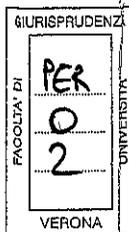


In questo numero meritano una segnalazione particolare – oltre all'editoriale del Presidente del Banco Popolare, avvocato Carlo Fratta Pasini, che sottolinea il significato della nuova "sezione" della Rivista specificamente dedicata al *diritto bancario* e l'attivazione del *processo civile telematico* presso il Tribunale di Verona – l'ordinanza del Tribunale di Rovigo sul diritto d'informazione del socio di una s.r.l., *ex art. 2476*, comma 2, c.c. (sezione *diritto societario*), la sentenza della Commissione Tributaria di Verona sull'assoggettamento all'IVA in caso di cessione intracomunitaria di autovettura (sezione *diritto tributario*), l'ordinanza del Tribunale di Verona in materia di sequestro giudiziale d'azienda in pendenza di istanza di fallimento (sezione *diritto fallimentare*) ed infine la sentenza del Tribunale di Milano sulla "risposta" penale al nuovo insidioso fenomeno del *phishing* (sezione *diritto penale*).

1820.190 A.DI.G.E. RIVISTA DI GIURISPRUDENZA ED ECONOMIA D'AZIENDA n. 4 - 2008



ISBN 978-88-568-0302-0

9 788856 803020

€ 22,00 (I)

A.DI.G.E.
ASSOCIAZIONE PER
LA DIFFUSIONE
DELLA GIURISPRUDENZA
ECONOMICA

Nuova serie
Il semestre
N. 4-2008

RIVISTA di GIURISPRUDENZA ed ECONOMIA d'AZIENDA

Con la collaborazione di

 **BANCO POPOLARE**
GRUPPO BANCARIO

FRANCOANGELI

A. DL. G. E.

RIVISTA DI GIURISPRUDENZA ED ECONOMIA D'AZIENDA

DIRETTORE
LORENZO PICOTTI

COMITATO DI REDAZIONE

PASQUALE D'ASCOLA (*Diritto Civile*) – ANDREA MIRENDA (*Diritto Processuale Civile*) – LAMBERTO LAMBERTINI (*Diritto Societario*) – PIERPAOLO LANI (*Diritto Societario*) – FRANCESCO ROSSI (*Diritto Bancario*) – FRANCESCO ABATE (*Diritto Fallimentare*) – LAURA CALAFÀ (*Diritto del Lavoro*) – ANTONIO MATANO (*Diritto del Lavoro*) – FRANCESCO MOSCHETTI (*Diritto Tributario*) – LORENZO PICOTTI (*Diritto Penale*) – GIORGIO PIZIALI (*Procedura Penale*) – GIOVANNI ANTONIO SALA (*Diritto Amministrativo*) – GIOVANNI ALBERTI (*Economia Aziendale*)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI AQUARO (*Diritto Civile*) – CHIARA PIGOZZI (*Diritto Processuale Civile*) – FEDERICO CENA (*Diritto Societario*) – ANDREA BORELLI (*Diritto Bancario*) – ELISABETTA UBINI (*Diritto Fallimentare*) – ANITA VIVIANI (*Diritto del Lavoro*) – MARIA LUGHEZZANI (*Diritto del Lavoro*) – CLAUDIO TODESCO (*Diritto Tributario*) – STEFANO GOLIN (*Diritto Tributario*) – ROBERTO FLOR (*Diritto Penale*) – STEFANO MARCOLINI (*Procedura Penale*) – DAVIDE LO PRESTI (*Diritto Amministrativo*) – SERGIO MORO (*Diritto Amministrativo*) – CHIARA LEARDINI (*Economia Aziendale*)

DIRETTORE RESPONSABILE

FRANCESCO RUFFO

Iscritto al numero 167 dell'Ordine dei Giornalisti del Veneto – Albo Professionisti

Segreteria di Redazione: SILVIA SCARTEZZINI

presso il Centro Studi Verona Innova, via Montanari 9 – 37122 Verona

Tel. 0458028849 – Fax 0458028825

e-mail: Verona.Innova@giurisprudenza.univr.it

Proprietà letteraria: A.D.L.G.E.

Copyright © 2008 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Ristampa	Anno
0 1 2 3 4 5 6 7 8 9	2008 2009 2010 2011 2012 2013 2014 2015 2016 2017 2018

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sui diritti d'autore. Sono vietate e sanzionate la riproduzione con qualsiasi mezzo, formato o supporto comprese le fotocopie (queste ultime sono consentite solo se per uso esclusivamente personale di studio, nel limite del 15% di ciascun volume o fascicolo e alla condizione che vengano pagati i compensi stabiliti), la scansione, la memorizzazione elettronica, la comunicazione e la messa a disposizione al pubblico con qualsiasi mezzo (anche online), la traduzione, l'adattamento totale o parziale.

Stampa: Tipomozza, via Merano 18, Milano.

