amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2021

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La tutela del terzo di buona fede nell'ipotesi di confisca a seguito di lottizzazione abusiva.

di Alessandra Buonasera

(Dottoressa in Giurisprudenza - Università degli Studi di Messina)

Sommario

Parte I - L'evoluzione dell'istituto della confisca urbanistica. – 1. La lottizzazione abusiva, quadro normativo e conseguenze prescritte dall'ordinamento: la confisca urbanistica. – 2. La problematica natura giuridica della confisca urbanistica: la configurazione nazionale dell'istituto. – 3. La progressiva definizione della fisionomia dell'istituto e l'evoluzione della giurisprudenza: Strasburgo parla a Roma. – 4. Il primo inquadramento teleologico della confisca urbanistica nell'impostazione del T.U. Edilizia.
Parte II - Il dialogo interordinamentale e le prospettive di tutela del terzo. – 1. Il dispiegarsi della confisca urbanistica nella realtà fenomenica: i soggetti terzi ed il richiamo delle garanzie CEDU. – 2. La configurazione della posizione dei terzi e la funzione ripristinatoria delle ipotesi di confisca nella tradizione della Corte costituzionale. – 3. Le soluzioni di tutela offerte al privato nel quadro del diritto "vivente" ante Varvara. – 4. Il revirement Varvara e la risposta del Giudice delle leggi. – 5. Il caso G.I.E.M. contro Italia e la visione della Corte EDU. – 6. Le proiezioni nell'ordinamento nazionale della novella ermeneusi di Strasburgo: la (carente) responsabilità degli enti. – 7. Confisca urbanistica e terzo estraneo al procedimento: le prospettive di tutela. – 8. Le soluzioni applicative, il principio di proporzionalità e l'incidente di esecuzione a garanzia del terzo. – 9. L'ultimo approdo della Suprema Corte: confisca urbanistica, prescrizione del reato e valutazione della proporzionalità nel giudizio di rinvi. – 10. Conclusioni

Abstract

The protean nature of the confiscation has always placed the interpreter in front of great dilemmas in order not only to his qualification, now administrative, now criminal, now concerning category of security measures, but also, and above all, in relation to the subjects with whom it interfaces, in the ongoing dialogue with the procedural or substantial administrative system.
In this conversation that emerges from factual reality, not always and not fairly, the requests of subjects absorbed by the empirical substance of the security measures are listened to: third parties.
Here, the two-way substance of their dialogue brings with it questions aimed at answering problems relating to the particular case of the confiscation following illegal subdivision.
One wonders, who is the third? When is it possible to qualify his good faith?

ISSN 2036-7821

Prefazione.

La natura proteiforme della confisca, con particolare attenzione al Nostro ordinamento, ha da sempre posto l'interprete di fronte a gordiani dilemmi in ordine non solo alla sua qualificazione, ora amministrativa, ora penale, ora afferente alla più sfuggente categoria delle misure di sicurezza, ma anche, e soprattutto, in relazione ai soggetti con cui la stessa si interfaccia, nel continuo dialogo con l'ordinamento propriamente processuale o sostanzialmente amministrativo.

In questa incessante conversazione che emerge dalla realtà fattuale, non sempre e non sufficientemente, vengono ascoltate le istanze di soggetti assorbiti dalla ineluttabilmente empirica sostanza dei provvedimenti ablatori: i terzi.

L'eco dell'appello all'ascolto proveniente dalle norme assiologicamente votate ad egida dei diritti fondamentali, promana sempre più spesso dalle Corti sovrane: la Corte costituzionale e la Corte dei Diritti dell'Uomo.

Ecco, che la sostanza biunivoca del loro dialogo porta con sé interrogativi volti a dar risposta anche a problematiche afferenti al particolare caso dell'ipotesi di confisca a seguito di lottizzazione abusiva.

Ci si chiede, chi è il terzo? Quando è possibile qualificarne la buona fede?

Il cammino verso una risposta porta all'intima consapevolezza di una necessaria plurima considerazione di molte e più soluzioni, con un'unica solida certezza: in mente il faro di un ponderato equilibro dei diritti fondamentali della persona umana.

Parte I - L'evoluzione dell'istituto della confisca urbanistica

1. La lottizzazione abusiva, quadro normativo e conseguenze prescritte dall'ordinamento: la confisca urbanistica.

Un puntuale inquadramento della materia concernente la confisca urbanistica non può prescindere da una necessaria considerazione dei profili più salienti costituenti il suo logico presupposto: il reato di lottizzazione abusiva.

Se è pur vero che l'attuale realtà normativa, inverandosi nella concretezza fenomenica del caso concreto, deve oculatamente tener conto delle istanze promananti dalle Corti d'oltralpe, ed in attenta misura, dei richiami della Corte europea dei diritti dell'uomo, una consapevole ed armonica lettura della disciplina nazionale alla luce del dettato CEDU, non può non aver principio da una non superflua conoscenza dei profili caratterizzanti proprio il diritto interno, nostra prima risposta.

Il reato di lottizzazione abusiva, di cui all'art. 30 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380[1], (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia), si

[1] D.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, art. 30: "*Lottizzazione abusiva*. 1. Si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni

ISSN 2036-7821

qualifica come reato a consumazione alternativa potendosi declinare nelle diverse forme di:

- lottizzazione abusiva "materiale", nel caso di contrasto con le prescrizioni determinate dalla legge o dagli strumenti urbanistici mediante la realizzazione di opere volte alla trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni;
- lottizzazione abusiva "negoziale", qualora sussista il difetto di autorizzazione, pur non essendo stata ancora avviata la trasformazione materiale delle aree cui la condotta è inequivocabilmente preordinata[2].

Nonostante l'iniziale configurazione quale "contravvenzione di natura esclusivamente dolosa" "per la cui sussistenza è necessario che l'evento sia previsto e voluto dal reo, quale conseguenza della propria condotta cosciente e volontaria diretta a limitare e a condizionare, con ostacoli di fatto o di diritto, la riserva pubblica di programmazione territoriale"[3], oggi si qualifica, con piena approvazione delle stesse Sezioni Unite[4], come contravvenzione ai sensi dell'art. 42, comma 4 c.p.[5] non sottraendosi alla possibilità di commissione colposa sia nella sua forma "materiale" che in quella "negoziale"[6].

Nell'uno e nell'altro caso il bene giuridico cui la norma è presidio è non solo l'ordinata programmazione urbanistica ed il corretto utilizzo del territorio, ma anche l'effettivo controllo della pianificazione dello stesso da parte dell'autorità preposta: il Comune.

Infatti, come sostenuto dal Consiglio di Stato, "integra un'ipotesi di lottizzazione abusiva qualsiasi tipo di costruzione di opere in concreto idonee a stravolgere l'assetto del territorio preesistente, a realizzare un nuovo insediamento abitativo e, quindi, in ultima analisi, a determinare *un concreto ostacolo alla futura attività di programmazione*[7]".

Il *vulnus* al bene giuridico tutelato non si realizza solo in riferimento alla mancanza di autorizzazione, ma in special modo in raffronto agli strumenti urbanistici ed alle leggi regionali e statali[8]; ciò, in quanto la volontà del legislatore risulta essere

---

degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; 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".

[2] Codice dell'edilizia. Annotato con giurisprudenza, provvedimenti amministrativi e riferimenti bibliografici. Di R. GAROFOLI E V. DE GIOIA, Giuffrè Editore, Milano, 2006, Vol. I, p. 510.

[3] Cass. SSUU. 3.2.1990, ric. Cancilleri.

[4] Cass. SSUU. 28.11.2001, Salvini.

[5] "*Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*" art. 42, comma 4, c.p.

[6] *Ex multis* CASS. PEN., III SEZ., 5 marzo 2008, n.9982.

[7] Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2018, n. 3416.

[8] Cass. Pen. Sez. Un. 8 febbraio 2002, n.5115.

ISSN 2036-7821

preordinata alla tutela della concreta conformazione del territorio quale frutto della programmazione territoriale da parte della pubblica potestà.
Tale nocumento si configura sia quando manchi l'autorizzazione, sia quando tale provvedimento autorizzatorio risulti in contrasto con gli strumenti urbanistici, essendo vigente l'obbligo di effettivo controllo di conformità delle singole opere e della intera programmazione lottizzatoria con le prescrizioni urbanistiche e di pianificazione vigenti[9].
La lottizzazione abusiva supera, infatti, la semplice fattispecie inverante il reato di abusivismo edilizio, arrecando un pregiudizio che determina una più grave compromissione della programmazione edificatoria territoriale[10]. Se nel caso dell'abusivismo edilizio, a difettare è la sola concessione o la difformità delle opere in relazione alla stessa, prendendo in esame la lottizzazione abusiva, manca totalmente qualsivoglia presupposto giuridico alla base dell'intervento o della preordinazione dello stesso.
La differenza citata si coglie in un diverso trattamento sanzionatorio che genera la pena più severa[11] prevista dalla legislazione urbanistica: la confisca.

2.La problematica natura giuridica della confisca urbanistica: la configurazione nazionale dell'istituto.
La confisca urbanistica, di cui all'art. 44 comma 2 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380[12], già art. 19, comma 2, della l. 28 febbraio 1985, n. 47, è oggetto di tradizionale qualificazione da parte del Giudice nazionale quale sanzione amministrativa obbligatoria.
Tale conformazione emerge dal travagliato raffronto con la previsione dettata dall'art. 240 c.p., normante la classica ipotesi di confisca.
Le differenze più salienti possono in tal senso cogliersi in ordine ai soggetti destinatari dei beni oggetto di confisca: il Comune nel caso della confisca urbanistica, lo Stato nella differente confisca ex art. 240.
Punti di *discrimen* si leggono nel carattere obbligatorio della prima, in raffronto a quello facoltativo della seconda di cui all'art 240 comma 1 c.p., nonché riguardo l'ipotesi obbligatoria normata dal n.2 dello stesso art. 240 c.p., che disegna una res

[9] Codice dell'edilizia. Annotato con giurisprudenza, provvedimenti amministrativi e riferimenti bibliografici. Di R. GAROFOLI E V. DE GIOIA, Giuffrè Editore, Milano, 2006, Vol. I, p. 511.
[10] In tal senso v. Cons. di Stato, 1994, II, 565, sub. N.3.
[11] In dottrina, conformemente, v. E. BURZI, in Giurisprudenza Italiana, Dicembre 2008, p.2818.
[12] D.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, art. 44 comma 2:" *Sanzioni penali*. 2. La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari".

ISSN 2036-7821

illecita con delle caratteristiche intrinseche di pericolosità, mancanti nel terreno abusivamente lottizzato, la cui antigiuridicità è data dalla sua specifica destinazione.
Punctum saliens della confisca urbanistica è inoltre la possibilità di revoca della stessa nel caso in cui venga adottato, in sanatoria dell'illecito, un piano di risanamento urbanistico dell'area interessata dalla lottizzazione abusiva[13].
L'obbligatorietà del provvedimento di confisca permane, nella relativa statuizione, per il Giudice che accerti la lottizzazione abusiva indipendentemente dalla pronunzia di una sentenza di condanna, tranne che per l'ipotesi di assoluzione per cui "il fatto non sussiste"[14].
In tale prospettiva, rimane fuori, dunque, dall'applicazione della misura la configurazione dell'elemento soggettivo del reato.
Diversamente, si considerano inclusi nell'ambito di declinazione della confisca urbanistica i casi di proscioglimento per prescrizione[15] o amnistia[16], nonché la pronunzia della sentenza di patteggiamento.
Per quest'ultima, non opererebbe infatti l'esclusione di cui all'art. 445 c.p.p., stante la differente natura ontologica della confisca urbanistica rispetto a quella delineata dall'art. 240 c.p., correlato alla confisca quale misura di sicurezza.
Se nella confisca urbanistica non è la circolazione in sé del bene ad essere antigiuridica ma la sua specifica destinazione, non altrettanto è possibile affermare per i beni destinatari del provvedimento di confisca ex art. 240 c.p.[17]
Se per l'applicazione della confisca ex. art.240 c.p. la condanna è condizione necessaria, non può dirsi lo stesso per la confisca urbanistica.
Essa, in tale ottica, si qualifica in tanto quanto esista il sottostante reato di lottizzazione abusiva, il quale a sua volta, non potrebbe mai configurarsi senza una imprescindibile ponderazione dell'elemento soggettivo, sia esso declinato nella forma del dolo oppure in quella della colpa.
La confisca, così come delineata nel quadro del d.p.r. n. 380/2001, dovrebbe residuare come estremo baluardo di un sistema che disegna come ultima istanza l'intervento dell'autorità giudiziaria nelle ipotesi di lottizzazione abusiva.
In particolare, proprio l'articolo 30 del d.p.r. citato prescrive:
- al comma 7, che il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, nel caso in cui accerti l'effettuazione di lottizzazione a scopo edificatorio, senza la prescritta autorizzazione, con ordinanza da notificare ai proprietari ed agli altri

[13] In tal senso v.: A. COMETTO, *"Confisca urbanistica nei confronti della persona giuridica rimasta estranea al processo"*, in *"Diritto Penale"* a cura di F. Brugaletta, in *"Diritto.it"* dell'8.07.2019; A. PECCIOLI, Confisca e ordine di demolizione, in M. PELLISSERO, Reati contro l'ambiente ed il territorio, Giappichelli, Torino, 2019, p.660.
[14] Tra gli altri: Cass. Pen, III SEZIONE, 5 marzo 2008, n. 9982.
[15] Cfr. Cass. Sez. III, 12 novembre 1990, Licastro, in Mass. Cass. Pen., 1990, 186011.
[16] Cfr. Cass. SEz. III, 4 aprile 1995, MARRAO, in Mass. Cass. Pen., 1995, 203084.
[17] V. in tal senso E. BURZI, Ult. Op. Cit, 2819.

ISSN 2036-7821

soggetti indicati, ne ordini la sospensione con l'immediata interruzione delle opere ed il divieto di atti di alienazione fra vivi, con trascrizione del provvedimento stesso nei registri immobiliari;

- al comma 8, che trascorsi 90 giorni, le aree lottizzate siano acquisite a patrimonio disponibile del Comune e le opere demolite.

Dall'art. 31 comma 8 è inoltre previsto che, in caso di inerzia, il competente organo regionale nei successivi 30 giorni adotti i provvedimenti necessari dandone contestuale comunicazione all'autorità giudiziaria per l'esercizio dell'azione penale.

Quanto descritto, tuttavia, non incontra purtroppo la necessaria cooperazione della P.A., responsabile di pesanti ritardi e frequenti mancanze connesse anche alle pronunzie sospensive emesse dai T.A.R. in ordine all'esecutività delle ordinanze comunali che sospendono i lavori[18].

La confisca urbanistica viene disegnata come un *provvedimento posto a chiusura di un complessivo sistema sanzionatorio*[19] e ritenuta una sanzione amministrativa applicata dal Giudice penale, come condiviso tradizionalmente dalla stessa Corte Suprema[20].

In tale sistema, i poteri amministrativo e giudiziario non sembrano mai collidere in quanto, disposta la confisca, i beni destinatari di tale provvedimento divengono proprietà del Comune, indipendentemente dalla verifica della sussistenza o meno dell'ipotesi delineata in via principale dall'art. 30 comma 8, pur restando nelle piene attribuzioni dell'autorità amministrativa la preordinazione degli interventi riguardanti il governo del territorio.

A ben vedere, gli aspetti appena evidenziati accennano però solo ad alcuni dei profili caratterizzanti la problematica natura giuridica della confisca urbanistica, e l'istituto in esame, nella sua intima essenza, non può di certo cogliersi astraendosi dalla sua multiforme genesi, incontro di travagliate visioni evolutive.

3.La progressiva definizione della fisionomia della confisca urbanistica e l'evoluzione della giurisprudenza: Strasburgo parla a Roma.

La risposta al *nomen* "confisca urbanistica" è stata per molto tempo inverata più che dalla voce del legislatore, attraverso l'art. 44 del d.p.r. 380/2001, da quella della giurisprudenza, ineluttabilmente matrice di un "diritto vivente" che fa della suddetta confisca sostanzialmente una sanzione amministrativa applicata dal Giudice penale[21].

[18] V. in tal senso A. SCARCELLA, *"La confisca urbanistica dopo la sentenza della Corte EDU del 28 giugno 2018 nel caso GIEM ed altri c. Italia"*, in "Procedure amministrative e giurisdizione penale nella tutela dell'ambiente e del territorio" cod: P18076, 27-28 settembre 2018, Relazione elaborata per la sessione pomeridiana del 27.09.2018 della Scuola Superiore Della Magistratura.

[19] A. SCARCELLA, Ult. Op. Cit.

[20] Cass. Sez. III, 20.12.1995, n. 12471, ric. Besana ed altri.

[21] V. in tal senso: 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, p. 15.

