

QUESTIONI APERTE

Confisca urbanistica

La decisione

Ricorso per cassazione - Lottizzazione abusiva - Confisca urbanistica - Ente estraneo al processo - Principio di proporzionalità - Interesse a ricorrere - (C.E.D.U., art. 7; C.p.p., artt. 129 e 568; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44). *In tema di lottizzazione abusiva, in difetto dell'allegazione di uno specifico interesse concreto ed attuale, è inammissibile il ricorso per cassazione proposto dall'imputato prosciolto per intervenuta prescrizione con il quale è dedotta l'illegittimità della confisca disposta ai sensi dell'art. 44, comma 2, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite appartenenti a terzi.*

In tema di confisca per il reato di lottizzazione abusiva, il principio secondo cui non può essere disposta detta misura nei confronti di una persona giuridica che sia rimasta estranea al giudizio, espresso dall'art. 7 Convenzione EDU, come interpretato nella sentenza della Corte EDU del 28/06/2018 nella causa GIEM S.r.l. e altri contro Italia, è rispettato attraverso la partecipazione della persona giuridica al procedimento di esecuzione, nel quale la stessa può dedurre tutte le questioni, di fatto e di diritto, che avrebbe potuto far valere nel giudizio di merito.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE III, 2 agosto 2022 (ud. 12 maggio 2022), - ACETO, *Presidente* - DI STASI, *Relatore* - MANUALI, *P.G.* - Renga e altri, *ricorrenti*.

Interesse a ricorrere in caso di confisca urbanistica nei confronti di persona giuridica rimasta estranea al processo

Con la pronuncia 12 maggio 2022, n. 30424, la Corte, ribadendo il proprio orientamento, afferma la necessità che l'imputato prosciolto dal reato di lottizzazione urbanistica per intervenuta prescrizione allegi uno specifico interesse alla proposizione del mezzo di gravame ove deduca l'illegittimità della confisca disposta nei confronti di una persona giuridica rimasta estranea al processo di cognizione, potendo quest'ultima far valere le proprie ragioni attraverso il procedimento di esecuzione. Tuttavia, si segnala l'eccessiva rigidità nell'applicazione di tale principio ove, come nel caso di specie, il ricorrente rivesta un ruolo all'interno della società colpita dalla misura ablativa, nonché l'inidoneità dell'incidente di esecuzione a garantire una effettiva tutela alla luce della sentenza GIEM S.r.l. e altri contro Italia. Parimenti, sulla scorta del difetto di interesse ad impugnare del ricorrente, la sentenza omette di confrontarsi con il requisito di proporzionalità.

Interest in appealing in the event of urban confiscation against a legal person not involved in the process

With the ruling of May 12, 2022, n. 30424, the Court, reiterating its orientation, affirms the need for the accused acquitted of the crime of urban development due to prescription to attach a specific interest to the proposition of the means of encumbrance where he deduces the illegality of the confiscation ordered

against a legal person remained extraneous to the cognition process, being able to assert its reasons through the enforcement procedure. However, it should be noted the excessive rigidity in the application of this principle where, as in the present case, the applicant plays a role within the company affected by the ablative measure, as well as the inability of the execution accident to guarantee an effective protection in the light of the case of GIEM S.r.l. and others v. Italy.

Likewise, on the basis of the appellant's lack of interest in appealing, the sentence fails to deal with the requirement of proportionality.

SOMMARIO: 1. Inquadramento del problema: la confisca urbanistica a carico dell'ente estraneo al processo. - 2. La domanda del terzo al giudice dell'esecuzione: un'ipotesi di "contraddittorio differito". - 3. L'interesse a ricorrere dell'imputato ai fini della disposta confisca. Il caso del ricorrente finanziatore della società colpita dalla misura ablativa. - 4. Il mancato accertamento del requisito della proporzionalità e adeguatezza della confisca. Un'occasione mancata.

1. *Inquadramento del problema: la confisca urbanistica a carico dell'ente estraneo al processo.* Con la sentenza in esame la Corte di cassazione si è pronunciata sul ricorso avverso la pronuncia emessa dalla Corte di appello di Napoli, con la quale venivano dichiarati prescritti i reati di abuso d'ufficio e lottizzazione abusiva ascritti a due imputati, veniva assolto il terzo imputato perché il fatto non sussiste e veniva confermata nel resto la gravata pronuncia.

Avverso il provvedimento, la difesa di uno degli imputati prosciolti proponeva ricorso per Cassazione, denunciando - tra l'altro - come la corte territoriale avesse disposto (confermando la pronuncia di primo grado) la confisca in danno di una società che non era stata parte nel procedimento penale a carico del ricorrente ed avesse omesso di accertare il requisito di proporzionalità e adeguatezza, così contravvenendo a quanto affermato nella sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in data 28 giugno 2018 nella causa G.I.E.M. S.r.l. contro Italia¹.

Al fine di condurre l'analisi dei principi rassegnati dalla Corte, occorre prendere le mosse dal quadro normativo di riferimento ed, in particolare, dall'art.

¹ Per un'analisi della sentenza, v. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2018, 7; CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"?* Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica, in *questa Rivista*, 2018, 3; BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in www.questionegiustizia.it, 2018; PULVIRENTI-LO GIUDICE, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019, 1; ANGELILLIS, *Da 'Sud fondi' a 'Giem', passando per 'Varvara': continua l'odissea della confisca urbanistica*, in www.giustiziainsieme.it, 2019.

44, co. 2, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380².

La norma prevede 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».

Nonostante la apparente linearità della formulazione della disposizione, notevoli oscillazioni ha subito l'interpretazione giurisprudenziale formatasi intorno all'ambito di applicabilità dell'istituto.

Non potendo affrontare *funditus* il tema, è sufficiente in questa sede ricordare come la giurisprudenza di legittimità formatasi all'indomani dell'entrata in vigore della legge 28 febbraio 1985, n. 47, qualificava tale tipologia di confisca alla stregua di una vera e propria sanzione penale, con la conseguenza che essa poteva essere applicata solo all'imputato giudicato colpevole del reato edilizio, lasciando indenne l'eventuale terzo estraneo al reato che avesse legittimamente acquistato il bene sul mercato.

Successivamente al 1990 si era affermato il contrapposto orientamento secondo il quale l'obbligatorietà della confisca prescindeva tanto dal giudizio di responsabilità quanto dall'intraneità ai fatti del soggetto attinto dalla misura³.

Tale interpretazione venne vista come un'anomalia del sistema dalla Corte d'appello di Bari⁴, che ritenne non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli artt. 3, 25 e 27 Cost., 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.