PARTE PRIMA

GIURISPRUDENZA

DIRITTO CIVILE

Responsabilità dell'imprenditore per atti di concorrenza sleale compiuti da terzi. Presupposti e limiti
TRIBUNALE DI CREMONA – SEZ. CIVILE – 20 MARZO 2008 – N.150 – EST. FERRARI 13

Applicabilità ratione temporis della disciplina dettata dal D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122
TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – 13 GIUGNO 2008 – PRES ED EST.
MIRENDA 20

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Modifica ed introduzione di clausole compromissorie statutarie ed applicabilità dell'art. 34, co. 6, D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5
COLLEGIO ARBITRALE – LODO RESO IN VERONA 14 MARZO 2008 – PRES. RESCIGNO, ARB. COSTI, ARB. DE NOVA 25

Ammissibilità e limiti del procedimento cautelare in pendenza del termine per proporre opposizione a decreto ingiuntivo
TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – ORDINANZA 26 OTTOBRE 2007 – EST. LANNI 39

DIRITTO SOCIETARIO

Ultrattività delle norme statutarie non adeguate alla riforma come presupposto del rifiuto del notaio di procedere all'iscrizione
TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – SENTENZA 7 DICEMBRE 2007 – EST. VACCARI 47

Nomina di un commissario ad acta per l'esecuzione del diritto di informazione del socio non amministratore di s.r.l. nel rispetto dei limiti previsti dalla legge
TRIBUNALE DI ROVIGO – SEZ. CIVILE – 18 LUGLIO 2007 – EST. GHEDINI
TRIBUNALE DI ROVIGO – SEZ. CIVILE – 28 SETTEMBRE 2007 – EST. GHEDINI
TRIBUNALE DI ROVIGO – SEZ. CIVILE – 11 DICEMBRE 2007 – EST. GHEDINI 52

DIRITTO FALLIMENTARE

Esperibilità dell'azione revocatoria tra disciplina transitoria e prova della scientia decoctionis
TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. II CIVILE – SENTENZA 12 FEBBRAIO 2008 – N. 738 – EST. ABATE 61

Sequestro giudiziario d'azienda con attribuzione al custode degli stessi poteri del consiglio d'amministrazione
TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. FALLIMENTARE – ORDINANZA 21 MAGGIO 2008 – N. 96 – PRES. ABATE, REL. TULUMELLO 75

SOMMARIO

DIRITTO BANCARIO

Responsabilità dell'intermediario nella negoziazione di strumenti finanziari derivati
 TRIBUNALE DI ROVERETO – SEZ. I CIVILE – ORDINANZA 15 FEBBRAIO 2008 – EST. PERILLI 79

Attività di negoziazione in strumenti finanziari: ipotesi di nullità del c.d. "contratto quadro" ed obblighi informativi dell'intermediario nei confronti dell'investitore
 TRIBUNALE DI VENEZIA – SEZ. I CIVILE – SENTENZA 19 APRILE 2007 – N. 1284 – PRES. ZACCO, REL. CAPARELLI 89

DIRITTO TRIBUTARIO

Applicabilità delle agevolazioni previste per gli immobili storico artistici agli immobili posseduti da imprese
 COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DEL VENETO – SEZ. XV – 28 MAGGIO 2008 – N. 40 – PRES. IANNETTI, REL. GRASSO 99

Trattamento IVA della cessione di immobile abitativo pertinenziale ad un compendio strumentale per natura
 COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE DI PADOVA – SEZ. VI – 5 MAGGIO 2008 – N. 28 – PRES. TURI, REL. GUERRA 105

Deducibilità dei costi inerenti i maggiori ricavi di impresa accertati presuntivamente
 COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DI VENEZIA – SEZ. III – 25 FEBBRAIO 2008 – N. 7 – PRES. E REL. TAMBORRA 109

Prova presuntiva della movimentazione intracomunitaria di autoveicoli nuovi
 COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DI VENEZIA – SEZ. XXI – 5 MAGGIO 2008 – N. 55 – PRES. ROSIN, REL. CARACCILO 115

DIRITTO DEL LAVORO

Lavoratori stranieri irregolari e contratto di lavoro. L'applicabilità dell'art. 2126 c.c.
 TRIBUNALE DI PADOVA – SEZ. LAVORO – SENTENZA 19 OTTOBRE 2007 – EST. CAMPO 121

Esposizione all'amianto e malattia professionale: la responsabilità del datore di lavoro
 TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. LAVORO – SENTENZA 19 OTTOBRE 2007 – EST. MATANO 128

DIRITTO PENALE

Realizzare furti di identità tramite tecniche di phishing integra più fattispecie penali e costituisce un "reato transnazionale"
 TRIBUNALE DI MILANO – GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI – SENTENZA 10 DICEMBRE 2007 – N. 888 – GIUDICE GAMACCHIO 137

SOMMARIO

PROCEDURA PENALE

Sequestro preventivo di complesso turistico alberghiero e nomina di custode giudiziario
 TRIBUNALE DI VERONA IN COMPOSIZIONE COLLEGIALE – SEZIONE DEL RIESAME REALE – ORDINANZA 10 APRILE 2008 – PRES. BERTEZZOLO, EST. GORRA 147

DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'affidamento "in house providing"
 T.A.R. VENETO – SEZ. I – SENTENZA 14 MARZO 2007 – N. 778 – PRES. AMOROSO, EST. FRANCO 159

