

QUESTIONI APERTE

Confisca - Prescrizione del reato

La decisione

Confisca urbanistica - Estinzione del reato per prescrizione - Accertamento incidentale della responsabilità penale dell'imputato - Legittimità della misura ablatoria (C.E.D.U., art. 7; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44).

L'art. 7 C.E.D.U. esige, ai fini dell'applicazione di una pena, un legame di natura intellettuale che permetta di rilevare un elemento di responsabilità colpevole nella condotta dell'autore materiale del reato. Inoltre, la legge penale deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono, affinché la stessa sia accessibile e i suoi effetti siano prevedibili. Per tale ragione, la confisca urbanistica di cui all'art. 44, d.P.R. n. 380/2001, può essere legittimamente applicata solo allorquando il giudice penale abbia previamente accertato la sussistenza di ogni elemento, oggettivo e soggettivo, del reato di lottizzazione abusiva, sebbene tale accertamento sostanziale possa essere contenuto anche in una sentenza di formale proscioglimento per prescrizione del reato.

Confisca urbanistica - Assoluzione nel merito - Declaratoria di prescrizione in Cassazione - Confisca - Illegittimità - Presunzione di innocenza (C.E.D.U., art. 6, § 2; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44).

Viola la presunzione di innocenza ex art. 6, § 2, C.E.D.U., l'applicazione della confisca urbanistica ad un imputato che, dopo essere stato sostanzialmente assolto dal giudice di merito per ritenuta compatibilità fra il progetto di lottizzazione e le disposizioni urbanistiche vigenti, sia stato incidentalmente ritenuto colpevole dalla Corte di cassazione in sede di proscioglimento per prescrizione del reato.

Confisca urbanistica - Bene di proprietà di una società estranea al giudizio penale - Confisca del bene sociale - Illegittimità (C.E.D.U., artt. 6, 7; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44).

Non può essere irrogata la confisca urbanistica nei confronti di persone giuridiche, laddove esse non siano state parti del procedimento penale contro la persona fisica imputata del reato di lottizzazione abusiva, e laddove il loro legale rappresentante abbia agito a titolo personale, poiché in questo caso la misura ablatoria violerebbe il principio di legalità, il diritto di proprietà e il diritto ad un equo processo in capo all'ente.

Confisca urbanistica - Misura ablatoria automatica e non graduabile in concreto - Violazione del principio di proporzionalità - Illegittimità (Prot. 1 Add. C.E.D.U., art. 1; d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44)

Viola l'art. 1 Prot. 1 Add. Cedu (secondo il quale ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni e nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla

legge e dai principi generali del diritto internazionale), per violazione del principio di proporzionalità, l'applicazione automatica della confisca urbanistica del bene abusivamente lottizzato, in quanto essa 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.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, GRANDE CAMERA, 28 giugno 2018 - LÓPEZ GUERRA, *Presidente* - G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, *ricorrenti*.

Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione. Una problematica riflessione in materia di decisione sul reato estinto.

Il testo analizza la sentenza *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, con la quale la Corte EDU ha stabilito che la confisca urbanistica ex art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 può essere applicata anche in caso di prescrizione del reato. Dopo un breve riepilogo dei precedenti giurisprudenziali più rilevanti sulla questione, particolare attenzione è riservata al problema dell'adattamento dogmatico dell'ordinamento giuridico interno alla decisione.

Urban Confiscation without condemnation and prescription.

A problematic reflection on the issue of the decision on the offence extinguished.

The text analyzes the sentence G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, by which the Court EDU established that confiscation ex art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 can be applied if the offence has lapsed. After a brief summary of the previous relevant judicial precedents on the question, particular attention is paid to the issue of dogmatic adaptation of the internal legal system to the decision.

SOMMARIO: 1. L'inquadramento dogmatico della questione. – 2. I precedenti *arrets*: oscillazioni esegetiche – 3. La decisione *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia* – 4. Alle origini di un equivoco: la natura giuridica della prescrizione. – 5. L'art. 129 c.p.p. alla deriva: a) il reato prescritto nei gradi di giudizio successivi al primo. – 6. (segue): b) il reato prescritto nel primo grado di giudizio.

1. L'inquadramento dogmatico della questione.

Riunita nella sua più insigne composizione, la Corte europea dei diritti dell'Uomo, con la sentenza *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*¹, è tornata a pronun-

¹ Corte EDU, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, in www.echr.coe.int. Data la rilevanza della questione, la sentenza era grandemente attesa. Per un commento v. BIGNAMI, *Da Stasburgo via libera alla confisca senza condanna*, in www.questionegiustizia.it; CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza Varvara? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, in *questa Rivista*, 2018, 3, online; CIVELLO, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le resistenze italiane alla sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, in *questa Rivista*, 2019, 1, online; DELLO RUSSO, ADDANTE, *Questioni di confisca e prescrizione: la necessità di una condanna (anche non passata in giudicato)*, in *questa Rivista*, 2018, 2, online; GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7, 221 ss.; LO GIUDICE, PULVIRENTI, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza GIEM e altri c. Italia*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 122 ss.; 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, online; RANALDI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: prime "applica-*

ciarsi sul travagliato istituto della confisca urbanistica², disciplinato dall'art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. In particolare, oggetto di attenzione è stato il significativo profilo concernente la possibilità di disporre detta misura nonostante l'estinzione del reato per prescrizione, vale a dire in assenza di una formale condanna³.

Non stupisce come la Corte EDU si sia allineata ai suoi precedenti arresti circa la natura della confisca urbanistica, rimarcandone l'appartenenza alla *matière pénale*. Si attendeva, invece, un'indicazione in ordine alla domanda se il potere ablativo necessiti di una sentenza di condanna. Su questo *punctum dolens*, la Grande Camera segna un cambio di rotta rispetto alla pronuncia *Varvara c. Italia* - che si approfondirà più avanti - quando si era chiaramente esclusa la possibilità di confiscare i terreni abusivamente lottizzati contestualmente ad un proscioglimento per prescrizione.

Nel caso qui in commento, all'opposto, il giudicante non ha ravvisato la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. nell'ipotesi in cui la confisca urbanistica, ancorché considerata sostanzialmente una "pena", sia disposta all'esito di un procedimento che, pur accertando l'esistenza del reato, ne dichiari l'estinzione per decorso dei termini di cui agli artt. 157 ss. c.p.

Quanto deciso dalla *Grande Chambre*, se trasposto in blocco nell'ordinamento italiano, pare mettere in grave pericolo l'armonia strutturale del sistema giuridico interno sotto molte angolature. Diverse, in effetti, le questioni dogmatiche che convergono sulla confisca urbanistica.

Sul piano sostanziale, viene anzitutto in rilievo quella attinente alla natura giuridica della discussa misura patrimoniale. L'interrogativo, d'altra parte, sembra avere trovato pacifica risposta: come sarà meglio esplicitato, è ormai condivisa la visione che fa della confisca urbanistica una sanzione penale. Se tanto è vero, è doveroso, però, anche saggiare le conseguenze applicative di tale acquisizione interpretativa. In effetti, se si sposa la prospettiva che vede questa misura come uno strumento sanzionatorio appartenente alla materia penale, così come più volte rimarcato dalla Corte EDU, è altresì necessario avvedersi

zioni" della sentenza *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, in questa Rivista, 2019, 1, online.

² Per una ricostruzione critica dell'istituto, anche in ottica sovranazionale, v. ESPOSITO, *La confisca nei reati urbanistici e ambientali*, in *Sequestro e confisca*, a cura di Montagna, Torino, 2017, 515 ss.; sempre sulla confisca urbanistica, MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, *ivi*, 23 ss.

³ Il fenomeno delle confische senza condanna è quantomeno eterogeneo. Focalizzando, in questa sede, l'attenzione sulla sola confisca urbanistica, per apprezzare il carattere polifunzionale dell'istituto si rinvia a CUPELLI, DE SANTIS, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita*, in *Sequestro e confisca*, a cura di Montagna, cit., 113 ss.; MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca di autore*, in *Cass. pen.*, 2016, 2719 ss.; MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimine sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1259 ss.; PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege data e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1672 ss.

del suo asservimento agli effetti del termine prescrizionale, il cui spirare dovrebbe evidentemente sbarrarle la strada, al pari di ogni altra pena.

Ed ecco, allora, che proprio la natura giuridica della prescrizione si appalesa come la seconda questione su cui riflettere. Se si osserva attentamente, infatti, il dialogo fra Corti europee e nazionali corre proprio sul filo implicito, in quanto mai espressamente palesato, di un'aspra diatriba che, solo se messa in controluce, svela il suo reale oggetto: non la confisca in sé, ma quali siano gli effetti del tempo su di un reato estinto meritevole di confisca. E sul punto è ormai evidente la tendenza, da parte dei giudici europei, ad accordare esclusivo rilievo processuale al fenomeno prescrittivo, il quale, invece, nella dogmatica italiana, riposa, non senza conseguenze, anzitutto su basi sostanziali.

