

CONFRONTO DI IDEE

ANDREANA ESPOSITO

Il dialogo imperfetto sulla confisca urbanistica Riflessioni a margine di sentenze europee e nazionali

Sulla confisca urbanistica si è oramai instaurato un fitto dialogo tra giudici europei e giudici nazionali. Tuttavia, la interazione tra le giurisdizioni mostra di tradire il principio delle maggior tutele, realizzandosi, al contrario, una continua riduzione delle garanzie.

An imperfect dialogue about confiscation order. Considerations following European and National decisions

On confiscation order - in urban planning field - European and National judges interact much with each other. However, it is a dialogue that no one would like to listen. Instead of talking about of increasing levels of protection, they realize a constantly decreasing of the safeguards.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia. - 3. I giudici italiani dialogano. - 4. “come se fosse” una condanna. - 5. “Come se fosse” una parte processuale. - 6. “Come se fosse” una valutazione discrezionale. - 7. Il dialogo imperfetto.

1. *Premessa.* Parlare di confisca urbanistica oggi significa in realtà parlare di snodi importanti del diritto. Questa misura ablativa si offre infatti alla narrazione disegnando una mappa sulle evoluzioni del diritto. È diventata un mezzo per mettere a fuoco da un lato il modo di rappresentarsi dei rapporti tra giudici nazionali e giudici europei e dall’altro le metamorfosi di un diritto, anche penale, sempre più sfumato e dai contorni sfuggenti.

Attraverso tre sentenze¹, la Corte europea dei diritti umani ha tracciato in tema di confisca urbanistica un groviglio di suggestioni destinate a essere riprese dagli interpreti nazionali.

Questi, a loro volta, hanno dato prova di voler esser parte del confronto dialogico, sebbene travisando, spesso, grandemente il senso di molte delle affermazioni rese a Strasburgo. Tuttavia, non sempre questo travisamento è espressione della mancanza di volontà di confronto. Perché da un lato, vi è, in generale, una difficoltà oggettiva di comprensione del linguaggio giuridico europeo, e, dall’altro lato, la giurisprudenza europea in materia di confisca è stata contraddittoria ed espressione di un disordine concettuale difficilmente risolvibile.

Quanto al primo aspetto, attinente il significato del linguaggio convenzionale, la Cedu esprime, attraverso le sue strutture e il suo linguaggio, un senso del

¹ Ci si riferisce a Corte EDU, Sud Fondi c. Italia, 20 gennaio 2009; Id., Varvara c. Italia, 29 settembre 2013 e G.I.E.M. e altri c. Italia, GC, 28 giugno 2019.

diritto di difficile traduzione/comprendimento. Lo spazio giuridico in cui si muove l'interprete è connotato - per usare l'immagine di Hofstadter - da livelli aggrovigliati². In questo groviglio (o rete o arcipelago, se si preferisce), la riproduzione dello schema multilivello risulta fuorviante, perché la distinzione interno-esterno è saltata³, perché non vi sono gerarchie, perché gli Stati si mescolano con gli altri organi produttori di diritto, e questi, a loro volta, fanno continuo appello alla cooperazione degli Stati⁴.

In questo nuovo assetto, sono sempre di più gli interpreti a trovarsi nella necessità di portare ordine e coerenza, senza i quali non potrebbe aversi diritto. Tocca ai giudici in sostanza realizzare l'impresa interpretativa di comprendere, cioè di attribuire, dialogicamente e collettivamente, un senso condiviso al diritto convenzionale⁵.

Con riferimento al tema della confisca urbanistica, l'impresa interpretativa non può dirsi affatto riuscita, e questo non semplicemente per le indubbe aporie della sentenza della Grande camera nel caso G.I.E.M. e altri c. Italia.

2. La sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia. Certo, al fallimento dell'attività di collaborazione di scrittura del diritto ha grandemente contribuito la Corte europea, che, nella sentenza del 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia⁶, superando senza mai dirlo espressamente i propri precedenti sul punto, si è allineata al ribasso, almeno in parte, alle posizioni espresse dalla giurisprudenza nazionale in materia di confisca senza condanna.