ISSN 2036-7821

Da tale configurazione conseguono tutti quegli interrogativi cui i Giudici hanno prospetticamente dato risposta, ascoltando le istanze promananti dalle mancate tutele dei terzi e della circolazione dei beni con riguardo al mercato immobiliare.
Ogni speculazione teorica sul tema trae utilità dai logici fondamenti della suggestiva ordinanza del 9 aprile 2008 della prima sezione penale della Corte d'Appello di Bari, con cui la stessa non ha ritenuto manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale promanante dall'art. 44, comma 2, del d.p.r. 380/2001, già art. 19, comma 2, della legge 47/1985, nella parte in cui tale norma impone al Giudice penale, che accerti la lottizzazione abusiva, di disporre la confisca delle opere abusivamente costruite e dei relativi terreni, ciò indipendentemente da un giudizio di responsabilità in cui vengano valutati gli elementi soggettivi riferibili anche a persone estranee ai fatti. Ciò in asserito contrasto con gli artt. 3, 25 comma 2 e 27 della Costituzione.
Il background di una simile lettura vedeva tale interpretazione sorgere solo dopo in 1990.
Nel febbraio dello stesso anno, infatti, la Cassazione a Sezioni Unite[22] qualificava ancora la confisca urbanistica come sanzione penale applicabile unicamente nei confronti del reo, in accordo all'art. 240 c.p., e lasciava fuori dall'ambito della fattispecie il terzo estraneo al reato.
Da lì in poi, si è visto affermarsi progressivamente proprio l'opposto orientamento[23] portato nel 2008 all'attenzione della Corte costituzionale, con una confisca inquadrata all'interno della cornice delle sanzioni amministrative e con una operatività sostanzialmente "reale", cieca scure delle prerogative di chiunque non fosse stato assolto con formula pienamente liberatoria.
A questa situazione di pericolosa incertezza in termini di garanzie, inizia a far eco la decisione di ricevibilità (emessa nell'agosto 2007) della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo della *Causa Sud Fondi ed altre c. Italia*[24], la quale indurrà ad una necessaria rimeditazione ermeneutica la nostra giurisprudenza nazionale.
Ecco che la Corte di Cassazione, nell'ottobre 2008, pur confermando la propria posizione riguardo la qualificazione della confisca urbanistica quale sanzione amministrativa, mostra una breccia nella sua granitica interpretazione pregressa, leggendola quale misura inscindibilmente agganciata ad una riscoperta considerazione dei "necessari requisiti soggettivi di coscienza e volontà dell'agente, e caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa[25]".

[22] Cass. Pen. Sez. Un., 3 Febbraio 1990, N.2720, C. In Giur. It. 1991, Ii, 229, Con Nota Di Annunziata.
[23] V. Tra Le Più Recenti V. Cass. Pen. Iii Sez, 11 Giugno 2008, N.37274, E Di Cass. Pen, Iii Sez., 26 giugno 2008, n.37472.
[24] Deuxième section, décision sur la recevaibilité de la requete n. 75909/01 présesentée par "SUD FONDI srl" et autres contre l'Italie, 30 agosto 2007.
[25] Cass. Pen., Iii Sez., 24 ottobre 2008, n. 42741 (c.d. *caso Silvioli*).

ISSN 2036-7821

Una vittoria di Pirro quella concessa dalla Suprema Corte, figlia della lettura della confisca urbanistica sotto la lente degli art. 2 e 3 della l. 24 novembre 1981, n.689 in tema di modifiche al sistema penale.
Sarà solo nel gennaio 2009 che verrà resa nota alle parti la decisione di Strasburgo riguardo la *Causa Sud Fondi e altre c. Italia*: la Corte Europea dei diritti dell'Uomo condanna lo Stato italiano.
Strasburgo, nel suo pronunciamento nato dalla vicenda degli eco-mostri di "Punta Perrotti" ravvisa nell'ipotesi di confisca irrogata ex art. 44, comma 2, del d.p.r. 380/2001, una sanzione di natura sostanzialmente afflittiva che non tende al ripristino della situazione ex ante, ma piuttosto ad evitare una possibile reiterazione della violazione sottostante[26]. Tale conformazione, al di fuori delle garanzie prescritte dalla piena configurazione della responsabilità penale, costituisce una violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).
La fattispecie concreta, infatti, concerneva un caso di confisca urbanistica disposta nei confronti di soggetti assolti, a seguito di una complessa e prolungata vicenda giudiziaria, per errore inevitabile sul precetto penale, ex art. 5 c.p. come integrato dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale.
La censura mossa dalla Corte prende in considerazione anche l'art. 1 comma 1 della stessa Convenzione, tutelante il diritto di proprietà sproporzionatamente compresso dalla confisca esaminata.
L'Italia torna sconfitta da Strasburgo, con una condanna alle spese, al risarcimento dei danni patrimoniali e con una (inusuale per l'esperienza CEDU) condanna alla refusione dei danni non patrimoniali a favore dei ricorrenti, persone fisiche e persone giuridiche, per i considerevoli pregiudizi agli affari delle società coinvolte[27].
La voce di Strasburgo non può, a questo punto, rimanere inascoltata all'interno dell'ordinamento nazionale, specialmente a memoria delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 che avevano ormai acclarato il ruolo di prim'ordine interpretato dalle norme CEDU garantite dagli articoli 10 e 117 della Carta Costituzionale e rappresentanti parametro interposto nel giudizio di costituzionalità al cospetto del Giudice delle Leggi nel caso di impossibilità di interpretazione conforme da parte del Giudice comune della norma attenzionata per asserita violazione dei principi CEDU.

[26] Testualmente: "*La Cour estime que la confiscation litilieuse se rattachait à une "infraction pénale" fondèe sur des dispositions juridiques gènèrales. (…) la sanction prévue (…) ne tend pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais vise pour l'essentiel à punir pour empecher la réitération de manquements aux condictions fissée par la loi.*" Deuxième section, décision sur la recevabilité de la requete n. 75909/01 - Sud Fondi srl ed altri c. Italia, http://www.echr.coe.int.

[27] V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre c. Italia*, par. 153 ed in tal senso G.Tucci, ult. Op. cit.

ISSN 2036-7821

La Cassazione risponde con la sentenza n.21188 dell'aprile 2009[28], la prima di una serie di pronunzie sensibili al mutato orientamento in ordine alla visione della confisca urbanistica[29].
In tale sentenza la Suprema Corte, prendendo coscienza del richiamo di Strasburgo e non contravvenendo a quanto precedentemente affermato nel *caso Silvioli*[30], sostiene che "per disporre la confisca prevista dal d.p.r. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2 (…) il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente "condannato", in quanto detta sanzione ben può essere disposta allorquando sia comunque stata accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (oggettivo e soggettivo) anche se per una causa diversa, qual è, ad esempio, l'intervenuto ricorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflizione della pena".
È nelle more delle affermazioni della Corte di Strasburgo e di quelle della Cassazione, che giunge la risposta della Corte costituzionale all'incidente di legittimità sollevato dai Giudici di Bari: la questione viene ritenuta inammissibile, nella sentenza n. 239 del luglio 2009, per difetto di rilevanza.
I tempi non sono ancora maturi e difficile e colmo di dubbi risulta un coerente inquadramento sistematico del vero nodo gordiano della querelle riportata: la funzione dell'istituto in esame.

4. Il primo inquadramento teleologico della confisca urbanistica nell'impostazione del T.U. Edilizia.

Una corretta ricostruzione teorica dell'istituto della confisca urbanistica non può non trovare il suo incipit in un'attenta disamina del dato testuale composto dal legislatore.
La lettera della norma di cui all'art. 44 del T.U. Edilizia riproduce puntualmente quanto riportato in precedenza dall'art. 19, comma 2, della l. 28 febbraio 1985, n. 47 e prescrive, sotto la rubrica "Sanzioni penali", che "La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari".
Ciò che immediatamente emerge da una pronta lettura del testo è nettamente la singolarità e l'assolutezza con cui si prescrive l'applicazione della misura ablatoria da parte del giudice penale che accerti la lottizzazione abusiva.

[28] Cass. Pen., Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188.
[29] Cass. Pen., sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078; Cass. Pen., sez. III, 9 luglio 2009, n. 36844; Cass. Pen., sez. III, 25 marzo 2009, n. 20243.
[30] Cass. Pen., III SEZ., 24 ottobre 2008, n. 42741 (c.d. *caso Silvioli*).

ISSN 2036-7821

Doverosa, *sine dubio*, nell'ottica della chiara interpretazione della norma in esame, applicando la logica dell'art.12 delle preleggi, risulta essere la ricostruzione dell'intenzione del legislatore nella configurazione della confisca oggetto della nostra attenzione.

I lavori parlamentari che hanno portato il legislatore delegato alla composizione del testo in esame, disegnano un potere particolarmente intrusivo in mano al giudice penale, figlio di una non semplice composizione degli interessi in gioco al momento della nascita della norma. Se è vero, infatti, che in ossequio al principio di sussidiarietà la configurazione penale di un illecito deve rimanere l'ultima ratio del legislatore garante delle libertà costituzionali, la qualifica della confisca urbanistica quale sanzione amministrativa reale sembrerebbe a distanza di sette lustri ancora attuale[31].

Al momento della genesi dell'allora art.19 della l.47/85, l'alternarsi degli emendamenti nel momento della stesura legislativa fece "saltare" la menzione della "sentenza di condanna" nella definitiva confezione della legge[32].

Vero è che il Governo, successivamente delegato a comporre una armonizzazione ed un coordinamento delle leggi in materia di edilizia mediante la compilazione di un

---

[31] V. in tal senso A. SCARCELLA, Ult. Op. Cit. p.11.

[32] Il testo dell'art.17 del disegno di legge n.833 non veniva prevista alcuna sanzione comminabile da parte del giudice Penale. Esso era così formulato: *"Lottizzazione. Si ha lottizzazione abusiva dei terreni a scopo edilizio quando vengano abusivamente iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni stessi… Nel caso in cui il Sindaco accerti l'effettuazione di lottizzazione a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione, con ordinanza da notificare ai soggetti di cui al terzo comma dell'art. 6 ne dispone la sospensione. 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. Nei successivi novanta giorni il Sindaco, salvo quanto disposto nel successivo comma, dispone con ordinanza da notificare ai soggetti di cui al terzo comma dell'art. 6, l'acquisizione delle aree lottizzate al patrimonio disponibile del Comune. In caso di inerzia del Sindaco si applicano le disposizioni di cui all'ultimo comma dell'art. 6 ...»*. Aperta la discussione sull'art. 17, venivano presentati alcuni emendamenti tra i quali uno (il n. 17.3), così formulato: «*Art. 17-bis: Con la sentenza di condanna il giudice dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati. Tali terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio in disponibile del Comune nel cui territorio è intervenuta la lottizzazione abusiva*». Dopo la presentazione degli emendamenti la seduta della Camera veniva sospesa per consentire alla IX Commissione una "riformulazione" del contenuto dell'art. 17, cosa che il rappresentante del Governo aveva richiesto di effettuare per "conciliare" l'originario testo con gli emendamenti. Alla ripresa della seduta, il primo firmatario dell'emendamento 17.3, chiesta la parola per rendere la dichiarazione di voto, così si esprimeva: «*Questa mia dichiarazione di voto sarà sintetica, poiché sostanzialmente l'emendamento interamente sostitutivo, elaborato dalla Commissione in modo sofferto, recepisce non solo la sostanza, ma la generalità delle osservazioni che noi abbiamo formulato in merito all'art. 17 si tratta di consentire interventi più efficaci di lotta contro la speculazione fondiaria e contro le lottizzazioni abusive… Ebbene, l'aver accettato che il Giudice* ***con la sentenza di condanna****, qualora vi siano lottizzazioni abusive, debba confiscare i suoli soggetti a lottizzazione abusiva, è fatto di grandissima rilevanza*». L'art. 17-bis, rielaborato dalla Commissione che aveva accolto tale emendamento, finiva, però, per essere votato in un testo nel quale era "saltata" l'espressione «sentenza di condanna». L'art. 17-bis, diverrà art. 18 nel testo approvato alla Camera e art. 19 nel testo definitivo approvato dai due rami del Parlamento.

V. in tal senso: B. MANFREDONIA," La *confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale?*" DANNO E RESPONSABILITÀ N. 10/2008, ANNO XIII – OTTOBRE 2008, 1030 e ss.

ISSN 2036-7821

testo unico, non ha colto l'occasione per allineare il quadro sistematico normativo con una chiara determinazione della norma attenzionata, facendo semplicemente confluire quanto scritto all'interno dell'art. 19 nel testo dell'art. 44 T.U. Edilizia e rubricandolo sotto l'insegna (peraltro, non vincolante) "sanzioni penali".
In tal senso, le riflessioni di ordine letterale e sistematico portate avanti dalla giurisprudenza e dalla dottrina hanno da sempre avanzato tesi ora volte ad affermare la natura giuridica della confisca urbanistica quale misura di sicurezza penale patrimoniale obbligatoria, ora quale sanzione amministrativa consegnata al giudice penale in funzione di supplenza.
La configurazione che protende verso la natura penale del provvedimento ablatorio parte dalla considerazione secondo la quale il giudice penale che sia chiamato ad applicare tale misura, al ricorrere degli estremi inveranti il reato di lottizzazione abusiva, lo faccia anzitutto sulla base di un potere autonomo rispetto a quello detenuto dalla P.A., in quanto il territorio comunale risulta presidiato dalla tutela della normativa penale urbanistica[33].
A differenza di quanto avvenga per le misure amministrative "ripristinatorie dell'interesse leso", quali la demolizione o la riduzione in pristino, "preordinate a ripristinare una situazione di legalità materiale, restaurando direttamente un bene o un interesse leso ed eliminando le conseguenze materiali della lesione[34]", la confisca urbanistica non sarebbe preordinata alla modifica della realtà dello stato dei luoghi, quanto piuttosto all'ablazione del diritto di proprietà insistente sugli stessi, così come, la previsione delle misure amministrative reali, sarebbe sempre accompagnata dalla necessità di una sentenza di condanna, non richiesta invece dalla lettera della norma di cui all'art. 44 T.U. Edilizia.
L'art. 31 commi 8 e 9 del d.p.r. 380 del 2001 configura l'ipotesi di confisca con l'esercizio dell'azione penale, a seguito del verificarsi dell'inerzia della P.A., in via del tutto eccezionale e con una differente formulazione rispetto a quella contenuta all'interno dell'art. 44.
Se per l'art. 31 la funzione di supplenza del giudice penale viene disegnata nel caso in cui manchi l'ottemperanza dell'ordine di demolire il manufatto abusivo (e può essere evitata, parimenti, ottemperando allo stesso), per l'art. 44 lo stesso giudice non è affatto chiamato a misurarsi con l'azione della P.A. ma deve agire in forza di un potere asseritamente autonomo al solo riscontro degli elementi caratterizzanti il reato sottostante.

[33] Cass. Pe. Sez. III, 1° ottobre 2008, n. 37274. In tal senso V. anche: S. Vinciguerra, *"Appunti sulla lottizzazione abusiva e confisca"* nota a CASS. PEN., 7 luglio 2004, n.38730, in Giur. It., 2005, p.1913, secondo il quale sarebbe scorretto ipotizzare che la legge abbia designato il Giudice penale quale "supplente" della P.A., determinando una confusione dei ruoli ed una surroga dello stesso nei compiti della P.A. che si sottragga ai propri doveri.
[34] C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce Sanzioni amministrative, in Enc. dir., Milano, 1989, vol. XLI, 355.

ISSN 2036-7821

Riflessioni in tal senso sono, inoltre, sorrette dalla diversa menzione letterale impiegata dal legislatore per le due misure in esame: "acquisizione gratuita al patrimonio disponibile del Comune" per la prima misura, "confisca" per la seconda, facendo trapelare, forse, un riferimento alle altrettanto diverse norme di cui all'art.240 c.p. e all'art. 15 della l. 10/77[35].

Indice dell'autonomia della confisca urbanistica di cui all'art. 44, risulterebbe essere inoltre il diverso perimetro della fattispecie di lottizzazione abusiva prevista dall'art.30 comma 7 T.U. Edilizia, che disegna un illecito amministrativo con un campo più ristretto rispetto all'omologo reato.