La conclusione derivava dalla qualificazione della misura ablativa non come sanzione amministrativa, ma come una vera e propria sanzione penale/misura di sicurezza, fondata sulla considerazione secondo la quale essa, da un lato, non può essere collocata tra le misure ripristinatorie dell'interesse leso, dall'altro implica l'ablazione del diritto di proprietà tanto dei trasgressori quanto dei non trasgressori.

La declaratoria di inammissibilità⁵ della questione non servì, tuttavia, a sopire

² L'art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ricalca quanto contenuto nel previgente art. 19, co. 2, L. 28 febbraio 1985, n. 47.

³ Cfr. Cass., Sez. III, 4 aprile 1995, n. 9860, in *Cass. Pen.*, 1997, 193, secondo cui la confisca urbanistica è una sanzione amministrativa.

⁴ Cfr. Corte App. Bari, ord. 9 aprile 2008, in *Cass. Pen.*, 2008, 11, 4326.

⁵ Cfr. Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239, in *Foro it.*, 2010, 1, I, 345.

il dibattito, rilevandosi nel medesimo arco temporale una nuova inversione di tendenza⁶, suffragata dalla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Sud Fondi contro Italia*⁷, che evidenziava come la confisca urbanistica, pur avendo natura amministrativa, non perde il suo carattere sanzionatorio, con la conseguenza che essa non è applicabile nei confronti di soggetti in buona fede che non abbiano commesso alcuna violazione.

Sulla scorta di tanto, la Corte di cassazione prese le distanze dall'orientamento interpretativo che riteneva eseguibile la confisca anche nei confronti di soggetti estranei alla commissione del reato e venuti in possesso del bene in buona fede, ciò comportando, oltre alla violazione del principio di personalità della responsabilità penale cristallizzato dall'art. 27 Cost., una palese contraddizione con l'art. 240, co. 3, c.p. nella parte in cui prevedeva (secondo l'allora formulazione, rimasta invariata per ciò che concerne la deroga alla regola generale) che “la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto, che può e, in alcune circostanze, deve essere ordinata dal giudice penale, non trova applicazione, se la cosa appartiene a persona estranea al reato”.

Così ricostruite per cenni le coordinate generali attraverso le quali condurre l'analisi della pronuncia in commento, qualche riflessione deve essere spesa con riguardo alla sentenza *G.I.E.M. S.r.l. contro Italia* espressamente richiamata dal ricorrente a fondamento delle proprie censure.

Nella specie, le società ricorrenti osservavano di non esser state parti nei procedimenti penali per lottizzazione abusiva e che, del resto, non avrebbero potuto essere esserlo in virtù del principio, vigente all'epoca dei fatti, *societas delinquere non potest*.

Si trattava, quindi, di decidere in merito all'applicazione di una sanzione penale inflitta a persone giuridiche che, per la loro personalità giuridica distinta, non erano state parti in alcun procedimento.

Nel ricostruire il quadro normativo interno ed i propri precedenti specifici, la Corte Europea osserva come “non è prevista alcuna distinzione per il caso in

⁶ Cfr. Cass., Sez. III, 24 ottobre 2008, n. 42741, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 1, I, 356.

⁷ Cfr. Corte EDU, Sez. II, 20 gennaio 2009, n. 75909, in *Cass. Pen.*, 2009, 7-8, 3180. Con tale pronuncia, la Corte europea ha affermato la non conformità della confisca urbanistica al principio di legalità convenzionale descritto dall'art. 7 C.e.d.u. per come interpretato dalla giurisprudenza sovranazionale in punto di accessibilità e prevedibilità dell'esito del giudizio. Dalla qualificazione della confisca quale misura appartenente alla materia penale, la Corte ha enucleato il corollario secondo il quale la sua applicazione non possa prescindere dall'accertamento della responsabilità del soggetto.

cui il proprietario dei beni sia una società che, ai sensi della legge italiana, non può legittimamente aver commesso un reato. La Corte ha già statuito, nella sentenza Varvara (sopra citata, § 65) che «una conseguenza di fondamentale importanza deriva dal principio di legalità nel diritto penale: il divieto di punire una persona se il reato è stato commesso da un'altra»⁸.

Confermando tale ragionamento e muovendo dalla consolidata affermazione della distinzione della personalità giuridica dell'ente rispetto a quella della persona fisica che lo rappresenta, i giudici di Strasburgo hanno concluso che «una misura di confisca applicata, come nel presente caso, a persone fisiche o giuridiche che non sono parti in causa è incompatibile con l'articolo 7», in tal modo ribadendo il divieto di responsabilità per fatto altrui.

Si tratta, nell'ordinamento italiano, di una situazione fisiologica anche dopo l'introduzione del decreto legislativo n. 231 del 2001, che non comprende i reati urbanistici nel novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa derivante da reato degli enti⁸.

Tuttavia, la problematica sottoposta alla Corte europea appare oltremodo evidente. Posto, infatti, che la soluzione della *quaestio iuris* circa l'applicabilità della confisca al soggetto terzo rimasto estraneo al processo sia intimamente legata alla natura giuridica⁹ ed agli effetti che l'interprete le riconosce, appare pacifico ammettere il proprietario del bene, in quanto diretto destinatario di una vera e propria sanzione avente le caratteristiche della pena in senso convenzionale, ad intervenire nella sede processuale nella quale si discuta della sua applicazione¹⁰.

Pertanto, una volta qualificata la confisca urbanistica in termini di sanzione penale, occorre analizzare se e quali strumenti preveda l'ordinamento interno perché il terzo rimasto estraneo al processo possa impedire la stabilizzazione della confisca nei propri confronti¹¹.

⁸ Sul punto deve, tuttavia, rilevarsi come la proposta di legge n. 3176 del 23 giugno 2021 mira ad ampliare il novero dei reati presupposto in materia ambientale, introducendo la fattispecie di lottizzazione abusiva all'art. 25 *undecies*.1 D. Lgs. n. 231/2001.

⁹ Cfr. LECESE, *Sulla natura giuridica della confisca disposta in caso di lottizzazione abusiva*, in *Dir. e formazione*, 2004, 220.

¹⁰ Sul punto, v. 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 *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 25 giugno 2019.

¹¹ Una pronuncia maggiormente aderente al *novum* europeo è Cass., Sez. III, 4 maggio 2018, n. 19166, in *Arch. pen.*, 2, 2018, con nota di CIVELLO, *Illegittima la confisca in sede di archiviazione per prescrizione del reato: un'importante sentenza in tema di evasione di IVA all'importazione*.