Non meno spinose le questioni che si stagliano sul versante processuale. Segnatamente, oggetto di analisi sono le interferenze con l'art. 129 c.p.p., che, non a caso, richiama il giudice all'immediata declaratoria del fenomeno estintivo. Giova rappresentare che quello espresso dall'art. 129 c.p.p. si presenta quale principio generale che il codice ribadisce anche in altre disposizioni che presidiano diversi momenti del procedimento, sì da renderne pressoché immanente l'operatività. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 425 c.p.p., ove l'estinzione del reato o la mancanza di una condizione di procedibilità giustifica il non luogo a procedere; all'art. 529 c.p.p., che, spostando il tiro alla fase del giudizio, disciplina la sentenza di non doversi procedere e alla disposizione, ad essa complementare, dell'art. 531 c.p.p. relativo alla dichiarazione di estinzione del reato; infine, per quanto riguarda il giudizio di cassazione, all'art. 620, co. 1, lett. a), ove si enuncia, in modo coerente, che "la corte pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio [...] se il reato è estinto".

Se l'opera della Corte EDU è volta a ricostruire in modo elastico gli istituti nazionali, ammettendo, come nel caso in oggetto, una pena insieme ad un proscioglimento per prescrizione, le disposizioni citate richiamano il giurista italiano ad una ben più pregnante fisionomia formale della "condanna": tale è solo quella che accerta il reato nel rispetto di determinate garanzie, tra le quali - lo si anticipi fin da ora - si inserisce certamente la condizione che essa sopravvenga entro i tempi necessari a maturare la prescrizione.

V'è anche da dire che non mancano apparenti eccezioni, le quali, però, altro non fanno che confermare la graniticità della regola che salda l'irrogazione di una pena ad un formale provvedimento di condanna.

Ed infatti, a indiretta conferma di quanto esposto, sta la tendenza della giurisprudenza di legittimità a restringere la latitudine applicativa di quelle norme che, a fronte di un illecito estinto, aprono le porte ad un accertamento di merito⁴, ma, ed è questo il punto, solo per finalità ben diverse dall'irrogazione di

⁴ Definito come le «questioni da cui dipendono assoluzioni-condanna». Così CORDERO, *Procedura*

una sanzione penale. Segnatamente, per decidere sulla pretesa risarcitoria (art. 578 c.p.p.) ovvero sull'applicazione di una misura di sicurezza (art. 579 c.p.p.). In particolare, la prima delle due norme elencate assume peculiare rilievo ai fini della disamina in corso posto l'espresso riferimento in esso contenuto alla circostanza che nelle more del giudizio sopravvenga la prescrizione o l'amnistia.

E l'importanza di una riflessione sui temi della confisca e della prescrizione emerge ancor di più oggi a fronte della recente introduzione dell'art. 578-bis c.p.p. (inserito con l'art. 6, co. 4, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21) che, ispirato proprio alla disposizione che lo precede, salva la cognizione del giudice d'appello o della Corte di cassazione sul reato estinto, ai soli fini della confisca, in caso di prescrizione o amnistia. È quindi doveroso chiedersi se e a quali condizioni l'art. 578-bis c.p.p. possa applicarsi anche a quella particolare figura di ablazione che domina la materia urbanistica.

Si premetta subito che, se raffrontato con la tradizione giuridica interna, il collegamento tra la pena ed il proscioglimento per prescrizione che emerge dalla sentenza *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia* costituisce certamente un infelice epilogo decisorio, che appare fin da subito gravido di insidiose implicazioni teoriche.

Quello della Grande Camera, comunque, è solo l'ultimo approdo di una lontana parabola giurisprudenziale che, pur nei suoi passaggi essenziali, merita di essere corvivamente ripercorsa, affinché ne esca una ristretta immagine d'insieme della vicenda.

2. I precedenti *arrets*: oscillazioni esegetiche.

La giurisprudenza di legittimità è stata per lungo ancorata ad un inossidabile orientamento: la confisca urbanistica ha natura di sanzione amministrativa accessoria⁵. Muovendosi sul solco di tale qualificazione, si è pervenuti ai seguenti corollari: la sufficienza, ai fini dell'operatività della misura, dell'accertamento degli elementi materiali del fatto, e non anche dell'elemento soggettivo; l'opponibilità della stessa anche nei confronti dei terzi in buona fede; infine, la sua potenziale operatività in caso di prescrizione dell'illecito - con conseguente sentenza di non doversi procedere - ferma, nondimeno, la necessità che il giudice accertasse il fatto di reato⁶.

penale, Milano, 2012, 985. Volendo, per ulteriori approfondimenti, v. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 665 ss.; DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1975, 5 ss.

⁵ Sulla natura giuridica della confisca urbanistica, per una completa ricostruzione del quadro normativo, nonché della giurisprudenza di legittimità, si rinvia a LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 239 ss.

⁶ Cir. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-

Tale quadro di linearità ha subito una netta rottura in occasione delle pronunce *Sud Fondi e altri c. Italia*⁷.

Sulla base della concezione autonoma di *matière pénale*⁸, frutto degli elaborati criteri Engel⁹, i giudici di Strasburgo hanno anzitutto argomentato per la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica. A parere della Corte EDU, molti, in effetti, erano i rivelatori di penalità della misura ablatoria. Anzitutto, la circostanza che questa figurasse in una disposizione rubricata “sanzioni penali”; ancora, il suo carattere marcatamente afflittivo e preventivo; e, infine, la notevole espansività del suo oggetto, in quanto la confisca non sarebbe circoscritta alle opere abusive oggetto di demolizione, ma all’intero compendio immobiliare abusivamente lottizzato.

Per la Corte europea, dunque, gli elementi convergevano insistentemente verso un granitico esito: si trattava di una vera e propria “pena”, in quanto tale riconducibile nello spettro del principio di legalità convenzionale di cui all’art. 7 C.E.D.U.

Sulla scia di tale netto mutamento di paradigma, i giudici di Strasburgo, in occasione del caso Sud Fondi, hanno subordinato la legittimità della confisca urbanistica a più rigorosi presupposti, maggiormente aderenti al carattere sostanzialmente penale del discusso strumento ablatorio. In questa direzione, ci si è spinti fino ad ancorare la confisca all’imprescindibile sussistenza di un legame di natura intellettuale tra la condotta dell’autore ed il fatto di lottizzazione abusiva (c.d. *mental link*). Il *novum* della pronuncia è stato dirompente. Se la confisca è una sanzione penale - hanno statuito i giudici - l’accertamento di responsabilità deve coinvolgere anche la sussistenza dell’elemento psicologico: lo impone l’art. 7 della Convenzione.

Nulla di nuovo, nel frattempo, all’orizzonte del diritto vivente interno. Di fat-

4, 278; conformemente, ESPOSITO, *La confisca nei reati urbanistici e ambientali*, cit., 522.

⁷ Il riferimento è a Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, in www.echr.coe.int; Corte EDU, 10 maggio 2012, *Sud Fondi e altri c. Italia*, in www.echr.coe.int. Per un commento v. BEDUSCHI, *Confisca degli “ecomostri” di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l’Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸ Com’è noto, la Corte EDU può autonomamente valutare se, una data misura, comunque qualificata dal diritto interno, abbia o meno natura sostanzialmente penale. Sulla natura penale della confisca urbanistica v. GAITO, FURFARO, *Giustizia penale patrimoniale*, in *I principi europei del diritto penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 605 ss. Sulla nozione di materia penale, sempre in relazione alla confisca urbanistica, v. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, cit., 4 ss. Tuttavia, non vi è unanimità di vedute, all’interno della stessa Corte di Strasburgo, rispetto alla definizione di un criterio dirimente circa la nozione di *matière pénale*. Invero, si oscilla tra orientamenti che hanno diversamente graduato il binomio prevenzione/punizione; per una rassegna critica sul punto, in generale, v. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.

⁹ Il riferimento è a Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in www.echr.coe.int; più recentemente, in modo conforme, Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in www.echr.coe.int.

to, con atteggiamento conservativo, la giurisprudenza di legittimità ha continuato indefettibilmente a rimarcare la natura amministrativa della confisca urbanistica, trincerandosi a difesa del potere di confiscare anche in ipotesi di intervenuto decorso del termine prescrizionale. Unico correttivo accolto dalla Suprema Corte, a seguito degli impulsi provenienti da Strasburgo, è stata la non operatività del potere ablativo nei confronti del terzo in buona fede¹⁰.