[35] Legge 28 gennaio 1977, n. 10. *Norme per la edificabilità dei suoli. (GU n.27 del 29-1-1977)*, ART.15 "Sanzioni amministrative. Il mancato versamento del contributo nei termini di cui al precedente articolo 11 comporta: a) la corresponsione degli interessi legali di mora se il versamento avviene nei successivi trenta giorni; b) la corresponsione di una penale pari al doppio degli interessi legali qualora il versamento avvenga negli ulteriori trenta giorni; c) l'aumento di un terzo del contributo dovuto, quando il ritardo si protragga oltre il termine di cui alla precedente lettera b). La vigilanza sulle costruzioni è esercitata dal sindaco ai sensi dell'articolo 32 della legge 17 agosto 1942, n. 1150. Le opere eseguite in totale difformità o in assenza della concessione debbono essere demolite, a cura e spese del proprietario, entro il termine fissato dal sindaco con ordinanza. In mancanza, le predette opere sono gratuitamente acquisite, con l'area su cui insistono, al patrimonio indisponibile del Comune che le utilizza a fini pubblici, compresi quelli di edilizia residenziale pubblica. L'acquisizione si effettua con ordinanza motivata del sindaco. L'ordinanza è vidimata e resa esecutiva dal pretore nella cui giurisdizione ricade il Comune interessato e costituisce titolo per la trascrizione nei registri immobiliari e per la immissione in possesso. Contro l'ordinanza del sindaco può essere presentato ricorso al tribunale amministrativo regionale competente per territorio. Gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione. Qualora l'opera eseguita in totale difformità o in assenza della concessione contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali ovvero non possa essere utilizzata per fini pubblici, viene demolita a spese del suo costruttore. In caso di annullamento della concessione, qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la riduzione in pristino, il sindaco applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'ufficio tecnico erariale. La valutazione dell'ufficio tecnico è notificata alla parte dal Comune e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa. I contributi, le sanzioni e le spese di cui alla presente legge vengono riscossi con l'ingiunzione prevista dall'articolo 2 del regio decreto 14 aprile 1910, n. 639, che è emessa dal sindaco del Comune interessato. Le opere realizzate in parziale difformità dalla concessione debbono essere demolite a spese del concessionario. Nel caso in cui le opere difformi non possono essere rimosse senza pregiudizio della parte conforme, il sindaco applica una sanzione pari al doppio del valore della parte dell'opera realizzata in difformità dalla concessione. Non si precede alla demolizione ovvero all'applicazione della sanzione di cui al comma precedente nel caso di realizzazione di varianti, purché' esse non siano in contrasto con gli strumenti urbanistici vigenti e non modifichino la sagoma, le superfici utili e la destinazione d'uso delle costruzioni per le quali è stata rilasciata la concessione. Le varianti dovranno comunque essere approvate prima del rilascio del certificato di abitabilità. Le opere eseguite da terzi, in totale difformità dalla concessione o in assenza di essa, su suoli di proprietà dello Stato e di enti territoriali, sono gratuitamente acquisite, rispettivamente, al demanio dello Stato e al patrimonio indisponibile degli enti stessi (salvo il potere di ordinarne la demolizione, da effettuarsi a cura e spese del costruttore entro sessanta giorni, qualora l'opera contrasti con rilevanti interessi urbanistici ed ambientali. In caso di mancata esecuzione dell'ordine, alla demolizione provvede il Comune, con recupero delle spese ai sensi del regio decreto 14 aprile 1910, n. 639. Qualora le opere siano solo parzialmente difformi dalla concessione si applica il disposto dell'undicesimo comma del presente articolo. La sanzione ivi prevista è comminata dallo Stato o dagli altri enti territoriali interessati. È vietato a tutte le aziende erogatrici di servizi pubblici di somministrare le loro forniture per l'esecuzione di opere prive di concessione".

ISSN 2036-7821

Indizio di denuncia di una possibile configurazione quale sanzione penale sarebbe, non da ultimo, il dato letterale che, secondo l'orientamento in parola, ravvisa nella rubrica "sanzioni penali" un dato significativo, insieme alla scelta di unire gli art. 19 e 20 della legge 47 del 1985 nell'unico art. 44 del d.p.r. esaminato, sopprimendo la rubrica del solo art. 19 allora nominata "confisca dei terreni"[36].
Lo studio della filologia ci insegna che se da un documento è possibile trarre diverse interpretazioni, esso sarà scrigno di altrettante diverse verità.
La visione che fa della confisca urbanistica una sanzione di diritto amministrativo, pur ponendosi in contrasto con la precedente, non sconta il prezzo della visione "panpenalistica[37]" dell'ordinamento statuale quale soluzione a problemi cui è possibile dare risposte concilianti, senza forzare le maglie della legislazione penale, *spes contra spem*[38].
Innanzitutto, la precipua funzione teleologica della confisca urbanistica si declina nella traslazione della *res* ablata nel patrimonio del Comune, a differenza di quanto avvenga, invece, per la confisca di natura propriamente penale per cui il bene entra, sempre, a far parte del patrimonio dello Stato.
Tale proiezione soggettiva, ora verso l'autorità locale, ora verso quella centrale, non è priva di significato in quanto si fa portatrice di un interesse che manifesta a sua volta un potere: presupposto della confisca urbanistica è, infatti, il reato di lottizzazione abusiva espressivo di un *vulnus* alla potestà regolamentatrice del territorio affidata al Comune.
A conferma di tale tesi, emerge il rapporto biunivoco inverato dalla possibilità di revoca della confisca stessa: al ricorrere dei presupposti che attivano il potere violato, mediante l'adozione di un piano di recupero urbanistico dell'area lottizzata abusivamente, l'azione dell'autorità amministrativa inibisce il dispiegarsi del provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria, in quanto incompatibile ed emesso in funzione di "supplenza"[39].
È pur vero, però, che tale configurazione rappresenta un vero e proprio *unicum* all'interno della materia dell'edilizia e dell'urbanistica, in quanto a nessuno degli

[36] V. in tal senso Corte D'appello Di Bari, I Sez. Pen., 9 aprile 2008 – Pres. Messina – rel. Mattencini – Cons. Pavese – V. M. e altri con commento di B. MANFREDONIA, con commento di B. MANFREDONIA, Ult. Op. cit.
[37] V. in tal senso G. TUCCI, *"Confisca urbanistica e tutela del mercato tra la Costituzione italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo"*, in Giurisprudenza Italiana, Diritto Civile – Confisca "urbanistica", Marzo 2009, p. 615.
[38] Cfr. Cass. Pen., Sez. Iii, 17 Novembre 2008, N.42741, Pres. Lupo, Rel. Lomabardi; Sez. Iii, 4 Ottobre 2004, N.38728, Lazzara, Rv 229608; Sez. Iii, 22 Settembre 2004, N.37086, Perniciaro, Rv 230032; Sez. Iii, 16 Maggio 1999, N.777, Iacoangeli, Rv 214058 Ed Altre.
[39] Cfr. Sez. Iii N. 200201966, Venuti Ed Altri, Rv 220852; Sez. Iii N. 200012999, Lanza Ed Altri, Rv 218003, Sez. Iii N. 200441757, Pignatiello Ed Altri, Rv 220852.

ISSN 2036-7821

altri "illeciti amministrativi" corrisponde una misura ablatoria della proprietà assoluta come la confisca[40].

Se è chiaro che componente preponderante della sanzione amministrativa è il "ripristino" dell'ordine violato, ciò risulta essere perfettamente in linea con quanto prescritto dall'art. 31 c. 9 T.U. Edilizia in ordine alla necessaria "demolizione" del manufatto abusivo costruito in sfregio alla altrettanto necessaria autorizzazione amministrativa.

A tal riguardo, le Sezioni Unite[41] hanno chiarito che la confisca irrogata dal giudice penale, quale misura ablatoria, non possa mai essere disposta in ordine ad opere realizzate in assenza della prescritta concessione, stante a tal uopo la diversa misura amministrativa della demolizione, attribuita alla competenza della pubblica amministrazione.

A conferma di ciò, basti prendere in esame la diversa (ma parallela) fattispecie dell'acquisizione gratuita dell'area incisa da abusivismo edilizio. Essa, a ben vedere, non è conseguente all'illecito in sé considerato, ma discende dalla mancata ottemperanza dell'ordine di demolizione dell'opera indicata e pertanto, non può (come ha chiarito la Corte costituzionale[42]) colpire il proprietario del bene se estraneo all'esecuzione dell'opera abusiva e se non abbia la materiale disponibilità., ferma l'esecuzione della demolizione da parte del Comune.

In tale campo, dunque, il potere del giudice penale -è ribadito- trova posto se e, solo se, vi sia una norma speciale che lo prescriva, e tale norma è l'art. 44 T.U. Edilizia, che si configura (parallelamente all'ordine di demolizione di cui all'art. 31 comma 9) come sanzione amministrativa accessoria applicata dal giudice penale in "supplenza" rispetto alla previsione di cui agli art. 30 commi 7 e 8, configuranti l'acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del Comune[43].

L'argomentazione portata avanti da chi propende per la natura penale della confisca urbanistica la fa riconnettere al generale istituto della confisca ex art. 240 c.p.[44].

---

[40] V. in tal senso, A. SCARCELLA, "Lottizzazione abusiva, confisca e buona fede dei proprietari estranei al reato: revirement della Cassazione?", commento a Cassazione Penale, sez. III, 17 novembre 2008, Pres. Lupo, Rel. Lombardi, Urbanistica e appalti 3/2009, p. 373.

[41] Cass. SSUU., 30 aprile 1983, n. 7846.

[42] Corte Cost., 15 luglio 1991, n.345.

[43] V. in tal senso S. SCARCELLA, Ult. Op. cit., p. 376.

[44] Art. 240 c.p. recita che "Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto. È sempre ordinata la confisca:

1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato;

1-bis) dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615 ter, 615 quater, 615 quinquies, 617 bis, 617 ter, 617 quater, 617 quinquies, 617 sexies, 635 bis, 635 ter, 635 quater, 635 quinquies, 640 ter e 640 quinquies nonché dei beni che ne costituiscono il profitto o il prodotto ovvero di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il colpevole ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto, se non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prodotto diretti;

ISSN 2036-7821

Vero è che la lettera della norma di cui all'art. 44 prescrive la possibilità di applicazione della sanzione in esame anche con sentenza assolutoria o di improcedibilità, fatta eccezione per la insussistenza del fatto[45], ma altrettanto vera risulta essere l'applicabilità della stessa nel caso di patteggiamento[46], esclusa per la confisca ex art. 240 c.p.

La tesi di maggior spessore in ordine alla diversa natura ontologica della confisca ex art. 240, rispetto a quella ex art. 44 T. U. Edilizia, ne sottolinea la fisiologica differenza dell'oggetto: il terreno inciso dalla lottizzazione abusiva non presenta i tipici caratteri di intrinseca pericolosità che si ravvisano nelle ipotesi contemplate dall'art. 240 c.p.; la sua illiceità deriva da una specifica destinazione dello stesso che è antigiuridica[47].

Rispetto alla confisca facoltativa ex art 240 c.p. comma 1, incidente le cose utilizzate per commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, essa è obbligatoria a prescindere dalla presenza o meno della condanna.

In raffronto alla confisca obbligatoria ex art. 240 c.p. comma 2, n.2, pur essendo entrambe operanti in assenza di condanna, l'ipotesi ex art. 44 T. U. Edilizia non riguarda una res intrinsecamente criminosa la cui fabbricazione, detenzione, alienazione, l'uso o il porto costituiscono reato. Il terreno abusivamente lottizzato è tale, come già ribadito, in quanto è la sua destinazione ad essere antigiuridica e nessuna autorizzazione amministrativa può rimuovere tale condizione. Sarà, a tal uopo, necessario un diverso provvedimento di rango superiore: un piano di risanamento urbanistico.

Anche la disciplina del sequestro preventivo ex art. 321[48] è letta come applicabile alla confisca in tanto quanto derivante dall'applicazione dell'art. 240, ma tale assunto non sembrerebbe trovare giustificazione ermeneutica.

---

2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna.

Le disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1-bis del capoverso precedente non si applicano se la cosa o il bene o lo strumento informatico o telematico appartiene a persona estranea al reato. La disposizione del numero 1-bis del capoverso precedente si applica anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

La disposizione del numero 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.

[45] Giurisprudenza costante: Cass. Sez. Iii, 5 marzo 2008, n.9982, in Ced Aass. 238984; cass. Sez. III, 23 settembre 200, n. 41757, in Ced Cass. 230313; Cass. Sez. Iii 24 febbraio 1999, n. 777, in ced. Cass. 214058, in riv. Pen. 1999, 543;

[46] cfr. Cass. Sez. Iii, 7 luglio 2004, n. 37086, in ced. Cass. 230031; cass. Sez. Iii, 7 luglio 2004, n. 38728, in ced. Cass. 229609.

[47] V. in tal senso A. SCARCELLA, Ult, op. cit., p.374.

[48] L'art. 321 c.p.p. prescrive che: "1. Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari. 2. Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca. 2-bis. Nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca. 3. Il sequestro è immediatamente revocato a richiesta

ISSN 2036-7821

L'ipotesi contemplata dall'art. 321 comma 2 c.p.p. si riferisce alla confisca in quanto tale e dunque anche alla confisca urbanistica e ciò per ragioni di ordine storico e teleologico.
Innanzitutto, il codice di rito disegna il sequestro come una misura legata da un nesso di strumentalità necessaria alla confisca, come è possibile evincere dalla lettera della norma: "Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca".
Inoltre, nonostante la differente natura giuridica della confisca urbanistica rispetto a quella propriamente penale, esse sono accomunate dalla medesima finalità cautelare: l'una protegge la pubblica potestà di programmazione del territorio, l'altra sottrae alla pericolosa disponibilità del reo le cose pertinenti al reato.
Ecco che il sequestro preventivo ex art. 321 comma 2 c.p.p. mira a soddisfare le esigenze cautelari di entrambe le ipotesi di confisca: urbanistica e codicistica[49].
Non da ultimi risultano tuttora interessanti, al fine della qualificazione in senso amministrativistico della confisca urbanistica, i caratteri enucleati dalla Corte di Cassazione in una sua nota pronunzia[50] in merito alle conseguenze applicative dell'istituto: la prima è quella di prospettare la perdita della proprietà sui beni oggetto di lottizzazione, la seconda è quella di evitare che la sanzione non venga applicata a causa del disinteresse degli amministratori locali, la terza è quella di non permettere che gli stessi amministratori siano sottoposti a pressioni in relazione ad eventuali possibili sanatorie e la quarta è quella di permettere che il Comune utilizzi le aree acquisite senza i condizionamenti di coloro che su quei beni conserverebbero altrimenti interessi diretti[51].

---

del pubblico ministero o dell'interessato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato, che è notificato a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. Se vi è richiesta di revoca dell'interessato, il pubblico ministero, quando ritiene che essa vada anche in parte respinta, la trasmette al giudice, cui presenta richieste specifiche nonché gli elementi sui quali fonda le sue valutazioni. La richiesta è trasmessa non oltre il giorno successivo a quello del deposito nella segreteria. 3-bis. Nel corso delle indagini preliminari, quando non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero. Negli stessi casi, prima dell'intervento del pubblico ministero, al sequestro procedono ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, nelle quarantotto ore successive, trasmettono il verbale al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito. Questi, se non dispone la restituzione delle cose sequestrate, richiede al giudice la convalida e l'emissione del decreto previsto dal comma 1 entro quarantotto ore dal sequestro, se disposto dallo stesso pubblico ministero, o dalla ricezione del verbale, se il sequestro è stato eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria. 3-ter. Il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3-bis ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta. Copia dell'ordinanza è immediatamente notificata alla persona alla quale le cose sono state sequestrate".

[49] V. in tal senso: A. SCARCELLA, Ult. Op. Cit., p. 377.

[50] Cass. Sez. III Pec. 12 aprile 2007, N. 21125.

[51] Da Cass., sez. III, Pen. in Sent. n. 21125 del 12 aprile 2007, secondo cui "Sulla base di queste premesse la Corte ritiene che la confisca in esame costituisca un provvedimento ablativo radicale, nelle forme e nelle conseguenze. Tale caratteristica, lo si ripete, è perfettamente in linea con il giudizio del legislatore circa l'estrema

ISSN 2036-7821

PARTE II - Il dialogo interordinamentale e le prospettive di tutela del terzo

1. Il dispiegarsi della confisca urbanistica nella realtà fenomenica: i soggetti terzi ed il richiamo delle garanzie CEDU.

Il vero benchmark di ogni qualificazione giuridica è razionalmente determinato dal dinamico dispiegarsi di tale inquadramento nella concreta realtà in cui l'istituto è fisiologicamente operante.

Per la confisca urbanistica, ogni etichetta si misura necessariamente con due categorie di soggetti: i terzi estranei al reato incisi dalla misura e le parti del processo assolte con formula diversa da quella dell'insussistenza del fatto.

La sensibilità verso le istanze dell'una e dell'altra categoria è figlia di una evoluzione ermeneutica non indifferente al fattore cronologico ed a quello di influenza inter-ordinamentale.

Innanzitutto, la confisca urbanistica disegnata dal T.U. Edilizia si qualifica come una sanzione *sui generis* in quanto dispiegante una efficacia assolutamente reale.

Nasce come indifferente alle istanze dei terzi proprietari estranei al reato incisi dalla misura ablatoria, indipendentemente dal fatto che essi abbiano avuto o meno la possibilità di conferire circa la propria posizione in giudizio: al solo ricorrere degli estremi inveranti il reato di lottizzazione abusiva, il giudice penale, nella lettura prospettata, dichiara la confisca delle aree e dei manufatti illegalmente lottizzati e ne decreta la immediata traslazione della proprietà ai Comuni, lasciando i terzi nella posizione di poter ricorrere unicamente al rimedio risarcitorio in sede civile, da azionare contro chi si sia macchiato dell'illecito[52].

Tale conformazione, assoluta e indiscriminata, è stata ed è origine di quelle visioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno dipinto, come noto, la confisca urbanistica con i toni della sanzione penale.

