

## **LOTTIZZAZIONE ABUSIVA E PRESCRIZIONE.**

### **DALLE SEZIONI UNITE VIA LIBERA ALLA “CONFISCA NOMOFILATTICA”.**

Osservazioni a margine della sentenza del 30 aprile 2020, n. 13539, ragionando su “riserva di codice”, relazione “Marasca” e valutazione di proporzionalità secondo i principi enunciati dalla grande camera nella sentenza del 28 giugno 2018 (Case of G.I.E.M. S.R.L. and others V. ITALY).

**Lorenzo Bruno Molinaro\***

***Abstract [En]:** This legal paper critically addresses the decision-making process underlying the recent judgment of the united sections of Italian Supreme Court (April 30th, 2020 n. 40380), regarding illegal lotting and confiscation, with particular reference to the affirmed denial of the "complementary" criminal action about the assessment of the proportionality of the ablation measure, according to the principles set out by the Grand Chamber in the well-known sentence of June 28th, 2018 (Case of GIEM s.r.l. and Others v. Italy), following the ascertained prescription of the crime and annulment without postponement of the sentence handed down by the trial judge against the perpetrator of the offense. The work envisages, among other things, a different reading of the new article 578-bis of the criminal procedure code ("decision on confiscation in particular cases in the event of extinction of the crime by amnesty or prescription") based not already on the literal interpretation of the norm, with an uncertain and bivalent meaning, but on the examination of the preliminary works and on the search for the effective will of the "delegating" legislator.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa; 2. L’ordinanza di rimessione della terza sezione penale della cassazione del 2 ottobre 2019, n. 40380; 3. I passaggi salienti della motivazione della sentenza delle sezioni unite del 30 aprile 2020, n. 13539, con la quale è stata confermata la confisca applicata dal giudice di merito, escludendosi la c.d. “azione penale complementare”; 4. L’articolo 578-bis c.p.p. tra “riserva di codice” e lavori preparatori (relazione “marasca” e relazione illustrativa); 5. il profilo della proporzionalità della confisca con particolare riferimento alle sentenze della Corte Edu Sud fondi s.r.l. e altri c. Italia del 20 gennaio 2009 e (grande camera) G.i.e.m. s.r.l. ed altri c. Italia del 26 giugno 2018; 6. Considerazioni finali.

\*Avvocato cassazionista e cultore di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l’Università degli Studi di Napoli Federico II.

## 1. Premessa.

Giuseppe Zanardelli, Ministro della Giustizia in carica nell'anno 1889, passato alla storia per aver fatto approvare il primo codice penale dell'Italia Unita<sup>1</sup> considerato tra i più liberali dell'epoca, si diceva convinto, nella Relazione al Re, che << ... le leggi devono essere scritte in modo che anche gli uomini di scarsa cultura possano intenderne il significato; e ciò deve dirsi specialmente di un codice penale, il quale concerne un grandissimo numero di cittadini anche nelle classi popolari, ai quali deve essere dato modo di sapere, senza bisogno d'interpreti, ciò che dal codice è vietato >>. Lo stesso Zanardelli auspicava, inoltre, che, per porre un argine alle continue oscillazioni giurisprudenziali e per sopire gli accesi contrasti interni alle Sezioni della Corte di Cassazione penale, all'indomani della sua unificazione, venisse consentito alle "Sezioni Riunite" di svolgere "una funzione quasi legislativa", al duplice scopo di garantire uniformità di indirizzi e tenuta del sistema.

Dopo aver letto la sentenza delle Sezioni Unite n. 13539 del 30 aprile 2020 (Pres. Carcano, Rel. Andreazza), sicuramente rivoluzionaria per i principi affermati e di portata dirimpante nel dialogo tra Corti<sup>2</sup>, posso affermare che l'auspicio di Zanardelli si è sostanzialmente avverato<sup>3</sup>. Al tempo stesso, però, ho riflettuto amaramente sulla nostra produzione legislativa che continua ad essere di pessima qualità, volatile, stratificata, il più delle volte incerta e bivalente, come testimoniato dalla ambiguità semantica della formulazione dell'articolo 578 bis c.p.p.,<sup>4</sup> inserito nel codice di rito dall'articolo 6, comma 4, del d.lgs. 1<sup>o</sup> marzo 2018, n. 21, recante disposizioni di attuazione del principio di delega della "riserva di codice" in materia penale<sup>5</sup>. Il richiamo non è casuale perché è proprio su questa norma, una sorta di "Giano Bifronte", che fa leva la parte più significativa e innovativa della sentenza in commento, laddove si evidenzia che << l'art. 578-bis non si è limitato a richiamare la "confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-bis del codice penale" ma ha ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge" e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera dell'art. 1, comma 4, lett. f), l. 9 gennaio 2019, n. 3, il richiamo alla confisca "prevista dall'articolo 322-ter del codice penale"; è pertanto evidente che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge", formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale >>. Sulla base di tale motivazione, le Sezioni Unite sono, dunque,

<sup>1</sup> Il codice penale, approvato con regio decreto 30 giugno 1889 n. 6133 (pubblicato in Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia, Stamperia Reale, Roma, 1889, n. 6133), è entrato in vigore il 1<sup>o</sup> gennaio 1890 ed è stato ufficialmente abrogato in toto solo il 16 dicembre 2010 con d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 212, in attuazione della legge 28 novembre 2005, n. 246.

<sup>2</sup> Sulle ragioni della cooperazione tra i diversi attori coinvolti nella tutela multilivello dei diritti, cfr. Francesca Biondi, "Quale dialogo tra le Corti", in Federalismi.it, n. 18 del 2 ottobre 2019.

<sup>3</sup> In ordine agli effetti del "case law" (diverso dallo "statute law") nei modelli di ordinamento di Common law, v. Raimonda Tomasino, "Il valore del precedente: un'analisi critica", in Magistratura, numero 3/4 luglio - dicembre 2010.

<sup>4</sup> In tema, con specifico riferimento alle criticità della norma, v. Antonino Pulvirenti, Il difficile connubio dell'art. 578-bis c.p.p. con la "sentenza Giem" della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi d'innalzamento del livello (interno) di tutela, in Archivio Penale, 30 giugno 2019 (Fascicolo n. 2/2019, Web).

<sup>5</sup> Sull'argomento, v. Silvia Bernardi, Il nuovo principio della 'Riserva di Codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa, in Diritto Penale Contemporaneo, 9 aprile 2018 (Fascicolo n. 4/2018).

pervenute alla conclusione che, anche in caso di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, in assenza di un divieto esplicito ricavabile dal testo della norma, il giudice è tenuto pur sempre ad applicare la confisca, sanzione icasticamente definita “amministrativa”<sup>6</sup> ma di natura sostanzialmente penale<sup>7</sup> per la sua spiccata gravità e pervasività, in quanto comportante una “ingerenza dell’ autorità pubblica nel godimento al rispetto dei beni”. Alla applicazione (o conferma) della confisca, secondo i supremi giudici, non può sottrarsi nemmeno la Cassazione allorquando annulla la sentenza di condanna senza rinvio: ciò che si è appunto verificato nel caso sottoposto all’ esame delle Sezioni Unite, disattendendosi, contro ogni previsione, le richieste della Sezione Terza (Pres. Lapalorcia, Rel. Rosi) contenute nella ordinanza di rimessione del 2 ottobre 2019, n. 40380, che, al di là del quesito formulato (confisca sì, confisca no), aveva dato, comunque, per scontato, in caso di risposta affermativa, l’ esito dell’ annullamento con rinvio sia pure al solo fine di consentire al giudice di merito di valutare la proporzionalità della misura<sup>8</sup>, non potendo - di certo - provvedervi il giudice di legittimità, estraneo a tale compito in quanto incompatibile con l’ esercizio della funzione nomofilattica.

Identica opinione aveva, del resto, espresso, nella sua requisitoria del 30 gennaio 2020, anche il P.G. (Fimiani), che aveva, infatti, concluso chiedendo “l’ annullamento senza rinvio per essere il reato estinto per prescrizione e con rinvio limitatamente alla statuizione relativa alla confisca”<sup>9</sup>. Ma di tali aspetti si dirà più diffusamente nel prosieguo della presente trattazione poiché l’ effettiva intenzione del legislatore circa l’ ambito di operatività dell’ articolo 578-bis c.p.p. era completamente diversa ed anzi di segno diametralmente opposto rispetto alla tesi poi propugnata dalle Sezioni Unite, come desumibile dai lavori preparatori ed in particolare dalla Relazione della Commissione presieduta dal Dott. Gennaro Marasca (già Presidente titolare della V Sezione penale della Corte di Cassazione) istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 3 maggio 2016, cui era stato attribuito l’ incarico di procedere alla elaborazione di una proposta attuativa della delega di recepimento del principio della c.d. “tendenziale riserva di codice in materia penale”. Mi si obietterà già da ora che ai lavori preparatori può riconoscersi soltanto “valore sussidiario” nella interpretazione della legge, trovando un limite nel fatto che la volontà da essi emergente non può mai sovrapporsi alla volontà obiettiva della legge quale risulta dal dato letterale. Senonché, come già anticipato, l’ articolo 578-bis

<sup>6</sup> Sulla differenza tra la sanzione amministrativa della confisca irrogata dal giudice una volta accertato il reato di lottizzazione abusiva e la misura di sicurezza di cui all’ art. 240 c.p., v. Luca Ramacci in “Diritto penale dell’ ambiente”, nonché, in giurisprudenza, fra le tante, Cass. pen., Sez. 3, 26 febbraio 2019, n. 8350; Cass. pen., Sez. 3, 30 aprile 2009, n. 21188; Cons. Stato, Sez. 5, 27 maggio 2014, n. 2711; T.A.R. Puglia Bari, Sez. II, 12 gennaio 2012, n. 151.

<sup>7</sup> Sulla natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica, v. Antonella Massaro, Confisca Urbanistica e condanna sostanziale: la Grande Camera della Corte Edu conferma la lettura proposta dalla Corte Costituzionale italiana, in Giustizia Insieme, 18 novembre 2018.

<sup>8</sup> In ordine alla relazione dicotomica fra giurisprudenza della Corte costituzionale e dei giudici comuni, da un lato, e pronunce della Corte EDU, dall’ altro, in tema di applicazione di sanzioni edilizie produttive di possibili violazioni di diritti fondamentali protetti dalla CEDU, v. l’ interessante contributo di Enrico Bonelli, Effettività del sistema sanzionatorio e tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Cedu, in Federalismi.it, 19 dicembre 2018; pur sempre in tema di rapporto tra sanzione ablatoria e principi convenzionali, v. anche Francesco Paolo Garzone, La “proporzionalità” della confisca urbanistica: la Cassazione “vanifica” il contenuto della pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’ Uomo, in Diritto.it, 21 marzo 2019.

<sup>9</sup> La requisitoria del Procuratore Generale è pubblicata, a corredo della Informazione Provvisoria n. 2/20 della sentenza delle Sezioni Unite penali del 30 gennaio 2019, in LexAmbiente.it, 4 febbraio 2020.

c.p.p. è una norma attuativa di funzione legislativa delegata secondo quanto previsto dagli articoli 76 e 77 della Costituzione. E allora è fuor di dubbio che, per comprenderne l'esatto significato, debba farsi riferimento all'orientamento della Corte Costituzionale espresso nella sentenza del 17 luglio 2000, n. 292<sup>10</sup>, che ha statuito, sul punto, quanto segue: << *La valutazione di conformità di una legge di delega all'art. 76 della Costituzione - secondo cui "l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato ed oggetti definiti" - non può prescindere dalle finalità ispiratrici della delega e dal suo complessivo contenuto normativo. L'esigenza della determinazione di principi e criteri direttivi e della definizione dell'oggetto della delega è tanto più pressante quanto meno delimitato e specifico è il compito affidato al legislatore delegato. D'altro canto anche per le leggi di delega vale il fondamentale canone per cui deve essere preferita l'interpretazione che le ponga al riparo da sospetti di incostituzionalità* >>. Nella specie, proprio dai lavori parlamentari - il ricorso ai quali, come sottolineato dallo stesso giudice delle leggi, "è rilevante per accertare le finalità perseguite dalla legge di delega e la portata dei principi e dei criteri da essa enunciati" - si evince, senz'ombra di equivoco, che la lottizzazione abusiva, essendo per di più un reato contravvenzionale e non un delitto e trovando specifica collocazione nel d.P.R. n. 380/01, che disciplina in modo organico la materia, non può farsi rientrare nella "riserva di codice". Ma anche questo aspetto sarà oggetto, in seguito, di ulteriori specificazioni.

