla confisca.

Ne consegue che valgono le medesime regole, elaborate in ambito europeo, con applicazione del regime delle "sanzioni penali" anche in punto di sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa. È, pertanto, «*l'amministrazione, nell'emanare l'ordinanza di cui all'art. 30 del Testo unico, a dover provare la mala fede del terzo acquirente, che in mancanza di ciò non potrebbe essere sanzionato*» [cap. 4, parr. 21-22.2]<sup>15</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ha anche chiarito quando il terzo acquirente non possa, per la sua situazione soggettiva, subire la confisca.

Per quanto si faccia normalmente riferimento al "terzo acquirente di buona fede", la regola di condotta che viene in rilievo, ha sottolineato sempre il Consiglio di Stato, non è quella della buona fede soggettiva in senso stretto ma quella della diligenza, quale declinazione della nozione di colpa.

Il terzo deve tenere una condotta concreta conforme alla condotta tipica che, in una circostanza simile a quella in esame, l'agente modello, che opera in tale settore, deve osservare.

Nell'effettuare tale indagine occorre tenere conto del fatto che, nelle vicende in esame, si inserisce normalmente la figura del notaio che provvede a redigere l'atto di acquisto.

La legge prevede che il notaio non può rogare atti nulli e nella specie quelli per i quali l'art. 46 del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001 dispone che debba essere allegato il permesso di costruire [par. 8], con applicazione di sanzioni disciplinari in caso di violazione di tali regole.

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

Da un lato, deve escludersi che egli possa considerarsi «*sempre in colpa*» per violazione di norme imperative che impongono obblighi di condotta. Dall'altro lato, deve escludersi che il terzo non sia «*mai in colpa*» per il fatto di essersi affidato ad un notaio, in quanto «*l'intervento del notaio non garantisce una sorta di "ripulitura giuridica" della originaria illegalità dell'immobile abusivo*». In alcuni casi peculiari,

---

<sup>11</sup> Corte d'appello Bari, ordinanza del 18 maggio 2020 (reg. ord. n. 161 del 2020).

<sup>12</sup> Corte cost. n. 146 del 2021.

<sup>13</sup> Con particolare riguardo alla confisca "senza condanna" è, inoltre, attualmente rinvenibile una disposizione di carattere generale che, secondo l'opinione più diffusa, confermerebbe la via intrapresa dalla giurisprudenza sopra esposta.

Il riferimento è all'art. 578-bis cod. proc. pen., introdotto con il decreto legislativo n. 21 del 2018 (cd. decreto sulla riserva di codice). Tale norma, la cui rubrica reca «*decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione*», stabilisce che «*quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale, il giudice di appello o la corte di Cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*». La "confisca nonostante la prescrizione", dunque, potrebbe trovare applicazione solo quando sia stata emessa almeno una sentenza di condanna in primo grado, con ciò risolvendo per via legislativa le incertezze mostrate al riguardo dalla giurisprudenza di legittimità (A. Dello Russo, *Prescrizione e confisca. Le ricadute in tema di riserva di codice nella materia penale*, in *Arch. pen.*, 2018, 1).

<sup>14</sup> Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2017, n. 4400.

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 3750 del 2017, cit.

l'acquirente potrebbe, infatti, essere a conoscenza dei fatti (materiali e giuridici) «*per esempio per aver esercitato il diritto di accesso alla relativa pratica edilizia, atto che presuppone una certa competenza tecnica in materia*»<sup>16</sup>.

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

---

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 3750 del 2017, cit.