Proprio queste frizioni hanno dato l'abbrivio ad un'ulteriore presa di posizione della Corte EDU: sulla scia di un tendenziale - e coerente¹¹ - ampliamento delle guarentigie, si è andato ad aggiungere al quadro ora accennato la sentenza *Varvara c. Italia*¹², contenente un ben più complesso quesito rispetto al caso Sud Fondi. Precisamente, si trattava di stabilire se violasse l'art. 7 C.E.D.U. l'applicazione della confisca, non a seguito di una sentenza di assoluzione (per carenza, come nel caso precedente, dell'elemento psicologico), bensì conseguentemente ad un proscioglimento per prescrizione. Una «ben sottile distinzione»¹³, questa, per la Corte EDU, la quale si è comunque determinata per un ulteriore ampliamento della legalità convenzionale. Invero, ribadita ancora la natura sostanzialmente penale della confisca, se n'è dedotta la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. qualora il provvedimento ablatorio sia inflitto nonostante la sopraggiunta prescrizione.

La sentenza *Varvara c. Italia* ha certamente sancito una netta rottura con gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Sono, così, maturati i tempi per l'ordinanza del 20 aprile 2014¹⁴, invocante

¹⁰ Per una ricognizione critica della giurisprudenza di legittimità successiva al caso Sud Fondi, anche con riferimento alla posizione del terzo, v. ESPOSITO, *La confisca nei reati urbanistici e ambientali*, cit., 531 ss.

¹¹ La pronuncia sembra porsi senza soluzione di continuità rispetto agli arresti dei giudici di Strasburgo. Invero, si osservi come la necessità, ai fini di una confisca, che il reato non si estingua per prescrizione, era già stata espressa in Corte EDU, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, in www.echr.coe.int, occasione in cui i giudici europei avevano censurato la decisione di una Corte d'appello greca, la quale, pur in presenza della prescrizione, aveva proceduto ad accertare la sussistenza sostanziale del reato; non potendo recuperare la merce contrabbandata, i giudici greci aveva quindi applicato una misura che, nell'ordinamento giuridico italiano, sarebbe qualificata come una confisca per equivalente.

¹² Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in www.echr.coe.int. Per un commento sulla pronuncia v. BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, 1395 ss.; DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: tanto tuonò che piovve*, in *questa Rivista*, 2013, 3, online; MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it; MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, *ivi*.

¹³ Osserva VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, cit., 279, e, rilevando il complesso dialogo dogmatico tra giudici nazionali e sovranazionali, l'Autore prosegue evidenziando come gli «osservatori stranieri» non siano «avvezzi alle bizantinerie che costituiscono il pane quotidiano dell'ordinamento italiano, e per i quali l'unico dato rilevante rischiava di essere proprio l'assenza di una sentenza di condanna contenente un'inequivoca affermazione di colpevolezza dell'imputato, idonea come tale a supportare l'inflizione della pena rappresentata dalla confisca».

¹⁴ Per la quale si rinvia a DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: que-*

una chiarificatrice presa di posizione della Corte costituzionale che è, poi, stata consacrata nella sentenza n. 49 del 26 marzo 2015¹⁵. Due le questioni su cui si chiedeva una netta presa di posizione: la necessità di un adeguamento alla Convenzione dell'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 e l'esigenza di adoperare il paracadute dei controlimiti nei confronti di una pronuncia – quella relativa al caso Varvara – che, saldando la confisca ad una condanna in senso formale, avrebbe finito per compromettere la tutela degli interessi ambientali.

Nel respingere entrambe le questioni sollevate, il giudice delle leggi ha confezionato un ragionamento che desta talune perplessità¹⁶. Secondo i giudici costituzionali, la Corte di Strasburgo, quando ragiona espressamente in termini di condanna, non ha a mente la forma della pronuncia, ma la sostanza dell'accertamento¹⁷. Con la conseguenza che ben può infliggersi una confisca in caso di prescrizione del reato – ossia senza una formale condanna – purché il fatto di reato sia accertato nella sostanza. Ebbene, siffatto argomentare non può andare esente da critiche. È evidente come la Consulta, nel tentativo di armonizzare gli orientamenti europei con il diritto interno, abbia finito per sovvertire la portata della pronuncia *Varvara c. Italia*, dalla quale emergeva con ogni evidenza la riluttanza dei giudici di Strasburgo ad accettare l'ipotizzabilità di una confisca susseguente ad un reato estinto.

Questo il quadro che precedeva la sentenza *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, la quale, in quanto chiamata a comporre le frizioni rappresentate, era particolarmente attesa, con l'aspettativa ulteriore che l'autorevolezza della Grande Camera potesse ricucire lo strappo dogmatico tracciato dal dialogo tra formante giurisprudenziale interno e Corte EDU.

3. La decisione *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*.

Nel caso di specie ricorrevano a Strasburgo quattro persone giuridiche ed

stione di costituzionalità o di sfiducia verso il sistema?, in *questa Rivista*, 2013, 2, online; volendo, anche CIVELLO, *Al vaglio della Consulta l'incompatibilità tra confisca urbanistica e prescrizione del reato, alla luce della sentenza Varvara c. Italia*, in *questa Rivista*, 2014, 2, online.

¹⁵ Corte cost., sent. 25 marzo 2015, n. 49, in *Giur. cost.*, 2015, 391 ss., con nota di REPETTO, *Vincolo al rispetto della CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, 411 ss., e MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, 421 ss. Per un commento v. altresì BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it; CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia non vincola il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *questa Rivista*, 2015, 783 ss.; CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost., sent. n. 49/2015)*, in www.giurcost.org, 10 aprile 2015; VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, *Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁶ Non a caso vi è chi ha parlato di «argomentazioni acrobatiche»: ESPOSITO, *La confisca nei reati urbanistici e ambientali*, cit., 539.

¹⁷ Corte cost., sent. 25 marzo 2015, n. 49, cit., 406.

una persona fisica. Ad accomunarle, la sorte di essere tutte destinatarie di una confisca urbanistica disposta in assenza di un provvedimento di formale condanna nei confronti degli autori del reato di lottizzazione abusiva.

Tra le questioni affrontate ha assunto carattere preminente la lesione del principio di legalità convenzionale (art. 7 C.E.D.U.), così come lamentata dai ricorrenti.

Procedendo per ordine, l'architrova argomentativo che sorregge l'esito della decisione si appunta sulla natura giuridica della confisca (§§ 210 ss.): questa - ribadisce il decidente - in adesione ai precedenti orientamenti della Corte, «può essere considerata una pena nel senso dell'art. 7 della Convenzione» (§ 222), ossia, una sanzione sostanzialmente penale. Ciò in forza della gravità dei suoi effetti, del carattere spiccatamente afflittivo che la connota e della funzione, soprattutto special-preventiva, che essa mira ad esercitare. Tale qualificazione è non senza conseguenze per gli Stati aderenti. In particolare, comporta, per l'Italia, l'obbligo di irrogare la misura ablatoria, non all'esito di un procedimento *stricto sensu* penale, ma che, anche diversamente qualificato, riconosca le garanzie che la Corte EDU esige affinché possa legittimamente infliggersi una sanzione appartenente alla *matière pénale*.

Da tale premessa vengono tratte le seguenti conclusioni.

Anzitutto, circa la necessità di un nesso psicologico tra l'autore ed il fatto di reato (§§ 241 ss.), la Grande Camera ricostruisce i termini della questione secondo il binomio regola/eccezione¹⁸. Più precisamente, una pena di cui all'art. 7 C.E.D.U., viene evidenziato, esige, di regola, la sussistenza di un legame di tipo psichico tra chi pone in essere la condotta e l'illecito che ne deriva. Lo impone il principio personalistico della responsabilità penale, declinato nel corollario convenzionale della prevedibilità della norma (§ 242).

Tuttavia, come ogni regola, continuano i giudici di Strasburgo, anche questa non si sottrae a talune limitate eccezioni. Gli Stati, in tal senso, possono prevedere forme di responsabilità oggettiva fondate su presunzioni di colpevolezza¹⁹, purché queste siano contenute entro rigidi confini: vale a dire che devono ammettersi solo nella forma relativa, permettendo la prova

¹⁸ In tal senso GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, cit., 225.

¹⁹ Sul punto, si condividono le critiche di chi ha rilevato come «una motivazione così ambigua, che, da una parte, sottolinea il legame tra la facoltà statale di ordinare una pena senza sentenza formale di condanna e il dovuto rispetto alla presunzione di innocenza e, dall'altra, subito dopo, "apre" alla possibilità che, in questo stesso ambito, gli ordinamenti statali invertano l'onore della prova facendo uso di presunzioni in fatto e in diritto, presta il fianco a letture depressive delle garanzie convenzionali». Così LO GIUDICE, PULVIRENTI, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza GIEM e altri c. Italia*, cit., 134.

contraria, in quanto non è ritenuto conforme alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 della Convenzione «privare una persona di qualsiasi possibilità di discolarsi rispetto ai fatti di cui è accusata» (§ 243).

Nesso di natura intellettuale che, in ogni caso, era già stato riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, conseguentemente – come visto – aveva escluso l'opponibilità della confisca anche al terzo in buona fede.