## **2. L'ordinanza di rimessione della terza sezione della cassazione del 2 ottobre 2019, n. 40380.**

Per meglio inquadrare gli esatti termini della questione, appare opportuna una breve ricostruzione del caso approdato in Cassazione, che può essere così riassunto.

**2.1.** La Corte di Appello di Messina, con sentenza del 17 giugno 2013, confermava la pronuncia del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto del 24 luglio 2012 di condanna di Perroni Ignazio alla pena, condizionalmente sospesa, di anni uno e mesi due di arresto ed euro 60.000,00 di ammenda, per il reato di cui all'articolo 44, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/01, per avere quest'ultimo realizzato, in data 7 ottobre 2008, in qualità di legale rappresentante della ditta edile Kallipoli S.r.l., la lottizzazione abusiva di un'area sita nel comune di Furnari (avente, in particolare, ad oggetto la costruzione solo parziale delle opere di urbanizzazione primaria assentite con concessione edilizia, cui aveva fatto seguito l'edificazione di dodici corpi di fabbrica fuori terra in assenza del necessario titolo abilitativo, peraltro in violazione del piano di lottizzazione approvato con deliberazione comunale dell'11 agosto 2006, n. 42, e degli standard urbanistici vigenti, con specifico riferimento alla volumetria realizzabile, alle sagome dei corpi di

<sup>10</sup> La sentenza della Corte costituzionale del 17 luglio 2000, n. 292 (Pres. Mirabelli, Red. Bile), che ha affermato la necessità di verificare il contenuto dei lavori preparatori e le finalità perseguite nella interpretazione della legge delega, è relativa ai giudizi promossi con ordinanze emesse il 29 gennaio 1999 dal Pretore di Roma, il 15 aprile 1999 dal T.A.R. Lazio, sezione distaccata di Latina, l'11 maggio 1999 dal Giudice di pace di Palermo, il 16 settembre e il 26 luglio 1999 dal Tribunale di Roma e il 12 gennaio 2000 dal Tribunale di Vibo Valentia, sezione distaccata di Tropea, rispettivamente iscritte ai nn. 252, 394, 495, 659 e 704 del registro ordinanze 1999 e al n. 195 del registro ordinanze 2000, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 19, 29, 39, 50 e 52, prima serie speciale, dell'anno 1999 e n. 19, prima serie speciale, dell'anno 2000.

fabbrica, al numero delle unità abitative, alle superfici coperte, alle opere di urbanizzazione, agli abitati insediabili e alle distanze dalle strade).

Con la predetta sentenza veniva, altresì, confermata la confisca dell'area e dei fabbricati abusivamente realizzati. Avverso l'intervenuta decisione, ritenuta illegittima, l'imputato, per il tramite del suo difensore, proponeva ricorso per cassazione, deducendo sei motivi.

**2.2.** Con il primo motivo, il ricorrente lamentava la violazione degli articoli 30 e 44 del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, sostenendo che l'attività edificatoria aveva riguardato un'area classificata nello strumento urbanistico vigente nel comune di Furnari come "zona C3 - Nucleo di espansione", sicché la stessa sarebbe stata eseguita nel pieno rispetto delle previsioni di zonizzazione e/o localizzazione dello strumento urbanistico, all'epoca vigente. Questo dato, secondo la prospettazione difensiva, dimostrava, poi, che non si sarebbe materializzata una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, quale effetto necessario idoneo a configurare il reato di lottizzazione abusiva, potendo semmai ravvisarsi un mero abuso edilizio ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lett. b), del d.P.R. n. 380/01.

Con il secondo motivo, il ricorrente deduceva la violazione degli articoli 30 e 44 del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione nella parte in cui la stessa aveva condiviso le conclusioni dei periti di ufficio, sia in riferimento al ritenuto sovradimensionamento delle superfici, dei volumi e del carico urbanistico, rispetto agli standard urbanistici utilizzabili, sia in ordine alla mancata "monetizzazione" delle opere di urbanizzazione secondaria non realizzate. In buona sostanza, la sentenza avrebbe omesso di considerare che il reato *de quo* è integrato anche in presenza di autorizzazione a lottizzare purché quanto realizzato sia il frutto di consistenti e diffuse difformità tipologiche, volumetriche, strutturali e di destinazione.

Con il terzo motivo, il ricorrente deduceva la violazione degli articoli 30 del d.P.R. n. 380/01 e 43 c.p., ritenendo che nella sentenza di appello fosse stata omessa la motivazione in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato. La considerazione del complessivo iter amministrativo che aveva condotto all'adozione del piano di lottizzazione e alla stipula della successiva convenzione sarebbe stata, infatti, sufficiente a dimostrare la sua buona fede, avendo egli agito con la consapevolezza di aver ricevuto le autorizzazioni necessarie dalle competenti autorità. La sentenza, inoltre, sarebbe stata contraddittoria laddove, per respingere tale assunto, aveva affermato l'evidente e macroscopica illegittimità della lottizzazione, mentre era stata necessaria, dapprima, una consulenza tecnica ed in seguito una perizia collegiale per accertare tale illegittimità, segno chiaro della difficoltà tecnica dell'accertamento, oltre che del riscontro, appunto, della invocata buona fede.

Con il quarto motivo, il ricorrente deduceva la violazione dell'articolo 44, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, per avere la Corte di Appello disposto la confisca dell'area e dei beni su di essa esistenti, non tenendo in minimo conto che i beni confiscati appartenevano al ricorrente solo in minima parte, perché, per la restante parte, erano pacificamente di proprietà di soggetti rimasti estranei al processo.

Questi ultimi avrebbero di certo subito la violazione del loro diritto di proprietà in assenza di qualsivoglia colpa loro attribuibile e a fronte della mancanza di qualsivoglia

indennizzo compensativo tale da dar luogo a violazione del principio di proporzionalità.

Con il quinto motivo, il ricorrente lamentava la violazione dell'articolo 44, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, nella parte in cui non aveva tenuto conto degli effetti della concessione edilizia in sanatoria rilasciata dai Commissari prefettizi che erano alla guida della civica amministrazione, omettendo, altresì, di considerare che, con tale concessione, era stato condonato l'unico illecito di cui l'imputato si era reso responsabile e, cioè, l'attività edificatoria abusiva realizzata nel corso dell'operazione di lottizzazione legittimamente autorizzata.

Secondo il ricorrente, poi, la concessione in sanatoria, pur non determinando l'estinzione del reato di lottizzazione abusiva, avrebbe, tuttavia, impedito l'applicazione della confisca, misura che, dunque, andava sicuramente annullata. Con il sesto motivo, infine, il ricorrente deduceva la violazione degli articoli 175 c.p. e 125 c.p.p. e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, perché i giudici di appello non avevano motivato sulle ragioni del diniego del beneficio della non menzione della condanna, pur a fronte di specifica richiesta difensiva.

**2.3.** La Terza Sezione, con ordinanza del 2 ottobre 2019, n. 40380<sup>11</sup>, supportata da motivazione articolata ed arricchita da numerosi richiami giurisprudenziali, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 c.p.p., avendo rilevato la possibile insorgenza di un contrasto sulla facoltà, in capo alla Corte di Cassazione, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, di disporre l'annullamento della sentenza con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura ablatoria, secondo i principi indicati dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, del 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. c. Italia.

**2.4.** L'ordinanza in questione, nell'esplicitare le ragioni dei diversi indirizzi, ha innanzitutto segnalato l'orientamento della giurisprudenza formatosi da tempo nel senso di ritenere che la confisca dei terreni e delle opere realizzate possa essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, sempre che sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri, però, il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati e che verifichi, inoltre, *“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 (cfr., per tutte, Sez. 3, n. 17066 del 4 febbraio 2013, Volpe)”*. Tale orientamento, come sottolineato dalla Cassazione, ha acquisito maggior forza dopo il deposito delle motivazioni della richiamata sentenza della Grande Camera, che, dopo l'assunto di segno contrario della sentenza Varvara c. Italia, ha riconosciuto la compatibilità della confisca urbanistica con la declaratoria della sopravvenuta prescrizione del reato, purché il reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi costitutivi sia stato accertato all'esito di un'istruzione probatoria rispettosa dei principi del giusto processo e della presunzione di non colpevolezza.

<sup>11</sup> L'ordinanza di rimessione di Cass. pen., Sez. 3, del 15 maggio 2019 (dep. 2 ottobre 2019), n. 40380, è pubblicata in Sistema penale.it., 18 novembre 2019, unitamente al contributo di Alessandra Galluccio, Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato.

L'ordinanza di rimessione ha, quindi, osservato che il giudice nazionale dovrebbe procedere, in tale ipotesi, ad una interpretazione dell'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01 in linea con quella data a tale disposizione dalla Corte EDU. Nella specie, infatti, pur avendo la Corte di Appello confermato la confisca già disposta dal giudice di primo grado, nulla aveva detto, così come i giudici di primo grado, in ordine all'oggetto della misura ablatoria, per cui era sicuramente indispensabile, *“alla luce di una interpretazione della disposizione convenzionalmente, oltre che costituzionalmente, orientata, verificare che la confisca fosse stata disposta in modo da risultare proporzionata al reato commesso”*. La mancanza di tale giudizio nella sentenza impugnata doveva necessariamente essere colmata, secondo la Corte, da una valutazione di merito sul requisito della proporzionalità della confisca, tuttavia non demandabile al giudice di legittimità.

Di qui, dunque, il quesito *“se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 28 giugno 2018, G.I.E.M. srl e altri c. Italia”*. Nell'ordinanza di rimessione viene ricordato, sul punto, che la giurisprudenza della Corte di Cassazione avrebbe offerto soluzioni contrastanti al quesito consistente nell'individuazione della norma processuale che permetta il rinvio alla Corte di appello ai predetti fini, o valorizzando l'articolo 578-bis c.p.p. (essenzialmente, Sez. 3, n. 5936 dell'8 novembre 2018, *Basile*; Sez. 3, n. 14743 del 20 febbraio 2019, *Amodio*; Sez. 3, n. 31282 del 27 marzo 2019, *Grieco*) o facendosi leva sull'applicazione della disciplina prevista per casi analoghi, come la pronuncia sulla falsità dei documenti. Ha poi aggiunto che, nonostante quanto affermato in altre decisioni (citandosi, in particolare, Sez. 3, n. 22034 dell'11 aprile 2019, *Pintore*), né dall'articolo 578-bis c.p.p., unicamente riferito ai giudici di appello ed alla Corte di Cassazione, né dalla giurisprudenza della Corte EDU risulterebbe l'obbligo per il giudice di primo grado di svolgere un processo penale nonostante il reato sia già estinto per prescrizione.

Sulla base di tali argomentazioni, l'ordinanza ha, dunque, avvertito l'esigenza di una composizione dell'accertato contrasto giurisprudenziale, rilevando che, onde consentire alla Corte di Cassazione di annullare con rinvio la sentenza impugnata, limitatamente alla statuizione sulla confisca, in caso di reato di lottizzazione abusiva dichiarato prescritto, né sarebbe applicabile l'articolo 578-bis c.p.p. per la sostanziale impossibilità di riferire tale disposizione alla confisca *“lottizzatoria”*, ma solo alla confisca *“allargata”* o per equivalente, né sarebbe individuabile altra disposizione utile allo scopo. Ha, poi, osservato che, anche a voler ritenere applicabile l'articolo 578-bis c.p.p. alla confisca urbanistica, occorrerebbe, pur sempre, effettuare il controllo di conformità costituzionale della norma all'articolo 76 Cost., posto che, mentre la legge delega, in forza della quale è stata adottata la norma, avrebbe stabilito la riserva di codice per le disposizioni di diritto penale sostanziale, il decreto legislativo delegato avrebbe inserito una norma nel codice di procedura penale, per di più di portata innovativa, non compresa tra i principi e criteri direttivi della legge delega. Non sarebbe possibile, peraltro, neppure dare per scontato che tale rinvio sia imposto al giudice di legittimità dal riconoscimento del principio di proporzionalità della confisca contenuto nella sentenza della Corte EDU G.I.E.M. s.r.l. c. Italia, che giammai potrebbe far ipotizzare un *“obbligo di esercizio della giurisdizione penale”* anche successivamente alla declaratoria di prescrizione del reato, ai soli fini di disporre la confisca.

In definitiva, secondo l'ordinanza di rimessione, una volta disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per essere il reato di lottizzazione estinto per prescrizione, in mancanza di una espressa valutazione sulla proporzionalità dei beni confiscati rispetto alla abusiva lottizzazione realizzata o, comunque, di una motivazione delle sentenze di merito che renda evidente e chiara tale proporzionalità, sarebbe viziata da eccesso di giurisdizione la statuizione di annullamento con rinvio limitato alla confisca, non risultando applicabile al caso nessuna norma del codice di procedura penale o di leggi speciali.

