



Corso

Che c'è di nuovo in tema di urbanistica ed edilizia?

Relazione sul tema

## **La confisca dell'opera abusiva**

Piero Silvestri  
Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo  
della Corte di Cassazione

**BOZZA**

Sommario: 1 Premessa.- 2. Confisca senza condanna: la questione.- 3. Il primo intervento delle Sezioni Unite.- 4. Il secondo intervento delle Sezioni Unite.- 5. La giurisprudenza successiva.- 6. Le divergenti soluzioni adottate in ordine alla confisca prevista da talune leggi speciali: la confisca urbanistica.- 7. La confisca nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: legalità, presunzione d'innocenza e giusto processo. La confisca come pena- 7.1. (segue). Confisca e presunzione di innocenza: il caso Paraponiaris c. Grecia.- 7.2. Confisca e limiti imposti dal principio di legalità e dalla tutela della proprietà privata: il caso Sud Fondi s.r.l. c. Italia.- 8. L'impatto della giurisprudenza europea sull'ordinamento interno.- 8.1. Il principio guida: rinunciabilità della condanna, irrinunciabilità dell'accertamento- 9. Le soluzioni adottate dalla giurisprudenza di legittimità nel 2013: a) Confisca senza condanna, accertamento del reato e della sua attribuibilità soggettiva.- 9.1. (segue) Confisca per equivalente ed estinzione del reato.- 9.2. (segue) Confisca senza condanna e diritto al contraddittorio.- 9.3. (segue). Confisca senza condanna e lottizzazione abusiva. 10. Considerazioni riepilogative.- 11. La sentenza CEDU nel caso Varvara c. Italia.- 12. Estensione oggettiva della confisca: effetti restitutori o risarcitori conseguenti alla Pronuncia Cedu.- 12.1. La sentenza n. 210/2013 della Corte Costituzionale.- 13. L'estensione soggettiva della confisca: l'opponibilità della confisca al "terzo estraneo al reato" cui la cosa "appartiene".- 13.1. Confisca e comunione sul bene. - 14. Casistica.

1.premessa. Nello scorrere, anche solo in superficie, la sterminata giurisprudenza e letteratura che si è occupata, anche recentemente, di confisca penale, è difficile non avere la sensazione che ci si trovi di fronte ad un vero e proprio *unicum* nel panorama sanzionatorio, caratterizzato qual è da un intreccio di problemi dogmatici e difficoltà operative che non si ritrova in nessun'altra sanzione penale. La natura giuridica, l'oggetto, la tutela dei terzi estranei al reato che ne subiscono gli effetti sono, infatti, solo alcune delle problematiche cui la confisca dà luogo, e rispetto alle quali la riflessione penalistica si trova ancora oggi in debito di una risposta definitiva.

La direttrice metodologica fondamentale da seguire al fine di cogliere la natura di qualsiasi figura normativa di confisca, è quella tracciata dalla Corte costituzionale sin dal 1961, quando il Giudice delle Leggi chiarì che "il suo contenuto consiste sempre nella privazione di beni economici, ma può essere disposta per motivi diversi ed indirizzata a varie finalità, sì da assumere natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero di misura giuridica civile o amministrativa"; nella occasione la Corte affermò come, ai fini del sindacato di legittimità, occorra considerare non un'astratta e generica figura di confisca, ma in concreto la confisca così come risulta di volta in volta disciplinata da una determinata legge.

In questo quadro, non desta perciò più di tanto stupore che i profili di incertezza che investono questo antico istituto finiscano per coinvolgere finanche i suoi stessi presupposti applicativi di natura processuale, rendendone ancora più incerti i confini teorici ed operativi.

La domanda cui si tenterà di dare una risposta sarà quella di determinare ***in quali casi e con quali limiti la confisca può essere ordinata in caso di proscioglimento dell'imputato.***

## 2. Confisca senza condanna: la questione.

A prima vista la risposta offerta dal dato normativo parrebbe del tutto lineare. Nell'ordinamento penale, infatti, esiste un solo caso in cui il legislatore ha consentito *apertis verbis* l'esercizio di poteri ablativi anche in caso di proscioglimento dell'imputato: si tratta dell'ipotesi di confisca delle cose c.d. *assolutamente vietate* prevista dall'art. 240, c. 2, n. 2, c.p., ossia, le cose *la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato*. In tutte le altre ipotesi, il legislatore parrebbe dunque subordinare sempre l'operatività della confisca alla pronuncia di una sentenza di condanna a carico dell'imputato.

Una parte della giurisprudenza ritiene, invece, che il giudice, a date condizioni, disponga di poteri ablativi anche in caso di proscioglimento dell'imputato e, in alcuni settori del diritto penale complementare, come appunto in tema di confisca urbanistica, l'esercizio di tali poteri è pressoché sistematico.

È difficile negare che l'applicazione della confisca senza che vi sia condanna dell'imputato continua ad essere presente nella prassi giurisprudenziale, e che tale prassi ha progressivamente iniziato a porsi in contrasto non solo con la prevalente opinione dottrinale, ma anche con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale proprio per questa ragione, nell'ormai arcinoto caso *Sud Fondi*, ha già inflitto una condanna all'Italia.

D'altra parte, sarebbe eccessivamente miope e scarsamente costruttivo un atteggiamento di critica nei confronti della prassi che si ostinasse a non vedere, nella tenace resistenza della nostra giurisprudenza, ragioni di giustizia sostanziale di oggettivo spessore. Sfugge, infatti, a qualunque logica di effettività della tutela dei beni giuridici, cui mira il sistema penale, la restituzione del prezzo del reato all'imputato prosciolto per prescrizione magari dopo due sentenze di condanna, o la restituzione del profitto di una truffa ai danni dello Stato, estintasi per amnistia; la reintroduzione nel circuito economico di beni di accertata provenienza delittuosa è priva di qualunque plausibilità in un'ottica di (credibile) amministrazione della giustizia penale.

Una prima risalente ricostruzione afferma la non necessità della condanna per procedere alla confisca essenzialmente in base a due argomenti.

In primo luogo, si ricorda che l'art. 210 comma 1 cod. pen. sancisce il principio generale secondo cui *l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione* (analogo principio è espresso, al comma 2, con riferimento all'estinzione della pena); tuttavia, l'art. 236, comma 2, cod. pen. sottrae all'ambito di operatività di tale principio proprio la misura della confisca. Dal combinato disposto di tali previsioni normative si ricaverebbe dunque che la confisca, a differenza delle altre misure di sicurezza, va ordinata anche laddove operi una fattispecie estintiva del reato.

In secondo luogo, si fa rilevare che l'art. 240, comma 2, cod. pen. contiene, con riferimento alla confisca obbligatoria del prezzo del reato e delle cose c.d. assolutamente vietate, l'espressione *è sempre ordinata la confisca*; tale locuzione, secondo l'impostazione in parola, imporrebbe al giudice di applicare la misura ablativa *indipendentemente* dalla presenza o meno della sentenza di condanna, a differenza di quanto accade per la confisca facoltativa *ex art. 240, comma 1, cod. pen.* per la cui applicazione è esplicitamente richiesta la condanna.

A tale orientamento si è contrapposta nel tempo la tesi largamente maggioritaria secondo cui il richiamo agli artt. 210 e 236, comma 2, cod. pen., sarebbe non decisivo, poiché esso prescinde totalmente dal testo dell'art. 240 cod. pen., e cioè proprio dalla norma che detta le condizioni di applicabilità della confisca, e che espressamente richiede la condanna, quanto meno in relazione alla confisca facoltativa *ex art. 240, comma 1, cod. pen.*

Gli artt. 210 e 236 comma 2 cod. pen. si limitano, secondo la tesi in esame, piuttosto ad indicare quali norme, dettate per le misure di sicurezza personali, si applichino anche a quelle patrimoniali, così delineandone la disciplina normativa generale. Quest'ultima, però, andrebbe poi integrata con le disposizioni specificamente previste per le singole misure di sicurezza patrimoniali, le quali laddove deroghino a tale normativa generale non potranno che prevalere in ossequio al principio di specialità. Se pertanto, relativamente alla misura della confisca, l'art. 240 cod. pen. esige la previa emanazione di una sentenza di condanna (salvo che nella ipotesi di cui al n. 2, secondo comma in cui espressamente la confisca risulta imposta *anche se non è stata pronunciata condanna*), da essa non sarà possibile prescindere.

Con riferimento poi all'interpretazione dell'avverbio *sempre*, contenuto nel secondo comma dell'art. 240 cod. pen., l'opinione comune è nel senso che esso avrebbe la sola funzione di privare il giudice di poteri discrezionali in ordine all'applicazione o meno della misura ablativa, essendo la valutazione circa la *pericolosità* delle cose per cui la confisca risulta obbligatoria operata direttamente dal legislatore.

### 3. Il primo intervento delle Sezioni Unite.

Questi argomenti furono recepiti dalla prima sentenza emessa dalle Sezioni Unite sulla questione (Sez. un., 25/3/1993 (dep. 23/4/1993) n. 5, Carlea, Rv. 193119- 193120).

Oggetto della decisione fu, in quell'occasione, la speciale ipotesi di confisca obbligatoria in materia di gioco d'azzardo prevista dall'art. 722 cod. pen.; ma l'identità tra la formula contenuta in quella norma (*è sempre ordinata la confisca del denaro esposto e degli strumenti impiegati nel gioco*) e quella di cui all'art. 240, comma 2, cod. pen. consente agevolmente di estendere il principio di diritto enunciato all'intera materia della confisca di cui all'art. 240 cod. pen.

Precisato, dunque, che la condanna dell'imputato resta presupposto imprescindibile della misura ablativa, le Sezioni Unite si premurarono altresì di sottolineare l'intrinseca razionalità della soluzione legislativa. Per poter disporre la confisca nel caso di estinzione del reato, infatti, il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti in genere incompatibili con i limiti cognitivi imposti dalla particolare fase processuale nella quale viene dichiarata l'estinzione del reato. Non è in proposito affatto casuale, osservarono le Sezioni Unite, che l'unica ipotesi di confisca consentita in caso di estinzione del reato sia quella prevista dell'art. 240, comma 2, n. 2, cod. pen. *perché* [quest'ultima] “*è focalizzata soprattutto sulle caratteristiche delle cose da confiscare, le quali in genere non richiedono accertamenti anomali rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione del reato*”.

#### 4. Il secondo intervento delle Sezioni Unite.

La persistenza del contrasto giurisprudenziale determinò nel 2008 un nuovo intervento delle Sezioni Unite nel 2008 (Sez. un., 10/7/2008 -dep. 15/10/2008-, n. 38834, P.M. in porc. De Maio, Rv. 240565).

Il caso di specie concerneva la restituzione all'imputato, disposta con ordinanza del giudice dell'esecuzione, di alcuni beni precedentemente sequestrati quali *cose costituenti prezzo del reato* o ex art. 240, comma 2, n. 1, cod. pen. nel corso di un procedimento penale per corruzione conclusosi per decorrenza dei termini prescrizionali. Il giudice aveva recepito il percorso argomentativo delle Sezioni Unite “Carlea”, ma il provvedimento era stato tuttavia impugnato dalla parte pubblica la quale riteneva, invece, che la confisca del prezzo del reato ben potesse prescindere dalla sentenza di condanna, atteso che il primo comma dell'art. 240 cod. pen. richiede espressamente una sentenza di condanna ai fini della confisca facoltativa, e che, all'opposto, l'art. 240 comma 2 numero 2 altrettanto espressamente prescinde dalla necessità di una sentenza di condanna, laddove, invece, nessuna indicazione espressa sarebbe fornita dal legislatore in relazione all'ipotesi della confisca obbligatoria del prezzo del reato di cui all'art. 240 secondo comma numero 1 c.p.

Rispetto dunque a questa ipotesi, ad avviso del p.m. ricorrente, non poteva che farsi riferimento alla *disciplina generale* delle misure di sicurezza patrimoniale di cui agli artt. 210 e 236, comma 2,

cod. pen., il cui combinato disposto avrebbe consentito eccezion fatta per la deroga espressa di cui all'art. 240 comma *primo* l'applicazione della confisca anche nell'ipotesi di estinzione del reato (ad es., per morte del reo o per prescrizione del reato).

Per quanto concerne infine la sentenza *Carlea*, osservava il p.m. come il principio da questa enunciato non avesse in realtà carattere generale, ma dovesse piuttosto essere confinato al caso particolare dell'art. 722 c.p.: dunque, sarebbe stato errato estenderlo all'art. 240, comma 2, n. 1.

Chiamate a pronunciarsi nuovamente, le Sezioni Unite confermarono l'orientamento maggioritario, riprendendo integralmente le motivazioni contenute nella sentenza *Carlea*.