Se non destano perplessità le declinazioni argomentative della Corte EDU in punto di elemento soggettivo, tanto non può dirsi rispetto al cuore della decisione, ossia la discussa necessità di una condanna formale ai fini della confisca urbanistica, nodo gordiano che ha occasionato un vero e proprio *overruling* europeo. Come già osservato, in occasione del caso Varvara si era respinta la legittimità del potere ablatorio in caso di estinzione del reato, esigendosi, dunque, una formale sentenza di condanna. Tuttavia, a conclusioni diametralmente dissimili si è pervenuti nella pronuncia *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia* (§§ 242 ss.).

Posta la natura sostanzialmente penale della misura in esame, ha ricordato il giudice europeo, è d'uopo inferire la necessità di un accertamento di penale responsabilità degli elementi oggettivi e soggettivi del reato ai fini della sua legittima irrogazione. Cionondimeno – e qui si coglie la portata dirimente della pronuncia – non è necessario che detto accertamento rivesta la forma di una condanna, potendo lo stesso accompagnarsi anche ad un proscioglimento per prescrizione. Si statuisce, in particolare, 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).

È alla sostanza del provvedimento, e non alla forma, dunque, che deve guardarsi. Onde la possibilità – lo si ribadisce – per i giudici italiani, di irrogare la confisca all'esito di un procedimento che si chiuda con la prescrizione, ma che abbia, al contempo, accertato la sussistenza di tutti gli elementi del fatto di lottizzazione abusiva. I giudici di Strasburgo, in definitiva, paiono accogliere e ratificare l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015.

Tale apertura esegetica viene parzialmente ricucita, con atteggiamento di *self-restraint*, in occasione di un altro quesito affrontato dalla Corte EDU riguardante la presunzione di innocenza (§ 310 ss.): precisamente, se la confisca urbanistica possa irrogarsi, in seconde cure, pur in presenza di una pronuncia di primo grado che abbia assolto nel merito l'imputato per insussistenza della fattispecie di lottizzazione abusiva.

La risposta negativa della Grande Camera, stempera, parzialmente, le criti-

cità: se v'è stata assoluzione nel giudizio antecedente e, nelle more, è decorso il termine prescrizione, al giudice è precluso l'esercizio del potere ablatorio. In ipotesi di questo tipo, infatti, la presunzione di innocenza non può dirsi rispettata. Il punto merita una riflessione, soprattutto in ragione delle considerazioni che ci si riserva di compiere più avanti. Nell'architettura della pronuncia sembrerebbe prospettarsi l'idea che la confisca urbanistica abbisogni di una condanna nel grado di giudizio precedente a quello in cui viene applicata. Si noti, però, come non sia stata nemmeno presa in considerazione l'ipotesi, pure frequente, in cui il reato si prescriva anteriormente ad una sentenza di prime cure.

Quanto alla questione - pure sollevata - se il principio di legalità convenzionale possa dirsi violato nel caso di un procedimento che applichi una confisca nei confronti di un ente che, però, non vi abbia preso parte, la Corte, affermando il divieto di responsabilità per fatto altrui - ossia «il principio secondo cui una persona non può essere sanzionata per un atto che coinvolge la responsabilità penale di altri» - conclude che «una misura di confisca applicata, come nel presente caso, a persone fisiche o giuridiche che non sono parti in causa è incompatibile con l'art. 7» (§ 274). Ne deriva, sotto tale profilo, la condanna dell'Italia.

Non stupisce²⁰, infine, la violazione dell'art. 1 Prot. Add. C.E.D.U. (riguardante la tutela del diritto di proprietà), dovuta alla rigidità di un istituto che si abbatte sull'intero bene lottizzato, travalicando il suo stesso argine funzionale, quale la protezione dell'ambiente. E, sul punto, viene ricordato come ogni provvedimento che interferisca con la proprietà debba ragionevolmente contemperare i mezzi impiegati con lo scopo perseguito (§ 293), dovendo altresì assicurarsi la partecipazione procedimentale - anch'essa non rispettata nel caso di specie - del soggetto che subisce la misura (§ 302).

4. Alle origini di un equivoco: la natura giuridica della prescrizione.

Insomma, sul rapporto tra confisca urbanistica e legalità convenzionale, l'edificio elaborato a livello interno, così come ritoccato dalla Consulta, pare aver retto l'urto delle scosse della Corte EDU.

Non può sottacersi, tuttavia, che gli interventi a quattro mani dei giudici italiani ed europei abbiano finito per partorire una figura ablatoria dogmaticamente apolide o, come è stato efficacemente descritto, un «ibrido no-

²⁰ Così DELLO RUSSO, ADDANTE, *Questioni di confisca e prescrizione: la necessità di una condanna (anche non passata in giudicato)*, cit., 3; nella stessa direzione GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, cit., 227.

strano»²¹.

Di fatto, lo stato dell'arte è il seguente: la confisca urbanistica appartiene alla materia penale - è, dunque, una "pena" secondo l'art. 7 della Convenzione - ma, al contempo, può applicarsi anche in ipotesi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, vale a dire a prescindere da una formale sentenza di condanna. L'imbarazzo di tale forzatura dogmatica è palpabile. Ora, la premessa di base, ossia la natura sostanzialmente penale della confisca, è ampiamente condivisibile, considerata la quasi univoca convergenza degli indicatori di penalità sulla misura. Decisamente meno convincente, invece, è l'asserita applicabilità della stessa senza un accertamento che si concluda nella forma di una condanna²². Invero, le prospettive esegetiche appaiono avvinte da un rapporto di reciproca e indefettibile esclusione: o alla confisca *ex art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380 del 2001* si accorda natura strettamente amministrativa, ed allora essa, in astratto, può operare anche in caso di estinzione del reato; o, se, all'opposto, alla medesima si riconosce lo stigma della penalità, non si vede come possa sottrarsi alle scuri della prescrizione. E, come premesso, è proprio qui che si annida il primo *em-passe* interpretativo della materia. In poche parole, ciò che più preme non è tanto la ricostruzione dogmatica della confisca, quanto quali siano gli effetti del tempo sulla confiscabilità di un bene abusivamente lottizzato, ma oggetto di un illecito penale caduto in prescrizione. Si tratta di stabilire, in definitiva, se l'effetto obliante del fenomeno estintivo valga anche in ipotesi di questo tipo o meno. E, se nell'ottica dell'ordinamento giuridico italiano la risposta non può che essere affermativa, ad una diversa lettura si prestano le argomentazioni dei giudici europei, il cui linguaggio riporta l'attenzione su di una *querelle* che mai si è del tutto acquietata: quella relativa alla natura giuridica della prescrizione.

Ecco, allora, l'origine dell'equivoco: il vocabolario giuridico della Corte EDU, teso ad evitare dei vuoti di tutela, denota un inganno concettuale di fondo, secondo il quale la prescrizione non osterebbe all'irrogazione di una pena.

Ebbene, richiamando le linee di un dibattito arcinoto, *in subiecta materia* le prospettive dottrinali si sono da sempre arroccate su due fronti, rispettivamente a difesa della natura sostanziale o processuale della causa estintiva di cui si discute. La teoria processuale era certamente imperante sotto il codice penale del 1889, la cui terminologia lasciava scarso spazio

²¹ L'espressione è di MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, cit., 432.

²² Dello stesso avviso è CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza Varvara? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, cit., 11.

all'interpretazione. Invero, all'art. 91 si statuiva, senza troppi fronzoli, che «la prescrizione [...] estingue l'azione penale», con ogni conseguenza circa la natura giuridica della causa in esame. Tale prospettiva²³, però, ha decisamente perso vigore con l'entrata in vigore del codice penale del 1930, la cui Relazione illustrativa ha scemato ogni dubbio circa la ragion d'essere del fenomeno, connotandolo espressamente in termini sostanziali²⁴.

E su questa linea si pone, ad oggi, la dottrina maggioritaria, la quale individua il fondamento dogmatico della prescrizione proprio nell'affievolimento della pretesa punitiva dello Stato a causa del decorso del tempo²⁵.

Questioni di economia del presente lavoro impediscono di analizzare *funditus* il tema. In questa sede si vuole soltanto evidenziare come tale modo di intendere il rapporto tra reato e tempo non sia senza conseguenze in ordine all'individuazione del rango legislativo della prescrizione e dell'identificazione dei soggetti legittimati ad incidere su di essa.

Invero, la portata sostanziale di questa causa estintiva la proietta direttamente nell'alveo di tutela dell'art. 25, co. 2, Cost.²⁶, con il conseguente monopolio legislativo di qualsivoglia modifica sul punto. Corollario dell'assunto, a sua volta, è l'applicabilità *in subiecta materia* dell'art. 2, co. 2, c.p., vale a dire del principio di retroattività della norma più favorevole.

