

## ATTUALITÀ

---

**GENNARO GAETA**

### **Cassazione vs Corte europea in tema di confisca: la storia infinita**

*L'annotata notizia di decisione della Corte di Cassazione sancisce la legittimità della confisca irrogata in occasione della declaratoria di prescrizione, anche se il giudizio è stato celebrato in assenza del terzo titolare del bene, potendo egli ricorrere all'incidente di esecuzione per dimostrare l'estraneità al reato; l'ablazione, inoltre, è da ritenersi proporzionata tutte le volte in cui investe i beni immobili direttamente collegati alla lottizzazione abusiva.*

*The Supreme Court establishes the legitimacy of the confiscation imposed on the occasion of the sentence of acquittal because the offence has lapsed due to the statute of limitations, even if the judgment was held in the absence of the third party owner of the real estate, considering that he must promote the execution incident to prove the extraneousness to the crime; furthermore, the confiscation must be considered proportionate every time it invests real estate directly connected to the illegal construction.*

1. L'Ufficio del massimario ha anticipato questa «Notizia di decisione n. 2/2019; R.G. 9191/2017» in tema di:

**Confisca conseguente ad accertamento di lottizzazione abusiva in relazione ai principi fissati dalla sentenza 28 giugno 2018 della Corte EDU - Grande Camera nella causa G.I.E.M. s.r.l. ed altri c/ Italia.**

*Il proscioglimento per intervenuta prescrizione non osta alla confisca del bene lottizzato se il giudice ha accertato la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva nelle sue componenti oggettive e soggettive, assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio.*

*La confisca, in caso di reato prescritto, può essere ordinata anche dal giudice di primo grado nel caso sia stata accertata la lottizzazione.*

*La persona giuridica proprietaria del bene confiscato che sia rimasta estranea al processo può far valere le proprie ragioni innanzi al giudice dell'esecuzione il quale, ai fini della decisione, ha il potere-dovere di accertare in modo autonomo la sussistenza del reato e l'estraneità ad esso della persona giuridica nei confronti della quale il giudicato non produce effetti.*

*Non può considerarsi terza estranea al reato ed al processo la persona giuridica che costituisca mero schermo attraverso il quale il reo agisca come effettivo titolare dei beni.*

*La partecipazione della persona giuridica al processo penale di cognizione può essere assicurata, nel rispetto dei principi convenzionali, attraverso l'applicazione estensiva di norme interne (artt. 197 c.p. e 89 c.p.p.).*

*È conforme al principio di proporzionalità indicato dalla Corte EDU la confisca limitata ai beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e*

*ad essa funzionali. La verifica al riguardo, richiedendo un accertamento in fatto, compete al giudice di merito il quale deve fornire adeguata e specifica motivazione sindacabile, in sede di legittimità, nei limiti propri di tale giudizio.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, ud. 23 gennaio 2019 - SARNO *Presidente* - RAMACCI *Relatore* - FIMIANI *P.G.* (conf.) - C.G. e altri, ricorrenti

2. La notizia di decisione rappresenta solo un'anticipazione di una più complessa sentenza in tema di confisca e prescrizione, le cui motivazioni non sono state ancora depositate: tuttavia, attesa l'elevata rilevanza dei principi sanciti, proponiamo un commento di prima istanza, in attesa di conoscere i sentieri argomentativi a sostegno dei principi affermati. La vicenda segnalata si caratterizza per essere la prima applicazione pratica del principio affermato dalla Corte europea nel caso *G.I.E.M. e altri contro Italia*<sup>1</sup>, avendo la Corte di cassazione offerto una propria interpretazione del contenuto e dei limiti europei alla confisca per lottizzazione abusiva, a fronte di una decisione di proscioglimento per intervenuta prescrizione: un pronunciamento destinato ad essere il banco di prova della tenuta europea dell'ordinamento processuale penale interno in materia di ablazione dei beni, atteso che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia, nel menzionato caso *G.I.E.M.*, proprio per l'incompatibilità con l'art. 6 C.e.d.u. del diritto vivente in tema di confisca dei beni immobili frutto di abuso edilizio.