PARTE SECONDA

COMMENTI – RICERCHE – CONVEGNI E SEMINARI

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Processo civile telematico: avvio operativo del sotto progetto esecuzioni sul Tribunale di Verona
 Relazione sul convegno di presentazione tenutosi a Verona il 18 giugno 2008 presso l'Auditorium del Banco Popolare di Francesco Mercanti 169

DIRITTO PENALE

La legge italiana di ratifica della Convenzione Cybercrime e la riforma dei reati informatici
 Relazione sulla conferenza tenutasi il 16 aprile 2008 presso la Facoltà di Giurisprudenza di Verona di Ivan Salvadori 177

Frodi identitarie e diritto penale
 Commento a G.I.P., Tribunale di Milano, sentenza 10 dicembre 2007, n. 888 di Roberto Flor 184

AMMINISTRATIVO

L'annullamento dei provvedimenti comunali in materia edilizia
 Commento a Consiglio di Stato – sez. IV – 30 gennaio 2007 – n. 469 – Pres. Maruotti, Est. Poli di Angelo Frigo 199

PARTE TERZA

STUDI PER L'INNOVAZIONE NELLE P.A.

La creazione di indicatori di misurazione nella valutazione sociale dei nuclei familiari multiproblematici
di Umberto Bertezolo 217

EDITORIALE

Mi è particolarmente gradito introdurre il quarto numero della "Rivista di giurisprudenza ed economia d'azienda" pubblicata a cura dell'"Associazione per la diffusione della giurisprudenza economica", con il patrocinio del Banco Popolare.

Con il numero odierno, infatti, debutta all'interno del palinsesto editoriale una sezione specificamente dedicata al diritto bancario, che contribuisce all'analisi ed allo studio dei casi concreti affrontati dalla giurisprudenza di merito, approfondendo tematiche specifiche e tecniche di un sistema normativo in continua evoluzione.

L'obiettivo è pertanto quello di "aprire una finestra" su un mondo normativo ed operativo articolato, un punto di osservazione che mi auguro possa costituire un ulteriore valido strumento di aggiornamento e di conoscenza delle novità e degli indirizzi giurisprudenziali di merito, per ogni professionista che si confronti con le problematiche sempre più complesse della realtà economica e bancaria, in particolare del Triveneto.

L'ulteriore elemento di novità che annuncia al mondo della giustizia, non soltanto veronese, una svolta di carattere pressoché "epocale", è costituito dall'introduzione del processo civile telematico, presentato al pubblico in occasione del convegno tenutosi presso l'auditorium del Banco Popolare lo scorso 18 giugno e di cui oggi viene edito un resoconto dei lavori.

Il processo civile telematico si pone come obiettivo principale quello di automatizzare i flussi informativi e documentali tra utenti esterni (avvocati e ausiliari del giudice) ed uffici giudiziari, per ora relativamente ai processi civili, e rendere, dunque, più semplice ed immediato l'accesso al mondo giustizia da parte dei vari operatori, con la creazione di un sistema molto più semplice e meno oneroso di accesso e utilizzo dei servizi della giustizia civile.

Dopo anni di preparazione, che hanno visto i vari soggetti coinvolti impegnati, dapprima, nell'analisi della realtà organizzativa dei vari Tribunali e, successivamente, nella redazione di un progetto operativo, è finalmente partita la fase di attuazione. Il dato assolutamente straordinario è rappresen-

Sull'applicazione del reato di cui all'art. 494 c.p., la giurisprudenza di legittimità ne ha affermato la configurabilità nel caso di apertura di *accounts* di posta elettronica intestati a nome di altri soggetti, da cui derivi l'induzione in errore dei "corrispondenti che si trovano ad interloquire con una persona diversa da quella che ad essi viene fatta credere" (così Cass., sez. V pen., 14 dicembre 2007, n. 46674, in *Riv. pen.*, 3, 2008, 258 e s. e, in senso conforme, anche Cass., sez. V pen., 31 ottobre 2006, in *Riv. pen.*, 2007, 923 e ss.).

3. Riferimenti dottrinali

Su questo caso specifico cfr. FLOR, *Frodi identitarie e diritto penale*, in questa rivista, infra, parte seconda.

Sulle prospettive applicative del diritto penale positivo al fenomeno "phishing" in generale sia consentito rinviare a FLOR, *Phishing, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 899 e ss.

Inoltre, riguardo ad alcuni casi italiani ed ulteriori riferimenti empirici, si veda recentemente CAJANI – COSTABILE – MAZZARACO, *Phishing e furto di identità digitale. Indagini informatiche e sicurezza bancaria*, Milano, 2008, nonché CAJANI, *Profili penali del phishing*, in *Cass. pen.*, 2007, 2294 e ss.

Per un commento ai primi casi giurisprudenziali cfr. PERRI, *Lo smishing e il vishing, ovvero quando l'unico limite all'utilizzo criminale delle nuove tecnologie è la fantasia*, in *Diritto dell'Internet*, 2008, 265 e ss.

Infine, anche con riferimento alla prospettiva comparatistica, si veda FLOR, *Identity-related fraud, identity theft e phishing: nuove forme di criminalità on line*, in PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie, Quaderni per la riforma del codice penale*, Padova, 2008 (in corso di pubblicazione).