In particolare, proprio la mancanza di rilievo di qualsivoglia giudizio di responsabilità nei confronti dei soggetti terzi estranei al reato di lottizzazione abusiva

---

gravità delle condotte di lottizzazione in relazione al bene protetto, e si spiega anche con le correlate finalità che la confisca viene così ad acquisire. Il fatto che, senza discrezionalità alcuna, la proprietà dei terreni e dei beni lottizzati venga trasferita dai privati al patrimonio del Comune assomma in sé, a ben vedere, numerose conseguenze di grande interesse. La prima è quella di prospettare ai privati un rischio elevatissimo: la perdita della proprietà sui beni oggetto di lottizzazione, e quindi dovrebbe costituire un forte elemento di deterrenza. La seconda è quella di evitare che la sanzione possa essere in concreto non applicata e/o non eseguita a causa di incuria o boicottaggio da parte degli amministratori locali. La terza è quella di evitare che questi ultimi siano sottoposti alle pressioni dei destinatari della confisca affinché' vengano assunti, ancorché' ex post, provvedimenti in sanatoria, con il pericolo di forzature e distorsioni delle politiche di gestione del territorio e, se si vuole, evitandosi in tal modo anche i rischi di attentati alla lealtà e correttezza dell'azione amministrativa. La quarta conseguenza, non meno importante è l'attribuzione al Comune della libertà di utilizzare l'area e gli eventuali manufatti senza subire i condizionamenti di coloro che su quei beni altrimenti conserverebbero aspettative e interessi diretti".

[52] V. in tal senso Cass. Pen., 7 Luglio 2004, N.38728, In Dir. Giust. 2004, P.45.

ISSN 2036-7821

ha determinato la questione di asserito contrasto dell'art. 44 T.U. Edilizia con gli art. 3, 25 comma 2 e 27 della Costituzione[53].

Un sistema che possa definirsi garantista delle libertà costituzionali e dei diritti fondamentali riconosciuti e tutelati considera imprescindibile la distinzione delle conseguenze di una condotta criminosa da quelle di chi abbia agito in buona fede non partecipando alla condotta stessa e osservando tutte le regole che il mercato impone.

Tale tensione era stata più volte allentata dalla Suprema Corte, specialmente in ordine alla possibile violazione, ora dell'art. 27 Cost., in merito alla personalità della responsabilità penale, alla luce della lettura della confisca urbanistica quale sanzione amministrativa, ora dell'art. 42 Cost., "in quanto stante la funzione sociale della proprietà privata nel contrasto tra l'interesse collettivo alla corretta pianificazione territoriale e quello del privato è ragionevole la prevalenza del primo[54]".

Ma i venti che hanno segnato il cambiamento della lettura in ordine alla posizione dei terzi, rimangono indubbiamente quelli provenienti da Strasburgo.

È proprio al richiamo dei Giudici d'oltralpe[55] che la giurisprudenza interna, chiamata a rispondere della qualificazione in chiave penale dell'istituto sotto la lente CEDU dell'art. 7, deve ricostruire l'unità sistematica non negando la propria posizione in ordine alla confisca urbanistica quale sanzione amministrativa.

È in tale passaggio che inizia ad invertire la propria tendenza[56] rispetto alla posizione dei soggetti terzi, rispetto al principio di proporzionalità e, prima ancora, rispetto a quello di legalità.

Accertata la lottizzazione abusiva, è possibile individuare cinque categorie di soggetti[57] in relazione ad essa:

- l'imputato condannato;
- l'imputato prosciolto per prescrizione del reato o altra causa di estinzione;
- l'imputato prosciolto per difetto dell'elemento psicologico;
- il terzo rispetto al processo di cui non sia necessario accertare la buona fede;
- il terzo di buona fede.

La Corte di Cassazione, a partire dal *caso Silvioli*, ha avuto modo di chiarire la non applicabilità della confisca urbanistica "ai soggetti estranei alla commissione del reato e dei quali sia stata accertata la buona fede" riferendosi, dunque, non solo ai terzi di buona fede ma anche agli imputati assolti per difetto dell'elemento

[53] Il riferimento è all'ordinanza della Corte d'Appello di Bari, Sez. I Pen., 9 aprile 2008 – Rimessione alla Corte Costituzionale.

[54] Cass. pen. III Sez., 27 gennaio 2005, N.10037.

[55] Il riferimento è alla decisione interlocutoria SEZ. II, 30 AGOSTO 2007, *Caso Sud Fondi Srl E Altri C. Italia*, Ricorso N. 75909, Confermata Dalla Sentenza CEDU, SEZ. II, 20 GENNAIO 2009.

[56] Il riferimento è alla sentenza della Cass. Pen., Sez. Iii, 17 Novembre 2008, N. 42741.

[57] Una puntuale ricostruzione è offerta in tal senso da: C. ANGELILLIS, "*Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti*", in Cass. Pen. N.06/2009, P. 2569.

ISSN 2036-7821

psicologico, nel solco di quella giurisprudenza di legittimità[58] che, invertendo l'onere della prova, ha chiesto a coloro i quali fossero rimasti fuori dal processo, che non vogliano subire la confisca della *res*, di provare il proprio affidamento incolpevole.
Per ciò che concerne la posizione dell'imputato prosciolto, la Corte distingue tra il soggetto di cui sia stata accertata la buona fede e quello di cui si sia accertata la responsabilità, ma per il quale non si sia giunti ad una condanna per l'operare di una causa estintiva della fattispecie di reato, quale la prescrizione.
Orbene, la Suprema Corte ha ritenuto in tale ipotesi che la confisca urbanistica, in quanto sanzione amministrativa e non propriamente penale, sia comunque applicabile sia nei confronti degli imputati condannati, che nei confronti di quelli prosciolti per estinzione del reato, ma anche nei confronti dei terzi di cui non si sia accertata la buona fede.
Tale configurazione dell'operare dell'istituto osservato è pienamente nel solco della sua definizione in senso amministrativistico e non nega il principio personalistico, ma lo conferma in accordo alla formulazione degli art. 2 e 3 della l. 689 del 1981[59].
In particolare, non occorre ricorrere alla qualificazione penale della confisca urbanistica per affermarne la necessaria interessenza personalistica.
Esistono, infatti, due tipi di sanzione amministrativa:
- quella in senso stretto, che al ricorrere della responsabilità nella violazione della norma, punisce l'autore dell'illecito;

[58] Corte Costituzionale, 10 gennaio 1997, n.1, secondo la quale «È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27, comma 1, Cost., l'art. 301, comma 1, d.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43 (Approvazione del t.u. delle disposizioni legislative in materia doganale), come modificato dall'art. 11 l. 30 dicembre 1991, n. 413, nella parte in cui non consente alle persone estranee al reato di provare di avere acquistato la proprietà delle cose ignorando senza colpa l'illecita immissione di esse sul mercato, in quanto - posto che dalla giurisprudenza costituzionale emerge il generale principio secondo cui deve escludersi, in ossequio al canone della personalità della responsabilità penale, che la misura della confisca obbligatoria possa investire la cosa appartenete al terzo estraneo al reato di contrabbando, quando questi dimostri di esserne divenuto proprietario senza violare alcun obbligo di diligenza, e quindi in buona fede - se gli interessi dello Stato connessi all'esercizio della potestà tributaria possono ricevere un àmbito di tutela privilegiata anche nei confronti del terzo sul piano processuale, sicché può risultare non irragionevole una deroga al vigente principio secondo il quale la buona fede è generalmente presunta in materia di acquisti di beni mobili -, tuttavia la posizione del terzo, che abbia compiuto il suo acquisto in buona fede e senza che esistessero elementi idonei a far sorgere sospetti circa la provenienza (illecita) del bene, deve ritenersi protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, il quale comporta necessariamente - risultando, altrimenti, violato il canone della personalità della responsabilità penale - che il terzo sia abilitato a dimostrare la propria buona fede nell'acquisto».

[59] L. 24 novembre 1981, n. 689 Modifiche al sistema penale. (GU n.329 del 30-11-1981 - Suppl. Ordinario) Art.2 (Capacità di intendere e di volere) "Non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i diciotto anni o non aveva, in base ai criteri indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere, salvo che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa o sia stato da lui preordinato. Fuori dei casi previsti dall'ultima parte del precedente comma, della violazione risponde chi era tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto." Art.3 (Elemento soggettivo) "Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa."

ISSN 2036-7821

- quella che è stata definita come "*misura di sicurezza amministrativa*[60]" e che è legata al ripristino "*di una situazione di legalità materiale, restaurando direttamente un bene o l'interesse leso e eliminando le conseguenze materiali della lesione*[61]".

Tali diverse tipologie di sanzioni seguono una differente funzione al pari di quanto è possibile ravvisare in ambito penale per la confisca della res intrinsecamente illecita e quella inverante una sanzione di natura afflittiva.

La definizione della confisca urbanistica quale sanzione amministrativa non ne nega dunque la natura e, pur essendo stata definita dalla giurisprudenza tradizionale quale sanzione amministrativa reale, resta coerente al principio personalistico seppur in maniera differente rispetto a quello di "responsabilità propria[62]", perfettamente in linea con quanto affermato dalla Cassazione in ordine "all'esistenza di una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi di coscienza e volontà dell'agente, e caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa[63]".

Strasburgo richiama l'Italia, oltre che per la violazione dell'art.7, anche riguardo il mancato rispetto dell'art.1 comma 1 della CEDU, asserendo che la disciplina della confisca urbanistica, promanante dal caso sottoposto al suo sindacato, riveli un istituto non garante della tutela della proprietà in quanto sproporzionatamente opprimente la stessa.

Il principio di proporzionalità nelle misure ablatorie patrimoniali trova tutela all'interno del nostro ordinamento, prima che nelle norme CEDU, nel dettato della Carta Costituzionale ed in particolare nell'art. 43.

La Corte di Cassazione chiarisce la differenza fra l'espropriazione per pubblico interesse, che presuppone un necessario indennizzo, e la confisca urbanistica operata nei confronti dei soggetti terzi, avente una differente configurazione.

In particolare le due fattispecie hanno una diversa natura ontologica.

Nell'espropriazione per pubblica utilità, la P.A. sceglie sulla base di valutazioni autonome un bene la cui sottrazione al privato, non solo risulta suffragata dal soddisfacimento di un interesse pubblico alla realizzazione di un'opera che costituisce un valore aggiunto per la comunità, ma trova proprio in tale valore aggiunto la giustificazione economica nella corresponsione dell'indennizzo al proprietario privato del suo bene, stante alla base di tale meccanismo il necessario sinallagma dell'onerosità degli scambi all'interno del nostro ordinamento, giustificante ogni spostamento patrimoniale e che trova il suo alter ego nell'istituto generale civilistico dell'ingiustificato arricchimento ex art. 2041.

Al contrario, nel caso della confisca urbanistica, lo spostamento della res oggetto di ablazione è giustificato dalla violazione di una norma e tende al rispristino del bene

[60] C. ANGELILLIS, Ult. Op. cit., p. 2570.
[61] C.E PALIERO, A. TRAVI, voce Sanzioni amministrative, cit., 355.
[62] In tal senso, C. ANGELILLIS, Ult. Op. cit., p. 2571.
[63] Cass. pen., III Sez., 24 ottobre 2008, n. 42741 (c.d. *caso Silvioli*).

ISSN 2036-7821

giuridico violato: la riserva pubblica di programmazione territoriale in mano alla potestà dell'ente locale.
Ecco perché il terzo di buona fede ha visto inquadrare la propria posizione più che nella figura dell'indennizzo in quella del risarcimento.
A chi muova l'obiezione[64] circa la mancanza di coerenza sistematica fra la tutela offerta al terzo nel caso dell'ordine di demolizione a fronte dell'abusivismo edilizio (dove terzo incolpevole sia il proprietario, e autore dell'illecito sia il conduttore del bene) e quella offerta nel caso di confisca urbanistica, a fronte del più grave reato di lottizzazione abusiva, si oppone una errata ricostruzione sistematica.
Vero è che il proprietario del bene deve subire la demolizione dello stesso a fronte dell'abusivismo perpetrato dal conduttore, ferma la sua non ottemperanza all'ordine di demolizione, ma comunque non subirà l'ablazione della sua proprietà.
In questo caso la demolizione ha una funzione sia ripristinatoria che punitiva se accompagnata dall'acquisizione gratuita ma se, e solo se, vi sia coincidenza fra l'autore dell'illecito ed il proprietario della res[65].
Nel caso della confisca urbanistica, ferma la più grave offensività del reato sottostante (la lottizzazione abusiva), la conseguenza risulta essere non meno grave, in quanto la confisca riguarda la res rappresentante il *vulnus* ma se, e solo se, vengano ravvisati nella condotta dell'autore i caratteri di coscienza e volontà connaturati alla sanzione amministrativa; come nel caso dell'abusivismo edilizio, la funzione punitiva si accompagna a quella ripristinatoria dell'interesse leso a fronte della sussistenza dell'elemento personalistico.

2.La configurazione della posizione dei terzi e la funzione ripristinatoria delle ipotesi di confisca nella tradizione della Corte costituzionale.
L'evoluzione sin qui tratteggiata, vede l'istituto della confisca urbanistica nascere sotto gli astri delle sanzioni amministrative di tipo reale e crescere gradualmente, anche sotto la spinta della diversa lettura d'oltralpe in senso penalistico, fino ad aprirsi alle istanze dei soggetti terzi originariamente incisi dalla misura ablatoria, ma privi di una tutela pregnante.
La visione di una possibile interpretazione costituzionalmente orientata in accordo alla qualificazione della confisca urbanistica quale sanzione amministrativa trova conferma nella sua declinazione in chiave ripristinatoria.

[64] In tal senso C. ANGELILLIS, Ult. Op. cit., p.2576.
[65] In tal senso Corte Cost. 15 luglio 1991, n.345, che, con riferimento all'art. 7 della l. n. 47 del 1985 ha chiarito che "la funzione ripristinatoria dell'interesse pubblico violato dall'abuso sia pur ristretta alla sola possibilità della demolizione, rimane affidata al potere-dovere degli organi comunali di darvi esecuzione d'ufficio. E ciò senza che a tal fine necessiti la preventiva acquisizione dell'area che, se di proprietà del terzo estraneo all'abuso, deve rimanere nella titolarità di questi, anche dopo eseguita d'ufficio la demolizione".

ISSN 2036-7821

In particolare, la Corte si è sempre occupata della lettura costituzionalmente coerente della generale misura della confisca rispetto alla posizione dei terzi di buona fede, seppur con esiti non sempre concilianti la loro piena tutela.
In due sentenze del 1961 e del 1964[66], il Giudice delle leggi ha ammesso la compatibilità della confisca operante nei confronti dei terzi estranei con una funzione ripristinatoria e riparatoria ed una natura propriamente amministrativa e non penale, ferma comunque la possibilità di una confisca operante nei confronti del terzo incolpevole anche in campo penalistico "per le cose nelle quali sia insita una illiceità oggettiva in senso assoluto" "che devono essere confiscate presso chiunque le detenga a qualsiasi titolo"[67].
Il problema relazionale dell'operare della confisca nei confronti dei soggetti terzi, non viene purtroppo chiaramente mai risolto in maniera univoca da parte del legislatore che notoriamente in funzione di sanzioni fisiologicamente differenti, come la confisca penale ex art. 240 c.p. e la confisca amministrativa ex art. 213 del codice della strada[68] adotta simili formule terminologiche.
In entrambe le ipotesi i soggetti di buona fede saranno incisi dalla misura ablatoria: in un caso per l'intrinseca illiceità della res, nell'altro se il veicolo non sia oggettivamente idoneo alla circolazione o per l'alterazione delle caratteristiche tecniche del mezzo o ancora, per l'impossibilità di regolarizzare il documento di circolazione non valido[69].
Ecco che la confisca, penale o amministrativa, risulta sempre preordinata ad impedire l'ulteriore prosecuzione dell'illecito, in linea con la sua funzione preventiva.
Ma il vero banco di prova, come è possibile comprendere dalla digressione sin qui condotta, è sempre costituito dalla comprensione di una caratteristica su tutte: la confisca urbanistica è vocata davvero ad una funzione ripristinatoria?

[66] V. A. ANGELILLIS, Ult. Op. cit., p. 2577, che propone una lettura delle sentenze a cui ci si riferisce, la n. 46 del 1964 e la n. 29 del 1961 secondo cui ha natura amministrativa la confisca che "incide obiettivamente sui beni ovunque e presso chiunque si trovino".

[67] Corte Cost. Sent. N. 229 del 17 luglio 1974 e n. 1 del 10 gennaio 1997.

[68] Dlgs. 30 aprile 1992 n. 2

85, Codice della strada, Art. 213 (Misura cautelare del sequestro e sanzione accessoria della confisca amministrativa) 1. Nell'ipotesi in cui il presente codice prevede la sanzione accessoria della confisca amministrativa, l'organo di polizia che accerta la violazione provvede al sequestro del veicolo o delle altre cose oggetto della violazione facendone menzione nel verbale di contestazione della violazione. (…) 4. È sempre disposta la confisca del veicolo in tutti i casi in cui questo sia stato adoperato per commettere un reato, diverso da quelli previsti nel presente codice, sia che il reato sia stato commesso da un conducente maggiorenne, sia che sia stato commesso da un conducente minorenne. (…) 9. La sanzione stabilita nel comma 1 non si applica se il veicolo appartiene a persone estranee alla violazione amministrativa (…).

[69] C. Cost. n. 371 del 27 ottobre 1994; n. 349 del 21 novembre 1997; n.435 del 23 dicembre 1997, come evidenzia C. ANGELILLIS, Ult. Op. cit. p. 2578.