E, proprio la Corte costituzionale, nonostante l'atteggiamento antiformalistico assunto nella sentenza n. 49 del 2015, ha da sempre puntato decisamente in alto circa la tutela del “tempo dell'oblio”, ammonendo l'interprete che in forza della riserva di legge devono ritenersi “inammissibili

²³ In riferimento alla teoria processuale, cfr. la ricostruzione di PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. Pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 660. Per una ricognizione critica delle proposte di riforma della prescrizione, alcune delle quali sono basate sul distinguo tra prescrizione del reato e prescrizione del procedimento, v. BARGIS, *La prescrizione del reato e i “tempi” della giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1402 ss.

²⁴ Nella Relazione del guardasigilli Alfredo Rocco viene, infatti, affermato che le cause estintive «si riferiscono al rapporto giuridico nascente da reato, e non già al rapporto giuridico processuale nascente dal promovimento dell'azione penale»: *Relazione sul libro I*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, V, Roma, 1929, 199.

²⁵ Anche se il dibattito sul punto non si è mai sopito, la più accreditata dottrina italiana è saldamente ancorata alla concezione sostanziale della prescrizione. Sul punto v. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Milano, 2003, 771; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, Bologna, 2014, 792; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 823; PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, cit., 661. Sulla questione, in generale, MANTOVANI, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, Torino, 2008. Per una riflessione critica v. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 472 ss. Apre ad una concezione processuale della prescrizione MARINUCCI, *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *Il sole 24 ore*, 12 marzo 1998. Per una recente ricostruzione critica del tema, anche in relazione al caso “Taricco”, v. FALCINELLI, *La prescrizione e il coraggio dell'interpretazione - Punire il colpevole del reato, tra discrezionalità giudiziale e necessità di sistema*, cit., 662 ss.

²⁶ Per una ricostruzione dei fondamenti costituzionali della prescrizione v. UBERTIS, *Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1016 ss.

pronunce il cui effetto possa essere quello di introdurre nuove fattispecie criminose, di estendere quelle esistenti a casi non previsti, o, comunque, di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi²⁷.

Tornando al cuore della questione, è difficilmente sostenibile l'armonia tra la pronuncia *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, che mira a proteggere il reato di lottizzazione abusiva dagli effetti dell'estinzione, i quali non sono ritenuti dai giudici europei ostativi alla confiscabilità penale del bene, e l'essenza della prescrizione italiana, diretta espressione di una legalità formale che, all'opposto, individua il trascorrere di un determinato periodo di tempo come un limite invalicabile per la pena, per giunta costituzionalmente tutelato.

Tanto che ammettere la punibilità oltre i termini di cui agli artt. 157 ss. c.p. si tradurrebbe nel sovvertire la ragion d'essere sostanziale della prescrizione, con buona pace della legalità formale. Di modo che, svuotata della funzione neutralizzante della punibilità in astratto, detto fenomeno sarebbe ridotto ad un mero incidente di percorso, approdo teorico che già autorevole dottrina respingeva in tempi non recenti, evidenziando come fosse inaccettabile accogliere l'idea che «l'estinzione del reato dissimuli un fenomeno esclusivamente processuale»²⁸.

Oltretutto, più che su argomenti esegetici, il meccanismo di “minimizzazione” messo in atto dalla Corte EDU riposa unicamente sulla lotta all'impunità. Si argomenta, infatti, che «per l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi, gli autori di questi reati sfuggirebbero sistematicamente all'azione penale e, soprattutto, alle conseguenze dei loro misfatti» (§ 260).

Ora, che la bilancia della prescrizione sia perennemente alla ricerca di un equilibrio tra efficacia della pretesa punitiva e tutela dell'imputato da processi interminabili è cosa sicura, così come lo è la circostanza che, talvolta, la clessidra sembri tracciare una sottile, ma drammatica, divaricazione tra la legge e la giustizia sostanziale. Una materia, questa, in perenne fibrillazione, come dimostrano anche gli orizzonti legislativi che si stanno prefigurando²⁹.

²⁷ Corte cost., sent. 30 luglio 2008 n. 324, in *Giur. cost.*, 2008, 3483, con nota di MICHELETTI, *L'incensurabilità delle «riforme penali di favore»: un limite tecnico o di moderazione politica?*, 3488 ss.; negli stessi termini Corte cost., sent. 23 ottobre 2006, n. 393, in *Giur. cost.*, 2006, 4111, con nota di DODARO, *Principio di retroattività favorevole e «termini più brevi di prescrizione dei reati»*, 4116 ss.

²⁸ L'osservazione (fatta in materia di amnistia, ma estensibile anche alla prescrizione) è di CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, cit., 665.

²⁹ Sulle recenti riforme in materia di prescrizione v. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

È altrettanto sicuro, d'altra parte, che la risoluzione di questi nodi di politica criminale, in forza dell'art. 25, co. 2, Cost. debba impegnare anzitutto il legislatore italiano e non il formante giurisprudenziale, tanto meno europeo. Posto, in aggiunta, che il perimetro coperto dalla legalità non involge solo la descrizione dell'illecito, ma ogni vicenda della punibilità, soprattutto se ricostruita, come nel caso G.I.E.M. s.r.l., in termini evidentemente sfavorevoli per il soggetto su cui la pena si imbatte.

Si segnali, poi, che l'ontologica difficoltà di recepire, da parte dell'ordinamento interno, gli *inputs* sovranazionali su questo campo ha ovviamente allargato la materia del contendere. Non è un caso che, recentemente, le medesime difficoltà si siano avverate anche su altri fronti - in modo particolare, si trattava di frodi fiscali in materia di IVA - ove la Corte di giustizia dell'Unione europea sembrava suggerire, in sostanza, di "chiudere un occhio" sul fenomeno estintivo e recuperare quelle disponibilità economiche che, in forza dell'applicazione degli artt. 157 ss. c.p., sarebbero state immuni alla penalità³⁰.

Non è certamente questa la sede per affrontare le insidie della vicenda Taricco, ma è curioso rilevare il filo dogmatico che la lega a quella oggetto di esame da parte della Corte EDU nel caso in oggetto.

Anche in questa sede il principio di legalità mostra come sia del tutto irrisoria l'aspirazione di coniugare la natura penale della confisca con la sua immunità dagli effetti sostanziali del tempo. I riflessi interpretativi adombrati a Strasburgo, infatti, non si confrontano adeguatamente con la cultura giuridica italiana, tra le cui acquisizioni si iscrive, con una certa forza, la certezza che il fenomeno prescrittivo, estinguendo il reato, precluda ogni spazio per la pena: ciò in quanto esso opera anzitutto nella sostanza, e, solo *de relato*, sul piano processuale³¹.

³⁰ Il riferimento scontato è a Corte giust. UE, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, *Taricco*, in www.eur-lex.europa.eu. Tra i numerosi commenti v. FALCINELLI, *La prescrizione e il coraggio dell'interpretazione - Punire il colpevole del reato, tra discrezionalità giudiziale e necessità di sistema*, in *questa Rivista*, 2016, 654 ss.; NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia individuale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, *ivi*, 645 ss.; MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Nazionali nel diritto penale: il caso Taricco*, *ivi*, 673 ss.; MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1250 ss.; VIGANO, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it. Per l'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale - con la quale la questione è stata rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea, nonché per una una riflessione sui rapporti tra Corti, v. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso "Taricco", ricorre alla Corte di Giustizia EU: orientamenti e disorientamenti nel c.d. "dialogo fra le corti"*, in *questa Rivista*, 2017, 148 ss.; GIUNCHEDI, *La Consulta, la "regola taricco" ed il rapporto tra fonti europee*, *ivi*, 141 ss.; GIUNCHEDI, *La "regola Taricco" e il rapporto tra fonti europee*, *ivi*, 397 ss.

³¹ Così CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, cit., 681. Mette in rilievo l'ambivalenza del fenomeno anche FALCINELLI, *La prescrizione e il coraggio dell'interpretazione - Punire il colpevole del reato, tra*

Non può quindi tacersi come l'impropria accezione di condanna avallata dai giudici europei sia difficilmente in grado di soddisfare il contegno della legalità intesa in senso formale³², i cui confini, si consenta di osservarlo, sembrano ad oggi sotto attacco e in pericolosa regressione³³.

Tirando le fila di questo primo ordine di considerazioni, c'è allora da chiedersi quale sia stata la via intrapresa dai giudicanti italiani e sovranazionali per conciliare l'inconciliabile: semplicemente, mantenersi in una singolare "terra di mezzo". Se la Corte EDU è ferma nel ricondurre la confisca urbanistica alla *matière pénale*, la giurisprudenza italiana lo è altrettanto nel non assumere mai una netta presa di posizione, nella consapevolezza che un potere ablativo declinato in termini penali dovrebbe necessariamente soggiacere ai meccanismi della prescrizione. Se pertanto nella sostanza la confisca urbanistica è una pena, per il diritto vivente italiano essa gode ancora di una criticabile forma amministrativa, che si rivela certamente comoda sul piano esegetico, essendo solo questo il subdolo espediente per sganciarla dalla minaccia del tempo.