2. *La domanda del terzo al giudice dell'esecuzione: un'ipotesi di "contraddittorio differito"*. Nell'esaminare il motivo proposto dal ricorrente in ordine alla mancata partecipazione al procedimento penale della società colpita dalla confisca, con la pronuncia in commento la Corte di cassazione, ribadendo i propri precedenti specifici, osserva come «il principio secondo cui non può essere disposta detta misura nei confronti di una persona giuridica che sia rimasta estranea al giudizio, espresso dall'art. 7 C.E.D.U., come interpretato nella sentenza della Corte EDU del 28/06/2018 nella causa GIEM S.r.l. e altri contro Italia, è rispettato attraverso la partecipazione della persona giuridica al procedimento di esecuzione, nel quale la stessa può dedurre tutte le questioni, di fatto e di diritto, che avrebbe potuto far valere nel giudizio di merito».

In altri termini, la Corte, pur riconoscendo come il diritto vigente non consenta alla persona giuridica proprietaria del bene espropriato di poter partecipare al processo di cognizione nel quale si decidano le sorti della confisca, questa non sia sfornita di strumenti di tutela, potendo attivare tutte le impugnazioni cautelari¹² e, finanche, il rimedio di cui all'art. 321, co. 3, c.p.p.¹³, ossia avanzare richiesta di dissequestro del bene, nel caso in cui la misura ablativa definitiva sia preceduta dal sequestro preventivo ad essa prodromico; viceversa, in caso di misura disposta con sentenza passata in giudicato, esperire incidente di esecuzione ai sensi degli artt. 665 e 676 c.p.p., così instaurando un procedimento all'interno del quale far valere le proprie ragioni in fatto ed in diritto¹⁴.

¹² Sul punto deve, tuttavia, rilevarsi come le impugnazioni cautelari si rivolgano ad un titolo diverso (il sequestro preventivo, appunto) rispetto al provvedimento impositivo della misura definitiva.

¹³ Come chiarito da Cass., Sez. un., 20 luglio 2017, n. 48126, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 2017, 11, 238, con nota di VERZELETTI, *Appello ex art. 322bis c.p.p. per il terzo proprietario del bene confiscato con sentenza non definitiva: una garanzia incompressibile*, e da Corte cost., 24 ottobre 2017, n. 253, in *Cass. pen.*, 2018, 3, 822, con nota di APRILE, *Osservazioni a C. cost. data udienza (24 ottobre 2017), data deposito 6 dicembre 2017, n. 235*; BERTOLINI, *Interpretazione conforme e diritto vivente nel giudizio liminare di corrispondenza fra la norma ed il testo della legge indicati dall'ordinanza di remissione*; VARRASO, *Sentenza di condanna alla confisca e tutela dei terzi*, tale strumento è attivabile solo con il sopraggiungere della sentenza di primo grado non irrevocabile, potendo in tal modo adire direttamente il giudice della cognizione per la restituzione del bene e, in caso di diniego, proporre appello ai sensi dell'art. 322-ter c.p.p. dinanzi al Tribunale del riesame. Sul punto non può, tuttavia, non osservarsi come sia sprovvisto di tutela il terzo attinto da confisca solo con sentenza di condanna non preceduta da sequestro preventivo. In tale ipotesi, infatti, non potendo proporre appello avverso la sentenza con riferimento al capo relativo alla misura ablativa né ricorso per Cassazione, il terzo deve necessariamente attendere il passaggio in giudicato del provvedimento e, successivamente, attivare il procedimento di esecuzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p.

¹⁴ Per una valutazione sulla fase esecutiva della confisca sia consentito rinviare a VERGINE, *Le conseguenze*

Muovendo da tale presupposto, i giudici di legittimità richiamano il proprio intervento a Sezioni unite¹⁵, evidenziando come al giudice dell'esecuzione siano riconosciuti ampi poteri istruttori attraverso i quali accertare in maniera autonoma non solo la sussistenza del reato e l'estraneità ad esso della persona giuridica, ma anche l'estensione e le modalità esecutive della confisca nei limiti delle questioni dedotte.

A tal fine, il giudice dell'esecuzione può assumere tutti i necessari mezzi di prova nel rispetto del diritto alla prova e del principio del contraddittorio, così escludendo ogni violazione dell'art. 7 C.E.D.U.¹⁶ e dei diritti convenzionalmente riconosciuti al terzo.

La risposta del giudice interno, nel ribadire quanto affermato in *subiecta materia* nei propri precedenti, opera una sorta di "compensazione" tra la mancata partecipazione dell'ente al processo con la previsione dell'incidente di esecuzione, sul presupposto che in tale sede esso potrà avanzare le proprie pretese "come se" fosse davanti al giudice della cognizione.

La soluzione offerta dalla Corte italiana, sebbene sembri assicurare il rispetto dei dettami convenzionali, non appare del tutto convincente ad una lettura di sistema più approfondita e che tenga conto delle criticità poste all'attenzione della Corte di Strasburgo.

Ed, infatti, non può non evidenziarsi come il compromesso¹⁷ individuato nell'applicazione dell'articolo 676 c.p.p. suggerisca l'identificazione della persona giuridica estranea al processo e che, tuttavia, subisca direttamente gli effetti ablativi della confisca in una parte meramente eventuale il cui intervento risulta occasionale e facoltativo.

della condanna (confische), in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di ROMANO-MARANDOLA, Milano, 2020, 841, dove si osserva che «Il codice di rito, dunque, non detta compiutamente uno statuto della confisca *in executivis*, esponendo così l'istituto al continuo lavoro giurisprudenziale, al pari, se non in misura superiore, di quanto avviene per la confisca in generale, per certi aspetti manipolata dall'elaborazione pretoria».

¹⁵ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 30 gennaio 2020, n. 13539, in *Cass. pen.*, 2020, 11, 4041.

¹⁶ Nello stesso senso, v. Cass., Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 8350, in *Cass. pen.*, 2020, 1, 290, che riteneva non necessaria, ai fini della legittimità convenzionale della confisca urbanistica, la partecipazione dell'ente, terzo proprietario del bene oggetto di ablazione, al processo di cognizione, potendo il rispetto dei principi convenzionali essere assicurato attraverso l'esperienza del procedimento di esecuzione.

¹⁷ Così, GAETA, *Cassazione vs. Corte europea in tema di confisca: la storia infinita*, in *questa Rivista*, 1, 2019, 4, secondo cui «la soluzione adottata è, all'evidenza, un compromesso di scopo, volto ad escludere alla radice ipotesi di nullità del giudizio di cognizione celebrato *in absentia*, pur trattandosi di un soggetto titolare di un vero e proprio diritto di prova, da esercitare al fine di dimostrare l'illegittimità del titolo ablativo in relazione al proprio acquisto del bene».