ISSN 2036-7821

In ordine alla qualificazione di una res come illecita, al di là di ogni tutela accordabile ai terzi in caso di confisca, bisogna confrontare innanzitutto le caratteristiche del bene stesso, con quelle che normalmente esso dovrebbe presentare.
Tale confronto si deve operare nel momento in cui si rilevi l'illecito e non riguardo ad una possibile modifica, intrinseca o estrinseca, delle caratteristiche della res in un momento differente rispetto al rilievo.
Inoltre, questa valutazione deve essere condotta in relazione alla normativa vigente, nel senso che non rilevano possibili modifiche normative future[70].
Le considerazioni appena esposte ci fanno comprendere come la destinazione del terreno inciso da lottizzazione abusiva sia antigiuridica tanto da averne reso irreversibile la condizione e ineludibile l'ablazione della proprietà.
La funzione ripristinatoria della confisca urbanistica si determina come la sola in grado di riparare il *vulnus* determinato dal reato di lottizzazione abusiva al corretto assetto del territorio.
Non basterebbe una autorizzazione amministrativa per superare una lottizzazione abusiva, in quanto la stessa è atta ad eliminare un ostacolo alla normale fruizione di un diritto soggettivo.
Differentemente un piano di risanamento urbanistico, incidendo sul regime di circolazione del bene, sarebbe l'unico strumento in grado di variare le condizioni di liceità dello stesso.
Stante, infine, la specifica destinazione criminosa del terreno, non occasionale e non redimibile, l'unica logica soluzione disegna una confisca che acquista la sola funzione che la renda utilmente operante: quella ripristinatoria.
Come sosteneva Celso *scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem.*
L'impostazione descritta, in realtà, non viene tradita a distanza di 50 anni dalla Corte costituzionale nella sentenza del 24 luglio 2009 n. 239, in merito all'inammissibilità della questione di legittimità proposta dalla Corte d'appello di Bari, con l'ordinanza del 9 aprile 2008, riguardo la violazione degli art. 3, 25 secondo comma e 27 primo comma della Costituzione da parte dell'art. 44 comma secondo del d.p.r. n.380/2001.
Il giudice a quo, prendendo in esame le considerazioni avanzate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel ricorso n. 75909/01, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia, asserisce l'incostituzionalità dell'articolo dedicato alla confisca urbanistica "nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti".
I giudici della Consulta, pur respingendo la questione, concentrano la loro analisi su quei punti dell'ordinanza di rimessione che non permettono di giungere all'esegesi del conflitto sollevato.

[70] V. in tal senso C. ANGELILLIS, Ult. Op. Cit., p. 2582.

ISSN 2036-7821

In particolare, pur declinando l'ipotesi interpretativa opposta dall'Avvocatura dello Stato in merito all'inammissibilità della questione per mancata menzione dell'art. 117 Cost. (unico ponte a dire della stessa per giungere alla riflessione sul problema proposto) respingono quanto sostenuto dall'autorità rimettente sulla base di plurime considerazioni di ordine prevalentemente formale.
Innanzitutto, avallando preliminarmente l'ammissibilità della disamina in relazione ai soli articoli addotti, rilevano il mancato accertamento del reato presupposto di lottizzazione abusiva sottolineando l'omissione di una completa descrizione della fattispecie, senza la quale "la confisca non potrebbe, in ogni caso, essere disposta[71]".
Secondariamente, rilevano l'infruttuoso accostamento delle persone estranee ai fatti e degli imputati di cui non sia stata accertata la penale responsabilità, rammentando a tal proposito la differenza intercorrente tra gli stessi chiarita sin dalla sentenza n. 85 del 2008, in cui la Corte aveva avuto modo di affermare l'ammissibilità di pronunzie di proscioglimento che "pur non applicando una pena, comportano, in diverse forme e gradazioni, un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo".
La menzione non celata è quella riguardante la prescrizione.
Inoltre, la Corte d'appello di Bari, pur mantenendo quale parametro fondamentale la pronunzia CEDU del 30 agosto 2007, non avrebbe argomentato sufficientemente le possibili analogie presenti con il caso attenzionato soprattutto in relazione all'attribuita natura di "pena" della confisca in esame.
Da ultimo, la Consulta sottolinea la mancanza di qualsivoglia tentativo di adeguamento ermeneutico volto al superamento dell'aporia rilevata.
La Corte costituzionale rimanda, dunque, in tale emblematica occasione il proprio intervento[72] non pronunciandosi sostanzialmente sul merito del contrasto proposto ma non negando, allo stesso tempo, la visione da sempre affermata.

3. Le soluzioni di tutela offerte al privato nel quadro del diritto "vivente" ante Varvara.
Eccetto i casi di condanna dell'imputato per lottizzazione abusiva o di assoluzione con formula piena dello stesso, il problema di tutela di coloro i quali siano assolti per prescrizione, piuttosto che "perché il fatto non costituisce reato", si affianca a quello riguardante il terzo estraneo.
Nella prospettiva proposta dalla giurisprudenza, il gap fattuale, emergente dalla ablazione del bene oggetto di confisca nei confronti di tali soggetti, si giustifica nella

[71] Corte Costituzionale, Sentenza n. 239/2009.
[72] Per una ricostruzione sistematica del contenuto della sentenza n. 239/2009 della Corte Cost. V. A. SCARCELLA – A. BUZZEGOLI, *"La tutela penale del territorio e del paesaggio. Condono edilizio ed ambientale"*, in "Fatto e diritto", Giuffrè, 2009, p. 235-239.

ISSN 2036-7821

natura non penale ma amministrativa della misura comminata, con evidenti tensioni in termini di compatibilità costituzionale[73].

In particolare, per il terzo estraneo al processo emerge l'onere, prima che la confisca urbanistica diventi definitiva a favore del Comune, della richiesta di sequestro preventivo ex art. 321 comma 3°[74], secondo il quale lo stesso terzo, ponendosi quale proprietario legittimo del bene inciso dal provvedimento cautelare, può richiederne la revoca.

È bene sottolineare il concetto di onere gravante in tale fase sul terzo: qualsivoglia azione, spettante in forza di una responsabilità contrattuale o extracontrattuale esperibile nei confronti dei responsabili, passa necessariamente per l'evitare il concorso nel fatto colposo del creditore, infatti "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza" secondo il disposto del 2° comma dell'art. 1227, richiamato in tema di risarcimento del danno dall'art. 2056.

L'eventuale inerzia nella richiesta di revoca del sequestro, può ben qualificarsi come mancanza di diligenza del terzo proprietario del bene nei confronti del soggetto responsabile del risarcimento.

In tale contesto giurisprudenziale e normativo, posta la preclusione di ogni possibilità per il terzo di far valere la propria estraneità al reato, anche in sede di incidente di esecuzione, quella della tutela risarcitoria rimane, non solo per l'imputato assolto con formula non piena, l'unica impervia strada da percorrere.

---

[73] Per una completa ricostruzione in tal senso V. G. TUCCI, Ult. Op. Cit., p. 625-628;

[74] Art. 321 c.p.p.: "*1.* Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari. *2.* Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca. *2-bis.* Nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca. *3.* Il sequestro è immediatamente revocato a richiesta del pubblico ministero o dell'interessato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato, che è notificato a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. Se vi è richiesta di revoca dell'interessato, il pubblico ministero, quando ritiene che essa vada anche in parte respinta, la trasmette al giudice, cui presenta richieste specifiche nonché gli elementi sui quali fonda le sue valutazioni. La richiesta è trasmessa non oltre il giorno successivo a quello del deposito nella segreteria. *3-bis.* Nel corso delle indagini preliminari, quando non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero. Negli stessi casi, prima dell'intervento del pubblico ministero, al sequestro procedono ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, nelle quarantotto ore successive, trasmettono il verbale al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito. Questi, se non dispone la restituzione delle cose sequestrate, richiede al giudice la convalida e l'emissione del decreto previsto dal comma 1 entro quarantotto ore dal sequestro, se disposto dallo stesso pubblico ministero, o dalla ricezione del verbale, se il sequestro è stato eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria. *3-ter.* Il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3-bis ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta. Copia dell'ordinanza è immediatamente notificata alla persona alla quale le cose sono state sequestrate".

ISSN 2036-7821

Il giudice penale che rilevi la lottizzazione abusiva, pronunciando la confisca a favore del Comune, non incide formalmente sulla legittimità dell'eventuale autorizzazione amministrativa rilasciata dallo stesso, ma rileva unicamente il fatto materiale come coincidente con la fattispecie astratta descrittiva del reato, prescindendo dunque da qualsivoglia giudizio sull'atto della P.A.[75]

Appare evidente dunque, che il principio di affidamento del soggetto privato rimanga fortemente disatteso, così come la stessa clausola generale di buona fede permeante ogni rapporto o contatto sociale anche coinvolgente il Pubblico Potere[76].

A fronte dell'applicazione della confisca urbanistica, il costruttore imputato potrà avvalersi della possibilità di richiedere il risarcimento da danno contrattuale[77] in forza del "contatto sociale[78]" nato con il procedimento amministrativo, ma non altrettanto potrà fare il terzo estraneo che abbia subito l'ablazione irrevocabile: egli potrà ambire alla tutela risarcitoria per inadempimento solo nei confronti del costruttore.

Tale situazione appare immediatamente problematica e ciò per due ordini di ragioni: la società che si occupa del progetto edificatorio è concretamente spesso a tal uopo costituita e con un capitale limitato; il costruttore, se assolto, dovrà rispondere per un inadempimento civile in assenza di una sentenza che prescriva la condanna penale.

Si potrebbe allora ipotizzare una ulteriore soluzione di tutela nell'evizione.

Nel caso di cosa confiscata ex art. 240 c.p. l'evizione totale a tutela del terzo acquirente sarebbe ammissibile[79]: il venditore dovrebbe garantire il prezzo pagato e le spese sostenute al netto della diminuzione di valore subita dalla res per l'usura apportata dal compratore; a norma dell'art. 1483 "se il compratore subisce l'evizione totale della cosa per effetto di diritti che un terzo ha fatti valere su di essa, il venditore è tenuto a risarcirlo del danno a norma dell'articolo 1479" e quindi con rivalutazione ed interessi; qualora sussista la colpa o il dolo del venditore, egli dovrà corrispondere quanto dovuto quale integrale risarcimento del danno.

Tale impostazione riguardante la confisca penale, si basa sulla preesistenza di un difetto genetico presente nell'accordo traslativo intercorrente fra venditore e acquirente.

Il diritto certo del terzo esistente al momento della conclusione del contratto ed incompatibile con quello traslato all'acquirente determina il possibile concreto operare della garanzia di evizione[80].

---

[75] In tal senso v. Cass. Pen. Sez. Un., 28 novembre 2001, in Giur. It., 2003, 1908 e ss. e Cass. Pen., 8 febbraio 2002, n.5115, in Foro Amm. Cds, 2002, 631.

[76] V. B. MANFREDONIA, ult. Op. cit., p. 1042.

[77] V. Consiglio di Stato, 2 settembre 2005, n. 4461.

[78] G. TUCCI, ult. Op. cit., p. 626.

[79] V. F. Caringella, in *Contratti. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Giuffrè Editore, 2008, p. 601.

[80] V. Cass. Sez. III, 10 marzo 2006, n.5243.

ISSN 2036-7821

Nel caso della confisca urbanistica, però, al momento dell'accordo traslativo sussistevano una serie di atti amministrativi formalmente legittimi cui la rilevazione del reato di lottizzazione abusiva risulta essere logicamente postergata.
Da tale anomalia non è esente neppure il caso delle cause di prelazione e dei diritti reali insistenti su un bene oggetto di confisca urbanistica.
È palese a tal punto la presenza di una disarmonia sistematica che deve trovare in una accurata composizione ermeneutica il proprio equilibrio.

4.Il revirement Varvara e la risposta del Giudice delle leggi.

L'incrinatura sistematica descritta persiste ancora nell'impostazione della Corte di Cassazione[81] solo alternamente[82] memore di quanto affermato nel *caso Silvioli*[83]: se è vero infatti che la confisca urbanistica non può incidere i soggetti terzi estranei alla commissione del reato di lottizzazione abusiva, vero è anche che l'acquirente, secondo la Suprema Corte, può aderire al medesimo disegno criminoso anche attraverso la violazione, cosciente o per trascuratezza, "di specifici doveri di informazione e conoscenza che costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione", richiamando sul punto la Sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale.
La Cassazione, a tal uopo, afferma che "la condotta dell'acquirente non configura un evento imprevisto o imprevedibile per il venditore", in quanto costituisce "un determinante contributo causale alla concreta attuazione del disegno criminoso di quegli[84]".
Il risultato è una importante dilatazione del contributo causale apportato dal terzo acquirente nella condotta criminosa, che spinge ad includere il momento dell'acquisto del bene a fronte della chiara e difforme lettera della prescrizione normativa di cui all'art. 30, comma 1, del d.p.r. n. 380/2001, riportante il perfezionamento del reato di lottizzazione abusiva nel differente momento della trasformazione "predisposta attraverso il frazionamento e la vendita".
Il rischio è quello di "pesantissimi ed inesistenti doveri di informazione e di conoscenza rispetto a fatti posti in essere anche in tempi remoti e risultanti per lungo tempo assolutamente legittimi prima dell'intervento a posteriori del giudice penale[85]".

[81] V. in tal senso Cass. Pen. III Sez., 29 aprile 2009, n. 17865, con nota di A. Romanelli, Diritto Penale, in Giur. It. Marzo 2010, p. 659.
[82] In accordo a quanto affermato da Cass. Pen. III Sez., 24 ottobre 2008, n.42741 (*caso Silvioli*) V. Cass, Sez. III, 9 luglio 2009 - 22 settembre 2009, n. 36844 e Cass. Sez. III, 13 luglio 2009 – 8 ottobre 2009, n. 39078).
[83] V. Cass. Pen. III Sez., 24 ottobre 2008, n.42741.
[84] V. Cass. Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 4708.
[85] 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, p. 15.

ISSN 2036-7821

Il quadro delineato vede, a questo punto, l'impostazione nazionale riguardante l'istituto della confisca urbanistica prestare il fianco a forti critiche in merito a due macro categorie di soggetti: i terzi estranei di buona fede e gli imputati prosciolti con formula diversa da quella dell'insussistenza del fatto.

Per i terzi estranei di buona fede il lento adeguamento interpretativo porta ad una soluzione esegetica tendenzialmente conforme a quella sostenuta dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Emblematica in tal senso è la pronunzia[86] dei giudici di piazza Cavour riguardo l'irrilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 44, comma secondo, del d.p.r. 380/2001, in relazione agli art. 27, 42, e 117, comma 1, della Costituzione con riferimento all'art. 7 della CEDU quale fonte interposta.

La Corte di Cassazione, richiamando la sentenza n. 239/2009 della Corte costituzionale, dimostra la possibile messa in opera di una interpretazione adeguatrice affermando la centralità dell'accertamento dell'elemento psicologico, quantomeno della colpa, in ordine alla posizione dei soggetti incisi dalla confisca.

È pur vero, però, che il parametro della colpa prende ancora in considerazione aspetti ("evanescenti" per i motivi anzidetti) quali la negligenza o il difetto di vigilanza.

Imprescindibile è tuttavia la verifica della sussistenza e della rilevazione degli elementi soggettivi ed oggettivi del reato di lottizzazione abusiva, anche in assenza di condanna.

A tal proposito, Strasburgo torna a porre il capestro alla visione delle Corti italiane nel noto *caso Varvara*[87], proprio prendendo in esame la posizione del soggetto assolto per prescrizione.

La Suprema Corte aveva avuto occasione di affermare[88] che la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite poteva essere pronunziata, anche in assenza di condanna, in costanza di una causa estintiva del reato, quale la prescrizione, ma non se essa fosse maturata prima che il Pubblico Ministero avesse esercitato l'azione penale.

In tal caso, e solo in tal caso[89], la prescrizione guadagnava lo spessore necessario a qualificare l'impossibilità per il giudice penale di pronunziare la confisca urbanistica, determinandone l'astensione dalla valutazione degli elementi probatori raccolti dal P.M. o l'acquisizione di tali elementi nell'esercizio dei poteri di integrazione ex. art. 422 c.p.p.

[86] Cass. Pen. Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 39078.
[87] Corte E.D.U., Sez. II, 29 ottobre 2013, Pres. Jočienė, Varvara c. Italia.
[88] Cass. Pen. III Sez., 16 febbraio 2011, n.5857.
[89] V. in tal senso: A. SCARCELLA, "Lottizzazione abusiva: niente confisca se il reato è prescritto", Urbanistica e Appalti 7/2011, in Giurisprudenza Penale, p. 859-870.

ISSN 2036-7821

Tale impostazione risulta pienamente in linea[90] con quanto affermato dai giudici di Strasburgo nella sentenza *Paraponiaris*[91] in merito alla violazione dell'art. 6 della CEDU per inosservanza del diritto al contraddittorio dell'imputato che, in sede di udienza preliminare, era stato inciso da una confisca per equivalente pur essendo stato prosciolto per intervenuta prescrizione.