Senza ripercorrere tutti i passaggi della decisione, ai fini che interessano in questa sede è sufficiente ricordare come, non senza sorpresa, rispetto alla doglianza sollevata per la violazione del principio di legalità convenzionale, la Corte di Strasburgo in quella sentenza ha affermato la compatibilità conven-

² VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Milano, 2007, 273.

³ Così CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma, 2012, 18.

⁴ Si pensi, alla teoria del margine nazionale di apprezzamento per la Corte europea, o al principio di sussidiarietà per l'Unione europea.

⁵ Ho preso in prestito, il concetto di interpretazione della ermeneutica, secondo cui l'interpretazione indica una precisa modalità dell'approccio conoscitivo: essere una attività rivolta alla comprensione, così VIOLA *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fasc. 1, 2015, 64.

⁶ Su questa sentenza: cfr. 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*; RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un "equilibrio" possibile*, *ivi*, 2018, 3; DELLO RUSSO - ADDANDANTE, *Questioni di confisca e prescrizione: la necessità di una condanna (anche non passata in giudicato)*, *ivi*, 2018, 2; GALLUCCIO, *Confisca senza confisca, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in www.penalecontemporaneo.it.

zionale della confisca urbanistica disposta a seguito di proscioglimento per prescrizione, previo accertamento ‘sostanziale’ della sussistenza di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione abusiva e l’incompatibilità con la Convenzione della confisca urbanistica disposta a carico dell’ente che non sia stato parte (come sempre, strutturalmente, accade) del procedimento penale nel quale tale confisca viene inflitta.

Quest’ultima affermazione si pone in linea di continuità con i precedenti specifici della Corte in materia.

Così non è per la prima affermazione riguardante la confisca a seguito di sentenza sostanzialmente di condanna. Qui, i giudici europei si discostano – lo si è già detto, senza riconoscerlo – dalla sentenza resa nel caso *Varvara*. E lo fanno tacendo, senza fornirne alcuna spiegazione.

Superando quanto enunciato in precedenza, si stabilisce il principio che una pena – quale è la confisca urbanistica per *Strasburgo* – possa essere disposta anche in presenza di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione.

La rottura con la sentenza *Varvara* è evidente.

In quella decisione si era considerato – ce lo ricordano i giudici europei nella loro opinione parzialmente dissenziente⁷ – che l’art. 7 della Convenzione esige una sentenza di condanna del ricorrente⁸; nella *G.I.E.M.* la maggioranza ritiene sufficiente che si abbia «in sostanza (...) una dichiarazione di responsabilità»⁹.

C’è quasi una ostinazione nella Corte di *G.I.E.M.* a velare la variazione impressa alla sua giurisprudenza. E lo fa con una (incoerente) arzigogolata affermazione secondo cui il *test* da superare per la compatibilità della confisca urbanistica con la previsione di cui all’art. 7 della Convenzione risiede nell’accertamento «degli elementi del reato, come stabilito dalle giurisdizioni nazionali, per verificare l’esistenza, in sostanza, di una dichiarazione di colpevolezza in grado di soddisfare il presupposto necessario per l’irrogazione di una sanzione». Volendo sciogliere la frase, pare di capire che presupposto necessario per disporre una sanzione compatibile con le previsioni convenzionali sia una dichiarazione di colpevolezza preceduta da un accertamento sostanziale (evocativo, direbbero i nostri giudici) sulla sussistenza degli elementi costitutivi del reato.

Bene, se così è, non si spiega l’avvenuta dichiarazione di violazione nel caso

⁷ Opinione parzialmente dissenziente comune ai giudici Sajó, Karakas, Pinto de Albuquerque Keller, Vehabović, Küris e Grozev § 6.

⁸ Corte edu, *Varvara* cit. § 72.

⁹ Corte edu, *G.I.E.M.* e altri cit. § 258.

Varvara, la cui vicenda processuale presentava molti punti di contatto con quella di Gironda, unica persona fisica ricorrente a Strasburgo nel caso G.I.E.M.. È noto come la Corte europea sia giurisdizione molto vicina ai fatti, agli elementi dal caso concreto. I fatti dovrebbero guidare le sue decisioni. Sono i particolari del caso concreto a definire la tipicità di norme convenzionali vaghe e generiche.