Oltre che la manifesta discordia tra il sistema europeo e quello interno, vanno poi colte le aporie insite nella stessa giurisprudenza della Corte EDU. Vale a dire che quest'ultima, insistendo ad incrementare le garanzie, sembrerebbe giunta a farle entrare in contraddizione. Infatti, non possono non registrarsi delle gravi incongruenze in un complesso argomentativo in cui, da un lato, in nome della guerra alla "truffa delle etichette", si afferma che la qualificazione penale di un istituto implica un procedimento applicativo corredato dalla tutela di certi diritti e, dall'altro, che tra di essi non deve necessariamente figurare l'aspettativa che detto procedimento si chiuda entro un determinato termine. Una trama motivazionale, insomma, che non si dispiega sempre regolarmente, ma che anzi sottende un cortocircuito logico in cui il rispetto di una garanzia, per assurdo, pare implicare il secco detrimento di altre di pari spessore.

5. L'art. 129 c.p.p. alla deriva: a) il reato prescritto nei gradi di giudizio successivi al primo.

discrezionalità giudiziale e necessità di sistema, cit., 662, ove l'Autrice rileva che «gli effetti della prescrizione penale non sono meramente processuali [...] implicando la non punibilità dell'eventuale reato oggetto d'imputazione nel processo estinto. Un effetto, dunque, sostanziale e definitivo».

³² Per una riflessione sulla portata garantistica del principio di legalità formale v. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 4, il quale lo individua come assioma a «salvaguardia [...] della libertà del singolo».

³³ Coglie nel segno chi evidenzia come la decisione della *Grande Chambre* rappresenti «un passo indietro non solo rispetto alla sentenza *Varvara* (2013), ma anche rispetto agli standard di garanzia e di tenuta generale del principio di legalità che il nostro ordinamento ha già da tempo faticosamente guadagnato». In tal senso CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza Varvara? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, cit., 12.

Per quanto riguarda il versante processuale, ulteriori distonie sono destinate a generarsi anche rispetto ad un altro istituto ispirato alla ragion d'essere sostanziale della prescrizione, ossia l'immediata declaratoria delle cause di non punibilità di cui all'art. 129 c.p.p.

Tale disposizione, stabilendo che l'estinzione del reato deve essere dichiarata d'ufficio dal giudice, si appalesa come lo strumento pratico adottato dal legislatore per realizzare, in seno al processo, un equilibrio necessario tra il fluire del tempo e le sorti della punibilità. È nel suo meccanismo che si manifesta la doppia energia del fenomeno prescrittivo: sul piano sostanziale l'estinzione fa venire meno il reato, onde sorge la necessità, sul piano processuale, che il procedimento si arresti³⁴.

Proprio tra le maglie di questa norma si nasconde un ulteriore elemento a favore della riconduzione della prescrizione al diritto sostanziale.

È noto come la declaratoria di cui all'art. 129 c.p.p.³⁵ si strutturi, stando al dato normativo, secondo il seguente meccanismo: in prima battuta, se il reato si estingue o se manca una condizione di procedibilità, il giudicante deve dichiararlo d'ufficio, immediatamente. Siffatta regola, sintetizzata nell'art. 129 c.p.p., co. 1, c.p.p., persegue fini di economia processuale e deve, però, essere bilanciata con l'eccezione del capoverso della medesima norma, ove si dispone che «quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta». Il tutto in nome del *favor innocentiae*³⁶.

Ed è decisamente significativo, in relazione alla natura giuridica della prescrizione, notare come i poteri del giudice di addentrarsi nei *merita causae*, se la suddetta evidenza sussiste, possano esplicarsi solo in presenza di una causa estintiva, e non anche se manca una condizione di procedibilità. Se ne deve dedurre una netta differenziazione tra la stessa essenza delle due categorie di istituti: mentre le ultime ostacolano in modo irreversibile il promovimento

³⁴ Cfr. CARNELUTTI, *Estinzione del reato e accertamento negativo del reato estinto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 211, il quale, in relazione al previgente art. 152, 2° co., c.p.p., osservava: «Del resto, poiché il processo penale si fa per punire, quando non c'è più una punizione da infliggere, a che si farebbe?».

³⁵ In proposito cfr. FONTI, *L'immediata declaratoria delle cause di non punibilità*, in *Trattato di procedurale penale*, diretto da Spangher, *Soggetti e atti*, I, t. II, a cura di G. Dean, Torino, 2008, 87 ss.

³⁶ La norma ha disatteso le aspettative di quanti auspicavano, nel nuovo codice, una più pregnante tutela dell'innocenza dell'imputato, a cui sarebbe dovuto riservarsi un accertamento di merito anche in presenza di una causa estintiva del reato. In questi termini CHIAVARIO, *La riforma del processo penale - Appunti sulla legge delega e sul progetto del nuovo codice*, Torino, 1988, 45. La Consulta, d'altra parte, ha stemperato le criticità osservando come, per l'imputato, è sempre fatta salva la facoltà di rinunciare alla prescrizione: Corte cost., ord. n. 362 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 2896.

dell'azione penale³⁷, operando unicamente sul piano processuale, la prescrizione, investendo direttamente la sostanza del reato, può essere superata se sussistono le condizioni per una più favorevole formula di proscioglimento³⁸. Cosicché, se concorre una causa di estinzione con una causa di proscioglimento nel merito si applicherà la regola di cui al co. 2; se, invece, il concorso è tra il merito della questione ed una condizione di procedibilità, palese è la prevalenza di quest'ultima³⁹, in quanto essa prefigura una barriera allo stesso esercizio dell'azione penale, rendendo irrilevante la sussistenza astratta dell'illecito.

Fatta questa dovuta premessa, l'analisi dell'art. 129 c.p.p. può articolarsi in due direttive, l'una concernente il caso della prescrizione che maturi prima di una pronuncia di primo grado, l'altra l'ipotesi che essa sopravvenga durante il giudizio d'appello o di Cassazione.

Riservando al prosieguo l'analisi della prima casistica, va detto che se la prescrizione matura a procedimento avanzato - ossia in secondo o terzo grado di giudizio - l'ordinamento si trova al bivio tra lasciare cadere nel nulla le energie processuali spese, ovvero salvare lo sforzo compiuto almeno su taluni effetti del reato. Si badi bene, non su quelli penali.

³⁷ La dottrina più accorta ha messo il rilievo come «le condizioni di procedibilità sono costituite da fatti giuridici (meri accadimenti materiali ovvero manifestazioni di volontà riconducibili alla sfera di disponibilità di soggetti estranei all'organizzazione giudiziaria) il cui avveramento influisce sulle sorti dell'iniziativa processuale». Si aggiunge ancora che «ogniquale volta la legge stabilisce che la "punibilità" di un reato è subordinata al verificarsi di una condizione di procedibilità, la potestà di iniziativa del pubblico ministero diretta ad ottenere dal giudice una decisione sulla *notitia criminis* rimane vincolata al concreto verificarsi dell'evento richiesto. Donde la qualificazione dei "fatti" condizionali in termini di estremi costitutivi della fattispecie procedimentale determinante il dovere di decidere il merito»: GAITO, *Procedibilità (condizioni di) (dir. proc. pen)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 814. Sulla stessa linea anche MONTAGNA, *Condizioni di procedibilità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, a cura di Garuti, Torino, 2009, 108, ove l'Autrice osserva come le innovazioni apportate dal codice del 1988 «hanno consentito di evidenziare senza dubbio alcuno il ruolo delle condizioni di procedibilità quali fattori incidenti sull'esercizio dell'azione penale».

³⁸ A onor del vero, l'argomento fu sviluppato sulla base del previgente secondo comma dell'art. 152 c.p.p., praticamente identico all'attuale art. 129, co. 2, c.p.p. Infatti, ivi si enunciava che «quando risulta una causa di estinzione del reato, ma già esistono prove le quali rendono evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non è preveduto dalla legge come reato, il giudice pronuncia in merito, prosciogliendo con la formula prescritta». Sulle argomentazioni che tale meccanismo offre in favore della natura sostanziale della prescrizione cfr. PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, cit., 661; PISA, *Prescrizione (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 79.

³⁹ Coglie nel segno la ricostruzione di chi ha osservato come «se l'estinzione del reato non impedisce un giudizio di merito, è contraddittorio affermare che i fatti a cui è ricollegata codesta efficacia estintiva, operino quali cause d'improcedibilità». E, a sottolineare la diversa efficacia di quest'ultime, si è argomentato che «in mancanza della querela, dell'istanza, della richiesta o di fronte al diniego dell'autorizzazione, non ci si chiede se i risultati dell'indagine condotta offrano la prova negativa della responsabilità, giacché bisogna comunque dichiarare il non luogo a procedere». Così CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, cit., 680. A conclusioni non dissimili perviene DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, cit., 123 ss. e 225.