Sulla definizione di "reato transnazionale", invece, si rinvia a LAUDATI, *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 401 e ss., nonché ASTROLOGO, *Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella L. n. 146/2006*, in *Cass. pen.*, 2007, 1789 e ss.

Roberto Flor
Assegnista di Ricerca in
Diritto Penale Commerciale
Università degli Studi di Verona

SEQUESTRO PREVENTIVO DI COMPLESSO TURISTICO ALBERGHIERO E NOMINA DI CUSTODE GIUDIZIARIO

TRIBUNALE DI VERONA IN COMPOSIZIONE COLLEGALE – SEZIONE DEL RIESAME REALE – ORDINANZA 10 APRILE 2008 – PRES. BERTEZZOLO, EST. GORRA

Lottizzazione abusiva – Residenza turistico-alberghiera – Mutamento di destinazione d'uso in residenziale – Rilevanza penale – Sussistenza
(art. 30 e 44, comma 1, lett. c) D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380)

In materia edilizia, configura il reato di lottizzazione abusiva la modifica di destinazione d'uso di un immobile oggetto di piano di lottizzazione in zona destinata a residenza turistico-alberghiera, realizzata attraverso la vendita di singole unità a privati in assenza di una organizzazione imprenditoriale preposta alla gestione dei servizi comuni ed alla concessione in locazione dei singoli appartamenti compravenduti secondo le regole comuni del contratto d'albergo, atteso che in tale ipotesi le singole unità perdono la originaria destinazione d'uso alberghiera per assumere quella residenziale, in contrasto con lo strumento urbanistico costituito dal piano di lottizzazione.

Lottizzazione abusiva – Confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere realizzate – Sanzione amministrativa a natura reale – Opponibilità a persone estranee al reato – Sussiste
(art. 240 c.p.; art. 44, comma 2 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380)

La confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere realizzate, prevista dall'art. 44, comma 2 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, è ontologicamente diversa dalla confisca prevista dall'art. 240 c.p. e deve pertanto essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potranno fare valere i propri diritti in sede civile, atteso che trattasi di una sanzione amministrativa a natura reale e non personale applicata indipendentemente da una sentenza di condanna e sul solo presupposto dell'accertamento giurisdizionale di una lottizzazione abusiva.

Tribunale in composizione collegiale – Sequestro preventivo – Riesame – Potere di nomina di un custode giudiziario – Sussistenza
(artt. 259, 321, 322 e 324 c.p.p.; artt. 81 e 104 disp. att. c.p.p.)

Il Tribunale in composizione collegiale, nel decidere sul riesame di un sequestro preventivo, ha facoltà di nominare dei custodi giudiziari dei beni in sequestro, stabilendone altresì facoltà e poteri.

ORDINANZA

Con provvedimento in data 20 febbraio 2008 il G.I.P. presso il Tribunale di Verona, alla stregua del profilato *fumus* in ordine al reato di lottizzazione abusiva commesso dagli amministratori della società S. S.r.l. con sede in Brescia, disponeva sequestro preventivo di immobili e terreni ricompresi nelle lottizzazioni denominate S. A e S. B e situati all'interno del complesso denominato "B.G.R.V." nel Comune di Peschiera sul Garda, sul presupposto che attraverso il frazionamento del complesso immobiliare, attuato tramite vendita a privati di 323 unità abitative, si sarebbe operata una indebita modificazione della destinazione d'uso degli immobili costruiti, in contrasto con quanto previsto dagli strumenti urbanistici e dai piani di lottizzazione, i quali imponevano il vincolo turistico alberghiero. Osservava il G.I.P. che la vendita parcellizzata delle unità abitative avrebbe creato un complesso edilizio privo delle caratteristiche della struttura recettiva alberghiera, con illegittima immutazione della destinazione d'uso turistico alberghiera prevista dagli strumenti urbanistici e dai piani di lottizzazione, in una zona ove la destinazione residenziale non è ammessa.

Rilevava il G.I.P. che i terreni abusivamente lottizzati e le opere ivi insistenti erano soggetti a confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001, che doveva essere disposta anche nei confronti di coloro i quali, pur estranei al reato, avevano acquistato in buona fede gli immobili in questione. Riteneva comunque sussistente il *periculum in mora*, poiché la libera disponibilità dell'area, nella quale si trovavano anche unità immobiliari non ancora vendute, avrebbe potuto aggravare o protrarre le conseguenze del reato oggetto di indagine.

Avverso tale decisione proponevano richiesta di riesame i difensori dei soggetti che in buona fede avevano acquistato gli immobili.

All'udienza camerale le difese producevano memorie e concludevano come da verbale.

(*omissis*)

Ciò posto, va rilevato che i fatti, così come risultanti dagli atti di polizia giudiziaria trasmessi, evidenziano un *fumus* circa la sussistenza della fattispecie normativa contestata. Ed invero, le risultanze investigative e la do-

cumentazione raccolta dalla polizia giudiziaria danno conto, secondo la ricostruzione dell'accusa, del fatto che le unità immobiliari edificate in esecuzione dei piani di lottizzazione approvati dal Comune di Peschiera, comportanti il vincolo di destinazione a "residenze turistico-alberghiere" in zona classificata D3.2a, ribadito anche nei permessi di costruire, anziché essere adibite a strutture recettivo-alberghiere, sono state messe tutte in vendita, e che effettivamente 323 unità immobiliari, site all'interno del complesso denominato "B.G.R.V.", sono state rivendute a terzi per essere utilizzate come privata abitazione, così perdendo l'originaria destinazione d'uso alberghiera.