Vediamo allora i fatti posti a base delle due sentenze della Corte edu.

Varvara condannato in primo grado per il reato di lottizzazione abusiva, con conseguente irrogazione della confisca, era poi assolto, per insussistenza del fatto dalla Corte di appello di Bari. In maniera parzialmente difforme, Gironda si vede dapprima prosciogliere dall'imputazione per reato di lottizzazione abusiva e quindi assolvere per insussistenza del fatto dalla Corte di appello di Reggio Calabria.

Per entrambi i ricorrenti, si giungeva quindi in cassazione su ricorso delle rispettive Procure della Repubblica (Bari in un caso, Reggio Calabria nell'altro).

A questo punto le storie dei nostri ricorrenti mostrano intrecci diversi.

Il ricorrente pugliese vede la Corte di cassazione annullare con rinvio la sentenza assolutoria; quindi confermare la sentenza pretorile di condanna annullata dal giudice del rinvio; nuovamente annullare con rinvio dalla cassazione la sentenza di appello; dichiarare la prescrizione del reato, confermando l'ordine di confisca comunque irrogato, dal giudice del rinvio; e infine, rigettare il ricorso proposto dalla difesa che chiedeva l'annullamento della sentenza che disponeva la misura ablatoria, divenuta, per l'effetto, definitiva.

Più semplice la vicenda del ricorrente Gironda: la Corte di cassazione, accoglie nella sostanza il ricorso della Procura in quanto ritiene integrata la lottizzazione abusiva, annulla la sentenza di assoluzione, senza rinvio, e dichiara l'avvenuta prescrizione del reato, disponendo la confisca.

Ciò che accomuna, nuovamente, le due vicende è che in entrambi i giudizi conclusivi di cassazione, nel confermare/disporre la confisca, i giudici pongono in atto una puntuale ricostruzione volta ad accertare gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie di lottizzazione abusiva, ritenendola, in definitiva integrata nei rispettivi casi.

Detto in altri termini, sia per Varvara che per Gironda i giudici nazionali, hanno effettuato quell'accertamento sostanziale, evocativo di una sentenza di condanna, in termini di materialità e colpevolezza che parte della nostra giurisprudenza e la Corte costituzionale (e da ultima, come si è visto, anche la Corte europea) richiedono quale presupposto per l'applicazione della confisca urbanistica.

Il risultato di non violazione nel caso Girona, il suo superare il precedente, non è allora scelta che può spiegarsi avendo riguardo alla sola vicenda processuale.

Evidentemente, la situazione di fatto sottostante il ricorso presentato alla Corte e che la Corte prende in considerazione ai fini di decidere non è circoscritta ai dati del processo.

Al contrario, la narrazione racchiusa da ogni sentenza ha un ordito molto più complesso, composto da molteplici variabili. E le variabili presenti nel caso in esame sono, a mio parere, almeno due.

La prima è rappresentata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 che ha avallato la soluzione della rinunciabilità della forma a favore della irrinunciabilità della sostanza.

La seconda è una valutazione di politica criminale, in precedenza mancante, che spinge i giudici di Strasburgo a considerare prioritaria, perché espressione della lotta contro l'impunità, l'esigenza di reprimere reati complessi, che a causa di termini prescrizionali brevi rimarrebbero impuniti.

Il processo di produzione della deliberazione dei giudici di Strasburgo si è arricchito allora di ulteriori fattori, che hanno determinato la variazione rispetto a quanto in precedenza affermato.

Si tratta a ben vedere dell'inserimento di dati di indebolimento delle garanzie accordate al ricorrente.

Tale è la soluzione che subordina l'applicazione della confisca al mero accertamento incidentale della responsabilità, con separazione delle esigenze sostanziali da quelle formali di tutela. Riconoscendo che non è necessaria una sentenza formale di condanna, ma è sufficiente una decisione che le sia simile nella sostanza, i giudici di Strasburgo tradiscono il principio della tutela crescente. Anziché concorrere con le autorità nazionali nel disegnare un quadro di tutele sempre più ampio e solido, volgendosi verso lo standard minore assicurato dai giudici nazionali, si accontentano di quello.