Non solo. Sebbene l'incidente di esecuzione preveda un meccanismo idoneo all'instaurazione del contraddittorio ed al rispetto di talune garanzie difensive, deve osservarsi come l'ambito cognitivo e decisorio del giudicante risulti particolarmente circoscritto¹⁸, in quanto fondato su una ricostruzione fattuale non rivalutabile nonché basata su un materiale probatorio alla cui formazione l'ente non ha partecipato¹⁹.

Diversamente opinando, si rischierebbe di attribuire al giudice dell'esecuzione un inedito potere cognitivo *in idem factum*, con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem* processuale²⁰.

Viceversa, dal punto di vista del terzo, il rischio di tale contraddittorio "differito" ad una fase successiva e meramente eventuale è rappresentato dalla potenziale impossibilità di questi di apportare elementi di novità ad un sostrato probatorio e ad una ricostruzione fattuale ormai cristallizzata, con conseguenziale intangibilità del giudicato formatosi sul punto.

In conclusione, la soluzione interpretativa offerta dalla giurisprudenza interna - peraltro priva di conseguenze per la validità del processo di cognizione - delinea un cortocircuito del sistema, in quanto non offre al terzo estraneo colpito dalla confisca il diritto di partecipare e di difendersi sin dal giudizio di primo grado, in tal modo ponendosi in aperta difformità rispetto a quanto previsto in altre disposizioni che si occupano della tutela del terzo.

Il riferimento è, in particolare all'art. 104-*bis*, co. 1-*quinquies*, disp. att. c.p.p.²¹, che, in tema di amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e confisca, dispone che «Nel processo di cognizione devono essere citati i terzi

¹⁸ Così FELICIONI, *Confisca urbanistica nei confronti degli enti* cit.

¹⁹ Sul punto, vale la pena ricordare come la stessa Cass., Sez. I, 11 novembre 2011, n. 47312, Rv. 251415, aveva osservato che «In tema di confisca, il terzo estraneo al reato può far valere il diritto alla restituzione con la proposizione di incidente di esecuzione, nell'ambito del quale, escluso che possano essere rivalutate le ragioni della confisca, può dimostrare la sussistenza del diritto di proprietà e l'assenza di ogni addebito di negligenza». In dottrina, v. SPAGNOLO, *Sequestro, confisca e diritti dei terzi: c'è un giudice a Berlino?*, in *Proc. pen. e giust.*, 2, 2018, 285, secondo il quale: «resta il fatto che l'incidente di esecuzione può non garantire pienamente i diritti del terzo, perché risulta comunque influenzato dall'esistenza della decisione irrevocabile posta a monte, nel cui ambito potrebbero essere state prese in considerazione - senza contraddittorio effettivo con il titolare formale del diritto di proprietà - profili di ricostruzione probatoria e valutativi rilevanti anche in rapporto alla condizione giuridica del terzo, in potenziale violazione del principio del contraddittorio, inteso come garanzia partecipativa del soggetto interessato ai momenti di elaborazione probatoria e di valutazione del materiale, ex art. 111 Cost.».

²⁰ Così GAETA, *Cassazione vs. Corte europea in tema di confisca*, cit.

²¹ L'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. è stato inserito dall'art. 2, co. 9, lett. b), L. 15 luglio 2009, n. 94. Il co. 1-*quinquies* è stato introdotto dall'art. 6, co. 3, lett. a), n. 2, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21.

titolati di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo», nonché all'art. 23, co. 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che, in tema di misure di prevenzione patrimoniali, prevede che «I terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, sono chiamati dal tribunale ad intervenire nel procedimento».

3. *L'interesse a ricorrere dell'imputato ai fini della disposta confisca. Il caso del ricorrente finanziatore della società colpita dalla misura ablativa.* Poste tali riflessioni in tema di (mancata) partecipazione della persona giuridica al processo di cognizione conclusosi con l'applicazione della confisca, la Corte ha rigettato tale doglianza (unitamente a quella relativa al mancato accertamento del requisito di proporzionalità e adeguatezza della misura, sulla quale si offriranno delle osservazioni nel prosieguo), evidenziando la mancata allegazione dell'interesse²² concreto e attuale del ricorrente «a dolersi rispetto ad una sanzione che ricade in danno della società, che, in ipotesi, dovrebbe essere terzo di buona fede».

Richiamando il proprio consolidato orientamento, i giudici di legittimità sottolineano come i requisiti della concretezza e dell'attualità dell'interesse ad impugnare indicato dall'art. 568, co. 4, c.p.p.²³ debbano essere apprezzati «con riferimento all'idoneità dell'esito finale del giudizio ad eliminare la situazione giuridica denunciata come illegittima o pregiudizievole per la parte».

²² Per la definizione di interesse ad impugnare, v. LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali*, in *Annali Camerino*, IX, Napoli, 1935, 308, secondo il quale «il diritto processuale, in quanto disciplina le attività dei soggetti in un rapporto processuale, non può fare a meno dell'interesse: se le parti fossero libere di muoversi in qualsiasi senso e verso qualsiasi meta senza la persecuzione di una certa utilità pratica, il giudizio si trasformerebbe in un'incomposta zuffa o in una vuota accademia».

²³ Cfr. TRANCHINA, *Considerazioni in tema di interesse all'impugnazione nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 269; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 335; DE ROBERTO, *Art. 568 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di LATTANZI-LUPO, 2^a ed., VIII, Milano, 2003, 146.

Si tratta, in altri termini, di una definizione che accoglie la concezione utilitaristica sposata dalla dottrina²⁴ e dalla giurisprudenza²⁵, che riconosce l'interesse meritevole di tutela non nella pretesa alla correttezza teorica della decisione, bensì nell'utilità pratica da essa derivante, misurabile attraverso una comparazione della posizione dell'impugnante pre e post gravame dalla quale emerga un risultato vantaggioso che elida la lesione della sfera giuridica arrecata con il provvedimento impugnato.

Se, dunque, l'interesse richiesto dalla norma deve essere correlato agli effetti diretti e primari del provvedimento gravato, appare evidente come esso assuma una funzione selettiva²⁶ delle impugnazioni ammissibili, con un duplice e consequenziale rischio: da un lato, un'oscillazione applicativa; dall'altro, un impiego di tale strumento di diagnosi a fini puramente deflattivi²⁷.

Poste tali coordinate, la malleabilità di tale requisito appare irrigidita nel caso di specie da un'esclusione *sic et simpliciter* dell'interesse del ricorrente, amministratore e socio finanziatore della società attinta dalla confisca.

Il ragionamento sposato dalla Corte non appare, infatti, condivisibile, laddove si consideri che ogni evento favorevole o sfavorevole che investa la società si ripercuote inevitabilmente sui soci.