Nel caso in esame, gli elementi addotti dall'accusa – della cui sufficienza in sede cautelare non può dubitarsi (demandandosi ogni ulteriore approfondimento al prosieguo delle indagini e spettando poi al giudice del merito la compiuta verifica) – consentono congruamente di configurare l'ipotesi di reato contestata.

(*omissis*)

Quanto al requisito del *periculum in mora*, reputa il Collegio che sia ravvisabile il rischio che la libera disponibilità delle unità abitative possa aggravare o comunque protrarre le conseguenze del reato che si è inteso prevenire con l'emissione del provvedimento di sequestro preventivo, non appena si consideri che non tutte le unità abitative sono state vendute, benché poste in vendita, e che quelle già trasferite potrebbero essere ulteriormente rivendute senza il rispetto della destinazione all'uso turistico-alberghiero.

In ogni caso, a prescindere dalla sussistenza del *periculum in mora*, il sequestro è legittimo perché finalizzato alla possibile confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere ivi insistenti, così come previsto dalla norma generale di cui all'art. 321, comma 2 c.p.p. e dalla disposizione speciale di cui all'art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001. Tale ipotesi di confisca va qualificata, in linea con la giurisprudenza prevalente, non come misura di sicurezza, bensì come sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale: essa, infatti, a differenza della misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p., comporta l'acquisizione dei terreni abusivamente lottizzati e delle costruzioni ivi realizzate al patrimonio del Comune e non a quello statale e non riguarda cose intrinsecamente criminose.

(*omissis*)

Non è di ostacolo al sequestro degli immobili ed alla loro successiva confisca la circostanza che gli acquirenti, odierni ricorrenti non coinvolti nelle indagini per il reato di lottizzazione abusiva, abbiano operato l'acquisto in buona fede, stante la natura reale e non personale della confisca in questione.

(omissis)

Ritenuto, peraltro, che appare necessario contemperare la pregnante invasività del provvedimento con i diritti degli acquirenti in buona fede delle singole unità, il Collegio reputa sicuramente aderente a criteri di giustizia l'affidamento in custodia ai singoli proprietari delle unità immobiliari già vendute, con facoltà di uso da parte degli stessi in conformità alla destinazione turistico-alberghiera (non residenziale) prevista nel Piano Regolatore Generale, con utilizzo delle cose comuni (piscina, campetto, parcheggio) ed escluso ogni ulteriore sfruttamento di tipo economico come la ristorazione e l'affitto delle unità, attività queste che richiederebbero la gestione unitaria da parte del consorzio dell'intero complesso con conseguente vanificazione della sostanza del provvedimento di sequestro.

PQM

Visto l'art. 324 c.p.p. respinge i riesami condannando i ricorrenti al pagamento delle spese di fase.

Nomina custodi, con facoltà di uso personale (non residenziale) in conformità alla destinazione turistico-alberghiera (compreso l'utilizzo delle parti comuni: piscina, campetto e parcheggio), i proprietari in relazione alle singole unità da loro acquistate.

Manda al P.M. per l'esecuzione.

OSSERVAZIONI

1. Riferimenti normativi

Il provvedimento in commento si segnala per tre aspetti di interesse, al crocevia tra diritto e processo penale. Prima di passarli brevemente in rassegna si rende però necessario un riassunto della vicenda di merito.

In una zona che il piano regolatore comunale qualifica come destinata a "residenze turistico-alberghiere" viene costruito un complesso turistico di oltre 300 unità immobiliari, successivamente alienate a singoli privati, fatta salva l'esistenza di parti comuni a tutto il suddetto complesso, quali i parcheggi, i viali d'accesso e gli impianti sportivi (piscina, campetto, etc.), la cui gestione viene unitariamente affidata ad un consorzio.

In tale operazione imprenditoriale il P.M. ravvisa un mutamento di destinazione d'uso penalmente rilevante, in quanto, ponendo in essere la condotta sopra descritta, gli indagati - amministratori della costruttrice S. S.r.l. - avrebbero trasformato una zona destinata ad ospitare residenze turistiche in una zona di fatto adibita ad abitazioni private.

Dopo aver proceduto all'iscrizione della notizia di reato, mediante configurazione della contravvenzione di cui all'art. 44, comma 1, lett. c)

D.P.R. n. 380 del 2001, in riferimento al precedente art. 30, comma 1 medesimo D.P.R., la pubblica accusa chiede ed il G.I.P. dispone sequestro preventivo di tutta l'area.

Avverso il provvedimento del G.I.P. propongono richiesta di riesame i terzi interessati proprietari delle singole unità immobiliari.

Il Tribunale del Riesame rigetta le richieste di riesame con il provvedimento in commento.

A) La fattispecie di reato contestata è la c.d. lottizzazione abusiva negoziale, punita come contravvenzione dall'art. 44, comma 1, lett. c) D.P.R. n. 380 del 2001, secondo cui si applica "l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 30.986 a 103.290 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio", e meglio descritta, quanto a fatto tipico, dall'art. 30, comma 1 medesimo D.P.R., norma secondo cui "si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio".