Inoltre, come notato dai giudici dissenzienti, la distinzione tra *condamnation formelle* (*formal conviction*) e «*en substance ...una déclaration de responsabilité [pénale]*» («*in substance...a declaration of [criminal] liability*») diventa un rompicapo, sia linguistico che logico, che non riesce a spiegare come sia possibile far derivare la irrogazione di una pena da una dichiarazione sostanziale, che, a sua volta, degrada la prescrizione del reato a futile formalità.

Invero, è proprio la narrazione convenzionale, che a proposito di confisca urbanistica parla di pena, a far apparire impensabile prescindere da una condanna.

Altro aspetto da sottolineare è come, nel discorso convenzionale, sia stata in-

serita una considerazione prevalentemente funzionalistica, dando priorità a una lettura in termini di efficacia dell'intervento punitivo (che non è la sola reazione dell'ordinamento agli abusi edilizi) rispetto non allo scopo di tutelare il territorio ma a quello di colpire l'impunità. Senza, quindi, alcuna ponderazione sulla reale capacità della misura ablatoria, disposta dal giudice penale, di incidere sulle esigenze ripristinatorie e di tutela del territorio.

Pur nella coesistenza di più aspetti teorici, è un diritto penale dell'efficienza quello che prevale nella sentenza resa nel caso G.I.E.M. S.r.l. e altri. Un diritto penale che privilegia l'esigenza di repressione di reati complessi¹⁰ alla tutela effettiva degli imputati e alla coerenza e certezza del diritto.

Ponendosi nel solco consolidato e rassicurante dei precedenti per la maggior parte della sua narrazione, il testo compie all'improvviso un processo di allontanamento, prima traccia di un processo più profondo, di rovesciamento di significati. Rovesciamento che segna il trasferimento dalla tutela dell'individuo alla prevalenza della presunta ragion di Stato. E ciò anche a costo di realizzare un sostanziale svilimento delle garanzie in precedenza riconosciute dalla stessa giurisprudenza.

3. *I giudici italiani dialogano.* A Strasburgo, Roma risponde con sollecitudine. La Corte di cassazione aveva sospeso la trattazione delle cause concernenti gli aspetti della disciplina della confisca urbanistica trattati dalla Corte EDU in attesa della decisione resa, finalmente, il 28 giugno 2018. Pubblicata la sentenza, arrivano, tra fine 2018 e inizio 2019, le prime repliche che sembrano riprodurre un serrato dialogo giocato sul piano di una piena *compliance*. Ancora una volta tuttavia, come avevano già fatto prima della sentenza resa dalla Grande Camera, i giudici nazionali fingono di adeguarsi al *decisum* europeo; e per farlo manipolano la giurisprudenza europea e il diritto nazionale; agiscono, come giocolieri, che lanciando in aria il lessico giuridico, aspettano che lo stesso ricada - quasi a casaccio - per ricoprire con nuova veste istituti giuridici noti.

L'ordine europeo è solo apparentemente rispettato. Il protocollo descrittivo ricavabile dalla decisione dei giudici europei è disatteso. I giudici nazionali seguono la narrazione europea tassello dopo tassello, ricomponendo lo spazio giuridico interno come un mosaico ideale.

La tecnica per aggirare l'ostacolo derivante dall'affermazione di violazione di precetti convenzionali è sempre la stessa: l'ordinamento nazionale viene rilet-

¹⁰ «Qualunque cosa questi vogliano significare», aggiunge Pinto De Albuquerque, Opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente § 62.

to come se fosse conforme al prescritto europeo. Si compone il contrasto acclarato a Strasburgo attraverso un processo sinestesico. È nella relazione del “come se”, quando una sentenza di proscioglimento è “come se” fosse di condanna, un terzo estraneo è “come se fosse una parte processuale”, un automatismo ablatorio è “come se fosse” espressione di una valutazione discrezionale, che viene realizzato il processo di assimilazione tra antinomie che, al contrario, non sono per nulla superate¹¹.