Sul punto, sarebbe sufficiente considerare come, in tema di distribuzione degli utili ai soci, l'art. 2478-*bis* c.c. prevede che ad essi possano «essere distribuiti esclusivamente gli utili realmente conseguiti» sotto forma di dividendi.

Appare, dunque, evidente che, se ogni arricchimento delle casse sociali comporta un incremento dei dividendi sociali (o, a seconda delle determinazioni assembleari, dell'accantonamento), allo stesso modo, il depauperamento di esse, causato, come nel caso di specie, dall'applicazione della confisca, genera

²⁴ V. TRANCHINA, *Impugnazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970; SPANGHER, *Impugnazioni penali*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992; VALENTINI, *I profili generali della facoltà di impugnare*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di GAITO, I, Torino, 1998; FALATO, *Formule di proscioglimento ed interesse della parte civile all'impugnazione*, in *Giur. it.*, 2009, 2531; SANTALUCIA, *L'errore nell'uso della formula assolutoria: quale spazio per l'impugnazione della parte civile?*, in *Cass. pen.*, 2009, 897.

²⁵ V. Cass., Sez. I, 28 aprile 2005, n. 23661, Rv. 231917; Id., Sez. I, 14 gennaio 2008, n. 16398, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 3009.

²⁶ Così CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2012, 39 ss.

²⁷ In questi termini, CENTAMORE, *Interesse ad impugnare, formule di proscioglimento, efficacia del giudicato penale di assoluzione nei giudizi tributari*, in *Giur. pen.*, 11, 2021, 2, che riconosce all'interesse di cui all'art. 568, co. 4, c.p.p. «una triplice funzione: quella di “movente” (causa dell'impugnazione); quella di “scopo” (fine dell'impugnazione); da ultimo, come già si è osservato, quella di deflazione».

un effetto (seppur mediato ma certamente) pregiudizievole nei confronti dei soci finanziatori, che non potranno godere degli utili prodotti dal bene ablato. Leggendo i requisiti dell'interesse a ricorrere, per come enucleati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, alla luce di tale considerazione di sistema del panorama normativo, non può non osservarsi come esso debba considerarsi quasi *in re ipsa* ogniqualvolta vi sia una "confusione" dell'ambito economico sociale con quello del singolo socio.

Non solo. Seguendo le argomentazioni rassegnate nella sentenza in commento, sebbene la Corte non riconosca all'imputato alcun interesse a ricorrere rispetto ad un provvedimento i cui effetti negativi ricadono in capo alla società, allo stesso modo riconosce in capo a quest'ultima la possibilità di attivare l'incidente di esecuzione nel quale dedurre le questioni volte a chiedere la revoca della confisca.

Ed, anzi, tale possibilità (pur con tutti i limiti già illustrati) consente all'ordinamento di non incorrere nella violazione dell'art. 7 C.E.D.U., in tal modo garantendo una sorta di recupero del contraddittorio non integrato nel corso del processo di cognizione.

Pertanto, quanto meno in via potenziale, la Corte non disconosce una legittimazione ed un interesse della società rimasta estranea di far valere le proprie ragioni all'interno di un *sub* procedimento, attivabile una volta divenuta definitiva la pronuncia che dispone la misura ablativa.

Se tant'è, due ulteriori riflessioni meritano di essere condivise.

Da un primo angolo prospettico, nel caso di specie, il sistema delineato dai giudici di legittimità ripropone le medesime problematiche evidenziate con riferimento al "differimento" del contraddittorio in sede esecutiva.

Da un secondo punto di vista, non riconoscere l'interesse ad impugnare in capo ricorrente che rivesta, allo stesso tempo, la *qualitas* di amministratore e socio finanziatore della società colpita dalla confisca equivale ad estromettere quest'ultima dal processo di merito, pur se l'entità giuridica di fatto trovi espressione nella medesima persona fisica tratta a giudizio.

4. *Il mancato accertamento del requisito della proporzionalità e adeguatezza della confisca. Un'occasione mancata.* Da ultimo, il ricorrente lamentava il mancato accertamento dei requisiti di proporzionalità e adeguatezza in elusione del principio di legalità europea enunciati nella sentenza G.I.E.M. S.r.l. contro Italia e dalla sentenza Perroni emessa dalle Sezioni unite della Corte di

cassazione²⁸.

Prima di analizzare i principi contenuti nelle richiamate pronunce, giova evidenziare come il canone della proporzionalità, prim'ancora che diretta conseguenza dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e degli artt. 3 e 27 Cost., che vengono in rilievo in considerazione della natura sostanzialmente penale della confisca, è espressione del diritto di proprietà, riconosciuto dall'art. 17 della medesima Carta, dall'art. 41 Cost. e dall'art. 1 del I Protocollo C.e.d.u.²⁹.

L'uso di tale diritto³⁰ può, pertanto, essere controllato solo alla luce della valutazione dell'interesse generale che legittima a combattere e prevenire il crimine³¹.

Come tale, la confisca rappresenta «un'interferenza con il pacifico godimento del diritto di proprietà», come sottolineato dalle sentenze *Sud Fondi*³² e *Varvara*³³, richiamate dalla sentenza G.I.E.M.

Quest'ultima, in particolare, nell'esaminare tale requisito, richiama l'art. 1 Protocollo 1, che «richiede, per qualsiasi ingerenza, un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito», tale rapporto risultando «rotto se la persona interessata deve sostenere un onere eccessivo ed esagerato».

La Corte europea ha indicato una serie di elementi finalizzati alla conduzione di tale valutazione, ossia: la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali

²⁸ Il riferimento è a Cass., Sez. un. 30 gennaio 2020, n. 13539, in *Cass. Pen.*, 2020, 11, 4041.

²⁹ L'art. 1 del I Protocollo C.E.D.U. così recita: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

³⁰ Secondo i lavori preparatori della C.E.D.U. «il diritto di proprietà costituisce una condizione per l'indipendenza personale e familiare».

³¹ Cfr. SCHABAS, *Art. 1 Protection of Property, The European convention on human rights: a commentary*, Oxford 2015, 960.

³² Per un approfondimento della pronuncia v. BALSAMO-PARASPORO, *La corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. pen.*, 2009, 3183; BEDUSCHI, *Confisca degli "ecomostri" di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparaione*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2012.

³³ Per una trattazione delle tematiche affrontate nella sentenza, v. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, 2204.

la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione.