### **3. I passaggi salienti della motivazione della sentenza delle sezioni unite del 30 aprile 2020, n. 13539, con la quale è stata confermata la confisca applicata dal giudice di merito, escludendosi la c.d. "azione penale complementare".**

Con la sentenza in commento, depositata il 30 aprile 2020<sup>12</sup>, le Sezioni Unite, dopo aver sottoposto a un rigoroso vaglio critico tutti i nodi interpretativi e le pur raffinate argomentazioni svolte sia nella ordinanza di rimessione che nella requisitoria del P.G., hanno risolto il contrasto, annullando *“senza rinvio la sentenza impugnata perché il reato è estinto per prescrizione, confermando la disposta confisca”*. I principi di diritto affermati, sulla base dei quali è stata anche negata la sussistenza dei presupposti per l'esercizio della c.d. *“azione penale complementare”* in ordine alla valutazione della proporzionalità della confisca, sono i seguenti. *“La confisca di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento”*.

*“In caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis cod. proc. pen., a decidere sulla impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 480 del 2001”*. A tali conclusioni le Sezioni Unite sono pervenute dopo aver ritenuto inammissibili tutti i motivi di ricorso, compreso il quarto, per carenza di interesse, in quanto relativo, come già detto, ad una presunta lesione di soggetti terzi (indicati come proprietari in buona fede di gran parte dei beni), fatta eccezione per il quinto che è stato, invece, valutato dalla Corte semplicemente come infondato, in quanto relativo a questione di diritto concernente la idoneità di una sanatoria per i singoli reati edilizi a far venire meno la confisca nonostante la sua non estensibilità al reato di lottizzazione. La Corte ha chiarito, al riguardo, che, una volta riconosciuto che la sanatoria degli immobili edificati nell'area interessata da una lottizzazione abusiva può eventualmente legittimare, ricorrendone i presupposti, soltanto le opere che costituiscono oggetto della lottizzazione, ma non comportare alcuna valutazione di conformità di quest'ultima alle scelte generali di pianificazione urbanistica, rendendo così lecita tale attività, non può che derivarne anche la irrilevanza

<sup>12</sup> La sentenza di Cass. pen., Sezioni Unite, del 30 aprile 2020 (ud. 30 gennaio 2020), n. 13539, è scaricabile per esteso dalla rivista: <https://www.ambientediritto.it/giurisprudenza/corte-di-cassazione-penale-sez-unite-30-aprile-2020-sentenza-n-13539/>.

degli effetti di tale sanatoria sulla confisca che è sanzione accessoria della sola lottizzazione. Ovviamente, subito dopo aver maturato la decisione di dichiarare infondato il ricorso, la Corte ha dovuto prendere atto dell'intervenuta prescrizione che, comportando l'estinzione del reato, ha fatto sì che la sentenza impugnata venisse annullata senza rinvio, in applicazione dell'articolo 129, comma 1, c.p.p., preclusivo di ogni altra attività processuale. A questo punto si è posto il problema di verificare la possibilità che la Corte di Cassazione, annullando la sentenza di condanna per il reato di lottizzazione in quanto estinto per prescrizione, possa, al tempo stesso, decidere dell'impugnazione in ordine alla confisca, in ciò dunque compresa anche la possibilità di annullare con rinvio, quanto a tale limitato aspetto, al giudice di merito. Nell'interrogarsi su tale possibilità, le Sezioni Unite, dopo aver ricordato che la individuazione all'interno della sentenza di statuizioni che restino "immuni" rispetto all'effetto caducante esercitato dalla prescrizione non può che essere il frutto di precise disposizioni normative, hanno escluso di aver rinvenuto nel sistema una norma che tale possibilità consenta in concreto, legittimando una "azione penale di tipo complementare". La tesi troverebbe, infatti, esplicita conferma nella lettera dell'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01 («La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite»), la quale lascerebbe intendere che la confisca dei terreni ben può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato sempre che sia accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva. E tanto in base ad un indirizzo che «affermatosi sin da tempi risalenti (si veda, nel vigore dell'art. 19 della l. n. 47 del 1985, Sez. 3, n. 4954 del 08/02/1994, Pene, Rv. 197506 e Sez. 3, n. 10061 del 13/07/1995, Barletta, Rv. 203473), si è, poi, nel tempo consolidato ed "affinato" fino a trovare, in epoca più recente, sostanziale sintonia anche con la giurisprudenza della Corte EDU». Condensato inizialmente nella semplice affermazione della compatibilità tra dichiarazione di estinzione per prescrizione del reato e confisca delle aree lottizzate in ragione della sufficienza di un accertamento del reato, tale principio, secondo la Corte, si è via via irrobustito, forgiato anche dall'apporto della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, attraverso, dapprima, la indicazione della "latitudine" dell'accertamento, necessariamente comprensivo, per tenere conto delle indicazioni a suo tempo giunte dalla sentenza della Corte EDU 30 agosto 2007, Sud Fondi c. Italia, sia dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo del reato (tra le prime, Sez. 3, n. 21188 del 30 aprile 2009, Casasanta; Sez. 3, n. 30933 del 19 maggio 2009, Costanza), e, successivamente, attraverso la predisposizione di modalità procedurali coerenti con i principi del "giusto processo", come tali «richiedenti la sussistenza del contraddittorio delle parti quale elemento imprescindibile dell'accertamento stesso (tra le altre, Sez. 3, n. 17066 del 4 febbraio 2013, Volpe; Sez. 4, n. 31239 del 23 giugno 2015, Giallombardo)». E seppure in un primo momento l'assunto è apparso in dissonanza con la giurisprudenza della Corte EDU, lo stesso ha, invece, incontrato da ultimo, nella lettura della Corte sovranazionale, la affermazione di una sua compatibilità con i principi della Convenzione. In altri termini, per le Sezioni Unite, se è vero che la pronuncia della Corte EDU 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ha affermato l'incompatibilità con le garanzie previste dalla CEDU di un sistema in cui una persona dichiarata innocente - o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza - possa subire una "pena" (tale dovendo essere considerata la confisca lottizzatoria), in contrasto con la previsione dell'articolo 7 CEDU, è altrettanto vero che in seguito sia l'elaborazione della Corte Costituzionale che la "rilettura" operata dalla Corte EDU hanno offerto ulteriore fondamento al predetto

indirizzo esegetico. E ciò anche perché la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015, ha, da un lato, ribadito la necessità, ai fini della confisca urbanistica, di un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato e della malafede del terzo eventualmente colpito dalla confisca e, dall'altro, precisato che un tale "pieno accertamento" non è precluso in caso di proscioglimento dovuto a prescrizione, atteso che tale pronuncia ben può «*accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato*». Ai fini della confisca urbanistica, deve, pertanto, tenersi conto «*non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento*», valorizzandosi le potenzialità di accertamento del fatto reato consentite anche a fronte di pronuncia di sentenza di proscioglimento. Sempre sul piano della compatibilità di tale approdo con il diritto convenzionale, le Sezioni Unite hanno, altresì, rammentato che la Corte EDU, nella pronuncia della Grande Camera del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, dopo aver ribadito che i principi di legalità e colpevolezza, compendiate nell'art. 7 CEDU, rendono «*necessario impegnarsi, al di là delle apparenze e del vocabolario utilizzato, ad individuare la realtà di una situazione*», andando «*oltre al dispositivo di una decisione interna*», per «*tener conto della sua sostanza, in quanto la motivazione costituisce parte integrante della decisione*», ha affermato che «*qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato*» (§ 261). Sulla base di tali rilievi, le Sezioni Unite hanno, in definitiva, stabilito che «*nella "lettura" data da questa Corte, l'art. 44 cit., là dove ricollega la confisca lottizzatoria all'accertamento del reato, consente di prescindere dalla necessità di una sentenza di condanna "formale", permettendo di fondare la "legittimità" del provvedimento ablatorio su un accertamento del fatto che, pur assumendo le forme esteriori di una pronuncia di proscioglimento, equivale, in forza della sua necessaria latitudine (estesa alla verifica, oltre che dell'elemento oggettivo, anche dell'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) e delle sue modalità di formazione (caratterizzate da un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati), ad una pronuncia di condanna come tale rispettosa ad un tempo dei principi del giusto processo e dei principi convenzionali, proprio come riconosciuto, da ultimo, anche dalla Corte EDU* >>. Tale ricostruzione, una volta assodato che non occorre una condanna formale per applicare la sanzione della confisca e che non esiste alcuna norma che preveda, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione nel giudizio di legittimità, l'obbligo del rinvio al giudice di merito per la sola valutazione di proporzionalità della confisca, troverebbe - a ben vedere - ulteriore conferma nell'articolo 578-bis c.p.p., secondo cui «*quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*». Al fine di superare l'opposta tesi esplicitata dalla Sezione Terza nella ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite hanno argomentato che:

a) è senz'altro esatto che la formulazione originaria della norma, introdotta dall'articolo 6, comma 4, del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 (di attuazione della delega per la riserva di codice), e da ultimo modificata con la l. n. 3 del 2019 (che vi ha inserito l'inciso relativo alla «*confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale*»), ha rappresentato il sostanziale trapianto, nel codice di rito, del contenuto dell'articolo 12-sexies, comma 4-septies, del d.l. n. 306 del 1992, secondo cui «*le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad*

eccezione del comma 2-ter, si applicano quando, pronunciata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato»; infatti, il riferimento ai "commi precedenti" effettuato da tale norma ricomprendeva anche il comma 1 con il quale, per determinate ipotesi di reato, si prevedeva che, in casi di sentenza di condanna o di applicazione della pena, fosse sempre disposta la confisca cosiddetta "allargata", ovvero quella concernente i beni di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito (e tale comma è stato sostanzialmente trasfuso nel primo comma dell'art. 240-bis c.p., inserito nel codice dall'articolo 6, comma 1, del d.lgs. n. 21 del 2018 cit., e richiamato espressamente dall'articolo 578-bis, così come, appunto, l'articolo 12-sexies, comma 4-septies cit. richiamava il comma 1);

b) è del pari esatto che il comma 1 dell'articolo 12-sexies cit. (e, conseguentemente, in virtù della già indicata corrispondenza, il comma 1 dell'articolo 240 bis cit.) prevedeva la sola confisca "per sproporzione", senza in alcun modo contemplare la confisca urbanistica, ma è anche vero che, con l'articolo 578-bis, il legislatore non si è limitato a richiamare la «confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-bis del codice penale», ma ha anche ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca «prevista da altre disposizioni di legge» e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera dell'articolo 1, comma 4, lett. f), l. 9 gennaio 2019, n. 3, il richiamo alla confisca «prevista dall'articolo 322-ter del codice penale».

Da tale ultimo assunto, le Sezioni Unite hanno tratto, quindi, la conseguenza che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa - di certo - "non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca «prevista da altre disposizioni di legge», formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale". D'altronde, la riferibilità dell'articolo 578-bis alla confisca urbanistica poggerebbe anche su un criterio di evidente razionalità: l'esigenza che ha spinto il legislatore a dettare una norma volta, in chiara analogia con la disposizione dell'articolo 578 c.p.p. (non a caso immediatamente precedente nella topografia codicistica), ad evitare che la prescrizione del reato, a fronte di un'affermazione di responsabilità che resta, nella sostanza, immutata, vanifichi la confisca di cui all'articolo 240-bis cit. nel frattempo disposta in primo grado o in grado di appello (a seconda che la prescrizione maturi rispettivamente nel giudizio di appello o in quello di legittimità).