Oltre alle considerazioni già svolte dalla sentenza del 1993, le Sezioni Unite affrontarono specificamente anche l'argomento relativo alla portata dell'inciso “anche se non è stata pronunciata condanna” contenuto nell'art. 240 comma 2 cod. pen., non trattato nella precedente occasione, chiarendo che se il legislatore avesse voluto riferire l'inciso suddetto ad entrambi i numeri del comma, l'avrebbe inserito all'inizio del capoverso.

La “*ratio decidendi*” venne dunque declinata nel senso che la confisca del *prezzo* del reato può essere disposta soltanto contestualmente ad una sentenza di condanna.

Se, tuttavia, le Sezioni Unite nel 1993 si erano premurate non solo di dimostrare la cogenza di tale conclusione alla luce del principio di legalità, ma si erano altresì sforzate di mostrare la sua intrinseca logicità alla luce dei *limiti cognitivi connaturati alla particolare situazione processuale* che il giudice incontra allorché ravvisi la sussistenza di una delle cause di non punibilità previste dall'art. 129, comma 1, cod. proc. pen. situazione che gli consente soltanto di dichiarare immediatamente la sussistenza della causa estintiva, senza poter compiere alcun ulteriore accertamento, la nuova pronuncia del 2008 marcò il proprio distacco proprio rispetto a tale argomento.

Rammentarono le Sezioni Unite, all'opposto, che la legge processuale prevede ampi poteri di accertamento in capo al giudice che rilevi la sussistenza di una causa estintiva del reato, come ad esempio avviene ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen. ovvero dell'art. 425 comma 4 cod. proc. pen., ma, soprattutto, rilevarono le Sezioni Unite come nell'ordinamento penale esistano già alcune ipotesi di confisca nelle quali la giurisprudenza di legittimità ammette l'applicabilità della confisca anche in assenza di condanna: il riferimento era alla confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva (art. 44, comma 2, D.P.R. 380/2001) e per i reati di contrabbando (art. 301 D.P.R. 43/1973).

Nell'occasione, le Sezioni Unite sottolinearono inoltre come l'indirizzo maggioritario, quello cioè che negava la possibilità di confiscare senza una sentenza di condanna, presentasse *costi in termini di effettività della tutela penale* decisamente elevati e, per chiarire la necessità che il legislatore vi ponesse rimedio, affermarono testualmente che “è *antigiuridico e immorale che il corrotto, non punibile per qualsiasi causa, possa godersi il denaro ch'egli ebbe per commettere il fatto obiet-*

*tivamente delittuoso*”. L'ampio *obiter dictum* in parola servì verosimilmente alla Suprema Corte per segnalare al legislatore una pericolosa lacuna di effettività, alla quale porre rimedio.

##### 5. La giurisprudenza successiva.

I riferimenti delle Sezioni Unite ai poteri cognitivi del giudice nonostante l'intervenuta estinzione del reato e l'esplicito appello al legislatore affinché intervenisse a colmare la segnalata lacuna di effettività costituiscono snodi decisivi in ragione dei quali continuano a registrarsi orientamenti non omogenei sulla questione.

È opportuno richiamare, anche solo a titolo esemplificativo, due sentenze emesse in un periodo coevo al secondo intervento delle Sezioni Unite.

A meno di due mesi dalla pronuncia a Sezioni Unite, Sez. I, 4/12/2008 (dep. 21./1/2009), n. 2453, Squillante, (Rv. 243027), si trovò a decidere della legittimità di un'ordinanza emessa dal g.i.p. in funzione di giudice dell'esecuzione, il quale, pur confermando l'archiviazione del procedimento per decorso dei termini di prescrizione, aveva però disposto la confisca *ex art. 240*, comma 2, n. 1, c.p. di alcune somme ritenute *prezzo* della ipotizzata corruzione. Stabilito dunque che si rientrava nell'ipotesi di confisca obbligatoria *ex art. 240*, comma 2, n. 1, il g.i.p. aveva proceduto alla loro confisca in applicazione degli artt. 210 e 236, comma 2, cod. pen.

In ossequio al principio enunciato dalle Sezioni unite “*De Maio*”, la Cassazione avrebbe verosimilmente dovuto annullare senza rinvio l'ordinanza impugnata, in quanto, costituendo le somme confiscate prezzo del reato e non essendovi stata condanna, difettava il requisito normativamente richiesto per procedersi alla loro acquisizione coattiva. La Corte, invece, segnalò espressamente al g.i.p., e in ciò traendo spunto proprio dalle Sezioni Unite, le sempre più numerose ipotesi in cui la legge riconosce al giudice ampi poteri di accertamento del fatto di reato e annullò con rinvio il provvedimento, semplicemente richiedendo di motivare diversamente il proprio convincimento, in quanto fondato su argomenti superati dalla giurisprudenza più recente.

La Corte dette dettagliatamente conto della sentenza “*De Maio*”, sposandone, in particolare, l'affermazione di principio secondo cui non potrebbe considerarsi *abnorme* il provvedimento con cui il giudice, pur prosciogliendo l'imputato, contestualmente proceda anche ad accertamenti relativi alla confiscabilità delle cose in sequestro; tale eventualità, tuttavia, fu ritenuta in linea con la fisionomia del vigente sistema processuale. Nel ragionamento operato dalla Cassazione fu evidenziato chiaramente che il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite era stato eluso dal giudice di prime cure: l'ordinanza infatti non fu annullata in ragione del *risultato* cui essa pervenne (l'applicazione della confisca ad onta del perfezionamento di una fattispecie estintiva), bensì del *percorso logico-giuridico* seguito dal giudicante per giustificarlo: quest'ultimo avrebbe, in particolare, *omesso*

“di valutare la specifica fattispecie sottoposta al suo vaglio alla luce della [...] recente decisione delle Sezioni Unite, sopra richiamata nei suoi principali passaggi argomentativi. S'impone, pertanto, l'annullamento dell'ordinanza impugnata e il rinvio per nuovo esame”.

Ancor più netta fu la presa di posizione espressa da Sez. II, 25/5/2010 (dep. 24/8/2010), n. 32273, Pastore, Rv. 248409, secondo cui proprio l'argomento su cui si erano ampiamente soffermate le Sezioni Unite, e cioè l'evoluzione del sistema processuale nel senso di accordare al giudice poteri di accertamento sempre più ampi, consentiva al giudice già *de iure condito* di disporre la confisca in assenza di condanna, senza attendere l'intervento del legislatore in materia

Il caso di specie concerneva l'ipotesi di confisca obbligatoria di cui ai sensi dell'art. 12-*sexies* del d.l. 306/1992 che l'imputato aveva subito in ragione della condanna lui inflitta in relazione al delitto di cui all'art. 12-*quinquies* del citato decreto legge. Maturata nelle more del giudizio d'appello la prescrizione del reato, la Corte territoriale aveva dichiarato il non doversi procedere, ma aveva comunque confermato il provvedimento di confisca, con l'espressa motivazione che si trattava di una *ipotesi di confisca obbligatoria*. L'imputato aveva presentato ricorso per cassazione lamentando l'illegittimità della disposta confisca in ragione del fatto che il citato art. 12-*sexies* presuppone la condanna dell'imputato. La Corte di Cassazione affermò la *correttezza* del risultato dell'ordinanza impugnata, annullandola esclusivamente in quanto carente sotto il profilo dell'accertamento del fatto di reato.

Nella occasione, la Corte fece presente come l'evoluzione del sistema processuale, a ragione evidenziata dalle Sezioni Unite del 2008, non potesse essere inteso come un mero motivo di riflessione per il legislatore ai fini di una modifica della disciplina legale vigente, ma piuttosto come il presupposto decisivo che consentirebbe al giudice di operare egli stesso quell'innovazione relativa ai suoi poteri di accertamento che le Sezioni Unite ritennero potesse essere concretizzata dal solo legislatore. Si affermò quindi che, in tutti i casi di confisca c.d. obbligatoria, il giudice, ove accerti il reato e il rapporto di derivazione che lega la cosa oggetto di confisca al reato stesso, avrebbe già “ora” il potere/dovere di procedere a confisca, *anche in caso di estinzione del reato*: l'essenziale sarebbe che il giudice proceda, con la dovuta analiticità, ad accertare il presupposto della confisca, cioè la sussistenza del fatto di reato.

In questo caso, la sentenza superò apertamente il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite, statuendo l'astratta possibilità di disporre la confisca in una fattispecie come quella prevista dall'art. 12-*sexies* d.l. 306/1990, destinata testualmente a trovare applicazione *nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale e*: non già all'esito di processi nei quali l'imputato venga *prosciolto*, come era accaduto nella specie.

6. Le divergenti soluzioni adottate in ordine alla confisca prevista da talune leggi speciali: la confisca urbanistica.

Come già anticipato, le Sezioni Unite in *De Maio* affermano che non sarebbe affatto abnorme prevedere che il giudice possa disporre la confisca anche laddove debba prosciogliere l'imputato. A conferma di ciò, la pronuncia richiama alcune ipotesi speciali di confisca, la cui applicazione non dipende nella consolidata lettura giurisprudenziale dalla condanna dell'imputato. Si tratta della confisca prevista dall'art. 44, c. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 in tema di reati edilizi, e della confisca di cui all'art. 301, c. 1, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 in tema di reati di contrabbando, per le quali si sono affermati in giurisprudenza orientamenti diametralmente opposti a quelli sanciti dalle Sezioni Unite del 1993 e del 2008 in materia di confisca comune'.

La speciale ipotesi di confisca prevista nel settore dell'edilizia e dell'urbanistica è disciplinata dall'art. 44, c. 2, d.P.R. 380/01 che così recita: *la sentenza definitiva che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite.*

La norma è storicamente interpretata nel senso che la confisca dei terreni e delle opere può essere disposta anche *in assenza di condanna.*

Tale consolidato orientamento si fonda essenzialmente su due ordini di ragioni.

In primo luogo, dal testo della norma si desume che, per applicare la confisca, è sufficiente una sentenza che *accerti* la lottizzazione abusiva; dal momento che si afferma un accertamento siffatto può essere contenuto anche in una sentenza di proscioglimento, ne deriva che la confisca deve essere applicata anche in tale ipotesi.

Inoltre, e si tratta dell'aspetto più controverso, la confisca in esame avrebbe natura di *sanzione amministrativa* e non di misura di sicurezza ovvero di pena e dunque non vi sarebbero ostacoli alla sua applicazione in assenza di condanna.

Più in dettaglio, a titolo meramente esemplificativo, si è precisato che: *la confisca di cui all'art. 44 [...] è un istituto ontologicamente diverso da quello disciplinato nell'art. 240 c.p. [...]. La confisca prevista dalla legge speciale configura una espropriazione a favore dell'autorità comunale, mentre la confisca codicistica configura una espropriazione a favore dello Stato [...]. Perciò, la prima non è una misura di sicurezza patrimoniale, ma configura al pari dell'ordine di demolizione delle opere edilizie abusive di cui all'art. 31, comma 9, D.P.R. 380/2001 una sanzione amministrativa, applicata dal giudice penale in via di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del comune (ai sensi dei commi 7 e 8 dell'art. 30 D.P.R. 380/2001). In conformità a questa diversa natura giuridica, la confisca urbanistica è obbligatoria e prescinde dalla condanna [...]. Ma la confisca urbanistica si differenzia an-*

che da quella di cui all'art. 240, comma 2, n. 2, c.p.: infatti i terreni lottizzati e le relative opere edili costituiscono reato non per se stessi, ma in quanto sono privi di autorizzazione o sono in contrasto con le prescrizioni degli strumenti urbanistici; inoltre, a differenza di quanto dispone in via derogatoria l'ultimo comma dell'art. 240 c.p., la confisca urbanistica resta obbligatoria anche se i beni lottizzati possono essere autorizzati mediante autorizzazione amministrativa.

Ciò che invece a tutt'oggi resta invariato nella giurisprudenza della Cassazione è il ritenuto carattere *amministrativo* che la confisca urbanistica assumerebbe, e conseguentemente la sua applicabilità anche in assenza di condanna.

7. La confisca nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: legalità, presunzione d'innocenza e giusto processo.

*La confisca come sanzione penale: il caso Welch c. Regno Unito.* Nell'arco dell'ultimo ventennio si sono moltiplicate le pronunce europee che hanno avuto ad oggetto questioni legate all'adozione di misure patrimoniali ablativa a partire dalla notissima *Welch c. Regno Unito* del 1995 (Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*. Ma v. anche la sent. 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, che vale la pena di segnalare come prima decisione che affronta nello specifico il tema dei criteri diagnostici della natura penale di una sanzione).