4. *“Come se fosse” una condanna.* Alla fine, anche la Corte europea lo ha detto: la sentenza di proscioglimento può valere, ai fini della disposizione della misura ablativa, come se fosse una sentenza di condanna quando nella motivazione vi sia un pieno accertamento della responsabilità penale dell'autore.

È sufficiente che la sentenza che dispone la confisca contenga un adeguato accertamento equivalente a quello contenuto nel giudicato formale di condanna che verifichi la sussistenza del reato. È la sostanza che deve essere perseguita, al di là di formule formali.

I giudici nazionali, già nella sentenza Settani del 2018¹², si ponevano con convinzione in questa prospettiva, ricordando come nell'ordinamento italiano vi siano diversi casi in cui è possibile accertare la responsabilità colpevole ma non si punisce. Al contrario, si proscioglie. Ma quel proscioglimento, si sottintende, non equivale ad assoluzione e quindi a innocenza. E quindi, è compatibile con l'insorgenza di effetti pregiudizievoli della sfera di interessi dell'imputato.

Nella elencazione di tali ipotesi, la Corte di cassazione dimostra di ricordare le parole della Consulta secondo cui quella delle sentenze di proscioglimento è una categoria che «non costituisce un *genus* unitario, ma abbraccia ipotesi marcatamente eterogenee, quanto all'attitudine lesiva degli interessi morali e giuridici del proscioltto»¹³. In questa categoria, infatti, sono comprese, oltre a decisioni ampiamente liberatorie, quali quelle pronunciate con le formule “il fatto non sussiste” e “l'imputato non lo ha commesso”, decisioni che, «pur non applicando una pena, comportano - in diverse forme e gradazioni - un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo»¹⁴. Si tratta del proscioglimento per cause di non punibilità legate a condotte o accadimenti *post factum*; del

¹¹ Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza della III sezione n. 8350 del 2019.

¹² Cass., Sez. III, 5 aprile 2018, Settani, in *Mass. Uff.*, n. 15126.

¹³ Così, Corte cost., n. 85 del 2008, punto 5.1. del Considerato in diritto.

¹⁴ Corte cost., n. 85 del 2008, punto 5.1. del Considerato in diritto.

proscioglimento per concessione del perdono giudiziale; del proscioglimento per difetto di imputabilità; della sentenza di non luogo a procedere *ex art.* 26 del d.P.R. n. 448 del 1988 nei confronti di minorenni; nonché della sentenza con la quale l'imputato venga prosciolto in quanto non punibile ai sensi dell'art. 131-*bis* del c.p., introdotto dall'articolo 1 d.lgs. 16 marzo 2015. Da tutte le sentenze di proscioglimento richiamate derivano effetti pregiudizievoli a carico degli imputati. Effetti che, come chiaramente indicato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 85 del 2008, possono essere indiretti o diretti: nel primo caso, il contenuto di tali sentenze, pur non avendo effetti vincolanti, può pesare «in senso negativo su giudizi civili, amministrativi o disciplinari connessi al medesimo fatto»¹⁵; nella seconda ipotesi, il pregiudizio può discendere direttamente dalla decisione di proscioglimento «come nel caso della sentenza di proscioglimento per estinzione del reato, che disponga la confisca di beni dell'imputato (eventualmente, di rilevante valore)»¹⁶. Non è allora estraneo al sistema processuale l'accertamento di responsabilità contenuto in una sentenza di proscioglimento quale quella dichiarativa dell'avvenuta prescrizione del reato che disponga, al tempo stesso, la confisca di beni dell'imputato.

Il caso della confisca urbanistica, tuttavia, è l'unico in cui da una sentenza di proscioglimento deriva, quale effetto diretto, l'irrogazione di una sanzione definitiva, dalla giurisprudenza europea, penale, laddove nelle altre ipotesi di proscioglimento le conseguenze non hanno natura penale.