In ordine alla non necessità di un rinvio al giudice di merito, le Sezioni Unite hanno, infine, evidenziato che "la norma dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., specificamente dedicata proprio al tempo e al quomodo della declaratoria di determinate cause di non punibilità (in esse rientrando anche la estinzione del reato), è stata da sempre interpretata da questa Corte come espressiva di un obbligo per il giudice di pronunciare con immediatezza, nel momento di sua formazione ed indipendentemente da quello che sia «lo stato e il grado del processo» (clausola, questa, significativamente menzionata dalla norma), sentenza di proscioglimento (in tal senso, Sez. 1, n. 33129 del 06/07/2004, Confl. comp. in proc. Bevilacqua, Rv. 229387; Sez. 5, n. 12174 del 18/02/2002, Vitale, Rv. 221392; implicitamente, Sez. 6, n. 783 del 26/02/1999, Tota, Rv. 214141)". Dunque, tirando le fila del ragionamento, solo là dove specificamente previsto, il principio dell'immediata adozione di pronuncia di proscioglimento potrebbe

trovare deroga nel contemperamento con interessi ritenuti comunque meritevoli di tutela, difettando invece, per quanto riguardante la confisca lottizzatoria, ogni disposizione in tal senso. Pertanto, non potrebbero giammai condurre ad una prosecuzione del giudizio le norme che consentono al giudice, nonostante la declaratoria di proscioglimento, di operare diversamente per determinate specifiche finalità (tra esse annoverandosi l'articolo 537 c.p.p., in tema di pronuncia sulla falsità di documenti, e l'articolo 301 del d.P.R. n. 43 del 1973 in tema di contrabbando). È infatti chiaro che tali norme, proprio perché derogatorie rispetto all'articolo 129 c.p.p., non potrebbero essere di certo considerate esemplificative di un "sistema" in tal senso, tanto più in ragione della peculiarità di situazioni, come quella disciplinata, ad esempio, dall'articolo 537 c.p.p. (la cui finalità è quella di evitare la celebrazione di un giudizio civile per accertare la falsità dell'atto), non equiparabili a quella della confisca urbanistica. Sulla base di queste ed altre considerazioni, le Sezioni Unite hanno, quindi, concluso per la impossibilità di autorizzare, nella specie, la c.d. "azione penale complementare", rilevando, al tempo stesso, che:

- *"la confisca ha, nel corretto rispetto del contenuto dell'art. 44 cit. recepito in sentenza, testualmente riguardato il terreno abusivamente lottizzato e i manufatti sullo stesso abusivamente realizzati, sicché nulla potrebbe condurre a far ritenere che la confisca sia stata adottata in contrasto con i principi affermati dalla Corte EDU e, segnatamente, con il principio di proporzionalità della misura finendo per riguardare aree ed immobili estranei alla condotta lottizzatoria";*

- *"l'eventuale annullamento con rinvio effettuato in assenza di elementi fattuali deponenti per il mancato rispetto dei principi anche sovranazionali, si risolverebbe, comunque, in un annullamento ad explorandum, evidentemente del tutto estraneo al ruolo e ai compiti del giudice di legittimità tenuto conto che il presupposto del corretto esercizio dei poteri della Corte è rappresentato dalla necessaria emersione, nelle sentenze del merito, dei relativi elementi di fatto che lo giustificano (nel senso che "un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito", v. Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano, Rv. 224606); e tale presupposto non può che restare fermo anche con riguardo a quanto previsto dall'art. 609, comma 2, cod. proc. pen. in relazione alla possibilità per la Corte di decidere le questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello (si veda, infatti, sia pure con riferimento all'applicabilità dell'art. 129 cod. proc. pen., Sez. 3, n. 394 del 25/09/2018, Gilardi, Rv. 274567).*

#### **4. L'articolo 578-bis c.p.p. tra "riserva di codice" e lavori preparatori (relazione "marasca" e relazione illustrativa).**

**4.1.** L'architettura motivazionale su cui poggia la decisione delle Sezioni Unite è rappresentata, come si è visto, dall'articolo 578-bis c.p.p. e, segnatamente, dal suo tenore letterale, eletto dai giudici a criterio interpretativo principe, allorché affermano che *<<l'art. 578-bis non si è limitato a richiamare la "confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-bis del codice penale" ma ha ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge" e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera dell'art. 1, comma 4, lett. f), l. 9 gennaio 2019, n. 3, il richiamo alla confisca "prevista dall'articolo 322-ter del codice penale"; è pertanto evidente che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente*

contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca “prevista da altre disposizioni di legge”, formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale >>. L’articolo 578-bis c.p.p., come già ricordato, è stato inserito nel codice di rito dall’articolo 6, comma 4, del d.lgs. 1<sup>o</sup> marzo 2018, n. 21, recante disposizioni di attuazione del principio di delega della “riserva di codice”<sup>13</sup> in materia penale a norma dell’articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103, con decorrenza dal 6 aprile 2018.

La disposizione in esame è stata successivamente modificata dall’articolo 1, comma 4, lettera f), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. “Spazzacorrotti”)<sup>14</sup>. Rispetto al dettato precedente, la modifica operata è consistita, in effetti, nel solo inserimento dell’inciso “o la confisca prevista dall’articolo 322-ter del codice penale”. La legge n. 103 del 2017, entrata in vigore il 3 agosto 2017, ha previsto modifiche all’ordinamento penale, sia sostanziale che processuale, nonché all’ordinamento penitenziario, inserendo tra i principi e criteri direttivi l’attuazione, sia pure tendenziale, del predetto principio della “riserva di codice”, al fine di garantire una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e, quindi, l’effettività della funzione rieducativa della pena.

Tale principio palesa l’intenzione del legislatore di inserire nel codice penale tutte le fattispecie criminose che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell’ordine pubblico, della salubrità ed integrità ambientale, dell’integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato.

**4.2.** Come emerge dalla Relazione Illustrativa (“Parere trasmesso alla Presidenza del Senato il 9 ottobre 2017, n. 103, ai sensi dell’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”) e dalla Relazione della Commissione di studio ministeriale presieduta dal Dott. Gennaro Marasca, istituita con D.M. 3 maggio 2016 (allo scopo di procedere ad una ricognizione della legislazione penale speciale e valutare quali siano i settori di essa meritevoli di trovare sistemazione nel codice penale per la rilevanza costituzionale dei beni e degli interessi tutelati), lo schema di decreto legislativo consta di 9 articoli attraverso i quali: è affermato, appunto, il principio di riserva di codice penale (articolo 1); sono trasferiti dalla legislazione speciale al codice penale alcuni delitti riconducibili alla tutela della persona (articolo 2), dell’ambiente (articolo 3), del sistema finanziario (articolo 4) e alla lotta alla criminalità organizzata (articolo 5). Dalle due Relazioni, oltre che dall’Atto del Governo n. 466 e dall’indagine conoscitiva della II Commissione Permanente (Giustizia) del 18 ottobre 2017, si ricava, altresì, che il legislatore delegato ha tradotto l’espressione « fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale » come

<sup>13</sup> Cfr. Di Tullio D’Elisiis Antonio, La riserva di codice in materia penale: novità dalla Gazzetta, in *Diritto.it*, 28 marzo 2018.

<sup>14</sup> Con tale legge, entrata in vigore il 1<sup>o</sup> gennaio 2020, è stato riscritto anche l’articolo 159 c.p., il quale, nella formulazione attuale, prevede che “il corso della prescrizione rimane [...] sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell’irrevocabilità del decreto di condanna”. Questa importante novità, di impatto dirimpante sull’attuale sistema penale, ha indotto la dottrina a qualificare l’art. 578-bis c.p.p. come una disciplina “a tempo”: così, sul punto, Gianluca Varraso, La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. “spazzacorrotti”) trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina a termine, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 febbraio 2019.

riferita ai soli delitti, circoscrivendo dunque la propria ricognizione ai delitti e tralasciando le contravvenzioni. E già tale precisazione non è priva di conseguenze, essendo il reato di lottizzazione abusiva una contravvenzione e non un delitto, punita con la pena dell'arresto sino a due anni e l'ammenda da euro 15.493 a 51.645.

**4.3.** A ciò va aggiunto che la delega è stata intesa come limitata al solo trasferimento di fattispecie vigenti, con esclusione, dunque, di qualsiasi ulteriore intervento di correzione delle fattispecie penali, prevedendosi, all'articolo 6, il travaso all'interno del codice penale << dell'articolo 240-bis, rubricato "confisca in casi particolari", nel quale viene spostato l'attuale contenuto dell'articolo 12-sexies del decreto-legge Scotti-Martelli (D.L. n. 306 del 1992), ovvero la disposizione che, in relazione alla commissione di uno specifico e costantemente alimentato catalogo di reati, detta le misure di sicurezza patrimoniali della confisca allargata e della confisca per equivalente; le specifiche disposizioni del decreto relative alla confisca allargata per i reati previsti dal Testo unico stupefacenti e dal TU dogane vengono invece inserite in quei testi normativi, attraverso il nuovo articolo 85-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 e articolo 5-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 43 del 1973 >>. La riforma, come riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite, abroga, in pratica, l'articolo 12-sexies e ne trasferisce il contenuto all'interno del capo relativo alle misure di sicurezza patrimoniali, subito dopo l'articolo 240 sulla confisca. In merito, la relazione illustrativa afferma che « l'articolo 6 si giustifica, per ragioni di coerenza sistematica, con l'esigenza di dettare una disciplina organica in ambito codicistico delle misure di sicurezza patrimoniali ».

**4.4.** Nella parte quarta della Relazione "Marasca" si legge, inoltre, che la professoressa Anna Maria Maugeri, componente della Commissione di studio, propone "una radicale rivisitazione della materia della confisca da inserire nella parte generale del codice penale"<sup>15</sup>. Prosegue, sul punto, la Relazione, evidenziando quanto segue: << Negli ultimi quindici anni le materie più delicate per i valori ambientali coinvolti sono già state oggetto di vere e proprie mini-codificazioni di settore, le quali assolvono, limitatamente alle materie regolate, ad una completa ed esauriente disciplina, comprensiva dei profili sanzionatori penali. Si pensi al Testo Unico in materia edilizia (D.P.R. n. 380/2001) e a quello in materia di paesaggio (D.lgs. n. 42/2004), o al c.d. Testo Unico ambientale (D.lgs. n. 152/2006) in tema di ambiente. Molte altre materie sono disciplinate in modo organico da singole leggi: si pensi alla disciplina in materia di industrie a rischio di incidenti rilevanti, di caccia e pesca, di OGM, di alimenti, di inquinamento marino, ecc.. Analoghe considerazioni valgono per le normative speciali in tema di incolumità e salute pubblica: ancora una volta il distacco delle sole fattispecie penali e il loro "travaso" nel codice penale appare sconsigliabile, risolvendosi in una scissione tra precetto e norma sanzionatoria penale disfunzionale alla leggibilità del sistema. Tanto premesso, l'indicazione generale, salve le eccezioni di seguito nominate, è di mantenere le fattispecie penali oggi contenute nella legislazione speciale nella sede attuale, ogni qual volta - ed è la regola - esse costituiscano l'appendice sanzionatoria di complessi di precetti e procedure analiticamente disciplinate da testi unici o da leggi "organiche". Ciò che è stato unito e disciplinato organicamente è bene non venga artificiosamente separato, proprio per assicurare le esigenze di migliore conoscenza dei precetti perseguita dal disegno di legge delega. Il "travaso" delle sole

<sup>15</sup> V., per altri aspetti riguardanti la tematica, con nota a margine di Cass. pen., Sez. 1, 11 ottobre 2019, n. 1178, Anna Maria Maugeri, Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione, in *Sistema Penale*, 22 aprile 2020.