In particolare, il caso deciso in quella sede aveva ad oggetto la confisca prevista dalla legislazione inglese in materia di droga, il cui ambito di operatività, a seguito di una modifica normativa, era stato ampliato con l'espressa previsione che la modifica avesse effetto retroattivo. Il ricorrente lamentava che tale previsione violasse il divieto di retroattività sfavorevole delle norme penali previsto dall'art. 7 CEDU, sul presupposto che la confisca dovesse considerarsi una sanzione penale agli effetti della Convenzione, malgrado la qualificazione in termini di mera misura *preventiva* ai sensi del diritto inglese. La Corte accoglie la doglianza, sottolineando che *per rendere efficace la tutela offerta dall'art. 7, la Corte deve essere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una data misura costituisca una pena ai sensi di tale norma*

Laddove infatti si ritenesse la Corte vincolata alle opzioni qualificatorie adottate in sede nazionale, gli Stati potrebbero facilmente eludere il dettato convenzionale, semplicemente mascherando sotto spoglie civilistiche o amministrative la misura ablativa e sottraendola così alle garanzie proprie del diritto e della giurisdizione penale. Ciò premesso, la Corte enuclea poi i vari criteri diagnostici della natura penale di una sanzione, ovvero:

“ a)consequenzialità dell'adozione della misura rispetto alla *condanna per un reato*

“ b)*natura e scopo* della misura;

“ c)*qualificazione* operata dal *diritto interno* (o, in sua vece, dalla giurisprudenza);

“ d)relative procedure di applicazione ed esecuzione;

“ e)grado di afflittività che la connota.

Facendo applicazione di tali criteri la Corte ha stabilito che la confisca in esame *costituiva una vera e propria sanzione penale*, come tale inapplicabile a fatti commessi precedentemente la sua entrata in vigore in forza dell'art. 7 CEDU.

Sulla scorta di tale precedente, la Corte europea ha progressivamente elaborato un vero e proprio *statuto europeo* della confisca, vale a dire una serie di principi minimi di garanzia che qualunque provvedimento di confisca deve rispettare, riconducibili in particolare al principio di legalità ed irretroattività in materia penale, al principio di *presunzione d'innocenza* e, più in generale, al principio del *giusto processo*

7.1. (segue). Confisca e presunzione di innocenza: il caso *Paraponiaris c. Grecia*. In tema di rapporti tra confisca e presunzione di innocenza, in particolare, di grande rilevanza è il recente caso *Paraponiaris c. Grecia* (Corte eur. dir. uomo, sez. I, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*).

La pronuncia trae origine da un ricorso presentato da un cittadino greco, imputato di contrabbando di prodotti petroliferi, il quale all'esito dell'udienza preliminare, con la stessa sentenza che lo proscioglieva per intervenuta prescrizione, si era visto infliggere una *sanzione pecuniaria* di 54 mila euro a titolo di confisca per equivalente dei beni oggetto di contrabbando. La motivazione addotta dal giudice nazionale per giustificare la confisca del *tantundem* è stata la seguente: **la legge ellenica in materia di contrabbando prevede l'obbligo di confiscare al colpevole** i beni oggetto di reati di contrabbando; considerato però che la Corte di cassazione greca interpreta estensivamente tale termine, affermando che può essere considerato *colpevole* anche chi viene prosciolto per prescrizione, il giudice aveva applicato la misura ablativa, risultando per l'appunto dall'istruttoria che l'imputato avesse *oggettivamente commesso il reato*.

La Corte europea, tuttavia, ha ritenuto che siffatto percorso argomentativo violasse i principi del *giusto processo* e, in particolare, della *presunzione di innocenza* tutelati dall'art. 6, parr. 1, 2 e 3 lett. c), CEDU.

La Corte ha infatti evidenziato, in primo luogo, come la sede processuale in esito alla quale era stata applicata la confisca (l'udienza preliminare) poteva al più terminare con la decisione circa il rinvio a giudizio dell'imputato, e non con l'inflizione di una sanzione, come invece è accaduto nel caso concreto. Ciò ha determinato una violazione dei principi del giusto processo sotto vari profili.

Anzitutto, il ricorrente aveva esercitato i propri diritti difensivi solo rispetto agli esiti cui poteva legalmente pervenire il giudice al quale era sottoposto, e non ad altri; inoltre, per applicare una sanzione, è necessaria una udienza pubblica cui l'imputato possa partecipare con pienezza dei diritti di-

fensivi, mentre l'udienza preliminare non è pubblica, ed è caratterizzata da varie limitazioni ai diritti di difesa. Dal che era derivata una prima violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3 lett. c), CEDU.

In secondo luogo, era stata violata la presunzione di innocenza. Il giudice aveva infatti esplicitamente affermato, nella sentenza che accertava l'avvenuto decorso della prescrizione, che *l'imputato risulta aver oggettivamente commesso il reato*; e tale asserito aveva funto da presupposto per l'irrogazione della misura ablativa. Tuttavia, ricorda la Corte nella decisione in esame, la presunzione d'innocenza risulta violata allorché, come era accaduto nel caso di specie, *in assenza di un previo accertamento legale della colpevolezza di un imputato, la decisione giudiziaria che lo riguarda riflette la convinzione che egli sia colpevole*.

7.2. Confisca e limiti imposti dal principio di legalità e dalla tutela della proprietà privata: il caso Sud Fondi s.r.l. c. Italia.

Di immediato impatto sull'ordinamento italiano è poi la nota sentenza resa dalla Corte europea nel caso *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*.

La pronuncia prende avvio dal procedimento penale concernente il complesso immobiliare di Punta Perotti conclusosi, dopo un pluriennale *iter* giudiziario, con l'assoluzione degli imputati dai vari illeciti loro ascritti, tra i quali il reato di lottizzazione abusiva. La Corte di cassazione aveva definitivamente statuito che la lottizzazione era da considerarsi abusiva, in quanto non eseguita in conformità alla legislazione di riferimento; al contempo, però, aveva riconosciuto l'oggettiva *oscurità* del predetto quadro normativo, oscurità che aveva cagionato un errore scusabile sulla legge penale alla quale era conseguita l'assoluzione degli imputati *ex art. 5 c.p.*

Attesa, però, la sussistenza del reato nella sua dimensione materiale, la Cassazione in applicazione del costante orientamento giurisprudenziale sopra descritto, aveva disposto la confisca di tutti i terreni abusivamente lottizzati e delle opere *ivi* costruite ai sensi dell'art. 19 l. 47/1985 (ora 44 d.P.R. 380/01).

A seguito di tale decisione, gli imputati avevano adito la Corte europea, asserendo che la confisca loro applicata violasse gli artt. 7 CEDU e 1 Prot. add. CEDU.

La Corte europea ha accolto i ricorsi e condannato l'Italia sotto entrambi i profili.

Già con la decisione di ricevibilità del ricorso la Corte aveva rigettato l'eccezione del governo italiano secondo la quale l'art. 7 CEDU non poteva essere correttamente invocato dal ricorrente, dovendo la sanzione in esame considerarsi di natura amministrativa e non penale. Vagliando analiticamente la confisca urbanistica alla luce dei parametri elaborati nel caso *Welch c. Regno Unito*, la Corte aveva invece ritenuto che essa, in ragione degli scopi prevalentemente repressivi che la animano, avesse natura penale, come tale vincolata al rispetto dell'art. 7 CEDU.

In sede di sentenza, la Corte ha poi ricordato come il principio di legalità imponga che qualunque provvedimento normativo da cui derivi la possibile inflizione di una sanzione penale ad un individuo rispetti alcune caratteristiche imprescindibili, come progressivamente cristallizzatesi in giurisprudenza

Inoltre, a parere della Corte, i ricorrenti erano stati oggetto di una sanzione penale in assenza di *un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato*.

Nella occasione, la Corte, ha affermato il principio per cui se un fatto oggettivamente costituente reato non risulta soggettivamente ascrivibile all'agente quanto meno a titolo di colpa, a questo non può applicarsi alcuna sanzione penale. Nel caso di specie, invece, i ricorrenti pur constatata la non rimproverabilità soggettiva del fatto di reato, stante l'assenza di dolo e di colpa si sono visti infliggere comunque una sanzione penale *sub specie* di confisca, così subendo una violazione del principio di legalità/colpevolezza.

Ragioni sostanzialmente analoghe hanno portato poi la Corte a ritenere violato anche il diritto di proprietà dei ricorrenti tutelato dall'art. 1 prot. add. CEDU.

L'applicazione del provvedimento ablativo, infatti, aveva determinato un'oggettiva ingerenza nel pacifico godimento dei beni di proprietà dei ricorrenti, che può in generale essere considerata legittima ai sensi del richiamato parametro convenzionale soltanto nella misura in cui sia fondata su basi legali *accessibili e prevedibili*: il che, come visto, nel caso di specie non era accaduto.

La sentenza *Sud Fondi* senza dubbio costituisce, nell'ambito della stessa giurisprudenza europea, un precedente di notevole importanza, per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, la Corte riconobbe per la prima volta la rilevanza del principio di colpevolezza, ancorandolo direttamente al più generale principio di legalità dei reati e delle pene; un passo ulteriore verso il ripudio definitivo di ogni forma di responsabilità oggettiva, e verso una sempre più intima armonizzazione del diritto penale internazionale.

Con specifico riguardo alla problematica qui trattata poi, deve rilevarsi come la Corte modificò in senso ancor più garantista il primo *indice sintomatico* della natura penale di una sanzione, ovvero, l'essere conseguenza della *condanna per un reato*.

Nella sentenza *Sud Fondi*, la condanna diviene, tuttavia, un requisito non indispensabile, poiché ciò che rileva come primo indice sintomatico è non più la *condanna per un reato*, bensì il *collegamento tra la confisca e l'accertamento di un reato nell'ambito del procedimento penale*.

Si tratta di un'evoluzione di grande rilevanza, poiché il precedente parametro era legato al dato formale della condanna e rischiava di creare un pernicioso vuoto di effettività nella tutela convenzionale.

La Corte, innovando la propria giurisprudenza, chiarì che ciò che rileva, ai fini della sua natura penale o extra-penale, è che la confisca sia irrogata, con funzione repressiva, come conseguenza dell'accertamento del fatto costitutivo del reato, indipendentemente dall'esito assolutorio o di condanna del processo penale.

Con la sentenza *Sud Fondi* la Corte non affrontò peraltro un altro nodo centrale qui in discussione, che concerne l'ipotesi in cui il provvedimento ablativo sia disposto non già mediante una sentenza di *assoluzione per carenza di elemento soggettivo* (come era accaduto nel caso di specie), bensì con una *sentenza di proscioglimento* (o addirittura di non luogo a procedere) in relazione al ricorrere di una *causa estintiva del reato* ad es., l'intervenuta prescrizione.

In simili ipotesi, infatti, il parametro convenzionale che entra in gioco parrebbe l'art. 6 CEDU (più che l'art. 7), in relazione al *diritto di difesa* e alla *presunzione di innocenza*, suscettibili di essere violati dall'imposizione di un provvedimento ablativo che non consegua ad un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato, compiuto nell'ambito di un procedimento rispettoso dell'insieme delle garanzie del giusto processo di cui all'art. 6.

Proprio quei profili che erano venuti in considerazione nel caso *Paraponiaris c. Grecia*, al quale sarà allora giocoforza continuare a far riferimento per dipanare la materia in esame, anche da parte dell'interprete italiano.

#### 8. L'impatto della giurisprudenza europea sull'ordinamento interno

Non è più in contestazione il dato per cui ai fini della confisca è necessario che l'accertamento abbia ad oggetto non solo l'esistenza oggettiva del fatto-reato ma anche il profilo della colpevolezza.

Sarebbe tuttavia erroneo ritenere che si siano così risolti tutti i problemi che seguono all'applicazione della confisca in assenza di condanna.

Non può tacersi il fatto che la giurisprudenza continua a non affrontare quello che, in realtà, costituisce il vero *punto nodale* di tutta la problematica in esame, e cioè con quali *modalità* e con quali *garanzie* deve essere condotto, nei casi in cui l'imputato venga prosciolto, l'accertamento del reato che funge da presupposto per l'applicazione della confisca in materia di lottizzazione abusiva e di contrabbando.

Un esempio concreto potrà aiutare a comprendere la centralità della questione.

Si è parlato in precedenza del caso *Paraponiaris c. Grecia*, conclusosi con la condanna dello Stato ellenico per violazione dei principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza. Più in particolare, in quell'occasione la Corte rilevò che il giudice interno aveva disposto la confisca in esito all'udienza preliminare, e che ciò costituiva una violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3 lett. c), CEDU,

perché in quella fase, non essendo garantita la pienezza dei diritti difensivi, non potevano essere inflitte sanzioni. Inoltre, la sentenza del giudice greco conteneva affermazioni quali *il reo ha oggettivamente commesso il reato*, ritenute del tutto equivalenti ad un giudizio di colpevolezza dell'imputato, con conseguente violazione della presunzione d'innocenza in quanto espresse in assenza di un legale accertamento della sua responsabilità.