La stessa Cassazione[92] ha avuto modo di affermare, riguardo gli accertamenti compiuti dal giudice che pronunci sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione, "come un ruolo determinante sia altresì rivestito dalle modalità con le quali una tale verifica sia posta in essere, giacché solo un accertamento che sia condotto sulla base di tutte le risultanze dibattimentali disponibili e nel contraddittorio con l'imputato nella pienezza dei suoi diritti difensivi può consentire, a un tempo, di rispettare il dato letterale dell'art. 44 cit. (che, come detto, ad un "accertamento" del fatto si riferisce) e di "superare" il dato, potenzialmente preclusivo di una piena esplicazione di detti poteri, rappresentato dalla intervenuta estinzione del reato".

Come ricordato in Dottrina[93], tale esempio è stato ricondotto ad una volontà della giurisprudenza di legittimità di dare ascolto alle istanze provenienti da Strasburgo ed emerse nel *caso Paraponiaris*[94].

La sentenza *Varvara* si inserisce in tale panorama con una icastica asserzione: la dichiarazione di prescrizione preclude la confisca[95].

Nel caso in questione il ricorrente aveva subìto, a seguito di una complessa vicenda giudiziaria protrattasi per decenni, la misura della confisca urbanistica e ciò nonostante la sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione emessa nei suoi confronti[96].

---

[90] V. in tal senso: A. GALLUCCIO, *"La confisca "urbanistica" ritorna alla Corte Costituzionale", Nota a Tribunale di Teramo, ord. 17 gennaio 2014, Giud. Tetto,* in Diritto Penale Contemporaneo, Gennaio 2014, p. 10.

[91] Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza *Paraponiaris c. Grecia*, n. 42132/06, § 33, 25 settembre 2008.

[92] Cass. Pen., sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066.

[93] V. in tal senso: A. GALLUCCIO, ult. Op. cit., p. 10.

[94] G. SANTACROCE, Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013, pp. 141 ss. «la Corte di Cassazione, nel corso del 2013, ha sì riaffermato il principio secondo cui l'estinzione del reato non preclude la confisca, ma ha fortemente avvertito l'esigenza di porre tale affermazione in relazione alla necessità che l'esercizio del diritto al contraddittorio sia garantito pienamente nella sua massima portata […] secondo la corte, ai fini della confisca, ancorché obbligatoria, è vietato al giudice, in assenza di una sentenza di condanna, procedere d'ufficio ovvero all'esito di un modulo procedimentale a contraddittorio limitato. Tali principi, del resto, costituiscono applicazione concreta di quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nel caso Paraponiaris c. Grecia […] La Corte [EDU] ha, insomma, affermato il principio che, per applicare una "sanzione" è sempre necessaria un'udienza pubblica cui l'imputato possa partecipare con pienezza dei suoi diritti di difesa, laddove, invece, l'udienza preliminare non solo non è pubblica, ma è caratterizzata da varie limitazioni di questi diritti».

[95] V. in tal senso: F. GALLUZZO, "Lottizzazione abusiva: la declaratoria della prescrizione preclude l'irrogazione della confisca", in Diritto penale e processo, Speciale CEDU, p.57.

[96] V. C. Conti, Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo, Osservatorio Giustizia sovranazionale, in Diritto penale e processo, 2/2014, p. 246-247.

ISSN 2036-7821

La Corte EDU, adita a seguito dell'esaurimento dei rimedi interni, condannava l'Italia per violazione degli art. 7 e 1 prot. 1 della Convenzione, ritenendo assorbita, invece, la questione riguardante la violazione dell'art. 6 della stessa.
In particolare, Strasburgo legge (nel solco delle sue precedenti pronunzie[97]) la confisca urbanistica irrogata in danno al soggetto assolto per prescrizione del reato come una "guilty/pena" inverante una sanzione di natura penale, la cui applicazione risulta inammissibile se non a seguito di una sentenza di condanna.
La Corte assevera segnatamente che "non si può neppure concepire un sistema in cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza subisca una pena": *nulla culpa sine iudicio*.
L'applicazione della confisca nel caso in cui il reato risulti estinto contrasta, per la Corte, con il principio di legalità tutelato dall'art.7 della Convenzione e con le sue logiche deduzioni: il principio della prevedibilità del comando legislativo ed il divieto di interpretazione in *malam partem*[98].
Ecco riemergere l'atavica questione della natura giuridica della confisca urbanistica: *per la Corte EDU è innegabilmente penale, irrogata da un giudice penale, all'esito di un processo penale*[99].
Con la sentenza n. 49 del 2015 la Corte costituzionale risponde alla questione sollevata, con due separate ordinanze, dalla Cassazione[100] e dal Tribunale di Teramo[101] in merito all'asserita incostituzionalità dell'art. 44, comma secondo, del d.p.r. n.380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU nella Sentenza *Varvara*, per la violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117 comma 1 della Costituzione, nel senso che la confisca urbanistica non possa essere applicata, in caso di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, anche qualora la responsabilità penale sia accertata in tutti i suoi elementi, con conseguente prevalenza del diritto di proprietà nel bilanciamento da operarsi con la tutela del paesaggio, dell'ambiente, della salute e della vita quali valori fondamentali tutelati dalla Costituzione (v. Corte Cost. n. 264 del 2012).
Il giudice *a quo* postula una possibile applicazione della dottrina dei controlimiti.
La Consulta, dichiarando la questione inammissibile, offre una visione in senso sostanziale della nozione di "condanna" nominata dalla Corte di Strasburgo nel suo pronunciamento.

---

[97] A partire dal *caso Engel e altri c. Paesi Bassi*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, in Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, 1977, Serie A, 36.
[98] Per una ricostruzione in tal senso si V. D. RUSSO, "Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015", in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2015, p.3.
[99] V. F. GALLUZZO, ult. Op. cit., p. 62.
[100] Cass. Pen, Sez. III, ord. 20 maggio 2014, n. 20636.
[101] Tribunale di Teramo, ord. 17 gennaio 2014, Giud. Tetto.

ISSN 2036-7821

Posto che gli Stati godono, all'interno del sistema convenzionale presidiato dalla Corte EDU, di una discrezionale autonomia nella qualificazione degli istituti giuridici, quale la confisca urbanistica come sanzione amministrativa nell'ordinamento nazionale, ciò sarebbe in perfetta armonia con il rispetto del principio di sussidiarietà in materia penale che permette al legislatore di "configurare gli strumenti più efficaci[102]" per la repressione degli illeciti.
I giudici rimettenti avrebbero dovuto operare una lettura della sentenza europea volta ad escludere i dubbi di incompatibilità costituzionale in quanto "nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica[103]".
Strasburgo chiederebbe, dunque, che sia emesso un provvedimento di confisca solo all'esito di un procedimento che accerti la piena responsabilità dell'imputato, al di là della nozione tecnica di "condanna" ed infatti "69. L'accostamento dell'articolo 5 § 1 a) agli articoli 6 § 2 e 7 § 1 mostra che ai fini della Convenzione non si può avere «condanna» senza che sia legalmente accertato un illecito – penale o, eventualmente, disciplinare (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, […]), così come non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale. […]"[104].
La Consulta afferma che "non è escluso che il proscioglimento per prescrizione possa accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato[105]".
Amplissimo è quindi l'*obiter dictum* della Corte Costituzionale, che più che una sentenza di inammissibilità, sembra aver suggerito quanto avrebbe fatto in una pronunzia interpretativa di rigetto[106].
I dubbi sull'intrinseca compatibilità sistematica riguardo la lettura proposta, tuttavia, permangono in quanto non si comprende come una sentenza di proscioglimento possa accertare la responsabilità penale in *malam partem* di un imputato il cui reato risulti estinto.
Ogni potere del giudice penale dovrebbe ritenersi perento ed esaurito se non in forza dell'art. 129, comma secondo[107], c.p.p. al solo fine di emettere un pronunciamento in *bonam partem*.

---

[102] C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 6.1 del "considerando in diritto".
[103] C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 6.2 del "considerando in diritto".
[104] Corte eur. dir. uomo, Varvara c. Italia, 29 ottobre 2013 §69.
[105] C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49, punto 5 del "considerando in diritto".
[106] V. in tal senso G. Civello, "La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?", in ARCHIVIO PENALE 2015, n. 1, p.10.
[107] Art. 129 c.p.p. "1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza. 2.

ISSN 2036-7821

L'aporia è evidente: la Corte pone sul medesimo piano logico il giudizio di condanna oltre ogni ragionevole dubbio ed il pronunciamento inverante una sentenza di non luogo a procedere per estinzione del reato, umana sintesi di un istituto la cui *ratio* è quella di non protrarre il processo al quale l'imputato è sottoposto ad una sempiterna prosecuzione.
La tensione che è possibile logicamente inferire è quella riguardante l'art. 27 comma 2 della Costituzione, prima ancora che quella implicante gli artt. 6 e 7 della Convenzione europea.
Al cospetto di tali numi, le ipotesi analogiche derivanti dall'applicazione di istituti perscrutanti il merito del giudizio, al di là della prescrizione, divengono estremamente lontane[108]: nell'art. 578 c.p.p.[109] la possibilità per il giudice d'appello o di Cassazione di decidere "ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili" si scontra con l'impossibilità di sospendere il passaggio in giudicato e "l'esecuzione delle disposizioni penali del provvedimento impugnato" tra le quali la confisca, a norma dell'art. 573, comma 2 c.p.p.[110]; neanche nel caso in cui "il giudice pronunc(i) sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile" di cui al secondo comma dell'art. 530 c.p.p., impugnata dal Pubblico Ministero in appello e sopraggiunta dall'estinzione del reato, è permessa l'applicazione della confisca una volta confermata l'assoluzione per infondatezza dell'appello.
Solo e soltanto la rinuncia alla prescrizione da parte dell'imputato, nel pieno delle attribuzioni riconosciutegli dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 275 del 1990 in accordo al suo inviolabile diritto di difesa, permetterebbe il dispiegarsi dei poteri di indagine del giudice al di là della prescrizione stessa.
Ma la prefata facoltà prescritta dall'art. 157 comma 7 c.p. nulla ha a che vedere con una sentenza di condanna: "*Aliud 'fraus' est, aliud 'poena': fraus enim sine poena esse*

Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta".

[108] V. in tal senso G. PIERRO, "Confisca per lottizzazione abusiva e sentenza di non doversi procedere per prescrizione del reato in attesa della pronuncia della Grande Camera", Opinioni Giustizia sovranazionale, in Diritto penale e processo 3/2016, p. 397 e ss.

[109] Art. 578 c.p.p.: "1. Quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili".

[110] Art. 573 c.p.p.: "1. L'impugnazione per i soli interessi civili è proposta, trattata e decisa con le forme ordinarie del processo penale. 2. L'impugnazione per i soli interessi civili non sospende l'esecuzione delle disposizioni penali del provvedimento impugnato".

ISSN 2036-7821

potest, poena sine fraude esse non potest[111]", condizione necessaria per punire è il rispetto del principio di legalità penale[112].

5. Il caso G.I.E.M. contro Italia e la visione della Corte EDU.

Il proscenio animato dalla Corte EDU si svela agli occhi dell'interprete nel pronunciamento della Grande Camera del 28 giugno 2018, conferente il *caso G.I.E.M. s.r.l. ed altri c. Italia*.

Strasburgo risponde agli interrogativi sorti in seguito al dialogo intercorso con la Corte Costituzionale nella nota sentenza n.49 del 2015 emessa in risposta a quanto preconizzato riguardo il *caso Varvara c. Italia*.

I giudici EDU, in un'ampia e compiuta decisione[113], affrontano innanzitutto il tema della compatibilità con l'art. 7 della Convenzione, e dunque con il principio di legalità ivi tutelato, di una pronuncia di proscioglimento che al contempo coesista con la misura ablatoria della confisca urbanistica.

A tal proposito, la Corte EDU sottolinea la sussistenza di un possibile equilibrio ermeneutico con il valore tutelato dall'art. 7 prefato, sia nella sua posizione "statica" di prescrizione penale legislativa posta a presidio dell'illecito, che in quella "dinamico-giuspositivistica" della prevedibilità della sanzione applicabile all'infrazione concreta, di una pronuncia – pur di proscioglimento - che accerti la piena responsabilità del soggetto inciso dalla confisca, da una parte, avuto riguardo agli elementi soggettivi che lo qualifichino, e dall'altra, in relazione a quelli materiali connessi alla fattispecie di reato.

L'art. 7 della Convenzione "non è stato violato per quanto riguarda il sig. Gironda[114]", persona fisica prosciolta per prescrizione ed incisa dalla confisca urbanistica.

Proprio a tal riguardo, le Corti italiane, avendo già reagito in maniera costruttiva ai richiami provenienti da Strasburgo, avevano ravvisato la necessità di un legame psicologico fra autore del reato e *vulnus* nonché, ciò posto, l'inapplicabilità della confisca urbanistica al terzo di buona fede.

---

[111] ULPIANO, 131, LIBRO III, Sopra la Legge Giulia e Papia, in DIGESTORUM LIB. L TIT. XVI.

[112] In dottrina V. conformemente in tal senso: I. SCORDAMAGLIA, "La confisca con o senza condanna: tra incertezze del legislatore, prostrazione del penalista e disorientamento del giudice comune", Lezioni, in Studium Iuris 6/2016 p.731 e ss.; e A. M. MAUGERI, "La giurisprudenza della Corte EDU nei confronti della confisca in materia di lottizzazione abusiva", in Leggi penali tra regole e prassi p.23-28, Sequestro e confisca, G. Giappichelli Editore, 2017, Torino.

[113] Per un chiaro commento V.: A. CANNONE, "La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *GIEM s.r.l. e altri c. Italia* del 28 giugno 2018: brevi osservazioni", in Studi sull'integrazione europea, XIV / 2019, p. 155-160; V. anche: F. CAPPELLETTI, "La Grande Camera della Corte EDU deposita l'attesa sentenza in tema di confisca obbligatoria per lottizzazione abusiva. In breve, gli approdi raggiunti", in Giurisprudenza Penale Web, 2018 / 6.

[114] V. Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, paragrafo 262.

ISSN 2036-7821

Soccorrerebbe, a tal uopo[115], il novello disposto dell'art. 578-bis c.p.p., introdotto con il D.lgs. 1° marzo 2018, n.21, secondo il quale "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".

Tuttavia la Corte EDU, nel pronunciamento in esame, rileva una violazione dell'art. 1 prot. 1, tutelante il diritto di proprietà, per l'assenza di un "ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito[116]" in quanto prese in considerazione ipotesi di soluzione alternative meno restrittive, quali "la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione[117]", esse non troverebbero spazio nell'applicazione "automatica" della misura ablatoria.

Tale configurazione della confisca obbligatoria non tiene conto della gradazione soggettiva dell'apporto causale nel reato sotteso, della differenza fra aree edificate e non, della possibile ed auspicabile scelta dello strumento più adatto da parte del giudice, nonché dei requisiti procedurali volti alla tutela del contraddittorio come mezzo di realizzazione di uguaglianza e parità processuale in merito alla posizione delle società ricorrenti.

Proprio le società ricorrenti, non avendo preso parte al processo ed avendo ciononostante subìto la confisca, avrebbero visto violato il principio secondo il quale una persona, fisica o giuridica, non può essere punita per un atto relativo alla responsabilità di altri, determinando l'incompatibilità con l'art. 7 CEDU.

Violato risulterebbe, altresì, il principio della presunzione di innocenza (in relazione al sig. Gironda) così come prescritto dall'art. 6, comma 2, della Convenzione: non sarebbe tollerabile la cassazione con declaratoria di prescrizione, operata da parte del giudice di legittimità, della sentenza di appello deliberante l'assoluzione nel merito e la contestuale irrogazione della confisca, senza giudizio di rinvio.

A tal proposito. la normativa nazionale non offre la possibilità alla Suprema Corte di cassare la sentenza di merito con rinvio, una volta rilevata la prescrizione, al solo fine di condurre un nuovo giudizio di colpevolezza.

L'unica opzione praticabile nel nostro ordinamento, come auspicato in Dottrina[118], riguarda la possibile prosecuzione del giudizio ai soli fini dell'azione civile

[115] V. in senso conforme: A. SCARCELLA, "La confisca urbanistica dopo la sentenza della Corte EDU del 28 giugno 2018 nel caso GIEM ed altri c. Italia", "Procedure amministrative e giurisdizione penale nella tutela dell'ambiente e del territorio" cod: P18076, 27-28 settembre 2018, Relazione elaborata per la sessione pomeridiana del 27.09.2018 della SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, p. 26.

[116] V. Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, paragrafo 292.

[117] V. Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, paragrafo 299.

[118] V. A. SCARCELLA, ult. Op. cit.

ISSN 2036-7821

risarcitoria ex art. 622 c.p.p.[119] ma tale applicazione dovrebbe conseguire ad un intervento del legislatore.

6.Le proiezioni nell'ordinamento nazionale della novella ermeneusi di Strasburgo: la (carente) responsabilità degli enti.

L'abbrivio infuso dalla Grand Chambre all'opera di composizione ermeneutica resasi necessaria all'indomani della sentenza *Varvara*, fa trasparire una comprensione da parte dei giudici di Strasburgo della necessità per lo Stato Italiano, a fronte di un brevissimo termine prescrizionale, di incidere effettivamente gli autori perpetranti gli abusi edilizi, infliggenti profonde ferite in un territorio, come quello della nostra Nazione, per cui la salvaguardia del paesaggio è in continuo pericolo[120].