3. Se il tenore argomentativo della sentenza resta, ad oggi, prospettiva di studio ulteriore, trattandosi di una notizia di decisione non corredata dall'impianto motivazionale, già le primissime statuizioni sul punto richiedono un commento, sia pure breve, poiché indicano la direttrice e, in certa misura, il manifesto programmatico della giurisprudenza di legittimità in tema di confisca, a seguito dello spartiacque costituito dal caso *G.I.E.M.*

Senza pretesa (e senza presunzione) di completezza e procedendo per spunti minimali di riflessione, diverse sono le ragioni di insoddisfazione nei confronti degli assunti elencati dal Collegio, quantomeno per la direzione verso cui muovono.

Circa la relazione assoluta che la sentenza postula, tra accertamento del reato

---

<sup>1</sup> Corte EDU, Gr. Cam., *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, con nota di CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"?* Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica, in questa *Rivista* on line, 2018, 3.

e confisca dei beni, occorre ridimensionare l'assunto per il quale l'intervento della prescrizione non osta alla confisca, ben più complessa essendo la decisione invocata, a mo' di premessa, del giudice europeo.

Ponendo in tal modo, forse troppo perentorio, l'equazione tra proscioglimento per intervenuta prescrizione e confisca, si rischia di sovvertire l'esito individuato a Strasburgo: con attenta lettura della pronuncia europea, infatti, ci si avvede che essa non consente di sostenere che ogni qualvolta al giudice è impedito irrogare il trattamento sanzionatorio, in virtù del decorso del tempo massimo utile per giudicare, egli debba comunque disporre l'ablazione dei beni: sul punto la Corte europea, riconoscendo la violazione dell'art. 6 § 2 C.e.d.u., ha chiarito che «Il ricorrente è stato quindi dichiarato colpevole, in sostanza, dalla Corte di cassazione, nonostante il fatto che il perseguimento del reato in questione fosse prescritto. Questo fatto viola il diritto alla presunzione di innocenza» (G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, 28 giugno 2018, § 317).

Ed è proprio sulla base della presunzione di innocenza, che si innesta il ragionamento dei giudici di Strasburgo: essi rilevano l'anomalia dell'accertamento dei presupposti del reato realizzato pur a fronte del decorso del tempo massimo per esercitare il potere sanzionatorio, segno che è mutata, all'atto pratico, la veste in cui opera il giudice penale, poiché procede comunque a conoscere del fatto anche se privo di qualsivoglia facoltà di statuire - di *ius dicere* con efficacia cogente - conseguenze di tipo sanzionatorio. Ciò nonostante, superando completamente la posizione europea, il giudice di legittimità si limita ad affermare, non senza contraddizioni, che la cognizione del reato pur in presenza della prescrizione è fruibile per il diverso, ma qualitativamente identico, scopo sanzionatorio di tipo patrimoniale, così rinforzando nuovamente quel problema che è stato la premessa causale dell'intervento della Corte europea<sup>2</sup>.

4. Davvero singolari, d'altra parte, le considerazioni relative alla posizione procedimentale del terzo, estraneo al reato presupposto dell'ablazione e, tuttavia, esposto al rischio di subire comunque la diminuzione del patrimonio dovuta all'emissione del titolo, anche quando non ha preso parte al suo processo di formazione.

---

<sup>2</sup> Per un orientamento di legittimità più aderente ai *nova* europei, che esclude la legalità convenzionale di un accertamento a fini ablatori realizzato in sede di archiviazione per prescrizione, si veda Cass., Sez. III, 5 maggio 2018 (ud. 12 gennaio 2018), *Meneghini*, in questa *Rivista* on line, 2018, 2, con nota di CIVELLO, *Illegittima la confisca in sede di archiviazione per prescrizione del reato: un'importante sentenza in tema di evasione di IVA all'importazione*.

Chiaro il problema: si tratta di un soggetto, attuale titolare del bene, che è attinto in via immediata dalla pena, in senso europeo, della confisca e per tale ragione deve essere assicurata la sua partecipazione al giudizio di cognizione, in modo non dissimile dall'imputato.