8.1. Il principio guida: rinunciabilità della condanna, irrinunciabilità dell'accertamento. Un punto, infatti, in base al quadro della giurisprudenza europea sopra tracciato, dovrebbe essere fuori discussione: comunque qualificate dalla nostra giurisprudenza, le misure ablative esaminate in questa sede (eccezion fatta per la confisca *ex art. 240, c. 2, n. 2* che cade su cose assolutamente criminose, e dunque ha chiaramente una funzione preventiva, non già repressiva) costituiscono altrettante sanzioni penali per la Corte di Strasburgo. Esse infatti corrispondono *de plano* ai due criteri più rilevanti che la giurisprudenza europea utilizza per sondare la natura penale di una sanzione, e cioè l'essere la relativa inflizione connessa alla realizzazione di un fatto di reato nell'ambito di un procedimento penale, e l'aver la misura stessa un contenuto prevalentemente repressivo.

Sulla base della lunga ricostruzione effettuata è possibile che la confisca urbanistica sia disposta anche in assenza di una condanna a condizione, tuttavia, che sia accertato il fatto reato, cioè la lottizzazione abusiva, in tutte le sue componenti oggettive e di imputazione soggettiva colpevole.

9. Le soluzioni adottate dalla giurisprudenza di legittimità nel 2013: a) Confisca senza condanna, accertamento del reato e della sua attribuibilità soggettiva.

Sez. VI, 25/1/2013 (dep. 23/7/2013), n. 31957, Cordaro e altri, Rv. 255595, ha affermato il seguente principio di diritto così massimato “L'estinzione del reato per prescrizione non preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, nei casi in cui vi sia comunque stato un accertamento incidentale, equivalente a quello contenuto in una sentenza di condanna, della responsabilità dell'imputato e del nesso pertinenziale fra oggetto della confisca e reato” (nello stesso senso, Sez. VI, 11/10/2012 (dep. 7/3/2013), n. 10887, Alfiero e altri, Rv. 254785).

Nella specie, la Corte di appello aveva confermato la confisca (sembrerebbe per equivalente) di beni costituenti il prezzo del reato di una corruzione in un caso in cui la prescrizione era intervenuta dopo la pronuncia di condanna di primo grado, in un giudizio con parti civili; in particolare, il giudice di secondo grado aveva ribadito la statuizione relativa alla responsabilità dell'imputato, seppur in relazione alle statuizioni civili e all'illecita provenienza dei beni confiscati.

La Corte di Cassazione ha nella occasione aderito all'orientamento interpretativo secondo cui l'estinzione del reato non preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo a condizione

che vi sia comunque un accertamento incidentale, equivalente rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso pertinenziale tra oggetto della confisca e reato.

Sono stati richiamati i principi fissati nel 2008 delle Sezioni Unite ed evidenziato come “un attento esame della stessa *ratio decidendi* di tale pronuncia, avuto riguardo anche agli apporti successivi della giurisprudenza di legittimità sul tema controverso” consenta di ritenere che la "condanna" cui si riferisce l'art. 240 cod. pen. *"funge da presupposto quale termine evocativo proprio di quell'accertamento che ontologicamente giustifica, sul piano normativo, la sottrazione definitiva del bene, in quanto proveniente dal reato"* (Sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756, Ciancimino; nello stesso senso, Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 48680, Abdelkhalki; Sez. I, 4 dicembre 2008, n. 2453, Squillante).

Ha proseguito la Corte affermando che *"ciò che viene posto a fulcro della disciplina codicistica, non è il rinvio ad un concetto di condanna evocativo della categoria del giudicato formale, ma - più concretamente - il richiamo ad un termine che intende esprimere un valore di equivalenza rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità che i beni oggetto di confisca devono presentare rispetto al reato stesso: a prescindere, evidentemente, dalla formula con la quale il giudizio viene ad essere formalmente definito"*

Dunque, secondo la pronuncia in esame, la confisca può essere disposta sui beni costituenti il prezzo di una corruzione anche nel caso in cui il reato sia dichiarato prescritto solo se sia stato celebrato un giudizio in cui sia stato compiuto un accertamento effettivo della responsabilità penale; diversamente la confisca sembrerebbe preclusa quando la prescrizione maturi prima dell'esercizio dell'azione penale, ovvero quando l'estinzione sia dichiarata in sede di udienza preliminare ovvero, ancora, nel corso del dibattimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

#### 9.1. (segue) Confisca per equivalente ed estinzione del reato.

Sez. VI, 6/12/2012 (dep. 29/4/2013) n. 18799, Attianese ed altri, Rv. 255164 ha affermato il principio così massimato. *"L'estinzione del reato preclude la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto, potendo la stessa applicarsi, al pari delle sanzioni penali, solo a seguito dell'accertamento della responsabilità dell'autore del reato"*.

Nella specie la Corte d'appello aveva dichiarato la prescrizione dei reati di corruzione e truffa, per i quali era intervenuta condanna in primo grado, ma aveva confermato la statuizione con cui il giudice di primo grado aveva confiscato per equivalente beni corrispondenti al prezzo e al profitto dei reati.

La Corte di Cassazione, richiamando l'evoluzione giurisprudenziale in materia, ha tuttavia evidenziato come la confisca c.d. per equivalente, diversamente dall'istituto tradizionale della confisca

disciplinato, quale misura di sicurezza, dall'art. 240 cod. pen., trovi il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinda dalla pericolosità derivante dalla *res*, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, né alla gravità della condotta, avendo essa come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa.

Ne consegue, secondo la pronuncia in esame, che, nonostante la definizione codicistica dell'istituto come misura di sicurezza patrimoniale, l'effettiva *ratio* della confisca per equivalente consiste in un ampliamento oggettivo delle cose confiscabili per finalità prevalentemente sanzionatore “*scopo di questo istituto è quello di superare le angustie della confisca "tradizionale", rispetto alla quale si pone in un rapporto di alternatività-sussidiarietà, per la sua attitudine a costituire un rimedio alle difficoltà di apprensione dei beni coinvolti nella vicenda criminale, cioè a supplire agli ostacoli connessi alla individuazione del bene in cui si incorpora il profitto e di consentire la confisca anche nel caso in cui l'apprensione del prezzo o del profitto derivante dal reato non sia più possibile in conseguenza dell'avvenuta cessione a terzi oppure a causa di forme di occultamento o, semplicemente, perché i beni sono stati consumati. In questi casi la confisca per equivalente consente di aggredire ugualmente il profitto illecito perché si riferisce al valore illecitamente acquisito. E' evidente, quindi, come il nesso eziologico tra i beni oggetto di confisca e il fatto-reato dimostri una tendenza ad allentarsi fino a scomparire, in quanto il provvedimento ablatorio colpisce i beni indipendentemente dal loro collegamento, diretto o mediato, con il reato. Allora, la provenienza dei beni da reato non rappresenta più oggetto di prova, dal momento che scompare ogni relazione di tipo causale...*”.

Sulla base di tali considerazioni la Corte ha affermato la natura sanzionatoria della confisca per equivalente, richiamando la giurisprudenza: 1) della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in più occasioni, ha riconosciuto alla confisca natura di "pena" ai sensi dell'art. 7 della C.e.d.u., rilevando come tale misura non tenda alla riparazione pecuniaria di un danno, ma si ponga obiettivi preventivi –repressivi e come tali funzioni appartengano alle sanzioni penali (cfr., Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Fondi Sud s.r.l. c. Italia*, nonché 1° marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*); 2) della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 97 del 2009, relativa ad una ipotesi di confisca per equivalente, richiamandosi ad un'altra pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza n. 307A/1995, *Welch c. Regno Unito*) e ritenendo che detta forma di confisca non abbia natura di misura di sicurezza, ha negato in tal modo che potesse essere applicata in via retroattiva ai sensi dell'art. 200 c.p. e ha fatto, invece, espresso riferimento agli artt. 25 Cost. e 2 cod. pen.; 3) della Corte di cassazione, che ha, a sua volta, negato l'applicazione retroattiva della confisca di valore invocando anche l'art. 7 della C.e.d.u. (Sez. II, 29 gennaio 2009, n. 11912, *Minardi*) e sottolineando la

natura afflittiva e sanzionatoria di questo tipo di confisca (Sez. III, 24/9/2008, n. 39172, Canisto; Sez. III, 24/9/2008, n. 39173, Tiraboschi; Sez. VI, 18/2/ 2009, n. 13098, Molon; Sez. V, 26/10/2010, n. 11288, Natali, tutte riferite all'art. 322-ter c.p. in materia tributaria, Sez. I, 28/2/2012, n. 11768, Barilari; Sez. II, 13/5/2010, n. 21027, Ferretti).

La Corte ha fatto quindi discendere il corollario secondo cui proprio la natura sanzionatoria della confisca per equivalente preclude che essa possa essere disposta anche in relazione al prezzo o al profitto derivante da un reato estinto per prescrizione, essendo indispensabile che sia preceduta da una sentenza di condanna e dovendosi nella specie escludere l'applicazione del regime sulle misure di sicurezza patrimoniale previsto dagli artt. 200, 210 e 236 c.p.

### 9.2. (segue) Confisca senza condanna e diritto al contraddittorio.

Il tema del rapporto fra confisca senza condanna e diritto al contraddittorio è stato affrontato anche da Sez. VI, 5/3/2013 (dep. 21/3/2013) n. 13049, Spinelli, Rv. 254882, che ha affermato il principio così massimato: “La confisca prevista dall'art. 12 sexies D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356, pur se obbligatoria, non può essere disposta dal giudice di appello quando la sentenza impugnata non abbia adottato alcuna statuizione in proposito ed il gravame sia stato presentato dal solo imputato, essendo necessario l'accertamento in contraddittorio dell'esistenza dei presupposti richiesti per l'operatività della misura”.

Nella specie la Corte ha chiarito che, se è vero che la confisca di cui all'art. 12-sexies D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella L. 7 agosto 1992, n. 356, in quanto obbligatoria, può essere disposta anche dal giudice dell'esecuzione, salvo che sulla questione non abbia già provveduto il giudice della cognizione con conseguente preclusione processuale, non può tuttavia sostenersi che, proprio perché obbligatoria, la stessa possa essere disposta d'ufficio dal giudice d'appello.

La Corte ha aggiunto che, essendo la confisca prevista dall'art. 12 sexies cit. subordinata al previo accertamento di specifici presupposti sui quali l'interessato può e deve essere messo in grado di interloquire, il giudice (nella specie, d'appello) non può disporre la misura ablativa senza che sul punto sia assicurato il previo e pieno contraddittorio con le parti interessate.

### 9.3. (segue). Confisca senza condanna e lottizzazione abusiva.

Sez. III, 4/2/2013 (dep. 15/4/2013) n. 10066, Volpe ed altri, Rv. 255112 ha affermato il principio così massimato “La confisca dei terreni può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato (nella specie, della prescrizione), purchè sia accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verifichi l'esistenza di profili quantomeno

di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta legittima la confisca dei terreni nonostante la prescrizione del reato, all'esito dell'accertamento della rimproverabilità della condotta degli imputati e della illegittimità della concessione edilizia rilasciata in zona di inedificabilità assoluta)".

Nella occasione la Corte ha sì ribadito l'orientamento consolidato, ma ha tuttavia precisato in motivazione *"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, ad 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"*.

#### 10. Considerazioni riepilogative.

Ciò posto, possiamo ora tentare di sistematizzare la materia alla luce dei principi guida appena esposti.

a) Un primo punto dovrebbe apparire ormai fuori discussione, anche alla luce delle prese di posizione più recenti della giurisprudenza italiana: la confisca *non* potrà essere disposta nell'ambito di sentenze con cui l'imputato sia assolto *per carenza di elemento soggettivo*, indipendentemente dallo stato o dal grado del procedimento in cui la sentenza venga emessa. Come già ampiamente chiarito, a una tale possibilità si oppone il principio di colpevolezza che, grazie alla pronuncia *Sud Fondi*, può forse dirsi oggi patrimonio anche della giurisprudenza europea, il quale impedisce che una sanzione penale, ancorché a contenuto patrimoniale, possa essere inflitta ad un soggetto che rispetto al fatto commesso non versi quanto meno in colpa.

b) Ciò chiarito, la successiva ipotesi da vagliare è quella in cui l'azione penale sia esercitata in funzione della confisca, essendo il reato di lottizzazione già prescritto.