Questo dato non sembra, infatti, sfuggire ai giudici nazionali. Che la risolvono ricorrendo a una sintesi bifronte della natura della confisca urbanistica: pur essendo formalmente una sanzione amministrativa, la confisca urbanistica sostanzialmente e contemporaneamente ha natura penale. Da ciò consegue che un «completo accertamento della responsabilità personale - che di regola è contenuto nella statuizione di condanna (...) - non è precluso dalla presenza di condizioni che impediscono al processo penale di sfociare in una sentenza di condanna a pene principali»¹⁷.

Il ragionamento dei giudici nazionali si muove lungo la dicotomia formale/sostanziale: la confisca urbanistica è formalmente amministrativa (perché così è stabilito, non dal legislatore che è muto in proposito, ma da una consolidata giurisprudenza) e sostanzialmente penale (perché così è pervicacemente affermato dalla Corte edu); la decisione che quella sanzione dispone è for-

¹⁵ Su questo profilo si soffermavano i provvedimenti di rimessione alla Corte cost.: n. 80 del 2008 punti 1 e 3 del Ritenuto in fatto.

¹⁶ Corte cost., n. 85 del 2008, punto 5.1. del Considerato in diritto.

¹⁷ Cass., Sez. III, 5 aprile 2019, Settani, cit., 13.

malmente di proscioglimento (perché consegue alla declaratoria di estinzione del reato) ma sostanzialmente di condanna (perché in motivazione vi è - o vi deve essere - l'accertamento del fatto di reato).

In sostanza, la procedura di tipizzazione seguita dai giudici sulle orme europee porta alla costruzione di un tipo nuovo di confisca, strutturata come Gianò bifronte, dal doppio volto. A seconda di dove si poggia lo sguardo, la natura cambia: penale se guarda all'Europa, amministrativa se guarda al livello nazionale. Tale dato fisiognomico, la presenza di un doppio volto, consente alla misura ablatoria di avere uno statuto giuridico assortito dalle garanzie accordate alla materia penale ma al tempo stesso di essere impermeabile alla necessità di una formale condanna e compatibile con una mera dichiarazione sostanziale di condanna.

A un nuovo tipo di confisca consegue una nuova tipologia di sentenza¹⁸.

Il giudice nazionale, nascondendosi dietro il feticcio europeo, riprende la sua opera di svilimento delle garanzie, in nome di una presunta esigenza repressiva. Così la confisca urbanistica diventa istituto dalla natura *à la carte*, ora penale ora amministrativa; la sentenza di proscioglimento si caratterizza per una formula terminativa contraddittoria rispetto alla motivazione: l'una assolve, l'altra condanna.

D'altronde, si dirà, questo è quanto richiesto anche dalla Corte europea nella decisione G.I.E.M: ciò che conta per applicare le confische è che vi sia stata una sentenza che dichiari provato, accanto al fatto materiale di reato, il coefficiente di tipo psicologico che lega, anche sotto tale profilo, l'autore al fatto. Non bisogna "fermarsi" al mero dato formale contenuto nel dispositivo di una sentenza di proscioglimento, ma occorre andare alla sostanza della sentenza stessa attraverso quanto accertato in motivazione, che integra la prima¹⁹.

I giudici europei avevano però continuato la loro complessa narrazione occupandosi anche di presunzione di innocenza, di terzi estranei e di proporzionalità. A Strasburgo, in particolare, non era sfuggito che un accertamento sostanziale della responsabilità penale in sede di legittimità preceduto nel percorso giudiziario da una sentenza di assoluzione potrebbe porre dei problemi ai sensi dell'art. 6 § 2 della Convenzione.

¹⁸ Pur riferendosi alla successiva sentenza della Cassazione, la n. 5936 del 2019, RANALDI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: prime "applicazioni" della sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, cit., 8, nota come la tipologia di sentenza tracciata da queste decisioni sia frutto di una «analogia tra motivazione e condanna».

¹⁹ Sulle conseguenze sanzionatorie delle sentenze declaratorie dell'estinzione del reato, v. RANALDI, *Principio della "riserva di codice" e decisione sul reato estinto: prolegomeni di una tendenza in progressivo consolidamento*, in *questa Rivista*, 2018, 619 e ss.