Invero, se la confisca urbanistica è una sanzione penale, con l'estinzione del reato essa giammai potrà applicarsi in seconde cure o durante il controllo di legittimità. Immaginandola invece quale sanzione amministrativa – come anche la giurisprudenza italiana persiste a fare, sia pure con un linguaggio volutamente ambiguo – suscita allora un qualche interesse capire se essa possa trovare spazio in quello stretto perimetro normativo della decisione sul reato estinto.

Tornando al punto, possono ricorrere taluni casi in cui il codice, proprio per non vanificare lo sforzo del procedimento penale su tutti i fronti, consente di prescindere dagli effetti dell'estinzione del reato in appello o in Cassazione. Trattasi delle ipotesi che contemplano la decisione sull'azione di danno (art. 578 c.p.p.) e l'applicazione di una misura di sicurezza (art. 579 c.p.p.).

Come già detto in principio, prevedendo espressamente l'evenienza che nelle more del giudizio sopraggiunga la prescrizione, la prima delle due eccezioni prospettate assume un certo rilievo nel caso di specie.

Procedendo gradualmente, si osservi intanto come l'art. 578 c.p.p.⁴⁰ presupponga una precedente sentenza di condanna. È l'art. 538 c.p.p. che protegge l'assioma secondo cui il potere del giudice di esprimersi sui capi civili sussiste a condizione che l'imputato venga anche condannato agli effetti penali (c.d. principio di accessorialità dell'azione civile⁴¹). Pertanto, se il giudice del grado precedente ha assolto il proprio onere punitivo e nelle more il reato si è estinto, in forza dell'art. 578 c.p.p. l'evidenza di cui all'art. 129, co. 2, c.p.p. non opera, e, alla stregua di ciò, non sussiste nessun impedimento ad una valutazione approfondita del materiale probatorio ai soli fini civili⁴².

Può ragionevolmente asserirsi, però, che le predette disposizioni abbiano disegnato, con il tempo, un rapporto regola/eccezione che non ammette ulteriori estensioni e che, dunque, non può prestarsi all'operatività del potere ablativo.

Un argomentare, questo, avallato anche dalla più attenta giurisprudenza di legittimità che, ribadendo il carattere eccezionale dell'art. 578 c.p.p., ne ha circoscritto il perimetro applicativo alle sole cause estintive espressamente previste⁴³: non a caso, si è esclusa la cognizione del giudice d'appello sulle statuizioni civili nel caso di morte dell'imputato⁴⁴, remissione⁴⁵ o mancanza di

⁴⁰ Sulla disposizione v. GIALUZ, *Art. 578 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, t. II, a cura di GIARDA, SPANGHER, Milano, 2017, 3014 ss.; MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER, *Soggetti e atti*, I, t. I, a cura di G. Dean, Torino, 2009, 521 ss.

⁴¹ Sul punto, in generale, v. PENNISI, *L'accessorialità dell'azione civile nel processo penale*, Milano, 1981.

⁴² Cass., Sez. II, 23 maggio 2017, n. 29499, in *Mass. Uff.*, n. 270322.

⁴³ Corte cost., n. 12 del 2016, cit., 1502; così anche Cass., Sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit., 993.

⁴⁴ Cass., Sez. IV, 23 giugno 2005, n. 31314, in *Mass. Uff.*, n. 231745; Id., Sez. VI, 5 ottobre 1999, n.

querela⁴⁶ ed estinzione del reato urbanistico per sanatoria⁴⁷.

Stando così le cose, nello stretto diaframma tra art. 129 c.p.p. e art. 578 c.p.p., lo spazio per la confisca urbanistica è stato ricavato, dal diritto vivente, asserendo la natura di sanzione amministrativa accessoria della misura *de qua*, per la quale deve ritenersi sufficiente il solo accertamento materiale dell'illecito presupposto, in quanto il giudice penale, confiscando i terreni abusivamente lottizzati, eserciterebbe un potere di supplenza prestatogli dagli organi amministrativi⁴⁸.

A rigore, però, sarebbe necessaria un'operazione di ortopedia legislativa che, ispirandosi al meccanismo di cui all'art. 578 c.p.p., inserisca una norma *ad hoc* estensiva della cognizione del giudice dell'impugnazione su di un reato urbanistico caduto in prescrizione, al precipuo fine di una confisca amministrativa.

La premessa richiama all'attenzione il già citato art. 578-bis⁴⁹ c.p.p., rubricato "Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione", idealmente ispirato alla disposizione che lo precede, di cui replica la struttura. Per vero, ivi si enuncia: «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, 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». Ebbene, il tenore letterale della novella, che non brilla per chiarezza espositiva⁵⁰, pare aver già diviso la dottrina tra quanti ne estendono il campo applicativo anche alla confisca urbanisti-

12537, *ivi*, n. 216394.

⁴⁵ Cass., Sez. II, 8 luglio 2014, n. 37688, in *Mass. Uff.*, n. 259989; Id., Sez. IV, 8 febbraio 2007, n. 12807, *ivi*, n. 236197.

⁴⁶ Cass., Sez. II, 24 settembre 2013, n. 51800, in *Mass. Uff.*, n. 258062.

⁴⁷ Cass., Sez. III, 25 novembre 2008, n. 3593, in *Mass. Uff.*, n. 242739; Id., Sez. III, 21 dicembre 1994, n. 6198, *ivi*, n. 202531.

⁴⁸ Cfr. LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti*, cit., 245.

⁴⁹ Cfr. RANALDI, *Principio della riserva di codice e decisione sul reato estinto: prolegomeni di una tendenza in progressivo ampliamento*, in *questa Rivista*, 2018, 619 ss. La novella si è inserita in un più ampio intervento sulla confisca allargata, per il quale si rinvia a MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, *ivi*, 235 ss.; CORVI, *La confisca in casi particolari, alias la confisca "allargata"*, in *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di Giarda, Giunta, Varraso, Milano, 2018, 32 ss. Per una ricostruzione critica, anche rispetto all'art. 578 c.p.p., di recente, v. 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 c.p.p. e 578-bis c.p.p. in una disciplina a termine*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁰ Cfr. 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 c.p.p. e 578-bis c.p.p. in una disciplina a termine*, cit., 10.

ca e quanti negano tale apertura interpretativa.

Da un lato, si è evidenziato che la norma, nella parte in cui si riferisce alle misure disciplinate “da altre disposizioni di legge”, abbia a mente proprio la confisca urbanistica⁵¹, quindi l’intervento legislativo sarebbe essenzialmente diretto proprio a medicare la frattura legislativa testé messa in rilievo.

D’altra parte, un’esegesi sistematica dell’articolo di nuovo conio disvela come esso non si presti così facilmente ai fini della confiscabilità dei terreni abusivamente lottizzati, essendo piuttosto da ribadirsi che, se intesa come una sanzione penale, la confisca non può ontologicamente operare se non con una formale condanna.

Invero, attenta dottrina ha messo in rilievo come l’art. 578-*bis* c.p.p. rinvii solo al primo comma dell’art. 240-*bis* c.p., e non anche al secondo, che attiene alla confisca per equivalente⁵². Tale opzione legislativa non può certamente considerarsi superflua, poiché per mezzo di essa il legislatore ha ricordato, pur velatamente, che le confische, più che per l’effetto prodotto, si distinguono per il fine perseguito. Con la conseguenza che una confisca per equivalente, puntando ad una finalità afflittiva, presuppone un pieno e formale accertamento di responsabilità; se invece lo stesso provvedimento è adottato per ragioni di difesa sociale *post delictum*, come nel caso delle misure di sicurezza, allora esso, se preceduto da una condanna, può operare nei successivi gradi di giudizio anche se il reato si prescrive.

Corroborano questa ricostruzione le Sezioni unite “Lucci”⁵³ del 2015, quando gli Ermellini hanno ammesso, appunto, che possa operare, in assenza di una formale condanna, la sola confisca diretta *ex art. 322-ter* c.p. del prezzo del reato, ma non anche la confisca per equivalente, la quale, posto il suo carattere sanzionatorio, esige una sentenza irrevocabile che abbia accertato l’illecito penale.

In definitiva, la confisca urbanistica potrebbe trovare dimora nell’art. 578-*bis* c.p.p. solo a condizione che non le si attribuisca lo stigma della penalità, in quanto, in questo modo, essa sarebbe astrattamente riconducibile tra le misure disciplinate “da altre disposizioni di legge” cui la novella fa riferimento.

Un’interpretazione, questa, coerente anche con la logica del giudizio di legittimità. Pur se esigenze di sintesi ostano ad una più compiuta analisi, è appena

⁵¹ Così DELLO RUSSO, ADDANTE, *Questioni di confisca e prescrizione: la necessità di una condanna (anche non passata in giudicato)*, cit., 9.

⁵² Osserva CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza Varvara? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, cit., 11; nella stessa direzione anche RANALDI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: prime “applicazioni” della sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, cit., 10.