A questo proposito, l'interrogativo che la legge non risolve direttamente riguarda la rilevanza penale del mutamento di destinazione d'uso.

B) Parimenti di rilievo è la questione riguardante la confisca dei terreni asseritamente oggetto di lottizzazione abusiva e delle opere ivi insistenti.

Sia la richiesta del P.M., sia il decreto del G.I.P., sia, infine, il provvedimento qui in commento, affermano infatti la legittimità del sequestro preventivo anche perché questo sarebbe finalizzato alla confisca dei terreni e delle opere oggetto di lottizzazione abusiva.

La base giuridica di riferimento sarebbe data non tanto dall'art. 240 c.p., che disciplina la confisca "codicistica", intesa quale misura di sicurezza patrimoniale, quanto dall'ipotesi di confisca speciale di cui all'art. 44, comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001, a mente del quale "la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizza-

zione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari”.

C) Ultima questione da segnalare riguarda la nomina del custode giudiziario.

La scarna disciplina di questa figura è contenuta, unicamente per il sequestro probatorio, all'art. 259 c.p.p. ed all'art. 81 disp. att. c.p.p.

Quanto invece al sequestro preventivo, la possibilità di nomina di un custode si evince dall'art. 104 disp. att. c.p.p., secondo cui “per il sequestro preventivo si applicano le disposizioni relative al sequestro probatorio contenute nel capo VI. Si applica altresì la disposizione dell'articolo 92”.

2. Riferimenti giurisprudenziali

A) Relativamente alla fattispecie di reato contestata, v'è da chiedersi se la “trasformazione urbanistica” in cui consiste il reato di lottizzazione abusiva contestato possa realizzarsi attraverso il “mero” mutamento della destinazione d'uso.

Sul punto, proprio con riguardo all'edificazione di complessi in zone turistico-alberghiere e di successiva alienazione di singole unità immobiliari al loro interno, la giurisprudenza – con statuizioni che non vanno disgiunte dal sospetto di una certa disinvoltura nell'allargamento delle maglie originarie della fattispecie incriminatrice – ha ritenuto configurabile il reato *de quo*.

Si è così affermato che “in materia edilizia, configura il reato di lottizzazione abusiva la modifica di destinazione d'uso di immobili oggetto di un piano di lottizzazione attraverso il frazionamento di un complesso immobiliare, di modo che le singole unità perdano la originaria destinazione d'uso alberghiera per assumere quella residenziale, atteso che tale modificazione si pone in contrasto con lo strumento urbanistico costituito dal piano di lottizzazione” (Cass., sez. III pen., 28 febbraio 2007, n. 13687, in *Giur. it.*, 2007, 2831, con nota di GATTIBONI, *Misure cautelari reali e lottizzazione abusiva*; conforme è anche Cass., sez. III pen., 29 novembre 2005, n. 6990, in *CED Cass. Pen.*, 233552; Cass., sez. III pen., 04 maggio 2004, n. 20661, *ivi*, 228608).

Ed ancor più chiaramente: “in materia edilizia, configura il reato di lottizzazione abusiva la modifica di destinazione d'uso di una RTA, residenza turistico-alberghiera, realizzata attraverso la vendita di singole unità a privati allorché non sussista una organizzazione imprenditoriale preposta alla gestione dei servizi comuni ed alla concessione in locazione dei singoli appartamenti compravenduti secondo le regole comuni del contratto d'albergo, atteso che in tale ipotesi le singole unità perdono la originaria destinazione d'uso alberghiera per assumere quella residenziale, in contrasto

con lo strumento urbanistico costituito dal piano di lottizzazione” (Cass., sez. III pen., 15 febbraio 2007, n. 6396, in *CED Cass. Pen.*, 236075).

B) La confisca prevista dall'art. 44, comma 2 D.P.R. n. 380 del 2001, viene in considerazione sia con riguardo alla propria natura, penale od amministrativa, sia conseguentemente nei suoi rapporti con i terzi di buona fede, quali sono appunto ritenuti dal provvedimento in commento i proprietari delle singole unità immobiliari.

Secondo la più recente giurisprudenza, in effetti, “la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere realizzate, prevista dall'art. 44, comma 2 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, deve essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potranno fare valere i propri diritti in sede civile, atteso che trattasi di una sanzione amministrativa a natura reale e non personale applicata indipendentemente da una sentenza di condanna e sul solo presupposto dell'acceleramento giurisdizionale di una lottizzazione abusiva” (Cass., sez. III pen., 03 marzo 2005, n. 10916, in *CED Cass. Pen.*, 230984); ed ancora: “la confisca urbanistica obbligatoria ha carattere amministrativo ed è ontologicamente diversa dalla confisca prevista dall'art. 240 c.p., con la conseguenza che la stessa prescinde dalla condanna dei proprietari ed ha come suo unico presupposto l'accertamento giudiziale della lottizzazione abusiva” (Cass., sez. III pen., 07 luglio 2004, n. 38728, in *Giur. it.*, 2005, 1912, con nota di VINCIGUERRA, *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*).