Questo era avvenuto nel caso G.I.E.M. S.r.l., per quanto riguarda la posizione dell'unica persona fisica ricorrente. Nelle giurisdizioni italiane era successo che l'imputato fosse stato assolto in appello per l'insussistenza del fatto. Fu la Cassazione, poi, nel dichiarare la prescrizione del reato di lottizzazione, ad applicare la confisca urbanistica, accertando, incidentalmente la sua colpevolezza, solo a questo limitato fine.

La Corte EDU afferma: "Il ricorrente è stato quindi dichiarato colpevole, in sostanza, dalla Corte di cassazione, nonostante il fatto che il perseguimento del reato in questione si fosse prescritto. Questo fatto viola il diritto alla presunzione di innocenza"²⁰.

Il detto è chiaro: non può essere il giudice di cassazione il primo ad accertare la colpevolezza dell'imputato, già esclusa dai giudici della cognizione del merito. Viola la presunzione di innocenza quel giudice, il cui potere punitivo si è oramai estinto, che, in presenza di una precedente assoluzione del merito, dichiarando la prescrizione dispone la sanzione (penale) patrimoniale.

Il giudice nazionale continua la storia, e muovendosi nel non detto dei giudici europei aggiunge: "il giudice del dibattimento può disporre la confisca urbanistica, anche in assenza di una sentenza di condanna ma in presenza del necessario accertamento del reato nelle sue componenti oggettive e soggettive, assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio"²¹. Si va oltre di quanto richiesto a Strasburgo. E tra le possibili strade in cui far proseguire la narrazione europea (imporre una sentenza di condanna, seppure non passata in giudicato, che dichiari la responsabilità penale di una persona o, al contrario, accontentarsi di un accertamento equivalente a condanna anche da parte del giudice di primo grado), si sceglie la versione meno garantista. Il giudice del dibattimento, pur in presenza del decorso del tempo massimo per esercitare il potere sanzionatorio, può conoscere del fatto per disporre, se del caso, la sanzione diversamente penale della confisca urbanistica.

Si immette così una ulteriore tessera continuando la linea discendente delle garanzie.

Un altro tassello è aggiunto dai giudici di Cassazione al discorso della confisca senza condanna. Viene individuata la strada normativa che cristallizza quel percorso giurisprudenziale. Dicono i giudici: quei criteri ermeneutici, della piena compatibilità di un accertamento di colpevolezza contenuto in una sentenza di proscioglimento che dispone la confisca urbanistica, sono stati recepiti

²⁰ Corte EDU, G.I.E.M. cit. § 317.

²¹ Cass., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 8350 cit., 32.

ti dal legislatore «mediante l'introduzione dell'art. 578-*bis* c.p.p.»²². Diversamente da quanto sembrano credere i nostri giudici, non si tratta di una novità legislativa, l'art. 578-*bis* c.p.p. introdotto nel corpo codicistico in attuazione della previsione della riserva di codice di cui alla d.lgs, 21/2018, riproduce, se pur non letteralmente, il contenuto di cui al co. 4-*septies* dell'art. 12-*sexies*²³ che disciplinava l'applicazione della confisca allargata (ad eccezione dell'ipotesi di confisca per equivalente di cui al co. 2-*ter*) in caso di estinzione del reato per prescrizione o amnistia, intervenuta in appello o nel giudizio di cassazione a seguito di una pronuncia di condanna in uno dei gradi di giudizio. Utilizzando questa disposizione nel caso della confisca urbanistica, i giudici di cassazione fanno rientrare nell'inciso (confische previste) da altre disposizioni di legge tutte le confische previste dall'ordinamento, sempre che ovviamente per le stesse non sia già prevista una specifica disciplina e indipendentemente dalla natura sostanzialmente penale delle stesse. In questa prospettiva, il legislatore avrebbe quindi operato nel senso di un "livellamento delle garanzie": il minimo comun denominatore è la nozione di condanna in senso sostanziale, il presupposto applicativo è rappresentato dal *nomen iuris* "confisca", il risultato è la parificazione della disciplina prevista alle confische formalmente amministrative e sostanzialmente penali. È chiaro che così operando, i giudici finiscono per accomunare ipotesi di confisca molto diverse tra loro. Il giudice interno non lo dice. Quella proposta è una interpretazione additiva, convenzionalmente orientata, dell'art. 578-*bis* c.p.p. che fa espresso riferimento unicamente alle ipotesi di confisca di cui all'art. 240-*bis* c.p. e, a seguito della modifica introdotta con la legge n. 3 del 2019, all'art. 322-*ter* c.p. La confisca di cui all'art. 44 del t.u.edil. non è infatti ricompresa nell'attuale campo di applicazione codicistica e vi può rientrare solo superando ostacoli di ordine sia sistematico che letterale.