fattispecie penali sanzionatorie nel codice penale, lungi dal rendere i reati meglio conoscibili, costringerebbe i destinatari e gli operatori del diritto ad un "ping-pong" tra precetti, rimasti nei testi di provenienza, e sanzioni, "esportate" nel codice penale, con una perdita di razionalità e leggibilità del sistema complessivo (...). La disciplina sanzionatoria penale relativa alle materie dell'urbanistica, del paesaggio e dei beni culturali è contenuta, per la maggior parte, in leggi organiche di impianto relativamente recente e di integrale disciplina dei singoli settori, che recano, principalmente, norme di carattere amministrativo. È opportuno che la tutela penale in tali ambiti materiali rimanga nelle attuali collocazioni, in modo da restare collegata alle complessive discipline amministrative: i singoli articoli che prevedono le sanzioni penali puniscono, infatti, le violazioni delle più rilevanti tra tali disposizioni. Il mantenimento delle sanzioni penali nelle attuali collocazioni (leggi organiche di settore) risponde, dunque, alla generale esigenza di garantire certezza e conoscibilità delle norme sanzionatorie in relazione ai precetti; certezza e conoscibilità che diminuirebbero considerevolmente laddove si optasse per il trasferimento nel codice penale delle sanzioni di settore, realizzando una separazione tra queste e i precetti, che invece resterebbero disciplinati dalle normative di settore. E, del resto, il mandato assegnato alla Commissione non prevede la possibilità di disporre, attraverso la depenalizzazione delle violazioni meno gravi, una complessiva razionalizzazione del sistema sanzionatorio al fine di realizzare il c.d. "diritto penale minimo". Consente al più l'eliminazione di duplicazioni sanzionatorie, attraverso l'abrogazione di singole disposizioni superflue. Le considerazioni appena svolte valgono, in primo luogo per la legge 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette), il cui art. 30 prevede sanzioni penali tutte riferite alla violazione delle disposizioni (amministrative) di cui ai precedenti art. 6 e 13, nonché 11, comma 3, e 19, comma 3 della stessa legge. Valgono anche per il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), che rappresenta la più recente tra discipline organiche nelle materie qui considerate e contiene una complessa architettura normativa. Esso costituisce, infatti, l'ultima tappa di una faticosa opera di razionalizzazione con un primo tentativo compiuto, rappresentato dal testo unico n. 490 del 1999 rispetto alla quale il trasferimento della disciplina sanzionatoria penale nel codice penale sarebbe un passo indietro, perché avrebbe il solo effetto di spezzare il nesso logico fra sanzioni penali e precetti di tipo amministrativo. Quanto al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentazioni in materia edilizia), anch'esso punto di arrivo della faticosa evoluzione normativa del settore, pare invece opportuno operare una razionalizzazione ulteriore, nel senso di procedere all'abrogazione esplicita di quelle disposizioni sanzionatorie penali, contenute in precedenti leggi, che erano state espressamente mantenute in vigore dall'art. 137, comma 2, «per tutti i campi di applicazione originariamente previsti dai relativi testi normativi e non applicabili alla parte I di questo testo unico». Esse costituiscono, di fatto, mere duplicazioni delle sanzioni oggi inserite nello stesso d.P.R. n. 380 del 2001. Si propone, dunque, di lasciare immutato tale ultimo testo normativo e di abrogare invece gli artt. 13, 14, 15, 16, 17 della legge 5 novembre 1971, n. 1086 (Norme per la disciplina delle opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica) e l'art. 20 della legge 2 febbraio 1974, n. 64 (Provvedimenti per e costruzioni con particolari prescrizioni per le zone sismiche), precisando espressamente che ogni riferimento contenuto in altre leggi alle disposizioni abrogate deve intendersi come effettuato alle disposizioni del d.P.R. n. 380 del 2001, che si pongono con queste in totale continuità (artt. 71, 72, 73, 74, 75 e 95). I limiti del mandato conferito a questa commissione impongono di limitare l'abrogazione alle sole disposizioni sanzionatorie, non potendosi questa estendere agli interi testi normativi che le contengono, perché questi recano anche disposizioni di altro tipo (...). In conclusione, si propone di non effettuare alcun trasferimento di disposizioni sanzionatorie dalle attuali collocazioni verso il codice penale >>.

4.5. Emerge, in definitiva, dai lavori preparatori che, anche dopo la riforma, la sede propria del reato di lottizzazione abusiva continua ad essere quella del d.P.R. n. 380/01, che è normativa organica di settore, la quale mal si concilia, secondo le ragioni ispiratrici della delega, con un eventuale travaso di norme proprie all'interno del codice penale, non richiedendo, comunque, alcuna "razionalizzazione" ulteriore, in sintonia con quanto previsto in generale dall'articolo 3 bis c.p., secondo cui "nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia". Tuttavia, secondo le Sezioni Unite, per cogliere l'effettivo significato dell'articolo 578-bis c.p.p., non vi sarebbe ragione di indagare sulla "mens legis". Infatti, qualunque essa sia, ciò che conta è che il dato letterale della norma, ovvero dell'articolo 578-bis c.p.p., conduca al risultato voluto che poi sarebbe quello di ricomprendere nel richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge" anche la confisca urbanistica, e ciò indipendentemente dalle motivazioni che abbiano potuto determinare "il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito". Ora, se è vero che l'espressione utilizzata dal legislatore autorizza in astratto tale conclusione, è altrettanto vero che la disposizione si presta indiscutibilmente anche ad una diversa interpretazione, come rilevato dalla Cassazione nella stessa ordinanza di rimessione, nella quale si sottolinea che:

1. - "Il nuovo articolo del codice di rito è frutto del trasferimento ad opera del d.lgs. n. 21 del 2018, che ha attuato la delega per la riserva di codice, di una disposizione della normativa antimafia: l'art. 12-sexies, comma 4-septies del d.l. n. 306 del 1992 (comma peraltro introdotto con la riforma del Codice antimafia, l. 21/10/2017, n. 161) che disciplina la cd. confisca allargata. La redazione della "nuova" disposizione che fa richiamo all'art. 240-bis cod. pen. nella sua, del pari, nuova formulazione, non contiene, a differenza dell'abrogato art. 12-sexies d.l. 306/92, riferimenti né all'art. 295, c. 2 del D.P.R. n. 43 del 1973 (T.U. doganale), né all'art. 73 (escluso il comma 5) D.P.R. n. 309 del 1990 (T.U. stupefacenti), perché l'art. 3-bis cod. pen. ha stabilito che se una materia è disciplinata in un testo unico, le disposizioni che la riguardano devono essere inserite all'interno di tale corpus normativo, per cui nei menzionati testi unici sono state previste due nuove disposizioni sulla confisca allargata. In conseguenza l'art. 578-bis cod. pen. è stato espressamente formulato in modo che ne fosse consentita applicazione anche ai reati in materia di contrabbando e di sostanze stupefacenti: in tal modo si spiega l'inciso dopo il richiamo alla confisca di cui all'art. 240-bis cod. pen. "e da altre disposizioni di legge", inciso dopo il quale è stato aggiunto "o la confisca prevista dall'art. 322-ter cod. pen.", con l'art. 1, comma 4, lett. f) legge n. 3 del 9/1/2019 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in tal modo aggiungendo alle ipotesi di confisca allargata, anche l'ipotesi di confisca per equivalente (...)"

2. - "Del resto è consolidata l'interpretazione che esistano diverse tipologie di confische e certamente la confisca urbanistica non è assimilabile né a quella allargata di cui all'art. 240-bis cod. pen., né a quella per equivalente di cui all'art. 322-ter cod. pen., essendo la prima una confisca legata in via diretta al reato di lottizzazione abusiva da un vincolo pertinenziale".

3. - "Manca una disposizione processuale che consenta alla Corte di Cassazione che pronunci sentenza di annullamento senza rinvio per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, di disporre anche il rinvio al giudice di appello al fine di verificare la conformità della disposta confisca al criterio di proporzionalità imposto dalla sentenza G.I.E.M."

Quali conseguenze trarre da questa diversa lettura? Appare scontato che, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in

modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva (e non mi sembra questo il caso), l'interprete non debba ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, in virtù dell'esame complessivo del testo, della "*mens legis*", specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma sì come inequivocabilmente espressa dal legislatore<sup>16</sup>. Soltanto qualora la lettera della norma risulti ambigua (e si appalesi, altresì, infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, onde il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare, potendo, infine, assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è intesa<sup>17</sup>. Quando, poi, si è al cospetto di norma, quale l'articolo 578-bis c.p.p., frutto di legislazione delegata, non può farsi a meno di rilevare che, come ritenuto dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza del 17 luglio 2000, n. 292, il ricorso ai lavori parlamentari è senz'altro decisivo "*per accertare le finalità perseguite dalla legge di delega e la portata dei principi e dei criteri da essa enunciati*". Del resto, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza del 12 aprile 2017, n. 127, richiamando la propria costante giurisprudenza in materia, ricorda, in proposito, che:

1. - "*Il contenuto della delega legislativa, e dei suoi principi e criteri direttivi, deve essere identificato accertando il complessivo contesto normativo e le finalità che la ispirano. Questa stessa giurisprudenza chiarisce che la delega non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge di delega. Per parte sua, l'attività del delegato deve inserirsi in modo coerente nel complessivo quadro normativo, rispettando la ratio della legge delega (sentenze n. 250 e n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, n. 119 del 2013)*".

2. - "*La rilevata esistenza di oggettive incertezze nella stessa ricostruzione del coerente significato di taluni principi e criteri direttivi accentua la responsabilità del legislatore delegato, il quale deve procedere all'approvazione di norme che si mantengano comunque nell'alveo delle scelte di fondo operate dalla legge delega (sentenza n. 278 del 2016), senza contrastare con gli indirizzi generali desumibili da questa (sentenze n. 229 del 2014, n. 134 del 2013 e n. 272 del 2012)*".

<sup>16</sup> Cfr., per un approfondimento della tematica, Giulio Corato, Gli argomenti del diritto. L'argomento psicologico (o ricorso alla volontà/intenzione del legislatore concreto), in *Giurisprudenza Penale*, 27 aprile 2016, con richiami a Cass. civ. n. 5128/2001, Cass. civ. n. 13083/2009 e Cass. civ. n. 3495/1996.

<sup>17</sup> Cfr. V. Crisafulli, Sulla motivazione degli atti legislativi, in *Riv. dir. pubblico*, 1937, I, p. 425, il quale rileva "l'assenza, nell'ordinamento giuridico italiano, di una norma di diritto scritto o consuetudinario, prescrivente che le leggi siano motivate". Per una diversa opinione, v., però, C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968, spec. 134 ss. e 244 ss., il quale sostiene la necessità che quantomeno le leggi-provvedimento siano motivate, facendosi così risultare "le ragioni che, sulla base dei presupposti accertati, si sono ritenute sufficienti per l'emanazione dell'atto", per consentire "una loro più esatta interpretazione ed il migliore espletamento del controllo di costituzionalità". L'autore aggiunge che "è da rigettare espressamente l'opinione che considera incompatibile con l'indole propria degli atti legislativi primari l'imposizione dell'obbligo di motivazione, ritenendo che essa potrebbe accogliersi limitatamente a quelle leggi contenenti norme non solo generali ed astratte, ma altresì non vincolate alla soddisfazione di interessi pubblici specifici, circoscritti nel tempo o nello spazio, in deroga al diritto comune".

3. - *“È ben vero che, in base alla giurisprudenza costituzionale, il parere delle Commissioni parlamentari non è vincolante e non esprime interpretazioni autentiche della legge di delega (sentenze n. 250 del 2016 e n. 173 del 1981), ma è altrettanto vero che esso costituisce pur sempre elemento che, come in generale i lavori preparatori, può contribuire alla corretta esegesi della stessa (sentenze n. 308 e n. 193 del 2002)”*. È, peraltro, indubitabile che la consapevole scelta del legislatore delegato di interpretare i principi e i criteri direttivi della delega nel senso che la confisca urbanistica sia da escludere dalla *“riserva di codice”* abbia rappresentato legittimo esercizio della discrezionalità spettante al Governo nella fase di attuazione della delega, nel rispetto della *ratio* di quest’ultima e in coerenza con esigenze sistematiche proprie della materia penale. Così come è altrettanto indubitabile che tale discrezionalità non possa essere messa in discussione nemmeno dalla opinabile affermazione delle Sezioni Unite, secondo cui la riferibilità dell’articolo 578-bis cit. alla confisca urbanistica troverebbe, comunque, giustificazione nella esigenza di evitare che la prescrizione del reato, a fronte di un accertamento di penale responsabilità confermato anche in grado di appello, vanifichi non solo la confisca di cui all’articolo 240-bis c.p.p., ma anche quella di cui all’articolo 44 del d.P.R. n. 380 del 2001.

A tale affermazione può replicarsi già solo ribadendo che il legislatore delegato, nel menzionare *«le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale»*, ha inteso riferirsi soltanto ai delitti e non anche alle contravvenzioni.

E il reato di lottizzazione abusiva, pur essendo un reato grave, tale da determinare, secondo attenta dottrina<sup>18</sup>, *“un vulnus alle condizioni di vita della popolazione residente, la cui protezione è determinata dall’articolo 9 della Costituzione”*, è ancora oggi, per precisa opzione legislativa, un reato contravvenzionale, come tale sottratto all’ambito di operatività della delega<sup>19</sup>. Per concludere sul punto, appare logico ritenere che, a fronte di elementi testuali del dato normativo suscettibili di divergenti letture, il Governo ben potesse assumersi la responsabilità, come poi avvenuto con la presentazione in Parlamento delle suddette Relazioni, di effettuare una specifica scelta chiarificatrice. E tale scelta, consapevolmente effettuata, si rivela, a mio avviso, immune da censure, tenuto conto proprio delle finalità ispiratrici della delega, tese ad escludere - come si è visto - che *“la disciplina sanzionatoria penale relativa alle materie dell’urbanistica, del paesaggio e dei beni culturali, contenuta, per la maggior parte, in leggi organiche di impianto relativamente recente”* trovi ingresso nel codice penale. È evidente, infatti, che il mantenimento delle sanzioni penali nelle attuali collocazioni (leggi organiche di settore) risponde alla avvertita esigenza di garantire certezza e conoscibilità delle norme sanzionatorie in relazione ai precetti: certezza e conoscibilità che - come risulta anche dal Parere trasmesso alla Presidenza del Senato il 9 ottobre 2017 - *“diminuirebbero considerevolmente laddove si optasse per il trasferimento nel codice penale delle sanzioni di settore, realizzando una separazione tra queste e i precetti, che invece resterebbero disciplinati dalle normative di settore”*.