Va peraltro segnalato che la questione in ordine alla natura penale od amministrativa della confisca in esame è oggetto di contrastanti statuizioni, specie nella giurisprudenza più risalente. Ad alcune decisioni che qualificano la confisca di cui all'art. 19 L. n. 47 del 1985 (norma poi trasfusa nell'art. 44, comma 2 D.P.R. n. 380 del 2001) come sanzione amministrativa (in tal senso Cass., sez. III pen., 18 novembre 1997, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 917; Cass., sez. III pen., 31 gennaio 1997, in *CED Cass. Pen.*, 207622; Pret. Grosseto, 27 ottobre 1994, in *Riv. giur. ambiente*, 1995, 898), se ne contrappongono altre che preferiscono ricondurla proprio nell'alveo delle misure di sicurezza patrimoniali e, in specie, dell'art. 240 c.p. (Cass., sez. III pen., 04 dicembre 1995, in *Riv. giur. edilizia*, I, 1128; Cass., sez. III pen., 04 aprile 1995, in *CED Cass. Pen.*, 203084).

Né si tratta di questioni meramente definitorie: la corretta qualificazione della confisca in esame è suscettibile di incidere sulla praticabilità del percorso seguito anche nel provvedimento in commento. L'invocato art. 321, comma 2 c.p.p., infatti, indica come autonoma fonte di legittimazione di un sequestro preventivo i casi in cui il bene è destinato ad essere confiscato, ma ciò sul presupposto che il bene destinato a confisca sia un bene intrinsecamente pericoloso, cosicché la valutazione sulla confiscabilità viene ad

integrare il requisito di pericolosità, richiesto in generale affinché si possa far ricorso allo strumento cautelare reale. Viceversa, nel momento in cui la confisca in esame dovesse essere ritenuta di natura amministrativa, diverrebbe problematico fondare il sequestro preventivo sulla sola confiscabilità e si dovrebbero, invece, indicare elementi concreti di pericolosità che ne imponessero l'apprensione cautelare.

Ulteriori recenti sviluppi si registrano provenienti dal circuito internazionale, proprio in ordine alla posizione dei terzi estranei al reato.

Premesso che secondo l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale", va ricordato che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto illegittime interferenze nel pacifico godimento del diritto di proprietà quelle lesioni che, lungi dall'integrare un equo bilanciamento tra il pubblico interesse e la necessità di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, impongono un carico sproporzionato ed eccessivo in capo al privato (si vedano le sentenze 13 dicembre 2007, Gashi c. Croazia e 20 novembre 1995, Pressos Compania Naviera S.A. ed altri c. Belgio, consultabili sul portale www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc).

Non pare un caso che, sulla scorta di tale giurisprudenza, la seconda sezione della Corte europea abbia recentemente dichiarato la ricevibilità di un ricorso contro lo Stato italiano – riservando ovviamente alla successiva fase di merito la pronuncia definitiva – in una vicenda in cui si dubita proprio della eccessiva latitudine dei limiti della confisca "amministrativa" di cui all'art. 19 L. n. 47 del 1985, per contrarietà con l'art. 7 della Convenzione e con l'art. 1 del citato Protocollo n. 1 (decisione in data 30 agosto 2007, Sud Fondi c. Italia, consultabile sul portale www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc).

Va a questo punto ricordato che, secondo la più recente giurisprudenza costituzionale, le norme della Convenzione e dei suoi Protocolli aggiuntivi hanno nel sistema delle fonti italiano rango di norma interposta, tale da prevalere sulla legislazione ordinaria con essa contrastante (cfr. Corte cost., sent. n. 348 e 349 del 2007, nonché 39 del 2008).

Tali riflessioni hanno condotto la giurisprudenza di merito interna a sollevare questione di legittimità costituzionale proprio dell'art. 44, comma 2 D.P.R. n. 380 del 2001, per contrasto con gli artt. 3, 25, comma 2, e 27, comma 1 Cost., "nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di respon-

sabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti" (Corte d'App. di Bari, sez. I pen., ord. 09 aprile 2008, in <http://dejure.giuffre.it>).

La situazione è quindi a dir poco magmatica e sarà senza dubbio interessante seguirne gli sviluppi sia sul fronte internazionalistico, sia su quello interno.

C) Relativamente alla figura del custode giudiziario la già segnalata lacunosità della cornice normativa di riferimento appare speculare all'assenza di una significativa giurisprudenza volta a colmare quelle lacune: pur di rilevantissimo interesse pratico, le questioni in *subiecta materia* vengono preferibilmente risolte alla luce del quotidiano "buonsenso giudiziario", senza assurgere a livello contenzioso e quindi senza originare giurisprudenza significativa.

Stante tale silenzio occorre, per cominciare, chiedersi a chi spetti la competenza alla nomina del custode (ed ai successivi provvedimenti connessi: ad esempio proprio le autorizzazioni all'uso) in caso di sequestro preventivo.

Prescindendo dall'eccezionale potere previsto dall'art. 81, comma 3, secondo periodo disp. att. c.p.p., applicabile ex art. 104 disp. att. c.p.p., secondo cui la nomina può essere effettuata, durante l'esecuzione del provvedimento, anche da chi sta procedendo al sequestro (dunque, in ipotesi, anche dalla polizia giudiziaria), sotto il profilo generale il problema deriva dal fatto che la norma applicabile, da individuare come detto nell'art. 259 c.p.p., attribuisce questo potere all'autorità giudiziaria, con locuzione che comprende sia il giudice che il pubblico ministero.