Sul punto la giurisprudenza della Corte di cassazione è ormai orientata nel senso della illegittimità di una tale pronuncia (Cfr., da ultimo, Cass., sez. III, 6 aprile 2011, n. 24162, Vitale, Rv. 250641).

c) Ulteriore ipotesi è quella in cui la misura ablativa sia contenuta nel provvedimento (decreto o, in caso di opposizione della persona offesa, ordinanza) con cui il *giudice per le indagini preliminari* disponga l'*archiviazione del procedimento* per il sopravvenire di una *causa estintiva del reato*. In questo caso, potrebbe sostenersi che, intervenendo la misura ablativa durante la fase delle indagini preliminari, l'ablazione difetto di qualsiasi *accertamento* della sussistenza del reato secondo i

caratteri del giusto processo. Vero è che l'imputato per opporsi alla confisca avrebbe qui teoricamente a disposizione l'incidente di esecuzione *ex artt.* 676, c. 1, e 667, c. 4, c.p.p.

Il tema è quello della idoneità di tale procedura a sfociare in un accertamento in grado di rispettare i più elementari canoni del giusto processo *ex artt.* 111 Cost. e 6 CEDU, trattandosi di una procedura camerale innanzi al giudice dell'esecuzione che, per quanto informata al principio di giurisdizionalità, soggiace a pregnanti limiti quanto ai poteri di accertamento in capo al giudice.

Né tali carenze potrebbero superarsi dall'impugnazione del provvedimento con il mezzo del ricorso per cassazione dell'ordinanza conclusiva della procedura, che sarebbe limitata ai soli profili di legittimità del provvedimento, senza possibilità di riesame nel merito.

d) L'udienza preliminare: parrebbe doversi fare riferimento alla necessità di tutelare il pieno contraddittorio.

e) Qualora la confisca sia invece disposta nell'ambito del *giudizio dibattimentale* (o *abbreviato*), la situazione muta radicalmente.

È bene operare alcune precisazioni.

Equivarrebbe, infatti, ad una elusione degli insegnamenti della giurisprudenza europea ritenere che *qualunque* sentenza di proscioglimento, purché emessa durante la fase dibattimentale, possa costituire valido titolo per l'applicazione di misure ablativo: si dovrà, infatti, pur sempre trattare di sentenze che *contengano un accertamento della colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio*. Occorre dunque indagare più a fondo il terreno processuale, percorrendo in senso logico e cronologico la fase dibattimentale, al fine di individuare quella o quelle tipologie di sentenze che, seppur di proscioglimento, presuppongano un completo accertamento della responsabilità dell'imputato, come richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Seguendo questa direttrice, la prima ipotesi da esaminare è la compatibilità costituzionale e convenzionale della confisca disposta nei casi di c.d. *proscioglimento anticipato*, ai sensi dell'art. 469 c.p.p. Appare subito evidente che una simile sentenza *non* possa legittimamente disporre la confisca: essa, infatti, viene emessa nel contesto degli atti preliminari al dibattimento, e pertanto interviene in uno stato del procedimento in cui l'assunzione dei mezzi di prova non è nemmeno stata avviata. Per conseguenza, essa non contiene, e non può strutturalmente contenere, alcun accertamento sulla responsabilità dell'imputato.

Esauriti gli atti introduttivi, si radica la fase del dibattimento dedicata all'istruzione probatoria. In questa sede, la sentenza di proscioglimento la cui idoneità a disporre provvedimenti ablativi va verificata è quella pronunciata ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

In tale contesto, senza alcuna pretesa di esaustività, ove pure si voglia ritenere che il giudice non sia obbligato a dichiarare immediatamente l'intervenuta causa estintiva e voglia continuare a cele-

brare il processo in finzione dell'accertamento del reato nelle sue componenti oggettive e soggettive al fine di disporre la confisca, dubbi non dovrebbero esservi che il giudizio dovrebbe continuare assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio.

#### 11. La sentenza CEDU nel caso Varvara c. Italia

Con la sentenza *Varvara c. Italia*, del 29 ottobre 2013, la Seconda sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che **l'applicazione della confisca urbanistica nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato costituisce una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 Cedu.**

La Corte risolve in poche righe il problema della qualificazione "penale" della confisca urbanistica prevista dall'art. 44 del d.lgs. n. 380/2001 (Testo unico dell'edilizia), limitandosi a richiamare la decisione di ricevibilità resa il 30 agosto 2007 nell'ambito del noto *affaire Sud Fondi*, relativo ai cc.dd. ecomostri di Punta Perotti. Giova allora ricordare i termini utilizzati dai giudici di Strasburgo in quell'occasione: «*La Corte osserva che la sanzione prevista dall'art. 19 della legge n. 47/1985 non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira essenzialmente a punire al fine di impedire la reiterazione delle inosservanze previste dalla legge (...). Questa conclusione è confermata dalla constatazione che la confisca ha colpito l'85 % dei terreni non costruiti, quindi in mancanza di un reale pericolo per il paesaggio. La sanzione era quindi in parte preventiva e in parte repressiva, quest'ultima generalmente caratteristica distintiva delle sanzioni penali (...). Ancora, la Corte rileva la severità della sanzione che, secondo la legge n. 47/1985, concerne tutti i terreni inclusi nel piano di lottizzazione (...). La Corte rileva infine che il testo unico dell'edilizia del 2001 classifica tra le sanzioni penali la confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva. Tenuto conto dei suddetti elementi, la Corte ritiene che la confisca in parola sia una "pena" ai sensi dell'art. 7 della Convenzione*».

Ciò detto, la questione centrale sottoposta alla Corte europea in questa occasione, per l'appunto, verteva sulla legittimità di tale perdurante distinzione interna tra pena e confisca, e della conseguente applicabilità della seconda in assenza di condanna.

Nel merito, la Corte osserva che l'art. 7 Cedu non si limita a richiedere la necessità di una base legale per i reati e per le pene, ma implica altresì l'illegittimità dell'applicazione di sanzioni penali per fatti commessi da altri (nella giurisprudenza precedente già ritenute contrastanti con la presunzione d'innocenza di cui all'art. 6, § 2, Cedu) o, comunque, che non sia fondata su di un giudizio di colpevolezza "consacrato in un verdetto di colpevolezza".

Qualora la sentenza dovesse divenire definitiva (ossia, in caso di rigetto dell'eventuale richiesta di rinvio alla Grande Camera da parte del governo italiano), peraltro, si porrebbe inevitabilmente il

problema delle sorti delle confische urbanistiche che, sino ad oggi, sono state applicate in assenza di condanna.

12. Estensione oggettiva della confisca: effetti restitutori o risarcitori conseguenti alla Pronuncia Cedu.

Il tema attiene al se, per effetto di quanto statuito dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo in tema, il giudice penale debba procedere alla revoca della confisca e, quindi, alla restituzione dei terreni confiscati, ovvero se la restituzione dei terreni possa al più assumere rilievo nella materia della quantificazione del "danno- indennizzo", sub specie di restituzione in forma specifica.

Sul punto giova riportare un passo della sentenza CEDU, sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia.

“ Sulla pretesa violazione dell'art. 7 della Convenzione

*Secondo l'Alta giurisdizione nazionale, gli imputati hanno commesso un errore inevitabile e scusabile nell'interpretazione delle norme violate; la legge regionale applicabile, unita alla legge nazionale, era «oscura e mal formulata»; la sua interferenza con la legge nazionale in materia aveva prodotto una giurisprudenza contraddittoria; i responsabili del comune di Bari avevano autorizzato la lottizzazione e rassicurato le ricorrenti quanto alla sua regolarità; a tutto ciò si era aggiunta l'inerzia delle autorità incaricate della tutela dell'ambiente. La presunzione di conoscenza della legge (articolo 5 del codice penale) non era più valida e, conformemente alla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale (paragrafo 56 e) supra) e alla sentenza delle Sezioni Unite della stessa Corte di Cassazione n. 8154 del 18 luglio 1994, l'elemento morale del reato (articoli 42 e seguenti del codice penale) doveva essere escluso poiché, prima ancora di poter esaminare se sussistesse dolo o colpa per negligenza o imprudenza, bisognava escludere la «coscienza e volontà» di violare la legge penale. In questo contesto, nel contempo legale e fattuale, l'errore degli imputati sulla legalità della lottizzazione, secondo la Corte di cassazione, era inevitabile.*

113. *Non spetta alla Corte concludere diversamente, e ancora meno fare delle ipotesi sui motivi che hanno spinto l'amministrazione comunale di Bari a gestire in questo modo una questione così importante e sui motivi per cui la Procura di Bari non ha condotto un'inchiesta efficace al riguardo (paragrafo 37 supra).*

114. *Si deve dunque riconoscere che le condizioni di accessibilità e prevedibilità della legge, nelle circostanze specifiche della presente causa, non sono soddisfatte. In altri termini, dal momento che la base giuridica del reato non rispondeva ai criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, era impossibile prevedere che sarebbe stata inflitta una sanzione. Ciò vale sia per le società ri-*

correnti, che hanno realizzato la lottizzazione abusiva, che per i rappresentanti delle stesse, imputati nell'ambito del processo penale.

115. Un ordine di idee complementare merita di essere sviluppato. A livello interno la definizione di «amministrativa» (paragrafi 65-66) data alla confisca controversa permette di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che regolano la materia penale. L'articolo 27/1 della Costituzione prevede che la «responsabilità penale è personale» e l'interpretazione giurisprudenziale che ne viene data precisa che un elemento morale è sempre necessario. Inoltre l'articolo 27/3 della Costituzione («Le pene .... devono tendere alla rieducazione del condannato») si applicherebbe difficilmente a una persona condannata senza che possa essere chiamata in causa la sua responsabilità penale.

116. Per quanto riguarda la Convenzione, l'articolo 7 non menziona espressamente il legame morale esistente tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l'autore. Tuttavia, la logica della pena e della punizione, così come la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «persona colpevole» (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o colei che né è vittima.

117. Sotto il profilo dell'articolo 7, per i motivi sopra trattati, un quadro legislativo che non permette ad un imputato di conoscere il senso e la portata della legge penale è lacunoso non solo rispetto alle condizioni generali di «qualità» della «legge» ma anche rispetto alle esigenze specifiche della legalità penale.

118. Per tutti questi motivi, di conseguenza, la confisca in questione non era prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione. Essa si traduce perciò in una sanzione arbitraria. Pertanto, vi è stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione”....

#### SULLA PRETESA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO N. 1.

119. Le ricorrenti denunciano l'illegalità e il carattere sproporzionato della confisca che ha colpito i loro beni. Esse sostengono che vi è stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 che, nella parte pertinente, 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 (...).».....*

*Non vi sono elementi nella giurisprudenza della Corte che portino a ritenere che la presente causa debba essere esaminata unicamente dal punto di vista dell'articolo 7 della Convenzione. I due diritti in questione hanno un oggetto diverso.....*

*137. La Corte ha appena constatato che il reato rispetto al quale la confisca è stata inflitta alle ricorrenti non aveva alcuna base legale ai sensi della Convenzione e che la sanzione inflitta alle stesse era arbitraria (paragrafi 114 e 118 supra). Questa conclusione la porta ad affermare che l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni delle ricorrenti era arbitrario e che vi è stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.*

*138. In linea di principio questa conclusione dispensa la Corte dall'esaminare se vi sia stata rottura del «giusto equilibrio» sopra evocato (paragrafo 136 supra; v., tra molte altre, Carbonara e Ventura c. Italia, n. 24638/94, § 62, CEDU 2000 VI). Tuttavia, tenuto conto della gravità dei fatti denunciati nella presente causa, la Corte ritiene opportuno fare alcune considerazioni sull'equilibrio che deve regnare tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, tenendo presente che ci deve essere un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (Air Canada già cit., § 36).*

*139. La Corte osserva anzitutto che la buona fede e l'assenza di responsabilità delle ricorrenti non hanno potuto svolgere alcun ruolo (a contrario, Agosi, già cit., §§ 54-55 e 58-60; Air Canada, già cit., §§ 44-46) e che le procedure applicabili nella fattispecie non permettevano in alcun modo di tenere conto del grado di colpa o di imprudenza né, a dir poco, del rapporto tra la condotta delle ricorrenti e il reato controverso.*

*140. La Corte ritiene poi che la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo annunciato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche. Sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione.*

*141. Infine, la Corte osserva che il comune di Bari – responsabile di avere accordato dei permessi di costruire illegali – è l'ente che è divenuto proprietario dei beni confiscati, il che è paradossale.*

142. *Tenuto conto di questi elementi, vi è stata rottura del giusto equilibrio e violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 anche per questo motivo.*

Sulla base di tale quadro di riferimento si potrebbe ipotizzare che il tema della restituzione dei terreni confiscati sia estraneo rispetto alla *re iudicanda penale*, coperta da giudicato, ed attenga al più alla questione della quantificazione della reintegrazione della sfera giuridica del soggetto che abbia subito la ablazione.