Di questa generale esigenza, oltre che della imprescindibile necessità di comparare l’elemento letterale e l’intento del legislatore in presenza di un testo normativo dal significato obiettivamente equivoco, le Sezioni Unite non hanno inteso farsi carico nella sentenza in commento, preferendo attribuire laconicamente al richiamo alla confisca

<sup>18</sup> Così Nicola Centofanti, in *“L’abusivismo edilizio. Sanzioni amministrative e Penali”*, Giuffrè - Edizione 2010.

<sup>19</sup> Cfr., sul punto, anche la sentenza Grieco già citata (Cass. pen., Sez. 3, del 27 marzo 2019, n. 31282), nella quale si sottolinea che l’art. 578-bis c.p.p. *“non riguarda l’ipotesi di confisca delineata dall’art. 44, comma 2, d.P.R. 380 del 2001”*.

*“prevista da altre disposizioni di legge”, inserito nell’articolo 578-bis c.p.p. senza ulteriori specificazioni, una valenza tale da ricomprendere nella espressione anche la confisca urbanistica, notoriamente disciplinata da fonte normativa diversa dal codice penale. E ciò sebbene l’istituto della confisca urbanistica sia ontologicamente diverso dall’analogo istituto disciplinato dall’articolo 240 c.p., atteso che - pur permanendone il carattere sanzionatorio ai sensi dell’articolo 7 CEDU - i terreni e le opere vengono acquisiti al patrimonio immobiliare del comune e non a quello statale come avviene invece per la confisca codicistica, configurandosi in tal modo una espropriazione a favore dell’autorità comunale in luogo di quella a favore dello Stato.*

## **5. Il profilo della proporzionalità della confisca con particolare riferimento alle sentenze della Corte EDU Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia del 20 gennaio 2009 e (grande camera) G.i.e.m. s.r.l. ed altri c. Italia del 26 giugno 2018.**

**5.1.** Dopo aver accertato che il reato di lottizzazione abusiva era estinto per prescrizione e dovendo, dunque, disporre l’annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, le Sezioni Unite si sono interrogate anche in ordine alla possibilità di confermare *“la statuizione del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto di confisca del terreno abusivamente lottizzato e dei manufatti sullo stesso abusivamente realizzati”*. A tale quesito le Sezioni Unite hanno dato risposta affermativa, rilevando che *“deve, infatti, restare salvo il principio, certamente implicito anche nell’ambito dell’art. 578-bis cod. proc. pen. (così come lo è sempre stato con riguardo alla parallela norma dell’art. 578 cod. proc. pen.), secondo cui i poteri cognitivi della Corte sono comunque vincolati alla fisiologia del giudizio di legittimità, sia in relazione alla impossibilità di operare valutazioni del fatto, sia in relazione alla natura devolutiva del giudizio, legato ai motivi di ricorso, salve le ipotesi di ordine eccezionale di cui all’art. 609, comma 2, cod. proc. pen.”*, ed aggiungendo, altresì, che *“non può esservi dubbio che il potere appena ricordato di decisione delle questioni rilevabili d’ufficio a norma dell’art. 609, comma 2, cod. proc. pen., che opera in deroga al principio devolutivo, non può che riguardare le questioni relative ai soli soggetti titolari del rapporto processuale regolarmente instaurato e non anche soggetti terzi”*. Né - secondo le Sezioni Unite - residuerebbe, nella specie, un qualche spazio *“per valutare l’eventuale illegittimità della statuizione della confisca, neppure sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità evocato dall’ordinanza di rimessione come questione rilevabile d’ufficio per effetto della decisione della Corte EDU 26/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, posto che lo stesso ricorrente, con l’unico motivo riguardante la confisca, ha dedotto una questione, ovvero quella della buona fede di soggetti terzi proprietari dell’area e di beni lottizzati, del tutto estranea alla propria posizione”*. Nel merito della rilevabilità d’ufficio, *“neppure potrebbe dirsi che il profilo della proporzionalità esulasse dal perimetro cognitivo dei giudici e delle parti del processo perché insorta solo successivamente alla decisione predetta della Grande Camera; al contrario, già con la decisione della Corte EDU del 20/01/2009, Sud Fondi c. Italia, venne a suo tempo affermata la necessità del requisito di proporzionalità della confisca in connessione con il principio dell’art. 1 del Protocollo addizionale CEDU, sicché non a caso la giurisprudenza di questa Corte ebbe poi ad insistere, proprio sulla base dei principi costituzionali e convenzionali, sulla necessità del rispetto di detto principio (tra le altre, in motivazione, v. Sez. 3, n. 37472 del 26/6/2008, Belloi, Rv. 241101)”*.

**5.2.** Intanto, va subito osservato che non pare esatto sostenere che il riferimento alla valutazione di proporzionalità contenuto nella sentenza Sud Fondi sia speculare e

sovrapponibile rispetto a quello contenuto nella sentenza G.I.E.M. della Grande Camera. Nella sentenza Sud Fondi, infatti, la Corte pone l'accento sul concetto di "giusto equilibrio" e, dopo aver rilevato 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" (paragrafo 139), conclude 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". Viceversa, nella sentenza G.I.E.M., la Grande Camera amplia il raggio di azione della valutazione di proporzionalità, facendovi rientrare un maggior numero di elementi. Dopo aver, appunto, premesso che "nessuno può contestare la legittimità delle politiche statali a favore della tutela ambientale, perché in tal modo si garantiscono e si difendono anche il benessere e la salute delle persone (Depalle c. Francia [GC], n. 34044/02, § 84, CEDU 2010, e Brosset-Triboulet e altri c. Francia [GC], n. 34078/02, § 87, 29 marzo 2010)", la Grande Camera afferma che "l'esame della situazione attuale, che si basa sulle informazioni fornite dalle parti, lascia qualche dubbio circa la realizzazione dello scopo che ha giustificato le misure contestate dai ricorrenti". Ciò perché: "In primo luogo, il terreno confiscato alla società G.I.E.M. S.r.l. è stato restituito alla società ricorrente nel 2013 a seguito di istanza presentata al tribunale di Bari dal sindaco di questa città. Tale restituzione è stata effettuata in virtù dei principi stabiliti dalla Corte nella sua sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri (merito, sopra citata) in base agli articoli 7 della Convenzione e 1 del Protocollo n. 1 (paragrafi 42-43 supra). Successivamente, per quanto riguarda le società Hotel Promotion S.r.l. e R.I.T.A. Sarda S.r.l., alla data del 29 luglio 2015, gli immobili confiscati risultavano ancora occupati dai proprietari. Inoltre, nel maggio 2015, il consiglio comunale di Golfo Aranci ha riconosciuto l'interesse attuale della collettività a mantenere il complesso immobiliare confiscato, tenuto conto della possibilità di utilizzare gli alloggi per far fronte a situazioni di emergenza concedendo, direttamente o indirettamente, l'uso dei beni a titolo oneroso a persone a basso reddito (paragrafo 74 supra). Infine, nel maggio 2015, il perito nominato dalla società Falgest S.r.l. e dal sig. Gironda ha sottolineato lo stato di abbandono nel quale si troverebbe il complesso sequestrato agli interessati, in assenza di manutenzione da parte del Comune proprietario dei luoghi (paragrafo 87 supra).

Ci si può quindi chiedere in che misura la confisca della proprietà dei beni in questione abbia effettivamente contribuito alla tutela dell'ambiente".

La Grande Camera pone, dunque, un diverso problema, che è quello del necessario bilanciamento - nella ricerca del "giusto equilibrio" - tra i diversi parametri, ricordando, fra l'altro, che l'articolo 1 del Protocollo n. 1 richiede, per qualsiasi ingerenza, un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito<sup>20</sup>. E questo ragionevole rapporto non può dirsi rispettato se la persona interessata è costretta a sopportare oneri eccessivi, tanto più se si considera che la valutazione di proporzionalità della confisca deve necessariamente tener conto anche di ulteriori elementi, quali "la possibilità di adottare misure meno restrittive, la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o anche l'annullamento del progetto di lottizzazione, la

<sup>20</sup> Per utili puntualizzazioni sul requisito di proporzionalità e i profili connessi alla concreta operatività della misura ablatoria, v. Cass. pen., Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, Grieco ed altri, già citata, Cass. pen., Sez. 3, 26 febbraio 2019, n. 8350, Alessandrini ed altri, Cass. pen., Sez. 3, 22 gennaio 2020, n. 2292, Romano, Cass. pen., Sez. 3, 13 luglio 2017, n. 53692, Martino, nonché Cass. pen., Sez. 3, 20 febbraio 2019, n. 14743, Amodio, in cui si sottolinea che la confisca richiede, pur sempre, "un accertamento in fatto che deve necessariamente essere effettuato, sulla base di dati materiali oggettivi, dal giudice del merito e da questi supportato con adeguata e specifica motivazione, sindacabile, in sede di legittimità, nei limiti propri di tale giudizio".

*natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi ed infine soprattutto il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione” (paragrafo 301). Da tanto deriva indiscutibilmente che non è sufficiente garantire l’osservanza del solo parametro oggettivo relativo all’ingerenza nel diritto di proprietà, come può essere quello dell’accertamento del criterio quantitativo della corrispondenza tra aree abusivamente lottizzate ed aree confiscate, ma anche e soprattutto di quello soggettivo, da verificare in concreto in relazione “al grado di colpa o di imprudenza” degli interessati “o, quanto meno, al rapporto tra la loro condotta e il reato”. Del resto, se è vero che l’articolo 7 della Convenzione non menziona espressamente alcun legame mentale da riscontrarsi tra l’elemento materiale del reato e la persona che si ritiene lo abbia commesso, è altrettanto vero che “la logica della sentenza e della punizione e il concetto di “colpevolezza” (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di “personne coupable” (nella versione francese) supportano un’interpretazione secondo cui l’articolo 7 richiede, ai fini di punizione, un legame intellettuale (consapevolezza e intenzione) che rivela un elemento di responsabilità nella condotta dell’autore del reato, in mancanza del quale la sanzione sarà ingiustificata, anche perché sarebbe incoerente, da un lato, richiedere una base giuridica accessibile e prevedibile e, dall’altro, consentire a un individuo di essere giudicato colpevole e punirlo anche se non era stato messo in condizione di conoscere la legge penale a causa di un errore inevitabile per cui la persona che ne è venuta a capo non può essere in alcun modo biasimata”.*

**5.3.** Ad analoghe conclusioni, pur sempre in ordine all’assenza di simmetria tra i parametri indicati dalla Grande Camera e la precedente giurisprudenza della Corte EDU, perviene, peraltro, anche lo stesso P.G. nel procedimento definito dalle Sezioni Unite con la sentenza in commento. Nella propria requisitoria, il P.G. afferma, infatti, che la sentenza G.I.E.M. ha individuato, al paragrafo 301, “criteri di verifica della proporzionalità ulteriori rispetto a quello della mera coincidenza tra aree abusivamente lottizzate ed aree confiscate”, ovvero: un primo requisito di carattere oggettivo, relativo all’impatto della misura sul diritto di proprietà; un secondo requisito di carattere soggettivo, relativo al grado di colpa o di imprudenza degli interessati o, quanto meno, al rapporto tra la loro condotta e il reato in questione; un terzo requisito, consistente nella necessaria disponibilità per il giudice di un sistema graduale di misure al fine di consentirgli di bilanciare, in concreto, l’interesse generale (consistente nel ripristino e salvaguardia del c.d. ordine urbanistico e quindi, come rileva la sentenza G.I.E.M. al paragrafo 295, nella tutela del “benessere e della salute delle persone”) con quello particolare. Tali criteri sarebbero, inoltre, pienamente coerenti con i rilievi di cui ai paragrafi 292 e 293, in cui la Grande Camera ha enunciato i seguenti principi, per poter ritenere convenzionalmente legittima l’ablazione del diritto di proprietà: “che un’ingerenza dell’autorità pubblica nel godimento del diritto al rispetto dei beni abbia un fondamento giuridico; che sussista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito; che lo Stato abbia un ampio margine di apprezzamento per scegliere i mezzi da utilizzare al fine di conseguire lo scopo nell’interesse generale”. Ne discende, in buona sostanza, che la violazione dell’articolo 1, Protocollo 1, CEDU, pure in fattispecie in cui si lamentava la confisca di terreni non interessati dall’attività lottizzatoria, non viene affermata dalla Grande Camera per tale ragione, bensì per la violazione della regola del bilanciamento tra interessi contrapposti che è, poi, alla base dell’applicazione del principio di proporzionalità. In tale ottica, il P.G. condivide anche la critica mossa dalla dottrina,

secondo cui, “dopo la sentenza G.I.E.M., la Corte di legittimità ha ricostruito una sorta di criterio legale di proporzionalità: questa si avrebbe sempre quando la confisca coinvolge beni immobili direttamente interessati dall’attività lottizzatoria e quelli a essa funzionali, nel mentre i giudici europei hanno chiesto un bilanciamento in concreto, un apprezzamento pratico del giudice in funzione dell’intensità offensiva della condotta; i giudici italiani rispondono, invece, indicando una regola di giudizio legale, un parametro normativo fisso”.