In questo contesto, non appare, però, arbitrario ritenere, per cominciare, che di certo sia competente anche a determinarne le concrete modalità esecutive (quali la nomina del custode e le connesse modalità della custodia) l'organo avente competenza ad imporre il vincolo reale. Organo che nel sequestro preventivo è il giudice, atteso che le misure cautelari, anche reali, sono state dal legislatore del 1988 assoggettate ad una riserva di stretta giurisdizione, con esclusione, quindi, della pubblica accusa (se non nei casi di urgenza).

Diverso è, invece, il caso in cui la nomina non sia stata effettuata dal giudice oppure occorra intervenire successivamente sulla nomina medesima o su profili attinenti ai poteri del custode e alle modalità della custodia.

Per questi aspetti la soluzione non può andare disgiunta dalla considerazione dell'art. 321, comma 3, secondo e terzo periodo c.p.p. (appositamente modificato nel 1991), norma che, nel corso delle indagini, rimette in prima istanza al pubblico ministero ogni intervento che si renda necessario nella gestione successiva del vincolo reale ("nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato, che è notificato a co-

loro che hanno diritto di impugnazione. Se vi è richiesta di revoca dell'interessato, il pubblico ministero, quando ritiene che essa vada anche in parte respinta, la trasmette al giudice, cui presenta richieste specifiche nonché elementi sui quali fonda le sue valutazioni").

In forza di tale norma, si potrebbe ritenere naturale che nella competenza del P.M. rientri anche la nomina del custode cui non abbia provveduto il giudice, nonché la modifica di ogni modalità esecutiva. Con potere "sussidiario" di intervento del giudice stesso solo nel caso di richiesta di revoca dell'interessato cui il P.M. ritenga di non aderire.

Discorso diverso, anche se connesso, è quello relativo ai poteri del Tribunale del Riesame sui profili qui in esame.

Fermo ogni potere di intervento ove attivato dagli interessati con le forme dell'appello, che può avere ad oggetto, non a caso con locuzione assai ampia, "le ordinanze in materia di sequestro preventivo" (art. 322 bis c.p.p.), in sede di riesame i più ampi poteri sul provvedimento impugnato che competono al Tribunale (arg. ex artt. 324, comma 7 e 309, comma 9 c.p.p.) paiono consentire di ritenere corretta la statuizione in commento, la quale – senza per la verità porsi soverchi problemi sul punto (la massima è ricavata per implicite) – mostra di considerare la decisione sul riesame idonea ad emettere ogni più ampia disposizione anche in materia di custodia dei beni sequestrati.

3. Riferimenti dottrinali

A) Sul reato di lottizzazione abusiva in generale cfr., da ultimo, anche per gli opportuni rinvii alla precedente dottrina e giurisprudenza, PELISSE-RO, *Commento all'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO – PALIERO, 2ª ediz., Padova, 2007, 1090 e ss., in specie 1108 ss., nonché almeno, nella dottrina più risalente, LOSAPPPIO, *La lottizzazione abusiva negoziale*, in *Ind. pen.*, 1996, 121.

Sulla fattispecie oggetto della nota in commento (il mutamento di destinazione d'uso di complesso turistico-alberghiero) cfr. invece GATTIBONI, *Misure cautelari reali e lottizzazione abusiva*, in *Giur. it.*, 2007, 2831 e ss., nonché PEZZI, *Vendita frazionata di complessi alberghieri e lottizzazione abusiva*, in *Immobili & proprietà*, 2006, 553 e ss.

B) Sulla confisca in generale cfr. FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. 2005, Torino, tomo I, 201 e ss.

Prendono in esame il proteiforme volto che la confisca ha assunto nella legislazione speciale *extra codicem*, con i molti problemi anche in tema di tutela della sfera giuridica dei soggetti incisi dalla misura, FONDAROLI, *Le*

ipotesi di speciali di confisca nel sistema penale, Bologna, 2007, nonché FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997.

Sulla speciale confisca "urbanistica" cfr. sempre PELISSE-RO, *Commento all'art. 44 cit.*, in specie 1114 e ss., anche per ogni ulteriore rimando. Per un commento alla "rigoristica" giurisprudenza, che ritiene la confisca urbanistica opponibile anche ai terzi estranei al reato, cfr. VINCIGUERRA, *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. it.*, 2005, 1912 e ss.

C) Sulla figura del custode giudiziario in generale può vedersi RIVELLO, *Commento all'art. 259*, in AA.VV., *Codice procedura penale commentato*, a cura di GIARDA – SPANGHER, 3ª ediz., Milano, 2007, 1855 e ss., con l'avvertenza peraltro che detto art. 259 c.p.p. concerne il sequestro probatorio, non quello preventivo.

Sulla competenza alla nomina del custode e ad ogni successivo provvedimento di gestione del *munus* custodiale, nel caso di sequestro preventivo, non si ravvisano, a quanto consta, specifici contributi.

Stefano Marcolini
Professore Aggregato in
Diritto Processuale Penale
Università dell'Insubria