Sul punto, tuttavia, la Corte di cassazione non trae le necessarie conseguenze processuali a tutela del terzo estromesso dal giudizio principale, individuando una soluzione restrittiva che rende il suo intervento in giudizio meramente occasionale e non necessario, almeno in prima istanza.

Occorre intendersi: qui la soluzione adottata è, all'evidenza, un compromesso di scopo, volto ad escludere alla radice ipotesi di nullità del giudizio di cognizione celebrato *in absentia*, pur trattandosi di un soggetto titolare di un vero e proprio diritto di prova, da esercitare al fine di dimostrare l'illegittimità del titolo ablativo in relazione al proprio acquisto del bene.

Stretto fra esigenze punitive e tutela delle imprescindibili ragioni costituzionali di cui è portatore il terzo, il Collegio di legittimità da un lato afferma che il giudice può – ma non deve – disporre la citazione in giudizio per consentirgli la più ampia difesa, mentre dall'altro chiarisce che, comunque, il terzo dovrà ricorrere all'incidente di esecuzione qualora sia stato estromesso e non, come verrebbe naturale pensare, lamentare un'invalidità processuale.

In altri termini, la posizione del terzo viene indebitamente assimilata a quella di una parte eventuale a tutela giuridica particolarmente attenuata, pur avendo sicura rilevanza convenzionale: il difetto di citazione, infatti, sarà privo di conseguenze per la validità del rito.

Al di là della difficile collocazione sistematica di una soluzione del genere, essa apre immediatamente il varco ad altri problemi: delinea un cortocircuito del sistema, poiché afferma implicitamente che il tenore costituzionale e convenzionale della posizione del terzo, titolare di un interesse significativo come riconosciuto dalla decisione europea richiamata, possa ricevere tutela occasionale, senza causare invalidità nel giudizio di cognizione; inoltre, sul versante opposto, individuando nell'incidente di esecuzione lo strumento principale a disposizione del terzo, crea occasioni di accertamento del reato all'interno di una fase ad altro destinata, così attribuendo al giudice dell'esecuzione un irrituale potere di ripetere la cognizione *in idem factum*.

5. *Last but non least*, la Corte di cassazione offre una vera e propria definizione del criterio di proporzionalità: essa sussisterebbe, a dire dei giudici, tutte le volte in cui la confisca coinvolge i beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e quelli ad essa funzionali.

La considerazione, all'apparenza, può risultare lineare e appagante, poiché

lega il criterio della proporzionalità al meccanismo logico della causa e dell'effetto, postulando, sia pure implicitamente, che l'ablazione di qualunque conseguenza materiale del reato di lottizzazione abusiva sia, per ciò stesso, aderente al canone della proporzionalità.

Anche qui, tuttavia, la soluzione normalizzante individuata svuota di contenuto, oltre che di senso, la decisione europea menzionata: con essa si introduce un vero e proprio parametro normativo, un criterio legale e non materiale con cui apprezzare la proporzionalità, mentre, sul versante opposto, il giudice strasburghese aveva chiarito, già nel caso G.I.E.M., che «Al fine di valutare la proporzionalità della confisca, possono essere presi in considerazione i seguenti elementi: la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione» (G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, 28 giugno 2018, § 301).

In altri termini, proprio perché la proporzionalità, così definita dalla Corte di cassazione, segue il meccanismo della causa e dell'effetto e non, invece, le regole di giudizio evidenziate dalla Corte europea, risulta trasfigurata e si traduce in uno strumento che agisce indiscriminatamente, senza graduazioni di sorta; si elide, in sintesi, l'apprezzamento pratico del giudice in funzione dell'intensità offensiva della condotta dell'agente, come invece prescrive la Corte di Strasburgo, dovendosi per contro ritenere proporzionata ogni ablazione che investa tutti i beni funzionali all'attività lottizzatoria.

Siamo di fronte, pertanto, a una sanzione penale, secondo la definizione europea, che per giunta va irrogata senza possibilità di distinzione in termini di intensità, a seconda della condotta concretamente posta in essere. Un ritorno alle origini, di difficile compatibilità convenzionale<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Circa le possibili ulteriori ricadute operative della decisione G.I.E.M., si veda RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un "equilibrio" possibile*, in questa *Rivista*, 2018, 3, 709.