Sotto altro profilo, tuttavia, il tema pare non essere estraneo a quello del rapporto tra pronuncia della Corte europea che accerti la sopravvenuta incompatibilità, dichiarata dalla Corte di giustizia, della norma incriminatrice e giudicato penale.

Senza voler in questa sede affrontare temi di estrema delicatezza e solo al fine di rappresentare spunti di riflessione, occorre sottolineare che il punto di partenza è naturalmente il dato normativo, e in particolare il combinato disposto degli artt. 2 c.p., 673 c.p.p. e 30 co. 4 della legge n. 87/1953, dai quali si evince che il giudicato di condanna deve essere revocato in seguito all'abrogazione e della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice. A tali ipotesi normativamente previste la giurisprudenza *ordinaria* ha affiancato quella di sopravvenuta incompatibilità, dichiarata dalla Corte di giustizia, della norma incriminatrice con il diritto dell'Unione europea dotato di effetto diretto.

Con riferimento agli effetti della sopravvenuta constatazione ad opera della Corte Costituzionale ovvero di una delle Corti europee della totale o parziale illegittimità (costituzionale e/o convenzionale o eurocomunitaria) della norma penale a suo tempo applicata dal giudice della cognizione nella sua parte precettiva e/o sanzionatoria, illegittimità che si riverbera del tutto conseguentemente sulla fase della esecuzione, nel rapporto nel cui contesto è intervenuta la sentenza CEDU, è sufficiente richiamare Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507 Scoppola, in cui la Corte ha chiaramente affermato il principio della tangibilità del giudicato se volta ad ottenere una modifica della pena in attuazione della legalità della Convenzione e del corrispondente obbligo positivo del giudice penale - che, investito del ricorso, abbia preso atto dell'iniquità e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte europea - di determinarne la quantificazione in misura rispondente alla legalità della Convenzione europea.

Non diversamente, ma con specifico riferimento al problema della estensibilità degli effetti della sentenza CEDU, che accerti la violazione della norma convenzionale, sui rapporti relativi a soggetti terzi che si trovino nella stessa posizione del ricorrente, è necessario fare riferimento a Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, Rv.252933 secondo cui le decisioni della Corte EDU che evidenzino una situazione di oggettivo contrasto - non correlata in via esclusiva al caso esaminato -

della normativa interna sostanziale con la Convenzione EDU assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale è intervenuta la pronuncia della predetta Corte internazionale. (Fattispecie riguardante la possibilità che il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati in materia dalla Corte EDU, e modificando il giudicato, sostituisca la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione).

In questo contesto deve essere segnalato l'intervento della Corte Costituzionale.

#### 12.1. La sentenza n. 210/2013 della Corte Costituzionale.

Al riguardo, mi rifaccio ai primi commenti dottrinari e conviene brevemente ricapitolare la vicenda oggetto della sentenza *Scoppola*, almeno nei limiti in cui ciò sia indispensabile per comprendere la questione decisa dalla Corte costituzionale.

Il ricorrente si doleva in quell'occasione della mancata applicazione da parte del giudice penale italiano della *pena più mite* prevista da una *lex intermedia* entrata in vigore dopo la commissione del fatto, ma successivamente abrogata e sostituita da altra norma più sfavorevole, vigente al momento del giudizio e concretamente applicata dal giudice. Le norme in questione concernevano, più in particolare, la disciplina del giudizio abbreviato, così come risultante dagli articoli 442 e ss. c.p.p., in relazione all'*applicabilità di tale rito ai reati puniti con la pena dell'ergastolo*: applicabilità *esclusa* dalla versione originaria dell'art. 442 c.p.p. al momento della commissione dei fatti da parte dell'imputato; quindi *ammessa* dalla *lex intermedia* (la legge n. 479/1999), in vigore al momento del processo, che prevedeva la sostituzione della pena perpetua con quella di *trent'anni* di reclusione nel caso di condanna in esito a giudizio abbreviato; infine *ammessa* da una terza legge (il d.l. n. 341/2000), in vigore al momento della pronuncia della sentenza definitiva di condanna, ma con mera sostituzione della pena dell'ergastolo *con* isolamento diurno con quella dell'ergastolo *senza* isolamento diurno.

La Corte CEDU qualificò anzitutto le norme succedutesi nel tempo come norme di diritto penale *sostanziale*, nonostante la loro collocazione nel codice di rito, in ragione della loro immediata incidenza sulla *species* e sul *quantum* della sanzione applicabile. Avendo quindi affermato che l'art. 7 CEDU garantisce anche il diritto all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole tra tutte quelle succedutesi dal momento della commissione del fatto a quello della sentenza definitiva, la Corte riconobbe la violazione della disposizione convenzionale, in ragione appunto della mancata applicazione all'imputato – condannato in via definitiva all'ergastolo senza isolamento diurno – della *lex intermedia* più favorevole, ordinando conseguentemente allo Stato italiano di por fine alla violazione, rideterminando la pena inflitta al ricorrente in quella di trent'anni di reclusione.

Prendendo atto di tale statuizione, da intendersi quale vincolante per lo Stato in tutte le sue articolazioni e poteri ai sensi dell'art. 46 co. 1 CEDU, la nostra Corte di cassazione – adita dallo stesso Scoppola con ricorso straordinario *ex art. 625-bis c.p.p.* – procedette effettivamente alla rideterminazione della pena inflittagli nel senso indicato dalla Corte europea.

Così risolta la questione con riferimento a Scoppola, si pose però il problema della sorte di tutti gli *altri* condannati all'ergastolo che avevano anch'essi fatto richiesta di giudizio di abbreviato nella vigenza della *lex intermedia* più favorevole (la legge n. 479/1999) ed erano stati giudicati in via definitiva sulla base del d.l. n. 341/2000, ma che – a differenza di Scoppola – *non* avevano presentato tempestivo ricorso alla Corte EDU, entro il termine di sei mesi dalla data in cui la sentenza di condanna era divenuta definitiva.

Dopo varie decisioni di segno negativo da parte di singoli giudici dell'esecuzione, la questione approdò infine alle Sezioni Unite della Cassazione, le quali riconobbero anzitutto che la sentenza *Scoppola* – lungi dal limitarsi ad apprezzare le violazioni lamentate dal ricorrente nel singolo caso concreto – enuncia regole di giudizio di portata *generale*, e come tali applicabili a *tutti* i condannati che si trovino nell'identica situazione di Scoppola, i quali avrebbero avuto diritto – nel processo di cognizione – ad essere giudicati secondo le più favorevoli disposizioni della *lex intermedia* rappresentata dalla legge n. 479/1999. La violazione del loro diritto fondamentale all'applicazione retroattiva di tale legge così avvenuta, d'altra parte, non ha ancora esaurito i propri effetti, che devono essere invece considerati ancora *perduranti in sede esecutiva*, essendo i condannati in questione tuttora sottoposti alla pena dell'ergastolo, anziché a quella assai più favorevole – anche in relazione al ben diverso regime dei benefici penitenziari – di trent'anni di reclusione. Una tale, ancora attuale lesione dei diritti fondamentali dei condannati, secondo l'apprezzamento delle Sezioni Unite, *non può non essere rimossa dalla giurisdizione italiana*, per la quale sarebbe inconcepibile rassegnarsi alla prospettiva dell'esecuzione di una pena giudicata dalla Corte europea come lesiva dei diritti fondamentali del condannato e, dunque, di una pena *illegittima* anche dal punto di vista dell'ordinamento interno, tenuto ad assicurare il rispetto dei diritti convenzionali.

Competente a rimuovere gli effetti perduranti della violazione, attraverso la rideterminazione della pena originariamente inflitta, è primariamente – secondo le Sezioni Unite – il *giudice dell'esecuzione*. In effetti, la situazione in esame non differisce da quella in cui si debba rimuovere una condanna definitiva emessa in forza di una legge dichiarata *illegittima* dalla Corte costituzionale (ipotessi questa direttamente riconducibile alla previsione di cui all'art. 673 c.p.p.), ovvero divenuta *inapplicabile* in seguito al suo sopravvenuto contrasto con il diritto dell'Unione europea, secondo il sovrano apprezzamento della Corte di giustizia: ipotesi, quest'ultima, invero normativamente non pre-

vista, ma rispetto alla quale la stessa giurisprudenza della Cassazione si è orientata nel ritenere revocabile il giudicato di condanna proprio in sede di incidente di esecuzione.

Secondo le Sezioni Unite, all'accoglimento *de plano* dei ricorsi dei condannati in sede esecutiva si opponeva tuttavia la considerazione che la loro condanna all'ergastolo era stata *normativamente imposta* da una legge tuttora in vigore: e più precisamente dagli artt. 7 e 8 del d.l. n. 341/2000, poi convertito con legge n. 4/2001, nella parte in cui – sotto le mentite spoglie di una interpretazione autentica della disciplina previgente di cui alla legge n. 479/2000 – tali disposizioni introducevano in realtà una disciplina sanzionatoria più sfavorevole, sancendone *in termini inequivocabili* – e pertanto *non superabili in via interpretativa* – l'applicazione retroattiva anche agli imputati che avessero nel frattempo chiesto di essere giudicati con rito abbreviato. In tal modo, le disposizioni in parola da un lato *avevano vincolato il giudice della cognizione* a derogare al principio della retroattività della legge più favorevole, impedendogli di applicare la disciplina fissata dalla *lex intermedia* di cui alla legge n. 479/2000; e, dall'altro, *vincolavano ora lo stesso giudice dell'esecuzione*, impedendogli allo stato di rideterminare *tout court* la pena.

Conseguentemente, le Sezioni Unite sollevavano questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto, appunto, queste due disposizioni, assumendone il contrasto con gli artt. 3 e 117 co. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, motivando espressamente sulla necessità di una loro rimozione ad opera della Corte costituzionale quale condizione per la rideterminazione della pena ad opera del giudice dell'esecuzione.

In tale contesto si colloca la sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 2013.

La Corte – circoscritta la questione al solo art. 7 co. 1 del d.l. 341/2000 per ragioni che non è necessario qui approfondire nel dettaglio – rammenta anzitutto come l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU sancita dall'art. 46 CEDU debba intendersi – anche quando la Corte EDU non abbia pronunciato una “sentenza pilota”, né abbia esplicitato l'obbligo per lo Stato di adottare “misure generali” – come implicitamente esteso alla *restitutio in integrum* di tutti coloro che, pur non avendo proposto tempestivo ricorso avanti alla Corte europea, abbiano subito una violazione identica a quella accertata nel caso concreto, rimarcando anzi come tale lettura sia stata ritenuta scontata dallo stesso governo italiano nelle sue comunicazioni al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa relative all'esecuzione della sentenza *Scoppola* (comunicazioni nelle quali il governo aveva fatto espresso riferimento alla procedura dell'incidente di esecuzione come misura idonea per porre rimedio anche a violazioni simili a quella riscontrata dalla Corte).

Ciò posto, i giudici della Consulta hanno condiviso l'assunto delle Sezioni Unite, secondo cui il giudicato deve cedere a fronte dell'esigenza di far cessare una violazione in atto di un diritto fondamentale del condannato, sottolineando d'altra parte come il complesso rimedio della *revisione del*

*processo* – spalancato dalla sentenza n. 113/2011 per i casi in cui appaia necessario riaprire il processo per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte EDU – sia qui inadeguato rispetto allo scopo di rideterminare semplicemente la pena, per eliminare la violazione accertata in sede europea. Piuttosto, adeguato e sufficiente rispetto allo scopo appare qui il comune rimedio dell'*incidente di esecuzione*, «specie» – sottolinea la Corte – «se si considera l'ampiezza dei poteri ormai riconosciuti dall'ordinamento processuale [al giudice dell'esecuzione], che non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso (artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 cod. proc. pen.)».

13. L'estensione soggettiva della confisca: l'opponibilità della confisca al “terzo estraneo al reato” cui la cosa “appartiene”.

Il tema è legato all'accertata positiva verifica della estraneità del terzo, perché è chiaro che se il terzo controinteressato non sia appunto “terzo” rispetto al reato, il problema non si pone e il suo diritto è destinato a soccombere.

Si tratta di una questione complessa per la difficoltà di contemperare interessi pubblici e privati, esigenze di efficacia della ablazione e di salvaguardia di principi civilistici, di individuare tecniche di tutela adeguate, in un quadro normativo silente o contraddittorio, in cui l'impatto del sequestro e della confisca con gli istituti del diritto privato è stato mediato dal legislatore, prima del d.lg. n. 159/2011, entrato in vigore il 13.10.2011 e relativo solo ai procedimenti di prevenzione, unicamente per il tramite del rinvio operato, solo in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca ex art. 12 sexies D.L. 356/92, alle norme previste dall'art. 2 quater l. 575/56 e, quindi, a quelle sul sequestro conservativo e sul pignoramento, senza alcuna ulteriore integrazione.