**5.4.** In definitiva, anche alla luce di un’interpretazione convenzionalmente orientata, che tenga nel debito conto gli insegnamenti ricavabili dalla giurisprudenza della Corte EDU, e, da ultimo, proprio dalla sentenza G.I.E.M., è fuor di dubbio che l’articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01, nel prevedere l’obbligatoria confisca dei “terreni abusivamente lottizzati” e delle “opere abusivamente costruite”, imponga di limitare la misura soltanto a quei beni che siano stati di fatto interessati dall’attività illecita, evitando, in tal modo, una generalizzata ablazione della proprietà che, in quanto sproporzionata ed eccessivamente onerosa, finirebbe per porsi in contrasto con l’art. 1 del Protocollo 1.

**5.5.** Naturalmente, nell’ampio spettro della valutazione di proporzionalità, occorre, poi, tener conto anche della necessità della preventiva definizione degli illeciti e del relativo regime sanzionatorio, soprattutto perché, nel procedere a tale valutazione, non può farsi a meno di verificare anche l’osservanza degli obblighi procedurali di cui all’articolo 1 del Protocollo n. 1.

La Grande Camera rammenta, infatti, che, nonostante il silenzio dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 per quanto riguarda i requisiti procedurali, un procedimento giudiziario relativo al diritto al rispetto della proprietà deve anche offrire alla persona interessata un’adeguata possibilità di esporre la sua causa alle autorità competenti al fine di contestare efficacemente le misure che violano i diritti garantiti da questa disposizione. Una ingerenza nei diritti previsti dall’articolo 1 del Protocollo n. 1 non può, quindi, avere alcuna legittimità in assenza di un contraddittorio che rispetti il principio della parità delle armi e consenta di discutere aspetti importanti per l’esito della causa. Da ciò l’ovvia considerazione che la legge dalla quale scaturisce la possibilità di infliggere una sanzione di tipo penale deve anche presentare i caratteri della accessibilità e della prevedibilità: vale a dire, da un lato, essa deve essere conoscibile e intelligibile da parte del soggetto al quale si rimprovera la violazione del precetto contenuto nella norma giuridica e, dall’altro, deve esplicitare la previsione delle conseguenze sanzionatorie cui sarà esposto il contravventore, sicché, a tal fine, non rileva il *nomen iuris* o l’inquadramento che un istituto riceve da parte della legislazione nazionale, in quanto - ad evitare da parte di questa una “truffa delle etichette” in relazione alla qualificazione giuridica del proprio apparato sanzionatorio mediante il declassamento a livello amministrativo di sanzioni che invece presentano indicatori tali da farle refluire nel terreno delle pene - è necessario procedere ad una disamina concreta delle singole misure, secondo una linea che superi il mero dato formale costituito dalla qualificazione attribuita ad un istituto dal singolo ordinamento interno<sup>21</sup>.

**5.6.** Se questi sono i principi “consolidati” enunciati dalla Grande Camera, appare mal riuscito il tentativo delle Sezioni Unite di giustificare la mancata rilevabilità d’ufficio del deficit di proporzionalità con quanto previsto dall’articolo 609, comma 2, c.p.p., in

<sup>21</sup> Cfr., Cass. pen., Sez. 3, 5 aprile 2018, n. 15126, Settani ed altri.

relazione alla possibilità per la Corte di Cassazione di decidere le questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello.

Tale possibilità - secondo le Sezioni Unite - sarebbe, infatti, da escludere in quanto *“nella specie, la confisca, ha, nel corretto rispetto del contenuto dell’art. 44 cit. recepito in sentenza, testualmente riguardato il terreno abusivamente lottizzato e i manufatti sullo stesso abusivamente realizzati, sicché nulla potrebbe condurre a far ritenere che la confisca sia stata adottata in contrasto con i principi affermati dalla Corte EDU e, segnatamente, con il principio di proporzionalità della misura finendo per riguardare aree ed immobili estranei alla condotta lottizzatoria”*. E tanto anche perché *“l’annullamento con rinvio, effettuato in assenza di elementi fattuali deponenti per il mancato rispetto dei principi anche sovranazionali, si risolverebbe in un annullamento ad explorandum, evidentemente del tutto estraneo al ruolo e ai compiti del giudice di legittimità tenuto conto che il presupposto del corretto esercizio dei poteri della Corte è rappresentato dalla necessaria emersione, nelle sentenze del merito, dei relativi elementi di fatto che lo giustifichino”*.

5.7. In ordine alla ritenuta inapplicabilità del rimedio previsto dell’articolo 609, comma 2, c.p.p., va - di contro - osservato che la Corte costituzionale, con sentenza n. 43 del 2 marzo 2018, a seguito di una pronuncia della Grande Camera della Corte EDU, sopraggiunta all’ordinanza di rimessione, che aveva mutato il significato della normativa convenzionale interposta nel giudizio di legittimità costituzionale radicato per possibile contrasto con l’articolo 117, primo comma, Cost., è pervenuta ad opposte conclusioni, disponendo la restituzione degli atti al giudice *a quo* ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione. Richiamando precedenti decisioni, il giudice delle leggi ha chiarito in tale occasione che *«le disposizioni della CEDU e dei suoi protocolli addizionali vivono nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza della Corte EDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007), che introduce un vincolo conformativo a carico dei poteri interpretativi del giudice nazionale quando può considerarsi consolidata (sentenza n. 49 del 2015)»*<sup>22</sup>. D’altronde, trattandosi di irrogazione di una pena suscettibile di essere considerata illegale nel senso di cui all’art. 7 CEDU, è certo che l’applicazione dell’articolo 609, comma 2, c.p.p., sia di ancor più immediata evidenza, a maggior ragione se si considera che le disposizioni della Convenzione, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, allorquando palesano una situazione di oggettivo contrasto della normativa interna con la Convenzione stessa, assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell’ambito del quale sono state pronunciate. Non convince, dunque, l’affermazione delle Sezioni Unite, secondo cui, trattandosi di questione riconducibile, con adattamenti, alla nozione di *“violazione di legge”* di cui all’articolo 606, comma primo, lett. e), c.p.p., la stessa dovrebbe essere fatta valere, nei limiti previsti dall’art. 581 c.p.p., mediante l’illustrazione di apposite ragioni di fatto e di diritto. Essendo, infatti, il giudice tenuto ad applicare il diritto nazionale in conformità ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (art. 117, primo comma Cost.), deve giocoforza ritenersi che, laddove la Corte EDU abbia individuato un profilo di (possibile) incompatibilità tra l’ordinamento di uno Stato membro del Consiglio d’Europa e i principi convenzionali, peraltro, per la prima volta e con una sentenza resa dalla Grande Camera, che quindi certamente rappresenta il diritto consolidato in materia, la Corte di Cassazione sia tenuta a rilevare d’ufficio la questione ai sensi dell’art. 609, comma 2, c.p.p., esattamente

<sup>22</sup> V. Paola Mori, *“Il Predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della normalizzazione dei rapporti tra diritto interno e la CEDU”*, in Sidiblog, 15 aprile 2015.

come se si trovasse di fronte ad una normativa sopravvenuta, della quale non può fare a meno di tener conto.

5.8. Né miglior sorte pare debba attribuirsi all'argomento suggestivo, pure utilizzato dalle Sezioni Unite, secondo cui il sistema processuale ripudierebbe l'annullamento c.d. *ad explorandum*. Per giustificare tale tesi, i supremi giudici arrivano a richiamare, come si è visto, un risalente precedente giurisprudenziale, ovvero la sentenza "Giordano" delle stesse Sezioni Unite<sup>23</sup>. Orbene, a parte il fatto che quella sentenza è intervenuta quando il problema della valutazione della proporzionalità della confisca era ben lontano dal venire ad esistenza, ciò che più rileva è che essa riguardava il diverso problema della incidenza sulla pronuncia impugnata della successione di leggi penali, per effetto della quale "sia rimasto parzialmente abolito il reato al quale si riferisce la condanna". È proprio sulla base di siffatta evenienza che le Sezioni Unite "Giordano" hanno statuito che: "Un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito". "È vero che il sistema processuale deve adattarsi per fare fronte alle sopravvenienze legislative e che specifiche regole di adattamento nel giudizio di cassazione possono essere ravvisate negli artt. 609 comma 2 e 619 comma 3 c.p.p., ma è anche vero che la Corte di cassazione, posta di fronte a una sentenza di condanna per un fatto che nei termini in cui è stato accertato viene a risultare non più previsto come reato, non può sottrarsi alla regola dell'art. 129 c.p.p. adducendo il dubbio che ulteriori accertamenti da parte del giudice di rinvio potrebbero condurre a conclusioni diverse". Nulla a che vedere, pertanto, con il caso di specie, in cui altro precedente, non meno significativo, delle stesse Sezioni Unite, in ordine alla necessità di consentire, in tali casi, "l'azione penale complementare", non viene sufficientemente valorizzato nella sentenza in commento. Mi riferisco alla sentenza delle Sezioni Unite n. 38834 del 10 luglio 2008, *De Maio*, e al principio di diritto dalle stesse affermato, secondo cui "l'estinzione del reato preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, prevista come obbligatoria dall'articolo 240, comma secondo, n. 1, del codice penale". Con tale sentenza, la Corte, nell'esaminare la questione sulla compatibilità tra l'intervenuta prescrizione del reato e la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo a norma dell'art. 240, secondo comma, n. 1, c.p., ritiene non condivisibile l'argomentazione, utilizzata da altro risalente orientamento per dare risposta negativa al quesito, secondo cui «per disporre la confisca nel caso di estinzione del reato il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale» (così Sez. Un., sent. n. 5 del 25 marzo 1993, *Carlea* e altri). Nella motivazione della sentenza "De Maio" si sottolinea, infatti, che tale preclusione deve essere aggiornata soprattutto alla luce di un sistema processuale che si è sviluppato, nel tempo, attraverso molteplici modifiche legislative ed incisive evoluzioni giurisprudenziali. Si consideri, in primo luogo, che al giudice sono riconosciuti ampi poteri di accertamento del fatto nel caso in cui ciò sia necessario ai fini di un pronuncia sull'azione civile, tanto che la parte civile può proporre impugnazione, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio (art. 576 c.p.p.), con la conseguenza che il giudice può pervenire all'affermazione della responsabilità dell'imputato, anche se nei confronti di costui sia dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, per un fatto previsto dalla legge come reato, che giustifica la condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno. Si consideri, ancora, che il comma 4 dell'art. 425 c.p.p., come modificato dall'art. 2 sexies, comma 1, d.l. 7 aprile 2000, n. 82, convertito con

<sup>23</sup> Cass., SS. UU., 26 marzo 2003, n. 25887, *Giordano*, in *Altalex*, 16 febbraio 2004.

modificazioni in l. 5 giugno 2000, n. 144, prevede uno specifico ampliamento dei poteri del giudice dell'udienza preliminare, il quale può pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione della misura di sicurezza della confisca. Si consideri, infine, *“la legislazione speciale, come interpretata dalla costante giurisprudenza”*, anche in tema di lottizzazione abusiva, dove l'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01 stabilisce che il giudice penale dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite con la *«sentenza definitiva»*, che *«accerta che vi è stata lottizzazione abusiva»*. Da tutto questo deriva, in conclusione, che la questione circa la compatibilità di un completo accertamento oggettivo e soggettivo della responsabilità da espletare nel contraddittorio delle parti secondo le regole del processo equo (articolo 6 CEDU e articolo 111 della Costituzione), con l'obbligo per il giudice di immediata declaratoria di una causa di non punibilità ai sensi dell'articolo 129 c.p.p., impone senz'altro di considerare che il riconoscimento, in capo al giudice stesso, di poteri di accertamento, finalizzati all'adozione di una misura che incide negativamente sulla posizione dell'imputato (seppur nella sola sfera patrimoniale dell'interessato) e che presuppone l'accertamento della penale responsabilità del soggetto, rende recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato rispetto al correlativo e coesistente obbligo di accertamento. Ciò in quanto - essendo proprio detto accertamento richiesto dalla legge (articolo 44, comma 2, d.P.R. n. 380/01) e dovendo la disposizione essere interpretata da parte del giudice nazionale in senso convenzionalmente conforme, in guisa che, anche in presenza di una causa estintiva del reato, è necessario, per disporre la confisca urbanistica, procedere all'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e verificare la sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura - il principio generale deve ritenersi implicitamente derogato dalle disposizioni speciali che prevedono l'applicazione di misure le quali, per essere disposte, richiedono inevitabilmente la prosecuzione del processo e la conseguente acquisizione delle prove in funzione di quell'accertamento strumentale all'emanazione del provvedimento finale. L'unico limite a che il processo penale possa progredire limitatamente ad un'azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca urbanistica è che il reato ovviamente non risulti estinto prima dell'esercizio dell'azione penale, *«poiché in tal caso è impedito al giudice di compiere, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la piena partecipazione degli interessati, l'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e della sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura, presupposto necessario per disporre la confisca anche in presenza di una causa estintiva del reato»*. E non era certamente questo il caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite con la ordinanza di rimessione del 2 ottobre 2019.