⁵³ Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, Lucci, in *Cass. pen.*, 1362 ss., con nota di LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, 1384 ss.

il caso di osservare che, ad ulteriore conferma dell'impossibilità di concepire una pena senza condanna, soccorra la chiara lettera dell'art. 620, co. 1, lett. a), c.p.p., ove si statuisce che "la corte pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio [...] se il reato è estinto"⁵⁴.

6. (segue): b) il reato prescritto nel primo grado di giudizio.

Rispetto ad un reato che si estingue nelle more del giudizio di primo grado, la Terza Sezione della Corte di Cassazione è pervenuta addirittura a conclusioni ancor più estensive di quelle offerte dai giudici di Strasburgo. Questi ultimi, come anticipato, hanno almeno salvato la necessità di una previa condanna, ritenendo che il rispetto della presunzione di innocenza precluda l'operatività della confisca ove il precedente grado di giudizio si sia chiuso con un esito assolutorio. A ben vedere, è però restata fuori dal tiro dei ragionamenti della Corte EDU l'eventualità che la prescrizione maturi prima di una qualsiasi pronuncia. Ed è in ordine a questo profilo che i giudici della S.C. hanno proposto una soluzione che difficilmente può condividersi.

In nome di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della confisca del bene oggetto di lottizzazione abusiva, si è, intanto, accolta *de plano* la possibilità di applicare la misura nei gradi successivi al primo quand'anche intervenga la prescrizione, a condizione che il suddetto reato venga accertato nel suo elemento oggettivo e soggettivo⁵⁵.

Se però il reato si prescrive nelle more del primo grado, eventualità non infrequente data la complessità di accertamento tipica degli illeciti urbanistici, l'art. 129 c.p.p., esigendo che la prescrizione venga subito dichiarata, sarebbe un impedimento all'esame delle questioni di merito, comunque necessario per accertare la sussistenza sostanziale del reato di lottizzazione abusiva. Ed ecco allora che la giurisprudenza, consapevole dell'"intralcio" posto dalla disposizione *de qua*, ha elaborato una congettura interpretativa di non poco impatto. In ipotesi di questo tipo - statuisce la Terza Sezione - «l'obbligo di accertamento imposto al giudice prevale su quello generale dell'immediata declaratoria della causa di non punibilità *ex art. 129 cod. proc. pen.* [...] Ne consegue che, in presenza di detta causa estintiva del reato, il giudice del dibattimento non ha l'obbligo di dichiararla immediatamente *ex art. 129 cod. proc. pen.*, ma deve procedere al necessario accertamento del reato [...], assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio, e a tal

⁵⁴ Per le conseguenze che si riverberano sul giudizio di cassazione, e per alcune soluzioni interpretative, si rinvia a LO GIUDICE, PULVIRENTI, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza GIEM e altri c. Italia*, cit., 138 ss.; sulla problematica v. anche RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili dopo che la Grande Camera ha delineato un "equilibrio" possibile*, cit., 29.

⁵⁵ Cass., Sez. III, 5 aprile 2018, Settani, in *questa Rivista*, online.

fine, pur in presenza della sopravvenuta prescrizione, deve proseguire l'istruttoria dibattimentale»⁵⁶.

In poche parole, si propone un'*interpretatio abrogans* dell'art. 129 c.p.p.: tolto l'incomodo dell'immediata declaratoria, si può ben proseguire nell'accertamento del reato come se nulla fosse accaduto. Ebbene, questa soluzione, se già non convince ove preordinata ad irrogare una sanzione amministrativa, è ancor più difficilmente accettabile se addirittura la si accosta all'asserita natura penale della confisca urbanistica: quest'ultima, al pari delle altre pene, potrebbe infliggersi solo entro i termini di cui agli artt. 157 ss. c.p. Gli ultimi interventi legislativi in materia, poi, più che confermare⁵⁷ sembrano addirittura smentire l'ipotizzabilità di una confisca urbanistica senza una condanna anche se intesa quale sanzione amministrativa. Invero, concludendo la disamina di una prospettiva esegetica in parte già percorsa, deve richiamarsi proprio l'art. 578-*bis* c.p.p.

Questa disposizione, come illustrato, in tanto apre una via per le confische sul reato prescritto in quanto, però, vi sia una precedente condanna. Può concludersi in tal senso sulla base di un tritico argomentativo. Anzitutto, l'art. 240-*bis* c.p., cui la novella rinvia, si apre con la limpida formula "nei casi di condanna". In aggiunta a questo inciso normativo, poi, è la stessa esegesi sistematica che dovrebbe spingere verso la necessità di un previo accertamento di responsabilità. In effetti, non è irragionevole ritenere che il nuovo art. 578-*bis* abbia attinto dall'art. 578 c.p.p. non solo la struttura ma anche i presupposti applicativi, sicché tanto l'uno quanto l'altro sembrano esigere una sentenza di condanna senza la quale la cognizione del giudice non dovrebbe sopravvivere, contrariamente a quanto sostenuto dalla citata giurisprudenza di legittimità. Infine la logica: se l'art. 578-*bis*, rivolgendosi a forme di confisca che non perseguono finalità punitive, presuppone un previo accertamento positivo di responsabilità, *a fortiori* lo stesso statuto di garanzia dovrebbe valere per la confisca urbanistica, posta la sua natura eminentemente afflittiva.

Gli esaminati indirizzi della Terza Sezione, pertanto, anche se animati dall'esigenza di adeguarsi alla voce della *Grande Chambre*, prestano il fianco a marcati rilievi di merito. Non solo perché si pongono in netto contrasto con la voce, più autorevole, delle Sezioni unite "Lucci", ma soprattutto in quanto finiscono per restringere, con una certa *nonchalance*, la ragion d'essere dell'immediata declaratoria delle cause di non punibilità⁵⁸.

⁵⁶ Cass., Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 5939, non massimata; così anche Cass. Sez. III, 25 giugno 2018, n. 43630, Tammaro, non massimata.

⁵⁷ Non può condividersi, in effetti, l'asserzione della Terza Sezione della S.C. secondo cui «tali criteri ermeneutici sono stati recepiti dal Legislatore, mediante l'introduzione dell'art. 578 *bis* cod. proc. pen.»: Cass., Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 5939, cit.

⁵⁸ Un ulteriore ridimensionamento dell'ambito di operatività dell'art. 129 c.p.p., a seguito

Cosicché, in attesa di più fecondi sviluppi, l'art. 129 c.p.p. rischia nel frattempo di apparire quale un relitto normativo alla deriva della Corte EDU e delle aperture di sistema tracciate dalla Corte di cassazione, le cui ricostruzioni esegetiche, senza ombra di dubbio, saranno oggetto di futuri approfondimenti. Infatti, ponendo uno sguardo sulla recente giurisprudenza di legittimità ci si avvede di come questa sembri ormai ferma a recepire in blocco quanto deciso dalla Corte europea, addirittura procedendo ad un tendenziale sgretolamento di quel nucleo minimo di garanzie comunque salvato dalla Grande Camera rispetto alla tutela del terzo⁵⁹.

Concludendo la riflessione, deve rilevarsi come il giudizio sull'*ars* combinatoria inscenata nel dialogo tra Corti non può essere del tutto positivo. Ad esser sinceri, le fondamenta dell'edificio elaborato a quattro mani dai giudici di Strasburgo e da quelli nazionali si palesano fragili se raffrontate con le norme processuali interne, le quali, se non con le improvide forzature concettuali che si stanno profilando, respingono una pena senza condanna. Di là dagli eccentrici riflessi esegetici, tuttavia, ciò che maggiormente lascia perplessi è l'ottica di fondo dalla quale sembrano muoversi gli arresti di questa giurisprudenza, europea e italiana, la quale, per dare linfa a ragioni di politica criminale, finisce - com'è stato condivisibilmente osservato - a degradare la legalità, da simulacro di garanzia del cittadino, a mero inconveniente⁶⁰.

LEONARDO NULLO

dell'introduzione della legge n. 3 del 2019, è stato rilevato da 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 c.p.p. e 578-bis c.p.p. in una disciplina a termine*, cit., 12.

⁵⁹ Si fa riferimento alla notizia di decisione n. 2/2019 (R.G. 9191/2017) divulgata dall'Ufficio del massimario, proprio in ragione della delicata operazione di recepimento degli orientamenti della Corte EDU. Si è in procinto di stabilire, a tal proposito, che «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». L'incidente di esecuzione, dunque, è stato considerato come uno strumento idoneo alla tutela del terzo rimasto assente nel processo, nonostante le indicazioni della *Grande Chambre* sembrassero puntare più in alto sotto il profilo della presunzione di innocenza. Sulla notizia di decisione v. GAETA, *Cassazione vs Corte europea in tema di confisca: una storia infinita*, in *questa Rivista*, 2019, 1, online.

⁶⁰ L'osservazione, che si condivide, è di CIVELLO, *La legalità come inconveniente: la dimenticanza della legge e le sue conseguenze nella teoria del reato*, in *questa Rivista*, 2017, 402. Sul tema anche NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale - Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, *ivi*, 421 ss.