Interessante è invece verificare chi siano in astratto i controinteressati titolari di diritti che, in quanto estranei, sarebbero titolare di una pretesa in contrasto con quella ablativa.

Per terzi, infatti, devono intendersi ovviamente coloro che non sono parti del rapporto giuridico generato dalla pretesa dello Stato e dal conseguente sequestro; la categoria concettuale di riferimento è quella della c.d. opponibilità, intesa come la possibile incidenza degli effetti di quella pretesa, che nasce a seguito della instaurazione del vincolo di indisponibilità, nella sfera giuridica dei terzi, con la precisazione che spesse volte un atto ed il rapporto che ne scaturisce, normalmente inopponibili ai terzi, per l'ordinamento divengono invece opponibili ai terzi c.d. di mala fede (si pensi all'opponibilità del negozio dissimulato ai terzi che conoscono la simulazione, o a quanti contrattano con l'illegittimo possessore conoscendo l'illegittimità del possesso).

L'ordinamento era ed è attrezzato essenzialmente per la soluzione di conflitti, nascenti dalle confische presso terzi, aventi ad oggetto beni tradizionali (gli immobili, i beni mobili registrati, ecc...),

sui quali s'incentra la pretesa ablativa dello Stato o del Comune e sui quali può gravare, in particolare, il diritto di proprietà di soggetti diversi.

La giurisprudenza, storicamente, ha negato la possibilità per i terzi titolari di diritti d'invocare tutela, valorizzando il carattere sanzionatorio della confisca ovvero invocando il carattere originario dell'acquisto operato dallo Stato con la confisca, che non tollererebbe la presenza sul bene ablativo di concorrenti diritti di terzi.

La confisca, in quanto espressione di un potere sovrano, appartenente alla collettività tutta, e diretto alla repressione e alla prevenzione del crimine, opererebbe prescindendo del tutto dalla volontà dell'espropriato ed in forza di un provvedimento giurisdizionale: opererebbe, cioè, a titolo originario, con la conseguenza che il bene sarebbe acquisito dallo Stato nella sua oggettività, nella sua oggettiva consistenza, senza i concorrenti diritti dei privati.

E tuttavia, storicamente, alla confisca tradizionale e a quella di prevenzione si affiancò, come già detto, la particolare confisca prevista all'interno della fattispecie di associazione di tipo mafioso (art. 416 bis, comma VII, c.p.) che accanto agli oggetti "classici", strumenti, prodotto, profitti e prezzo del reato, fa riferimento anche alle cose "che ne costituiscono l'impiego", con chiaro riferimento ai possibili reinvestimenti effettuati dalla criminalità, e quindi a beni che hanno perduto quella immediata relazione con il fatto-reato.

Soprattutto con l'art. 12sexies, d.l. 306/92, si registra il punto massimo di allargamento degli interventi possibili sui patrimoni illeciti; in questa particolare ipotesi di confisca – detta, appunto, "allargata" – l'estensione dell'oggetto, come detto, viene perseguita, in primo luogo, attraverso la rottura del nesso specifico tra il bene confiscabile e il reato presupposto della stessa confisca; in secondo luogo, mediante la sottoposizione a confisca sia dei beni di cui è formalmente proprietario il condannato, sia di quelli che risultano nella sua disponibilità "a qualsiasi titolo", sbaragliando in tal modo qualsiasi forma di dolosa interposizione fittizia, volta a 'immunizzare' le ricchezze illecitamente acquisite.

Una strada diversa, forse meno penetrante ma sicuramente più compatibile con l'attuale percezione dei principi di garanzia penalistici, è stata imboccata dal legislatore con la confisca in materia di usura (art. 644, u.c., c.p.) e con quella in materia di reati contro la pubblica amministrazione e gli interessi delle comunità europee (art. 322 ter, c.p.). In queste ipotesi, l'esigenza di estendere il più possibile l'ambito applicativo di tali misure ha trovato risposta, da un lato, con l'accoglimento di una tecnica già sperimentata in altri paesi e raccomandata in sede sovranazionale, ossia con la confisca c.d. "per equivalente", la quale è diretta a impedire che l'eventuale mancata individuazione fisica del profitto o del prezzo del reato, finisca per ostacolare il pieno soddisfacimento della pretesa

ablativa dello Stato, dall'altro, con la possibilità di attingere per questa via a beni anche nella mera disponibilità del reo .

Nel contempo, la dottrina avvertì che, nel sistema delineato dalla legge n. 575/1965 in materia di prevenzione, sono riscontrabili chiari referenti normativi che indirizzano l'interprete verso la tesi della natura derivativa dell'acquisto operato dallo Stato con la confisca: si pensi all'art. 2 quater, che contempla espressamente il sequestro di azienda, da intendere necessariamente come complesso di rapporti attivi e passivi; ovvero al sequestro dei crediti, difficilmente configurabili come oggetto di acquisti a titolo originario, al di fuori del campo dei titoli di credito; alla prelazione concessa all'affittuario per l'ipotesi di vendita dell'azienda confiscata (art. 2 undecies); nonché alla possibilità per l'amministratore giudiziario di concedere ipoteche sui beni in sequestro, evidentemente destinate ad essere opponibili allo Stato in caso di confisca dei beni in sequestro (art. 2 septies) .

Sulla basi di tale quadro di riferimento, ove si ritenesse che l'acquisto del bene avvenga a titolo originario, il corollario che ne conseguirebbe sarebbe che alcun diritto da parte di terzi potrebbe essere opposto, perché alcun diritto sopravviverebbe.

A fronte di una giurisprudenza molto prudente, le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione qualificarono la confisca, sia penale, sia amministrativa sia di prevenzione, quale modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo <<proprio in quanto essa non prescinde dal rapporto già esistente fra quel bene ed il precedente titolare, ma anzi un tale rapporto "presuppone" ed un tal rapporto è volto a fare venir meno, per ragioni di prevenzione e/o di politica criminale, con l'attuare il trasferimento del diritto, dal privato condannato o indiziato di appartenenza ad associazioni mafiose, allo Stato>>.

La Corte regolatrice inquadrò quindi i rapporti generati dalla confisca che intercorrono fra l'amministrazione e il terzo creditore entro la cornice concettuale della modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, realizzata *ex lege* o *per factum principis*: lo Stato subentra nell'obbligazione ed è così tenuto all'adempimento e comunque al rispetto della pretesa soddisfattoria del terzo creditore che, in buona fede, abbia fatto legittimo affidamento sulla posizione della originaria controparte, salvo ovviamente il diritto di rivalsa dell'Erario verso il condannato.

In tale quadro di riferimento, le Sezioni Unite penali della Cassazione, a proposito dell'ablazione disposta a seguito di condanna per usura, ma con argomentazioni estensibili a tutti i tipi di confisca, hanno affermato il principio di diritto per cui l'applicazione della confisca non determina l'estinzione del preesistente diritto di pegno costituito a favore di terzi, sulle cose che ne sono oggetto, quando costoro, avendo tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa, riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole.

Onere del terzo è dunque quello di provare i presupposti dell'estraneità al reato e dell'appartenenza del bene, e quindi la titolarità dello " *ius in re aliena*" discendente da atto di data certa anteriore alla confisca o al sequestro, nonché la mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o l'affidamento incolpevole, nel caso in cui tale collegamento sussista: in presenza di tali condizioni, la confisca, per esempio, non può pregiudicare i diritti di credito assistiti da privilegio speciale .

In realtà, nonostante l'intervento in questione, residuano incertezze e resistenze sulla natura giuridica dell'acquisto operato dallo Stato; persistono i contrasti in ordine agli interessi tutelabili; si dubita dei luoghi e delle tecniche per assicurare tutela; si riscontrano contrasti sull'accezione in cui assumere la buona fede del terzo e sulle modalità di accertamento della stessa.

Ciò detto, facendo riferimento alla tesi secondo cui il bene confiscato sarebbe acquistato a titolo derivativo, con riferimento al concetto di "appartenenza", in dottrina, da un lato, ne è stata ipotizzata un'interpretazione restrittiva, secondo cui per appartenenza si intende, ai fini di interesse del diritto penale, solo quella connessa al diritto di proprietà, con l'effetto che soltanto il diritto di proprietà è suscettibile di confisca, dall'altra, tuttavia, si è ritenuto che la nozione di appartenenza abbia una portata più ampia del diritto di proprietà e si estenda anche alla titolarità di diritti reali di garanzia e di godimento.

La giurisprudenza, sul punto, ha aderito a quest'ultimo orientamento, affermando che, sebbene il sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 321, comma 2, cod. pen., possa essere applicato anche su beni costituiti in pegno regolare, si deve tenere conto che la confiscabilità è esclusa dall'appartenenza della cosa a persona estranea al reato, e che tale concetto comprende non solo il diritto di proprietà, ma anche i diritti reali di garanzia.

Successivamente, si è sancito che "il limite derivante dalla appartenenza a terzi dei beni confiscati si esplica in modo diverso a seconda del diverso contenuto del diritto delle persone estranee al reato, essendo evidente che detto limite ha carattere assoluto e si pone come un vero e proprio divieto di confisca quando esse risultino proprietarie dei beni, mentre assume carattere relativo in caso di titolarità di diritti reali di godimento o di garanzia, dato che, in quest'ultima ipotesi, il reo resta pur sempre proprietario del bene, ancorché la sfera delle facoltà che gli competono risulti compressa per la coesistenza degli *iura in re aliena*".

L'opinione della giurisprudenza è nel senso che esista un principio di sopravvivenza delle garanzie reali, cosicché i terzi possano opporre le proprie situazioni giuridiche soggettive al potere dello Stato.

Quanto alla "estraneità al reato", è dalla stessa giurisprudenza che può trarsi l'ulteriore assunto per cui il punto nodale della tutela dei terzi deve ravvisarsi nell'accertamento non solo dell'apparte-

nenza del bene a un soggetto che non sia l'autore del reato, bensì anche della sua estraneità rispetto alla vicenda criminale per cui è procedimento.

Si assume che la nozione di "estraneità" è di carattere sostanziale ed allude al legame con il reato, implicando innanzitutto l'assenza di un contributo attivo all'illecito da parte del soggetto terzo.

In particolare, non sarà necessaria alcuna ulteriore indagine sulla posizione del terzo ed il suo diritto risulterà tutelabile nei confronti della misura ablativa solo qualora venga accertato che il bene appartenga a persona, che, da una parte, non abbia in alcun modo contribuito, direttamente o indirettamente, al fatto criminoso e, dall'altra, da esso non abbia tratto alcun vantaggio.

A titolo esemplificativo si riporta quanto affermato recentemente da Sez. I, 7 luglio 2011, - dep. 23 settembre 2011-, n. 34722, G.e. Capital, S.f. Spa e altro, Rv. 251174: "Ai fini dell'operatività della clausola derogatoria contenuta nella norma, giustificata dall'attenuazione della presunzione assoluta di pericolosità derivante dall'uso del veicolo, per terzo estraneo al reato deve intendersi non solo chi non ha concorso nel reato, ma anche chi non ha neanche avuto, per difetto di vigilanza o altro, alcun tipo di colpevole collegamento, diretto o indiretto, ancorchè non punibile, con la consumazione del reato e non ha ricavato alcuna utilità dalla condotta del condannato".

Il concetto di "estraneità" al reato deve essere interpretato nel senso che non può considerarsi estraneo al reato il soggetto che da esso abbia ricavato vantaggi e utilità (Sez. Un., Sentenza n. 9 del 28 aprile 1999, Baccherotti, cit.); depongono in tal senso univoci dati interpretativi che concorrono a conformare la portata della nozione di "estraneità al reato" in termini maggiormente aderenti alla precisa connotazione funzionale della confisca, non potendo privilegiarsi la tutela del diritto del terzo allorché costui abbia tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa e dovendo, anzi, riconoscersi la sussistenza, in una simile evenienza, di un collegamento tra la posizione del terzo e la commissione del fatto-reato.

Il concetto di "estraneità" al reato non può peraltro prescindere, essendone anzi intimamente connesso, dalla interpretazione della nozione di "buona fede", corollario del principio costituzionale della responsabilità penale personale e tale quindi da indurre ad estromettere forme di responsabilità oggettiva, anche in materia di confisca.

Gli interventi giurisprudenziali succedutisi nel tempo, infatti, hanno chiarito che l'estraneità è passata da una accezione oggettiva (legata soltanto al rapporto tra la ricchezza ed il reato) ad una anche soggettiva (correlata alla correttezza e diligenza del comportamento del terzo), così dando corpo al principio della tutela dell'affidamento incolpevole.