Importante ed interessante spunto di riflessione, la Corte EDU, lo offre riguardo la posizione degli enti, persone giuridiche, coinvolti nella vicenda lottizzatoria.

Posto che all'interno dell'ordinamento italiano vigeva il principio *societas delinquere non potest*, è stata rilevata la violazione dell'art. 7 della Convenzione avuto riguardo alla comminazione, da parte dei giudici nazionali, della confisca urbanistica alle società ricorrenti per delle condotte operate da terzi: i loro legali rappresentanti.

La CEDU non distinguerebbe, a differenza della normativa italiana, le persone fisiche dalle persone giuridiche in ordine al rispetto del principio di legalità.

Non soccorre, a tal uopo, il D.lgs. n. 231 del 2001 sulla responsabilità degli enti, posto che i reati urbanistici non sono, allo stato dell'arte, contemplati quali reati presupposto per la configurazione della loro imputabilità[121].

Tale tensione si somma a quella derivante dalla mancanza di qualsivoglia forma di contraddittorio in merito all'applicazione della confisca urbanistica incidente la proprietà degli enti in questione e richiedente le garanzie procedurali di cui è presidio l'art. 1 protocollo 1 della Convezione.

Non essendo le società parti all'interno del procedimento penale, non sarà per loro possibile esercitare la propria difesa nel rispetto del principio della parità delle armi.

A ciò si aggiunga il rilievo dell'automatica applicazione della sanzione della confisca al di là di ogni graduazione soggettiva o proporzionale alla necessaria tutela emergente dalla situazione fattuale, anche implicante eventuali misure alternative meno compromettenti la proprietà individuale.

---

[119] Art. 622 c.p.p.: "1. Fermi gli effetti penali della sentenza, la corte di cassazione, se ne annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile ovvero se accoglie il ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, rinvia quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile".

[120] V. in tal senso: A. QUATTROCCHI, "Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte EDU", Giustizia Sovranazionale – Diritto penale, in Diritto penale e processo, 2018 / 11, p. 1505 e ss.

[121] Per una attenta disamina riguardante l'istituto della responsabilità degli enti ex D.lgs. 231/2001 V.: G. DE VERO, "La responsabilità penale delle persone giuridiche", Giuffrè Editore, Milano, 2008.

ISSN 2036-7821

Forti sono, dunque, i dubbi riguardanti la lettura proposta da Strasburgo, specialmente in merito alla posizione delle persone giuridiche, sistematicamente coinvolte nei progetti edificatori implicanti la lottizzazione abusiva.
Nel caso in cui non si ritenesse strumentale e fittizio il trasferimento della proprietà alla società costruttrice da parte del rappresentante legale della stessa, sprovvisti di tutela rimarrebbero gli altissimi valori della tutela del territorio e del paesaggio e per loro tramite del diritto alla salute della persona umana.
Una luce potrebbe provenire non più dall'ennesimo tentativo di ortopedia ermeneutica che ha visto il nostro giudice diacronicamente disinnescare le frizioni con Strasburgo, ma dall'auspicabile intervento del legislatore volto finalmente a superare la *gravosa vicarìa*[122] della giurisprudenza, specialmente in merito all'ampliamento del catalogo dei reati oggetto del D.lgs. 231 del 2001, includendovi – finalmente - la lottizzazione abusiva.

7. Confisca urbanistica e terzo estraneo al procedimento: le prospettive di tutela.
Allorché la Corte EDU sostenga la violazione dell'art. 7 della Convenzione, in ordine al superamento del divieto di responsabilità per fatto altrui per le persone giuridiche che non siano parti in causa, lo fa asserendo (ancora una volta) la natura di sanzione penale della confisca urbanistica, e ciò, in meditata applicazione degli *Engel criteria*[123]: il collegamento diretto fra confisca e reato; la rubrica "sanzioni penali" dell'art. 44 d.p.r. 380/2001; l'incisività e l'obbligatorietà della misura, nonché la sua finalità prevalentemente punitiva e svincolata dalla gravità della violazione portano alla prefata tassonomia l'istituto della confisca urbanistica.
In via preliminare occorre distinguere, dunque, quali differenze insistano fra i soggetti terzi estranei al reato ed i soggetti terzi estranei al procedimento.
Se il soggetto terzo estraneo al reato è il soggetto di buona fede che, a partire da quanto preconizzato dalla sentenza *Sud Fondi c. Italia,* non può essere inciso dalla misura ablatoria in esame, *a contrario*, il soggetto terzo estraneo al procedimento sarà invece identificabile concretamente nella figura della società materialmente coinvolta nella lottizzazione abusiva e schermo delle azioni delittuose compiute da chi ne abbia la legale rappresentanza.
Nella prassi applicativa la nozione di "estraneità" viene letta in maniera molto rigorosa: *extraneus* al reato è solo colui il quale, non solo sia in buona fede, ma il cui diritto non presenti alcun collegamento con l'altrui condotta delittuosa, neppure a titolo di colpa[124].

[122] V. A. QUATTROCCHI, ult. Op. cit. p. 1515.
[123] V. *caso Engel e altri c. Paesi Bassi,* Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, in Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, 1977, Serie A, 36.
[124] V. in tal senso: G. BARONE "Confisca urbanistica e terzi estranei al procedimento prospettive di tutela", in Arch. nuova proc. Pen., 2 / 2019, p. 122 – 127.

ISSN 2036-7821

La posizione dei terzi di buona fede appare, dunque, particolarmente gravosa in quanto impone oneri probatori di discolpa comparabili a quelli richiesti al concorrente nel reato o alla società materialmente lottizzatrice proprietaria dei beni confiscati: secondo certa dottrina[125], dovrebbe, a tal riguardo, applicarsi il concetto di buona fede civilistico ex. art. 1147 c.c. a favore del soggetto estraneo al reato, con la sola eccezione della colpa grave.
Il soggetto terzo estraneo al procedimento, restando fuori dalla previsione normativa di cui all'art. 24 e ss. del D. lgs. 231/2001, non potrà rispondere personalmente nel processo penale, ma una soluzione potrebbe ravvisarsi nella "mediata" citazione del suo legale rappresentante in giudizio, sia iure proprio che in ragione del suo ufficio[126].
Tale esegesi, tuttavia, collide con quanto prescritto, a proposito di conflitto di interessi, nel dettato di cui all'art. 39 del D. lgs. 231/2001, la cui *ratio* mira a superare l'ineliminabile endiadi fra le linee difensive rispettivamente dell'ente e del suo legale rappresentante[127].
La soluzione più confacente appare, ancora, quella dell'ampliamento del novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa da reato ex. art. 24 e ss. del D. lgs. 231/2001, e ciò alla luce di una piena partecipazione dell'ente al procedimento sin dal momento della sua instaurazione, in accordo ad una altrettanto piena tutela del suo diritto di difesa e dell'effettiva perseguibilità dell'illecito commesso nel suo interesse[128].

8.Le soluzioni applicative, il principio di proporzionalità e l'incidente di esecuzione a garanzia del terzo.

Posizione sulle possibili soluzioni applicative circa quanto asserito dalla Corte di Strasburgo nel *caso GIEM*, la prende la Corte di Cassazione a partire dalla sentenza n. 8350/2019[129].
I giudici della Suprema Corte, constatando preliminarmente l'assenza all'interno del sistema normativo italiano di una prescrizione che configuri, come per i reati presupposto citati dal D. lgs. 231/2001, una responsabilità amministrativa da reato per gli enti, superano quanto affermato dalla Corte EDU in merito alla mancata partecipazione della persona giuridica al processo deliberante la confisca urbanistica

[125] V. V. MAIELLO, "Confisca Cedu e diritto dell'Unione tra questioni risolte e altre ancora aperte", in Dir. Pen. Cont., 11 luglio 2012, p. 12 – 13.
[126] V. M. BIGNAMI, "Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna" in Quest. Giust., 10 luglio 2018.
[127] Art. 39 D. lgs. 231/2001: "1. L'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo (…)".
[128] V. G. BARONE, ult. Op. cit., p.125.
[129] CORTE DI CASSAZIONE PENALE, Sez. 3^ 26/02/2019, Sentenza n.8350.

ISSN 2036-7821

nei suoi confronti[130], sostenendo che tale *empasse* possa essere valicato con l'ausilio di strumenti quali l'estensiva applicazione di norme interne come l'art. 197 c.p.[131] e l'art. 89 c.p.p.[132], riguardanti l'istituto dell'obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende, disponendo dunque la citazione in giudizio dell'ente.

La persona giuridica rimasta estranea al processo "può (*non "deve"*) far valere le sue ragioni innanzi al giudice dell'esecuzione" superando ogni violazione in ordine ai diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti.

In ordine, invece, al rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione della confisca urbanistica, la Suprema Corte dà un "insoddisfacente"[133] seguito alla recente pronuncia della Corte EDU.

Quello della proporzionalità è un parametro che risulta essere presente in ogni livello di tutela normativa con presenza diacronica.

In particolare esso è stato la *Grundwert* del processo di integrazione europea sin dalla costituzione della Comunità Economica, istituzione vocata all'espansione del liberalismo economico europeo negli scambi di merci, servizi e persone.

Ogni obiettivo perseguito dal potere della pubblica autorità è necessariamente costretto al dialogo con i corollari dello stesso principio di proporzionalità: *necessità* ed *idoneità* dei mezzi impiegati, anche e soprattutto, nella limitazione dei diritti fondamentali e delle libertà individuali in forza di altrettanto importanti numi.

Di ciò è memore l'art. 5 del TUE così introdotto dal Trattato di Maastricht ed arricchito del principio di sussidiarietà dal Trattato di Amsterdam nel contesto istituzionale dell'Unione europea.

La Carta di Nizza, all'art. 52, proclama: "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e

---

130 V. A. COMETTO, "Confisca urbanistica nei confronti della persona giuridica rimasta estranea al processo", in Diritto Penale, 8 luglio 2019.

131 Art. 197 c.p.: "Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le province ed i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza, o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole, ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolvibilità del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta. Se tale obbligazione non può essere adempiuta, si applicano al condannato le disposizioni dell'articolo 136".

132 Art. 89 c.p.p.:" 1. La persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria è citata per l'udienza preliminare o per il giudizio a richiesta del pubblico ministero o dell'imputato. 2. Si osservano in quanto applicabili le disposizioni relative alla citazione e alla costituzione del responsabile civile. Non si applica la disposizione dell'articolo 87 comma 3".

133 V. F.P. GARZONE, "La proporzionalità della confisca urbanistica: la Cassazione "vanifica" il contenuto della pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", in Giurisprudenza commentata, 21 giugno 2019.

ISSN 2036-7821

rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel sistema convenzionale presidiato, pone come parametro fondamentale il rispetto del principio di proporzionalità sia nel bilanciamento dei valori tutelati dalla Convenzione, che quale faro di ogni connessa limitazione posta dagli Stati membri nel loro diritto interno.

Di tale panorama giuspositivistico, la Suprema Corte di Cassazione sembra tenere solo in parte conto nel suo pronunciamento di cui alla sentenza n. 8350/2019.

Segnatamente, in merito al mancato rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione della confisca urbanistica, nega l'asserito "automatismo" della stessa citando, a conferma di ciò il disposto dell'art. 30 del d.p.r. n. 380/01.

Tale articolo prescrive la misura della confisca come *ultima ratio*, stante la presenza della necessità per il dirigente della amministrazione comunale di emettere ordinanza, da notificare ai proprietari, volta alla sospensione dell'attività, una volta accertata la lottizzazione. Inoltre, trascorsi 90 giorni senza revoca di tale sospensione, le aree sarebbero acquisite al patrimonio del Comune con conseguente demolizione delle opere su di esse insistenti.

Il sistema descritto viene visto come alternativo rispetto alla confisca urbanistica, che apparirebbe a tal punto affatto "automatica".

La P.A. potrebbe inoltre, sino al passaggio in giudicato della sentenza, conformare la propria volontà in ordine alla programmazione territoriale con lo stato dei luoghi, rinunciando all'acquisizione dell'area[134].

La Cassazione, in merito alla violazione sempre del principio di proporzionalità, ribadisce che la misura ablatoria riguardi "i terreni abusivamente lottizzati e le aree abusivamente costruite", dando in realtà una lettura tautologica di quanto già operato in giurisprudenza[135] ed affermato dal testo dello stesso art. 44 del d.p.r. in esame.

Non sembra, ciò posto, che i giudici di piazza Cavour abbiano dato una lettura effettivamente equilibrata del summenzionato principio di proporzionalità.

La Cassazione torna a parlare di compatibilità fra l'art. 7 CEDU e l'applicazione della confisca urbanistica agli enti nella sentenza n. 17399 del 23 aprile 2019[136].

Gli ermellini sono chiari: l'incidente di esecuzione garantisce la tutela effettiva della persona giuridica estranea al processo penale.

---

[134] V. Sez. 3, n. 23154 del 18/5/2006, Scalici, Rv. 234476. Conf. Sez. 3, n. 15404 del 21/1/2016, Bagliani e altri, Rv. 266811, in motivazione; Sez. 3, n. 43591 del 18/2/2015, Di Stefano e altri, Rv. 265153; Sez. 3, n. 4373 del 13/12/2013 (dep.2014), Franco e altro, Rv. 258921.

[135] Cfr., ex pluribus, Cass. pen., sez. III, 5 aprile 2018, n. 15126 (ud. 24 ottobre 2017), S. ed altri, in Riv. pen. 5/18; Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2013, n. 38001 (ud. 16 maggio 2013), Recchia e altri; Cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2008, n. 37472 (ud. 26 giugno 2008), Belloi e altri.

[136] Cass., Sez. III, sent. 20 marzo 2019 (dep. 23 aprile 2019), n. 17399, Pres. Lapalorcia, Est. Corbetta, con nota di S. FELICIONI, in Diritto Penale Contemporaneo, 25 giugno 2019.

ISSN 2036-7821

La vicenda nasce da una condanna per lottizzazione abusiva dell'amministratore unico di una società costruttrice che aveva edificato un complesso ricreativo in provincia di Catania.
La Corte d'appello del luogo aveva disposto la confisca dell'area e delle opere abusive di proprietà di una persona giuridica terza, Unicredit leasing S.p.A.
La Cassazione chiamata, annullando la sentenza senza rinvio, dichiarava l'intervenuta prescrizione del reato e manteneva la confisca.
Unicredit leasing S.p.A. si rivolgeva alla Corte d'appello di Catania, in funzione di giudice dell'esecuzione ex. art. 676 c.p.p., in qualità di terzo proprietario del terreno inciso dalla misura ablatoria.
Tale terreno era stato acquistato da Unicredit prima della concessione in leasing all'impresa edile e prima, dunque, dell'avvio dei lavori.
Il Giudice di Catania rigettava con ordinanza l'istanza ed il ricorrente si rivolgeva alla Cassazione per violazione dell'art. 7 CEDU essendo la Unicredit S.p.A. rimasta estranea al processo.
La Suprema Corte rigetta il ricorso: premettendo la fisiologica assenza nel sistema giuridico italiano dell'ente all'interno del processo instaurato nel caso di lottizzazione abusiva, stante la consistenza del D. lgs. 231/2001, afferma che la società rimasta estranea "non è sfornita di strumenti di tutela, perché […] può rivolgersi al giudice dell'esecuzione, così instaurando un "procedimento" penale per far valere le proprie ragioni, in fatto e in diritto".
La sentenza che decide la confisca nei confronti dell'ente pretermesso non può produrre effetti senza che il giudice dell'esecuzione attivi il "potere-dovere di accertare in modo autonomo la sussistenza del reato e l'estraneità ad esso della persona giuridica" e, a tal uopo, "può attivare i più ampi poteri istruttori, nei limiti, ovviamente, delle questioni dedotte".
Il giudice dell'esecuzione "può assumere i necessari mezzi di prova, ai sensi dell'art. 666, comma 5, c.p.p., ivi compresa l'esame di testimoni e il conferimento di perizia, come si desume dall'art. 185 disp. att. cod. proc. pen., così assicurando il diritto alla prova e il rispetto del principio del contraddittorio" e ciò, in forza del disposto di cui all'art. 676, comma 1, c.p.p.[137], al fine di disporre l'applicazione della confisca.
Anche nel caso in cui intervenga il sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma secondo, c.p.p. la tutela della persona giuridica verrebbe assicurata, e ciò in forza delle impugnazioni cautelari ad essa accessibili "essendo persona alla quale le cose sono state sequestrate".

[137] Art. 676 c.p.p.: "Il giudice dell'esecuzione è competente a decidere in ordine all'estinzione del reato dopo la condanna, all'estinzione della pena quando la stessa non consegue alla liberazione condizionale o all'affidamento in prova al servizio sociale, in ordine alle pene accessorie, alla confisca o alla restituzione delle cose sequestrate. In questi casi il giudice dell'esecuzione procede a norma dell'articolo 667 comma 4".