## 6. Considerazioni finali.

**6.1.** Quasi a voler temperare le conseguenze della drastica soluzione adottata in risposta al quesito formulato dalla ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite, nella parte finale della sentenza in commento, concludono il complesso ragionamento affermando che *«cì, peraltro, non significa che la relativa questione sia definitivamente preclusa: è proprio l'ampio impiego, da parte dei giudici di merito, della formula di legge relativa alla confisca urbanistica a consentire all'interessato di proporre ogni doglianza sul punto in sede*

esecutiva (anche, ove ne ricorrano i presupposti, nella prospettiva, segnalata dalla sentenza G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, e di cui va valutata la compatibilità con l'attuale assetto normativo, del mancato utilizzo di misure diverse, e di invasività inferiore, rispetto a quella della confisca) e di chiedere, conseguentemente, anche la revoca della confisca limitatamente alle aree o agli immobili che dovessero essere ritenuti estranei alla condotta illecita, secondo una modalità di impiego dello strumento dell'incidente di esecuzione, nel quale il giudice gode di ampi poteri istruttori ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen., del tutto consueta anche nell'applicazione giurisprudenziale (nel senso che in sede esecutiva può farsi questione anche sulla estensione e sulle modalità esecutive della confisca stessa, cfr. Sez. 1, n. 30713 del 03/07/2002, Merlo, Rv. 222157 e Sez. 4, n. 2552 del 20/04/2000, El Yamini, Rv. 216491) >>. Anche tale approccio interpretativo non convince del tutto. È ben vero, infatti, che il giudice della esecuzione ha la possibilità di rimodulare l'ambito di applicabilità della confisca, verificandone l'estensione, così come previsto dall'articolo 676 c.p.p., essendo, a tal fine, abilitato anche a fare uso di poteri istruttori ai sensi dell'articolo 666, comma 5, c.p.p., ma è altrettanto vero che ciò non implica affatto che il giudice della esecuzione possa addirittura rimuovere tale misura in favore del condannato, una volta applicata dal giudice della cognizione, escludendone la legittimità ovvero rilevando l'insussistenza dei presupposti fondativi del merito della decisione, così intaccando il giudicato su di essa formatosi. Limitare l'estensione della confisca a taluni beni, escludendone altri, equivale ad una revoca, seppur parziale, della misura, come tale inammissibile. Come chiarito proprio da una delle due sentenze citate dalle Sezioni Unite (Cass. pen., Sez. 4, 20 aprile 2000, n. 2552, El Yamini), "innanzi al giudice dell'esecuzione potrà farsi questione sul (sulla formazione del) titolo esecutivo, sull'applicazione della confisca obbligatoria non disposta in sede di merito, sulla proprietà delle cose confiscate, se non appartenenti all'imputato (condannato) o rivendicate da un terzo, sulla estensione e sulle modalità esecutive della confisca stessa e, quindi, sulla portata del giudicato ma non potrà riconoscersi a detto giudice il potere di vanificare il giudicato stesso rimuovendo, in favore del condannato, il provvedimento di confisca disposto dal giudice del merito e non più soggetto ad impugnazione".

A tale conclusione perviene, del resto, anche Cass. pen., Sez. 1, 20 gennaio 2004, n. 3877, *La Mastra*, secondo cui la disciplina dettata dall'articolo 676 c.p.p. è univocamente interpretabile nel senso: a) di ricondurre al giudice dell'esecuzione un potere di disporre la confisca quando ciò non ha fatto il giudice della cognizione; b) di non ricondurre allo stesso giudice il potere di revocare la confisca, che comporta un trasferimento in via definitiva a favore dell'amministrazione in forza della irrevocabilità del provvedimento che l'ha disposta (in proposito va richiamata la sentenza delle Sezioni Unite 28 gennaio 1998, secondo cui la revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis*, ai sensi dell'articolo 673 c.p.p., non si estende anche alla misura della confisca disposta con sentenza divenuta irrevocabile); c) di ricondurre al giudice civile la competenza a risolvere una controversia sulla proprietà delle cose confiscate, non potendosi ovviamente giustificare una confisca che cada su beni non appartenenti al condannato. Ciò conferma, in altri termini, che nessun potere può essere riconosciuto al giudice dell'esecuzione di modificare una situazione che è stata ormai definita sotto ogni profilo e che ha prodotto effetti irreversibili. Se i principi, "de iure condito", sono questi, come potrebbero mai conciliarsi con l'assenza di ogni previsione, nell'articolo 44 del d.P.R. n. 380/01, di strumenti alternativi alla confisca, sebbene la Grande Camera abbia affermato (v. paragrafo 303 della sentenza G.I.E.M.) che "l'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista - salvo che per i terzi in buona fede - dalla legge italiana è in contrasto con questi principi in quanto non consente al giudice di valutare quali

siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione"? Potrebbe mai la demolizione prevista per il reato di abuso edilizio soddisfare l'esigenza di proporzionalità? E se pure si volesse qualificare la demolizione come valido strumento alternativo, secondo l'ipotesi formulata sempre dalla Grande Camera al paragrafo 301 della sentenza G.I.E.M., potrebbe mai tale misura ripristinatoria, sicuramente meno grave della confisca (in quanto comportante la sola eliminazione della "res" abusiva ma non anche la perdita del suolo), trovare applicazione anche in assenza di una sentenza di condanna, come nel caso esaminato dalle Sezioni Unite? La risposta a tale domanda non può che essere ovviamente negativa, in quanto l'ordine di demolizione dell'opera edilizia abusiva, previsto dall'articolo 31, comma 9, del d.P.R. n. 380/01, presuppone indiscutibilmente una sentenza di condanna, non risultando sufficiente nemmeno l'avvenuto accertamento della commissione dell'abuso come nel caso di sentenza che rileva l'intervenuta prescrizione del reato<sup>24</sup>. È innegabile, pertanto, che il giudice dell'esecuzione, pur ritenendo sproporzionata la confisca, non potrebbe mai rimuovere gli effetti di tale sanzione anche solo limitandone la portata, mancando, come già detto, nell'articolo 44 del d.P.R. n. 380/01 ogni, pur esile, riferimento alla possibilità di applicare strumenti ad essa alternativi<sup>25</sup>. Questa conclusione non sta a significare naturalmente che non potrebbe essere esplorata la possibilità di un incidente di costituzionalità avente ad oggetto la norma in esame nella parte in cui non prevede per il giudice la possibilità di disporre la demolizione nel caso di ritenuta sproporzione della confisca, per violazione degli articoli 3 (per irragionevolezza rispetto alle altre disposizioni del d.P.R. n. 380/01 relative ad illeciti meno gravi), 42 (perché, nel caso di ritenuta sproporzione della confisca, l'impossibilità di ripristinare con la demolizione l'ordine urbanistico violato non consentirebbe di garantire la funzione sociale della proprietà che la pianificazione territoriale le attribuisce attraverso l'imposizione di vincoli conformativi) e 117, comma 1, Cost., con riferimento all'art. 1 Protocollo 1 CEDU, quale norma interposta come interpretata dalla sentenza G.I.E.M.<sup>26</sup> Quel che è certo, però, è che, allo stato della legislazione, la sola interpretazione anche su base convenzionale dell'articolo 44 non varrebbe a superare il problema.

<sup>24</sup> Cfr., fra le tante, Cass. pen., Sez. 3, 10 maggio 2017, n. 39455, Cass. pen., Sez. 3, 27 ottobre 2015, n. 50441, Cass. pen., Sez. 3, 2 dicembre 2010, n. 756, Cass. pen., Sez. III, 3 febbraio 2004, n. 3991, nonché, in senso conforme, Cass. pen., SS.UU., 24 luglio 1996.

<sup>25</sup> V., però, in ordine alla possibilità di ricorrere al giudice della esecuzione entro determinati limiti, Cass. pen., Sez. 3, 26 febbraio 2019, n. 8350, Alessandrini ed altri, sopra richiamata, in cui si evidenzia che "se si tiene conto della estrema gravità del reato di lottizzazione abusiva, che la distingue dalla semplice costruzione in assenza di permesso di costruire e comporta il completo stravolgimento del territorio in spregio all'attività di pianificazione e di ogni eventuale vincolo (paesaggistico o di altro genere) esistente, con un rilevantissimo aggravio del carico urbanistico e le modalità di applicazione della confisca in precedenza ricordate, deve ritenersi, con interpretazione convenzionalmente orientata, che la misura ablativa non rispetta sicuramente i criteri di proporzionalità se applicata a terreni che non sono direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e che il giudice del merito può senz'altro individuare, limitando la misura alle sole aree abusivamente lottizzate, venendo assicurate agli interessati, per le diverse ipotesi, anche in sede di esecuzione, le garanzie del contraddittorio, restando la confisca e la conseguente perdita della proprietà una misura residuale, assunta dal giudice penale sempreché non sia già intervenuta l'autorità amministrativa e soggetta ai diversi esiti come in precedenza ricordato".

<sup>26</sup> Tale prospettiva è sostenuta dal Procuratore Generale nella già citata requisitoria, in cui si afferma, fra l'altro, che "per l'ampliamento degli strumenti a disposizione del giudice penale è necessario (ed auspicabile) l'intervento del legislatore".

6.2. Come potrebbe, poi, il giudice della esecuzione, a fronte del giudicato già formatosi, revocare la confisca o anche solo limitarne l'estensione, laddove, una volta esercitati i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 666, comma 5, c.p.p., accertasse che la lottizzazione è stata realizzata in zona completamente urbanizzata? In tale ipotesi, la prospettiva muterebbe, infatti, radicalmente, alla luce del fatto che, con una recente sentenza (Sez. 3 pen., 21 gennaio 2019, dep. 16 marzo 2020, *Di Falco ed altri*), la Corte di Cassazione ha ribadito che *"il reato di lottizzazione abusiva deve escludersi con riferimento a zone completamente urbanizzate, mentre lo stesso è configurabile sia con riferimento a zone assolutamente inedificate, sia con riferimento a zone parzialmente urbanizzate in cui sussista un'esigenza di raccordo con il preesistente aggregato abitativo e di potenziamento delle opere d'urbanizzazione (Sez. 3, n. 37472 del 26/06/2008, Belloi, Rv. 241097 - 01; Sez. 3, n. 20373 del 20/01/2004, Iervolino, Rv. 228447 - 01)"*. Corollario di tale principio è che, in una situazione simile, come confermato anche dalla Cassazione, *"pur in presenza di una causa estintiva del reato, non può essere ordinata la confisca urbanistica"*. Eppure, anche in presenza di un dato oggettivo così rilevante, il giudice della esecuzione non potrebbe giammai vanificare il giudicato. Sulla base di tale quadro di riferimento e alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale e domestica, appare, in definitiva, davvero difficile sostenere che il giudice della esecuzione, in assenza di un intervento del legislatore, possa farsi carico di verificare la possibilità di sottoporre a nuovo scrutinio la confisca già applicata, verificando la legittimità convenzionale dell'ablazione della proprietà con gli strumenti che l'ordinamento attualmente gli mette a disposizione. Più che di compito improbo si tratterebbe piuttosto di compito verosimilmente impossibile, a maggior ragione se si considera che, indipendentemente dai principi affermati dalla Grande Camera, le stesse Sezioni Unite hanno ricordato in altra importante decisione (19 aprile 2018, n. 36072, *Botticelli e altri*) che la misura della confisca deve risultare non solo proporzionata alle finalità di tutela perseguite, ma anche non inutilmente vessatoria quanto ai diritti del destinatario, in consonanza con un orientamento ormai generalmente predicato quanto alle misure di tipo ablativo, anche cautelari.