Pertanto, anche qualora il terzo non si trovi in una situazione di oggettiva estraneità rispetto al reato, i suoi diritti potranno risultare opponibili nei confronti dell'atto ablativo solo qualora versi in una situazione di buona fede soggettiva.

Prescindendo dalle accezioni civilistiche del concetto di buona fede ex art. 1175 c.c., viene valorizzata la soluzione volta a riferire la suddetta nozione ad una situazione di affidamento incolpevole ed inconsapevole, ingenerata dall'esistenza di elementi oggettivi idonei a rendere l'operazione economica apparentemente lecita ed all'adozione di tutte le cautele necessarie per la verifica di tali caratteristiche, avendo osservato quelle condotte di minima diligenza sulla provenienza lecita del bene e sul suo utilizzo<sup>1</sup>

Tale conclusione è considerata coerente con i principi espressi dalla Corte costituzionale, che ha escluso la compatibilità con l'art. 27, comma 1, Cost. di norme che prevedono la confisca anche quando le cose risultino di proprietà di chi non sia autore del reato o non ne abbia tratto in alcun modo profitto; si tratta di affermazioni che offrono un indubbio spunto a favore della tesi secondo cui non può reputarsi estranea al reato la persona che abbia ricavato un utile dalla condotta illecita del reo<sup>2</sup>.

È necessario precisare che i terzi che vantano diritti reali hanno l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata, essendo evidente che essi sono tenuti a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di "appartenenza" e di "estraneità al reato", dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato. Ai terzi fa carico, pertanto, l'onere della prova sia relativamente alla titolarità dello ius in re aliena, sia relativamente alla mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o, nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, all'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza (Sez. Un. n. 9 del 28 aprile 1999)".

### 13.1. Confisca e comunione sul bene.

Secondo un primo orientamento, formatosi in tema di rifiuti, la confisca dell'area interessata da una discarica abusiva non può essere disposta nei confronti del comproprietario, in caso di proprietà indivisa dell'area, qualora non si accerti la responsabilità del medesimo, quantomeno a titolo di concorso, nel reato di gestione o realizzazione della discarica; ne consegue che il comproprietario non responsabile ha diritto ad ottenere la restituzione dell'area, limitatamente alla quota ideale di sua spettanza, come proprietà singolare di cui il reo non ha diritto di disporre (Cass., sez. III., 7.4.2009 n. 26950).

Secondo altro indirizzo, nel caso di comproprietà tra condannato ed estraneo, la confisca ha effetto solo per la quota di comproprietà di spettanza del soggetto interessato (indagato o imputato); a) in particolare nel caso di divisibilità del bene immobile oggetto di confisca questo dovrà essere

---

<sup>1</sup> Cfr., Sez. un., 29 aprile 1999, Bacherotti, cit.

<sup>2</sup> Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 2.

restituito in parte alla persona estranea al reato che ne diverrà proprietaria esclusiva e confiscato per la quota di pertinenza del reo (Così Cass., sez. III, 24 gennaio 2006, n. 6441; sez. III, n. 2477/08);

Nel caso in cui invece il bene sia indivisibile potrà verificarsi una comunione di beni tra i terzi estranei e lo stato o il comune, che subentra a titolo derivativo nella proprietà della quota di spettanza del condannato. (Cass., sez. III, 17.10.1984, n. 1650).

Le tesi indicate trovano riscontro anche in tema di sequestro, ammesso che in sede cautelare sia già possibile accertare il requisito della estraneità del terzo che ha diritto sul bene.

In tal caso secondo la giurisprudenza, si dovrebbe distinguere:

1) Sul sequestro di bene indivisibile strumentale alla confisca della quota di proprietà del responsabile, si afferma che sarebbe ammissibile il sequestro per l'intero perché sarebbe necessario evitare che il bene tornato nella disponibilità dei comproprietari, possa essere nuovamente usato dal soggetto responsabile del reato. (Cass., sez. III, 27 gennaio 2011, n. 6894; Cass., sez. IV, 24 giugno 2009, n. 28189).

Come è facile intuibile esistono sul tema questioni aperte, quali quelle relative al come si rivale il terzo, se, cioè, è necessario procedere alla vendita e poi dividere il prezzo e, quindi, se lo Stato o il Comune possono tecnicamente "liquidare"?

2) Se invece il sequestro ha ad oggetto un bene divisibile in comproprietà, il vincolo cautelare dovrebbe avere ad oggetto solo la quota del indagato sulla quale la confisca dovrebbe operare (Cass. sez. III, 27 gennaio 2011, cit).

I terzi cioè non possono subire una misura ablativa dal contenuto sanzionatorio se sono estranei al fatto illecito che ne costituisce il presupposto.

Parimenti con riferimento al sequestro i terzi non possono essere assoggettati a misure compressive del godimento del bene in comproprietà se non nel caso in cui ciò sia assolutamente necessario (indivisibilità del bene).

#### 14. Casistica.

L'erede di beni immobili o terreni abusivamente lottizzati, subentrando nella stessa posizione di fatto e di diritto del dante causa, non può ritenersi terzo estraneo rispetto al reato di lottizzazione abusiva. (Cass., sez. III, 10 ottobre 2012, n. 19959, Miele, Rv. 255864 in fattispecie relativa a richiesta di revoca della confisca).

Sul tema deve essere segnalata anche Cass., sez. III, 14 marzo 2013, n. 25893, Pasqui ed altri, Rv. 257143, in cui la Corte ha affermato:

*“L'acquirente in buona fede è di norma, infatti, colui che ha ricevuto l'immobile dall'imputato in epoca antecedente alla pronuncia di confisca. L'erede, per effetto della confisca, si trova invece nella posizione di non poter far valere alcuna pretesa sul bene per il semplice fatto che la confisca incide ab origine sulla nascita del suo diritto sul bene, rendendolo inesistente.*

*Accomuna invece le due posizioni la mancata partecipazione al giudizio principale ma, soprattutto, l'incidenza patrimoniale di decisioni adottate in un contesto estraneo sulla propria sfera giuridica.*

*Per l'erede il problema è evidentemente più complesso in quanto il pregiudizio può derivare più propriamente dalla impossibilità per il dante causa deceduto di far valere nel giudizio appieno le proprie difese per opporsi alla confisca.*

*Ora, va innanzitutto ricordato che, come evidenziato nella sentenza di questa Sezione n. 39078 del 13/07/2009 (Rv. 245347), la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite (art. 44, comma secondo, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) consegue non soltanto ad una sentenza di condanna, ma anche quando, pur essendo accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi oggettivo e soggettivo, non si pervenga alla condanna od all'irrogazione della pena per causa diversa.*

*Tale soluzione, evidentemente conforme alla giurisprudenza CEDU che non ritiene necessaria la condanna del proprietario della "res" per disporre la confisca, postula tuttavia che un accertamento anche di natura soggettiva in relazione al reato di lottizzazione.*

*Ed è intuitivo che poiché l'accertamento è demandato alla sede penale ciò debba avvenire nel rispetto del principio del contraddittorio.*

*Nel caso in cui, come nella specie, la morte si è verificata prima della celebrazione del giudizio di appello, il proscioglimento del reo oggettivamente può impedire la necessaria interlocuzione della persona deceduta sulla sussistenza del fatto reato e, di conseguenza, anche sulla confisca.*

*Inoltre il proscioglimento per morte del reo impedisce di impugnare la statuizione sulla confisca nel giudizio in cui è pronunciata.*

*Negando aprioristicamente all'erede anche la possibilità di interloquire sulla confisca in sede di esecuzione, si prospetta una situazione che, a prescindere dai profili di ingiustizia sostanziale, può presentare aspetti di incompatibilità con i principi più volte affermati dalla Corte Edu, anche in tema di confisca, in quanto lesiva delle principali garanzie di rispetto dell'effettività di esercizio di difesa e della tutela del diritto di proprietà atteso che, come detto in precedenza, il de cuius, per effetto del decesso, si viene a trovare nella situazione di dover subire il provvedimento di confisca senza avere avuto incolpevolmente la possibilità di esercitare compiutamente la propria difesa, nella effettività del contraddittorio e senza potere esperire i mezzi di impugnazione, e l'erede, dal suo*

*canto, viene invece ad essere pregiudicato da una decisione sulla quale non è stato posto in alcun modo nella possibilità di far valere le ragioni di contrasto in relazione al provvedimento adottato.*

*Esclusa, quindi, per le ragioni espresse in precedenza, la possibilità di impugnazione della sentenza da parte dell'erede - in quanto estraneo al giudizio in cui è stata disposta la confisca - non può che ritenersi ammessa per quest'ultimo la possibilità di agire in sede di esecuzione nel caso in cui la confisca sia stata disposta a seguito di proscioglimento per morte del reo.*

*L'ordinamento interno non è peraltro insensibile in via di principio alle ragioni dell'erede.*

*Si richiama in proposito la disposizione dell'art. 632 cpp con cui si consente a quest'ultimo di proporre istanza di revisione nel caso di morte del condannato.*

*Siffatta previsione, presente anche nella precedente stesura del codice, si giustifica unicamente con la necessità di assicurare all'erede la possibilità di far valere le ragioni del condannato anche dopo la sua morte. E ciò non risponde all'interesse del solo deceduto ma anche direttamente a quello dell'erede.*

*Ed, infatti, tale disposizione, secondo autorevole dottrina, non può essere ricondotta nello schema della sostituzione processuale proprio perché nel caso in esame l'erede agisce non solo nel proprio nome ma anche nel proprio interesse.*

*Orbene se si riconosce il diritto dell'erede a rimuovere il pregiudizio derivante da una sentenza di condanna della persona poi deceduta, a fortiori dovrà essere riconosciuto il diritto ad agire nel caso in cui il dante causa non abbia potuto compiutamente esercitare il proprio diritto difesa nel giudizio siccome deceduto.*

*Conclusivamente, allora, anche per l'erede deve essere consentito, a fronte di una decisione di proscioglimento per morte del reo nel caso in cui sia stata disposta la confisca per la lottizzazione abusiva, la possibilità di agire in sede di esecuzione, sia pure con i limiti già individuati dalla giurisprudenza per la posizione di colui il quale è rimasto estraneo al giudizio di responsabilità”.*

<<>>

Sotto altro profilo è stato affermato il principio secondo cui, in materia edilizia, nel caso in cui si accerti un preventivo frazionamento di un'area abusivamente lottizzata, la confisca prevista dall'art. 44, comma secondo, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 investe l'intera area interessata dall'intervento lottizzatorio e dalla previsione delle relative infrastrutture ed opere urbanizzative, non rilevando l'esistenza in atto di un'attività edificatoria; diversamente, nel caso in cui si sia conferito di fatto un diverso assetto al territorio senza predisporre un frazionamento fondiario, la confisca deve limitarsi a quella porzione territoriale effettivamente interessata dalla vendita di lotti separati, dall'edificazione e dalla realizzazione delle infrastrutture. (Cass., sez. III, 26 giugno 2008, n. 37472, Belloi e altri, Rv. 241101).

È utile riportare una parte della motivazione della sentenza indicata:

*“La giurisprudenza di questa Corte ha stabilito che la confisca:*

*- "comprende anche i terreni lottizzati non ancora interessati da attività edificatoria" (Cass., Sez. 3, 22.5.2003, n. 22557, ric. Matarrese ed altri);*

*- "deve estendersi a tutta l'area interessata dall'intervento lottizzatorio, compresi i lotti non ancora edificati o anche non ancora alienati al momento dell'accertamento del reato, atteso che anche tali parti hanno perso la loro originaria vocazione e destinazione rientrando nel generale progetto lottizzatorio (Cass. Sez. 3, 9.5.2005, n. 17424, ric. Agenzia Demanio in proc. Matarrese);*

*I "terreni lottizzati" ovvero "rientranti nel generale progetto lottizzatorio" vanno identificati - però - in quelli che risultano oggetto di un'operazione di frazionamento preordinata ad agevolarne l'utilizzazione a scopo edilizio. Ove esista, pertanto, un preventivo frazionamento, va confiscata tutta l'area interessata da tale frazionamento nonché dalla previsione delle relative infrastrutture ed opere urbanizzative, indipendentemente dall'attività di edificazione posta concretamente in essere. Nell'ipotesi, invece, non sia stato predisposto un frazionamento fondiario e tuttavia si sia conferito, di fatto, un diverso assetto ad una porzione di territorio comunale, la confisca va limitata a quella porzione territoriale effettivamente interessata dalla vendita di lotti separati, dalla edificazione e dalla realizzazione di infrastrutture”.*

Scandicci, 21 febbraio 2014.

Piero Silvestri