La prima applicazione pratica del principio affermato dalla Corte europea è offerta dalla pronuncia n. 8350/2019 della Corte di cassazione, secondo la quale «la misura ablativa non rispetta sicuramente i criteri di proporzionalità se applicata a terreni che non sono direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e che il giudice del merito può senz'altro individuare, limitando la misura alle sole aree abusivamente lottizzate, venendo assicurate agli interessati, per le diverse ipotesi, anche in sede di esecuzione, le garanzie del contraddittorio, restando la confisca e la conseguente perdita della proprietà una misura residuale, assunta dal giudice penale sempreché non sia già intervenuta l'autorità amministrativa e soggetta ai diversi esiti».

La soluzione adottata dal giudice interno, sebbene possa sembrare in linea con il meccanismo logico del rapporto causa-effetto, si risolve, in realtà, in una tautologia che finisce con il legare il canone della proporzionalità ad ogni conseguenza materiale del reato di lottizzazione abusiva³⁴.

In altri termini, la normalizzazione operata dalla Cassazione, postulando l'aderenza al requisito di proporzionalità ogni ablazione conseguente al delitto di cui all'art. 44 d.P.R. n. 380/2001, neutralizza i principi rassegnati dalla Corte europea, in quanto introduce un inedito parametro normativo, in luogo di quello materiale, alla stregua del quale verificare il canone richiesto e svuota di contenuto la valutazione demandata al giudice sulla scorta degli indici indicati nella sentenza G.I.E.M. S.r.l. c. Italia.

La questione è stata nuovamente affrontata dalla Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 13539 del 2020³⁵, alla quale è stato demandato il compito di sciogliere il possibile contrasto sulla facoltà, in capo alla Corte di legittimità, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, di disporre l'annullamento della sentenza con rinvio limitatamente alla

³⁴ Sul punto, v. GAETA, *Cassazione vs Corte europea in tema di confisca: la storia infinita*, in *questa Rivista*, 2019, 1, 4 ss.

³⁵ Per un'analisi dell'ordinanza di rimessione, v. 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 *Sist. Pen.*, 18 novembre 2019.

statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura ablatoria.

Nel caso sottoposto alla sua attenzione, la Corte, cercando di individuare la norma processuale che consenta tale annullamento con rinvio³⁶ ed, al contempo, di riscontrare le esigenze segnalate dalla sentenza G.I.E.M., ha stabilito che «nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre l'annullamento con rinvio della sola statuizione della sentenza impugnata relativa alla confisca ex art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, al fine della individuazione dei beni da sottoporre a confisca e, dunque, per consentire lo svolgimento degli accertamenti di merito necessari per la valutazione della conformità del provvedimento ablatorio al principio di protezione della proprietà di cui all'art. 1 del Prot. add. n. 1 C.E.D.U., come interpretato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, n. 1828/06».

Tuttavia, la lettura della pronuncia lascia intravedere una risposta solo implicita ed incidentale al quesito proposto dalla Terza Sezione penale, non riscontrandosi l'atteso principio di diritto ai sensi dell'art. 173, co. 3, disp. att. c.p.p.

Ed, infatti, ritenendo inammissibile il motivo di ricorso per carenza di interesse, la Corte ha ricordato i limiti strutturali del giudizio di legittimità, che impediscono l'esame di questioni di fatto ovvero di quelle inammissibili per violazione del principio devolutivo, fatte salve le ipotesi di cui all'art. 609, co. 2, c.p.p.

Pertanto, pur ammettendo la possibilità per il giudice di legittimità di «decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca» urbanistica, disponendo l'annullamento con rinvio allorché rilevi un'aggressione patrimoniale sproporzionata che non possa direttamente emendare, l'assenza di tali elementi connoterebbe tale facoltà in termini meramente (ed, illegittimamente) esplorativi³⁷.

³⁶ Per un commento critico sull'applicabilità dell'art. 578-bis c.p.p., v. BASSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*, in *Sist. Pen.*, 5/2020, 285 ss, secondo la quale «le Sezioni Unite sono peraltro incorse in un'evidente forzatura del dato normativo», evidenziando come «la Corte avrebbe forse potuto percorrere una via diversa, quale quella del recepimento e della validazione ex art. 618, comma 1-bis, c.p.p. del principio di diritto già elaborato dalla giurisprudenza di legittimità, sia pure a Sezioni semplici, quale fisiologico riflesso processuale del pronunciamento della Corte EDU nel caso G.I.E.M.». Cfr., altresì, PULVIRENTI, *Il difficile connubio dell'art. 578 bis c.p.p. con la "sentenza Giem" della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi di innalzamento del livello (interno) di tutela*, in *questa Rivista*, 2, 2019, 15.

³⁷ Sulla scorta di tanto, BASSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato* cit., rileva che «si può dunque estrapolare la *regula iuris* applicabile nell'ipotesi in cui - diversamente da quella decisa dalle Sezioni Unite - la Corte di cassazione ravvisi una violazione del principio di proporzionalità. Fermo che la violazione

Esaminando le problematiche sottese alla tematica, non può non osservarsi, altresì, come l'art. 44 d.P.R. n. 380/01, imponendo la confisca del terreno abusivamente lottizzato e dei manufatti sullo stesso abusivamente realizzati, descriva una misura obbligatoria e "non misurabile", sottratta, di fatto, ad un vero e proprio giudizio di proporzionalità nei termini indicati dalla Corte europea. Sebbene, dunque, la Corte nella sua massima composizione non neghi l'esigenza della valutazione in ordine all'applicabilità di misure meno invasive, sulla scorta della rilevata impossibilità concreta di procedere ad un giudizio sulla proporzionalità del mezzo rispetto al fine, ritiene che l'unica via percorribile sia quella della revoca della confisca dei beni estranei alla condotta illecita, in ossequio, prim'ancora che al principio di proporzionalità della pena, a quello di legalità.

In disparte ogni valutazione in merito all'efficacia della valutazione della proporzionalità *in executivis*³⁸, il giudice interno ha mancato l'occasione per indicare i termini entro i quali il giudizio di proporzionalità andrebbe condotto; termini per certi versi ripresi da una successiva pronuncia³⁹, maggiormente aderente ai canoni europei, che, prendendo le distanze da quanto statuito nel proprio precedente, ritiene valorizzabile in ottica di proporzionalità l'aver posto in essere comportamenti effettivamente ed integralmente riparatori, realizzati prima del passaggio in giudicato della sentenza⁴⁰.