ISSN 2036-7821

Prima che la sentenza di primo grado passi in giudicato, la Cassazione afferma che "il terzo estraneo, sia esso persona fisica o persona giuridica, proprietario del bene oggetto di un provvedimento ablativo, ha comunque la possibilità di tutelare le proprie ragioni già nel giudizio cognizione.
In accordo al principio di diritto espresso dalla Sezioni Unite Muscari del 2017[138] la Suprema Corte afferma che "in tema di misure cautelari reali, il terzo rimasto estraneo al processo, formalmente proprietario del bene già in sequestro, di cui sia stata disposta con sentenza la confisca, può chiedere al giudice della cognizione, prima che la pronuncia sia divenuta irrevocabile, la restituzione del bene e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame" ex art. 322 bis c.p.p.
Questa interpretazione ha ottenuto il previo avallo della Corte Costituzionale nella sentenza n. 253 del 6 dicembre 2017.
Gli ermellini concludono affermando che "la mancata previsione della partecipazione al giudizio dei terzi interessati" non sarebbe contraria all'art. 7 CEDU, "potendo gli stessi esercitare rimedi cautelari nel corso del procedimento penale ed incidente di esecuzione avverso la statuizione definitiva della misura reale".
Ciò che, a tal punto, ci si chiede è se la tutela difensiva della persona giuridica debba essere realmente e strutturalmente affidata ad un giudizio meramente eventuale, quale quello cautelare o incidentale, quale quello dell'incidente esecutivo.
Bisogna riflettere su quella che è una caratteristica mancante all'istituto dell'incidente di esecuzione: esso non è un mezzo di impugnazione straordinario.
Da ciò, discende che sarebbe impossibile operare una nuova valutazione o un nuovo giudizio sui fatti di cui al precedente esame cognitivo cristallizzato nel giudicato e posto inevitabilmente a monte di ogni ricostruzione probatoria, anche, a carico dell'ente pretermesso, con dubbi di compatibilità con l'art. 111 della Costituzione, prima che con qualsivoglia principio CEDU[139].
Un incidente di esecuzione volto all'autonomo accertamento della responsabilità dell'ente pretermesso potrebbe cozzare con il divieto di *ne bis in idem*, stante la cognizione limitata del cui giudice.

[138] Cass., SSUU, sent. 20 luglio 2017 (dep. 19 ottobre 2017), n. 48126, Pres. Canzio, Rel. Fumo, Ric. Muscari, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 11/2017, p. 238 ss., con nota di VERZELETTI, "Appello ex art. 322-bis c.p.p. per il terzo proprietario del bene confiscato con sentenza non definitiva: una garanzia incomprimibile", in cui la Cassazione afferma che «il terzo, prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, può chiedere al giudice della cognizione la restituzione del bene sequestrato e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame. Qualora sia stata erroneamente proposta opposizione mediante incidente di esecuzione, questa va qualificata come appello e trasmessa al tribunale del riesame» (v. il § 11 del Considerato in diritto).

[139] V. conformemente: S. FELICIONI, "Confisca urbanistica nei confronti degli enti dopo la sentenza G.I.E.M. c. Italia: per la Cassazione l'incidente di esecuzione garantisce l'effettiva tutela della persona giuridica rimasta estranea al processo penale", in Diritto Penale Contemporaneo, 25 giugno 2019; SPAGNOLO, "Sequestro, confisca e diritti dei terzi: c'è un giudice a Berlino?", in Proc. pen. e giust., n. 2/2018, p. 285.

ISSN 2036-7821

Come suggerito in Dottrina[140], una soluzione potrebbe ricavarsi dall'obbligatoria (e non facoltativa) citazione del terzo estraneo titolare di diritti reali sul "bene confiscando" a partire dal giudizio di prime cure, essendo simile la soluzione adottata dal legislatore con il D. lgs. 14/2019 introduttivo del nuovo primo comma 1-quinquies dell'art. 104 delle disp. att. c.p.p. che impone: "nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo", applicabile nei casi particolari riguardanti i beni di cui allo stesso articolo[141].

9. L'ultimo approdo della Suprema Corte: confisca urbanistica, prescrizione del reato e valutazione della proporzionalità nel giudizio di rinvio.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza del 30 gennaio 2020 n. 13539 (dep. 30.04.2020), enunciano i seguenti principi di diritto:

"- la confisca di cui all'art. 44 del d.p.r. n. 380 del 2001 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato, purché la sussistenza della lottizzazione abusiva sia stata già accertata, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il pieno contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta

[140] V. S. FELICIONI, ult. Op. cit.

[141] Art. 104 disp. Att. C.p.p.:" 1. Nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico giustizia, di cui all'articolo 61, comma 23, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'autorità giudiziaria nomina un amministratore giudiziario scelto nell'Albo di cui all'articolo 35 del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni. Con decreto motivato dell'autorità giudiziaria la custodia dei beni suddetti può tuttavia essere affidata a soggetti diversi da quelli indicati al periodo precedente. *1-bis*. Il giudice che dispone il sequestro nomina un amministratore giudiziario ai fini della gestione. Si applicano le norme di cui al libro I, titolo III, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni. *1-ter*. I compiti del giudice delegato alla procedura sono svolti nel corso di tutto il procedimento dal giudice che ha emesso il decreto di sequestro ovvero, nel caso di provvedimento emesso da organo collegiale, dal giudice delegato nominato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 35, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni.*1-quater*. Le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro previste dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240 bis del codice penale o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice. In tali casi l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, fino al provvedimento di confisca emesso dalla corte di appello e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno.*1-quinquies*. Nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo.*1-sexies*. Le disposizioni dei commi 1-quater e 1-quinquies si applicano anche nel caso indicato dall'articolo 578 bis del codice.

ISSN 2036-7821

intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129, comma 1, c.p.p. proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento;
- in caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il Giudice d'Appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis cod. proc. pen., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44 del d.p.r. n. 380 del 2001."
La vicenda ha origine dalla conferma in appello, da parte della Corte di Messina, di una sentenza di condanna emessa nei confronti del legale rappresentante di una società costruttrice, da parte del Tribunale di primo grado di Barcellona Pozzo di Gotto, per la condotta implicante la lottizzazione abusiva di un'area edificata, in applicazione dell'art. 44 del d.p.r. 380/2001.
L'imputato ricorreva per Cassazione e la Terza Sezione penale della stessa Corte rimetteva la questione alle Sezioni Unite in ordine alla seguente questione[142]: "Se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia[143]".
La Corte sottolinea, innanzitutto, che "la possibilità di individuare all'interno della sentenza statuizioni che restino "immuni" rispetto all'effetto caducante esercitato dalla prescrizione stessa, non può che essere il frutto di disposizioni normative che, espressamente o implicitamente, consentano una tale operazione" e ricordando l'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto ad una lettura rispettosa dei principi del contraddittorio e del giusto processo in senso convenzionalmente orientato nel dialogo fra Corti, ravvisa nel disposto di cui all'art.578-bis del c.p.p. l'odisseo stratagemma che supera l'effetto preclusivo della prescrizione legittimando l'esame del giudice di rinvio sulla sola confisca.
Per la Corte tale potere, tuttavia, non può essere riconosciuto al giudice di primo grado qualora la sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato non abbia permesso l'accertamento dello stesso, in quanto mai potrebbe proseguire il giudizio solo ai fini delle statuizioni relative alla confisca, ostando in tal senso il disposto dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato di cui all'art. 129 c.p.p.

[142] V. per un compiuto commento dell'ordinanza: A. GALLUCCIO, "Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato", in Sistema Penale, 18 Novembre 2019.
[143] Cass., Sez. III, ord. 15 maggio 2019 (dep. 2 ottobre 2019), n. 40380, Pres. Lapalorcia, Rel. Rosi, Ric. Perroni.

ISSN 2036-7821

Alcune pronunce[144] si erano esposte in senso contrario a quanto suddetto sostenendo che "l'unico limite a che il processo penale possa progredire relativamente ad un'azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca urbanistica sarebbe rappresentato dall'estinzione maturata prima dell'esercizio dell'azione penale".

Le Sezioni unite ribadiscono, a tal proposito, "la valenza, rispondente a principi di ordine costituzionale, dell'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato posto dall'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., unicamente derogabile, *in melius*".

Nessun *vulnus* conseguirebbe alla negata prosecuzione dell'accertamento in sede penale, infatti la Cassazione ribadisce: "la natura della confisca lottizzatoria, costantemente qualificata da questa Corte come sanzione amministrativa, sia pure irrogata dal giudice penale, alla stessa stregua dell'ordine di demolizione di cui all'art. 31, comma 9, d.p.r. n. 380 del 2001 […] (*porta*) a far escludere che l'impossibilità di operare in sede penale la confisca, perché non sia stato possibile accertare il fatto, impedisca all'amministrazione di adottare i provvedimenti sanzionatori previsti dall'art. 30 d.p.r. n. 380 del 2001, come infatti già affermato da questa Corte[145]" non sussistendo, in proposito, alcuna pregiudiziale penale.

Queste le argomentazioni svolte nell'iter logico-argomentativo della Suprema Corte espressasi nel suo più ampio consesso.

Assodata quella che è la conferma della posizione assunta nei suoi precedenti giurisprudenziali, dalla stessa Cassazione, in ordine alla compatibilità, convenzionale e costituzionale, di una pronuncia non implicante una sentenza di condanna formale, ma dichiarante la confisca di un'area lottizzata abusivamente a fronte della declaratoria di prescrizione del reato-presupposto, la Corte mostra un approdo argomentativo "*debole*" in merito all'applicabilità dell'art. 578-bis all'istituto della confisca urbanistica[146].

L'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite aveva enucleato, a tal proposito, le seguenti principali questioni:

1. La lettera dell'art. 578-bis si riferisce alle ipotesi di confisca "nei casi particolari" ex art. 240-bis c.p. e per i delitti contro la P.A. ex art. 322-ter c.p. Accedendo ad una lettura inclusiva della confisca urbanistica dovrebbe ritenersi violato l'art. 76 Cost. per eccesso di delega sulla c.d. "riserva di codice";

[144] V. n. 2292 del 25/10/2019, dep. 22/01/2020, Romano, non mass., nonché Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, Rv. 272791; Sez. 3, n. 43630 del 25/06/2018, Tammaro, Rv. 274196; Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco, Rv. 277167; Sez. 3, n. 35313 del 19/05/2016, Imolese, Rv. 267534.

[145] Sez. 3, n. 5857 del 06/10/2010, dep. 2011, Grova, Rv. 249517.

[146] Per una completa ricostruzione a riguardo V.: A. BASSI, "Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni Unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia", Nota a Cass., Sez. un., sent. 30 gennaio 2020 (dep. 30 aprile 2020), n. 13539, Pres. Carcano, Est. Andreazza, ric. Perroni, in Sistema PENALE, 5 /2020, p. 285-301.

ISSN 2036-7821

2. Non si ravviserebbe nessun'altra disposizione processuale che legittimi in capo alla Cassazione tale potere.
3. L'assenza di un "obbligo di esercizio dell'azione penale", implicante l'annullamento con rinvio, postulato in forza del principio di proporzionalità nel caso *GIEM* c. Italia.

Al fine di superare l'*empasse* sorto da tali questioni, gli ermellini "forzano" il dato normativo.

L'art. 578-bis, come modificato dalla legge n. 3 del 2019, prescrive:" 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".

In pacifica applicazione del criterio interpretativo letterale, la formulazione "altre disposizioni di legge" dovrebbe ritenersi riferita alle ipotesi di "confisca in casi particolari" e non, come affermato dalle Sezioni Unite, a qualsivoglia ipotesi di confisca.

Condiviso il meritevole fine della lettura offerta dalla Cassazione, nel solco di ogni precedente costruttivamente orientato, non sarebbe tuttavia possibile ravvisare nel dato letterale della norma quanto non vi sarebbe scritto.

Nulla di conciliante emerge dai Lavori Preparatori del D.lgs. n. 21 del 2018: la previsione è stata confezionata contestualmente alla trasposizione nell'art. 240-bis c.p. della previsione della "confisca nei casi particolari" (c.d. allargata o di sproporzione) di cui al comma 4-septies dell'art. 12-sexies d. l. n. 306 del 1992 (convertito con l. n. 356 del 1992).

L'applicazione dell'art. 578-bis c.p.p. sarebbe riservata alle ipotesi di confisca "nei casi particolari" previste dai Testi Unici sul contrabbando e sugli stupefacenti.

Fa propendere per questa lettura l'art 6 d.lgs. n. 21 del 2018, rubricato "Modifiche in materia di confisca in casi particolari", con cui il legislatore ha:

- trasfuso la "particolare" confisca di cui all'art. 12-sexies d. l. n. 306 del 1992 nell'art. 240-bis;
- previsto l'art. 578-bis c.p.p.;
- introdotto, in materia di contrabbando, il comma 5-bis nell'art. 301 d.p.r. n. 43/1973;
- incluso l'art. 85-bis nel d.p.r. n. 309/1990, in tema di stupefacenti.

Con ciò si è determinata l'estensione dell'applicabilità dell'art. 240-bis a tali "casi particolari".

Tutto deporrebbe nel senso di una lettura dell'art. 578-bis c.p.p. dedicato alla "confisca allargata" o per sproporzione, istituto eterogeno rispetto a quello della

ISSN 2036-7821

confisca urbanistica, in quanto mirato su beni la cui provenienza risulta essere non giustificata e "sproporzionata" rispetto alla lecita capacità reddituale dell'inciso.
La Corte avrebbe, forse, potuto seguire una strada diversa: la valorizzazione degli approdi giurisprudenziali recepiti a partire dal *caso GIEM* [147] attraverso il solo inquadramento logico e sistematico della decisione del giudice di rinvio, sulla proporzionalità della confisca, come inevitabilmente conseguente all'ammissibilità della stessa misura ablatoria a fronte del maturato decorso della prescrizione.
Come sostenuto autorevolmente in Dottrina[148] *le Sezioni Unite avrebbero potuto valutare l'opportunità di investire il Giudice delle Leggi della questione di legittimità costituzionale dell'art. 578-bis c.p.p., per violazione degli artt. 3, 42 (anche in relazione all'art. 1 del Prot. n. 1 CEDU) e 117, comma primo, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, secondo l'interpretazione fornitane appunto dalla Corte Europea nel caso G.I.E.M.), nella parte in cui non contempla la confisca lottizzatoria.*
Pressoché implicito è, inoltre, quanto suggerito dal Supremo consesso in ordine proprio alla "proporzionalità" della misura ablatoria.
Si riconosce da un lato, che il giudizio di legittimità sia strutturalmente inidoneo alla valutazione circa la proporzionalità della confisca, dall'altro, che il giudizio di rinvio sia ammesso a fronte del *fumus* in ordine al mancato rispetto proprio della proporzionalità.
A fronte della rilevata violazione del principio di proporzionalità la Corte di Cassazione si trova: o a dover decidere sulla base degli elementi accertati, purché ritenuti sufficienti, sulla rimodulazione dell'entità del compendio inciso, oppure a dover annullare con rinvio, al fine di permettere un equilibrato contemperamento della riduzione.
L'ultimo snodo argomentativo della Cassazione riguarda la possibilità per il giudice di primo grado, intervenuta la prescrizione, di proseguire l'istruttoria dibattimentale per accertare il reato-presupposto ai fini dell'inflizione della sola confisca.
Ciò, per la Corte, è inammissibile in quanto osta con quanto prescritto dall'art. 129 c.p.p.: il momento della prescrizione fungerà da limite invalicabile per la rilevazione degli elementi soggettivi ed oggettivi del reato e – dunque- per l'irrogazione della confisca.
Interessante conseguenza di quanto affermato è determinata dal fatto che, qualora la prescrizione maturi nel corso del giudizio, non di primo grado, ma d'appello o di legittimità e manchi l'accertamento di quegli elementi soggettivi e oggettivi che delineano l'effettiva responsabilità dell'imputato in ordine alla commissione del reato, nessuna misura ablatoria potrà essere inflitta.

[147] Cass., Sez. 3, n. 14743 del 20/02/2019, Amodio, Rv. 275392; Sez. 3, n. 47280 del 12/09/2019, Cancelli, Rv. 277363; Sez. 3, n. 49795 del 26/09/2019, Demuru più altri.
[148] V. A. BASSI, ult. Op. cit. p. 296.

ISSN 2036-7821

L'evoluzione giurisprudenziale deve ontologicamente essere vigile risposta alle progressive istanze di tutela dei diritti fondamentali, inverandosi quale sintesi accorta delle differenti visioni offerte dalle Carte Costituzionali.
Resasi indipendente da ogni preconcetto nazionalistico, essa deve seguire, quale unico faro della propria azione, l'innegabile giusnaturalismo del fondamentale diritto alla centralità dell'uomo all'interno di qualsiasi sistema normativo e sociale, resistendo alle sollecitazioni di chi, in nome delle contingenze fattuali, agisce operando nella realtà empirica come Crono che divora i suoi figli, genetiche proiezioni della sua persona.
Interpretazioni che negano la loro stessa essenza, in uno slancio involutivo che non comprende quanto fondamentale sia l'affermazione di una visione sempre più garantista dei diritti costituzionalmente garantiti, sono dunque figlie del tempo.

ISSN 2036-7821