La base logica di tale conclusione risiede nella circostanza secondo la quale, nonostante il tessuto normativo non prevedeva forme di "giustizia riparativa"

di tale principio dovrà emergere dalla ricostruzione fattuale compiuta dai giudici nelle fasi precedenti, essendo avulse dal giudizio di legittimità valutazioni ed accertamenti di merito, la Corte di cassazione potrà trovarsi dinanzi alla seguente alternativa decisoria. In un caso, rilevata la sproporzione, la Corte potrà adottare direttamente «i provvedimenti necessari» atti a riportare ad equilibrio il provvedimento ablatorio allorché sia in grado di disporre una riduzione del compendio attinto, tenendo conto degli elementi accertati e rappresentati nella decisione di merito [...] Nell'altro caso, riscontrata la violazione del principio di sproporzionalità, la Corte dovrà invece annullare la sentenza impugnata con rinvio qualora non sia in grado, sulla base degli elementi rappresentati nelle sentenze di merito, di adottare a buon diritto un provvedimento di riduzione».

³⁸ Sul tema cfr. QUATTROCCHI, *Le Sezioni Unite su confisca urbanistica e poteri del giudice dell'impugnazione in ipotesi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva: tra i punti fermi, permane insoluto il nodo della proporzionalità della misura*, in *Sist. penale*, n. 7, 2020, 24 ss.

³⁹ Il riferimento è a Cass., Sez. III, 5 febbraio 2020, n. 12640, in *Lexambiente.it*, 7 maggio 2020, che richiama la già citata Cass., Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 8350 e Cass., Sez. III, 27 marzo 2019, n. 31282, in *Cass. pen.*, 2021, 1, 271, che hanno rigettato qualsivoglia automatismo in ordine all'applicazione della confisca.

⁴⁰ Per un'analisi della sentenza v. FIMIANI, *L'eliminazione delle opere e dei frazionamenti esclude la confisca*, in *Ipenalista.it*, 1 luglio 2020.

in tema di confisca per reati di lottizzazione abusiva, una lettura d'insieme delle ragioni ispiratrici delle norme in rilievo consente di ritenere che l'emanazione di un eventuale provvedimento dell'autorità amministrativa che riconosca – seppur *ex post* – la conformità urbanistica delle aree equivalga implicitamente ad una manifestazione di disinteresse da parte dell'ente pubblico all'acquisizione al patrimonio comunale, lasciandolo nella titolarità del legittimo proprietario⁴¹.

Tale interpretazione evolutiva, sebbene poco in linea con il principio di legalità, ha il pregio di essere maggiormente conforme alle istanze garantistiche sottese alla pronuncia della Corte EDU⁴², in quanto riconosce alla misura non una funzione punitiva, bensì di tutela dell'assetto del territorio⁴³.

Nonostante gli sforzi della giurisprudenza, la questione risulta tutt'ora aperta, avendo la Corte d'appello di Bari⁴⁴ sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, T.U. edilizia nella parte in cui consente di applicare una confisca di carattere sproporzionato in base ai parametri delineati dalla sentenza G.I.E.M.⁴⁵, di fatto trasformando la misura da obbligatoria in facoltativa e “residuale”, da applicarsi solo nel caso di insufficienza dell'obbligo di adeguamento dell'area abusivamente lottizzata⁴⁶.

Nel dichiarare inammissibile la questione sollevata dalla corte territoriale, la Corte costituzionale⁴⁷, pur ricordando che la natura amministrativa della misura

⁴¹ Sul tema dell'interferenza tra procedimenti penali e procedimenti amministrativi, cfr. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: non è necessaria una sentenza di condanna, neppure in primo grado?*, in *questa Rivista*, 1/2019, 2; ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, Torino, 2020, 10 ss.

⁴² La sentenza G.I.E.M. è stata successivamente confermata da Corte EDU, Sez. IV, 26 novembre 2019, *Yasar v. Romania*.

⁴³ In termini, v. MAUGERI, *La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell'efficienza e i principi della materia penale*, in *questa Rivista*, n. 2/2020, 44 ss, secondo la quale «Si tratta di un'interpretazione interessante e in linea con il principio di proporzionalità, inteso anche in senso ampio - rispetto alla proporzionalità a monte dell'intervento dell'autorità -, ancor prima che rispetto alla proporzionalità in senso stretto tra la sanzione e lo scopo perseguito».

⁴⁴ Il riferimento è a Corte App. Bari, Sez. II, 18 maggio 2020, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 5, I, 1215.

⁴⁵ Per un'analisi, v. FINOCCHIARO, *Principio di proporzionalità e confisca urbanistica: alla Consulta una nuova questione di costituzionalità dell'art. 44 T.U. edilizia*, in www.sistemapenale.it, 22 giugno 2020.

⁴⁶ In senso critico, v. MAUGERI, *La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell'efficienza e i principi della materia penale* cit., che osserva come tale esso si risolverebbe in «un intervento riformatore del dato normativo che non rientra nelle sue competenze e che non può essere realizzato con i suoi tradizionali strumenti».

⁴⁷ Corte cost., n. 146 del 2021, con nota di APRILE, *Osservazioni: C. cost., data udienza Sentenza (27 maggio 2021), data deposito 8 luglio 2021, n. 146*.

non osta all'obbligo del dell'art. 7 C.e.d.u., ritiene imprescindibile il rispetto della discrezionalità del legislatore, non superabile attraverso l'introduzione invocata dal ricorrente di uno strumento (ossia, la non applicazione della confisca in caso di demolizione o adeguamento urbanistico intervenuti nel corso del processo) che trasformi in radice l'essenza della misura, tale possibilità essendo rimessa esclusivamente alla *voluntas* legislativa, peraltro riconosciuta dallo stesso Prot. 1 addiz. C.e.d.u.

Esclusa, dunque, la percorribilità di un intervento additivo della Corte costituzionale a causa dei limiti evidenziati, il principio enunciato dalla sentenza G.I.E.M. e gli annessi canoni interpretativi del requisito della proporzionalità appaiono, di fatto, privi di concreta applicazione, ostando ad una valutazione del requisito il carattere dell'obbligatorietà sancito dall'art. 44 d.P.R. n. 380/2001.

Nonostante, pertanto, qualche timida apertura della Corte di cassazione⁴⁸ di conferire concretezza al raggio d'azione della proporzionalità della confisca urbanistica, si registra una quasi costante "lettura minimalista"⁴⁹ del principio rassegnato dalla Corte europea, sostenendo la conformità convenzionale della misura di tutte le opere abusivamente lottizzate, anche se non oggetto di trasformazione.

In tale delicatissimo dialogo tra Corti, la pronuncia in commento si pone come un'ulteriore occasione mancata, giacché, trincerandosi dietro la già analizzata mancanza di interesse a proporre impugnazione, ha omesso di confrontarsi con la doglianza sollevata dal ricorrente.

⁴⁸ Si veda, da ultimo, Cass., Sez. III, 20 novembre 2020, n. 3727, n. *Cass. Pen.*, 2021, 5, 1752, secondo cui «In tema di lottizzazione abusiva, la effettiva e integrale eliminazione di tutte le opere e dei frazionamenti eseguiti in attuazione dell'intento lottizzatorio, cui sia conseguita, in assenza di definitive trasformazioni del territorio, la ricomposizione fondiaria e catastale dei luoghi nello stato preesistente accertata nel giudizio rende superflua la confisca dei terreni perché misura sproporzionata alla luce dei parametri di valutazione del principio di protezione della proprietà di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione Edu, come interpretato dalla pronuncia della cedu del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. contro Italia. Ciò vale, a maggior ragione, in caso di lottizzazione (solo) negoziale, in ossequio alla necessaria verifica di proporzionalità della misura, non apparendo la confisca - in astratto - l'unica misura applicabile per l'ipotesi in cui comunque, pur in difetto di opere da demolire, un intervento ripristinatorio sia stato eseguito, nei termini suddetti. Tale intervento ripristinatorio, comunque, per giustificare una misura diversa dalla confisca, dovrà possedere i caratteri sopra richiamati e dovrà essere inconfutabilmente dimostrato da chi abbia interesse a giovarsene, mentre al giudice di merito è richiesto un rigoroso ed effettivo accertamento in fatto che non può limitarsi a una mera presa d'atto».

⁴⁹ In termini, SCOCA, *Osservazioni sulle sanzioni amministrative (a proposito della confisca "urbanistica")*, in *Giust. insieme*, 23 marzo 2022.

A ben guardare, l'orientamento maggioritario sposato dalla giurisprudenza interna sembra escludere in radice il criterio della proporzionalità della "sanzione" ablativa.

Ed, infatti, se si considera che l'art. 44 T.U. edilizia preveda una sola "sanzione" (la confisca, appunto) come conseguenza automatica⁵⁰ del reato, non può che concludersi per un contrasto insanabile della norma con l'art. 1 del Protocollo addizionale.

In altri termini, sarebbe la stessa formulazione dell'articolo a risultare inadeguata rispetto agli indici individuati nella sentenza G.I.E.M. (in particolare, con quello che prevede la possibilità per il giudice di adottare misure meno restrittive e meno onerose), alla quale inadeguatezza dovrebbe sopperire la giurisprudenza creativa (*rectius*, rivoluzionaria del dato letterale), ovvero quella della Corte costituzionale ovvero, in maniera più convincente, il legislatore, attraverso la sostituzione della disposizione con una dal contenuto maggiormente aderente alle finalità indicate dai giudici europei.

In tal senso, un parametro normativo di riferimento che rappresenta plasticamente l'applicazione concreta del canone di proporzionalità, seppur in una materia diversa da quella urbanistica, è dato dall'art. 12-*bis*, co. 2, d.lgs. n. 74/2000 che, nel prevedere un'ipotesi di confisca in caso di condanna per taluno dei delitti previsti nel decreto, dispone che essa «non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza del sequestro»⁵¹.

⁵⁰ In senso critico rispetto alla giurisprudenza interna, che ha sostenuto come la confisca non sarebbe una conseguenza automatica ed inevitabile, bensì anticipata dalla verifica di un collegamento oggettivo e soggettivo co il reato della persona che la subisce, cfr. SCOCA, *Osservazioni sulle sanzioni amministrative* cit., per il quale «l'argomento è tuttavia inconsistente, perché la sanzione presuppone necessariamente il previo accertamento della responsabilità penale, e quindi degli elementi oggettivo e soggettivo. L'automatismo comporta che, una volta accertata la responsabilità, l'applicazione della confisca (e solo di tale sanzione) è scontata, automatica ed inevitabile, secondo la lettera dell'art. 44. Ed è proprio questa automaticità che, secondo la Corte di Strasburgo, contrasta con la disciplina convenzionale».

⁵¹ Nell'esaminare la compatibilità tra procedure concorsuali e misura cautelare reale, Cass., Sez. III, 05 febbraio 2019, n. 18034, Rv. 275951, ha osservato che in caso di perfezionamento dell'accordo tra indagato-contribuente e amministrazione finanziaria «si dovrà operare una rideterminazione del *quantum* sequestrato in una misura corrispondente alle somme versate all'erario, così da ovviare il rischio di una duplicazione della sanzione, considerata la natura sanzionatoria riconosciuta alla confisca e quindi al sequestro preventivo ad essa finalizzato (*ex plurimis*: Cass., Sez. III, 19 gennaio 2016, n. 4097). Qualora tale riduzione non fosse disposta, si realizzerebbe inoltre una violazione del principio secondo il quale il valore del bene oggetto dell'ablazione definitiva non può mai essere superiore al vantaggio economico conseguito mediante la commissione dell'illecito penale».

Dalla lettura della norma, emerge come il legislatore abbia espressamente contemplato un'ipotesi di "deroga" alla confisca obbligatoria, così valorizzando una condotta "recuperatoria" e soddisfattiva dell'interesse pubblico all'acquisizione da parte dell'Amministrazione finanziaria di quanto non versato dal contribuente.

Tali osservazioni dovrebbero condurre ad una rilettura del canone di proporzionalità enucleato dalla sentenza G.I.E.M. anche alla luce dell'idoneità del mezzo rispetto agli interessi urbanistici rispetto ai quali risulta strumentale che, almeno nei casi analizzati dalla sentenza della Corte europea, non sembra soddisfatta se non, addirittura, paradossalmente frustrata.

Detta ultima considerazione deriva dalla riflessione secondo la quale l'unica sanzione compiutamente soddisfattiva dei predetti interessi sarebbe la rimessione in pristino delle aree lottizzate. Se tant'è, una volta eseguita la confisca e trasferite le opere nel patrimonio del Comune, spetterebbe a quest'ultimo l'onere di tale adempimento, in tal modo gravando le risorse pubbliche e, allo stesso tempo, sollevando gli autori del reato da tale incombenza. Tuttavia, ragioni finanziarie o politiche o anche solo di mera opportunità potrebbero condurre il nuovo, legittimo proprietario a conservare (o anche solo abbandonare) le *res*, così frustrando le medesime finalità per le quali è stata irrogata la misura³².

In conclusione, sembrerebbe che il nodo gordiano emerso da tale corposo dibattito possa essere sciolto solo grazie ad un intervento del legislatore, volto ad adeguare il dettato normativo ormai profondamente rivoluzionato dallo stratificato diritto vivente.

FRANCESCO VERGINE

³² In termini, v. SCOCA, *Osservazioni sulle sanzioni amministrative* cit., 15 ss.