Dal punto di vista del contesto in cui nasce il nuovo articolo del codice di rito, questo, come detto, realizza un trasferimento di quanto previsto dalla codificazione antimafia in tema di confisca allargata nel corpo del codice. Il d.lgs. n. 21/2018, infatti, ha abrogato il co. 4-*septies* dell'art. 12-*sexies*, reintroducendone il contenuto nell'art. 578-*bis* del c.p.p.²⁴.

²² Cass., Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 5936, 4.

²³ Comma introdotto a seguito della riforma del Codice Antimafia operata con L. 17 ottobre 2017, n. 161.

²⁴ Sul "nuovo" articolo 240 bis c.p., e le ripercussioni sulla nuova previsione di cui all'art. 578 c.p.p., cfr, tra gli altri, BARAZZETTA, sub *art. 240-bis c.p.*, in Codice delle confische, Epidendio, Varraso Milano, 2018, 1001 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, Padova, 2018, 32

Nel passaggio, per effetto anche della contestuale nuova formulazione dell'art. 240-*bis* c.p. - che, sempre per effetto dello stesso decreto legislativo, riproduce nel codice penale quanto in precedenza statuito nel codice antimafia -, qualcosa si è perso e qualcosa si è aggiunto.

In primo luogo, l'art. 240-*bis* c.p., richiamato dall'art. 578-*bis* del c.p.p., non fa riferimento, diversamente dall'abrogato art. 12-*sexies* d.l. 306/92, all'articolo 295, 2 co., del testo unico in materia doganale, di cui al d.P.R. n. 43/73, e all'articolo 73, esclusa la fattispecie di cui al co. 5, del testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope di cui al d.P.R. n. 309/90. Il legislatore del 2018, infatti, ha introdotto una disposizione *ad hoc* per la confisca allargata all'interno dei due testi unici richiamati²⁵ e ciò nel rispetto di quanto previsto dall'art. 3-*bis* c.p.²⁶, secondo cui qualora la disciplina di una materia sia contenuta in un testo unico tutte le relative previsioni legislative devono essere inserite in maniera organica nello stesso testo unico, piuttosto che nel codice o in separate leggi speciali, al fine di garantire la migliore conoscibilità della legge.

L'aver separato dalla previsione di cui all'art. 240-*bis* c.p. due ipotesi di confisca allargata ha quindi reso necessario - con l'inciso visto - un richiamo a tali ipotesi nella previsione processuale. Infatti²⁷, - prima del rinvio anche alla confisca di cui all'art. 322-*ter* c.p., introdotto con la legge n. 3 del 2019 - l'art. 578-*bis* faceva espresso riferimento unicamente alla confisca allargata ex art. 240-*bis* c.p. «e ad altre disposizioni di legge», le quali evidentemente - e ciò è confermato dal dato testuale dell'uso della congiunzione “e” - quella norma citano.

ss.; MAUGERI, *La riforma della confisca (d. lgs. n. 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)*, in *questa Rivista*, Speciale Riforme, 2018, 235 e ss..

²⁵ Sono state previste così due nuove disposizioni rispettivamente, nel testo unico doganale, il comma 5 bis dell'art. 301 e, nel testo unico in materia di stupefacenti, l'art. 85-*bis* («Ipotesi particolare di confisca»), stabilendo in entrambe le fattispecie che «Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti [...] si applica l'articolo 240-*bis* del codice penale».

²⁶ Il testo dell'articolo così recita «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia».

²⁷ L'articolo 578-*bis* c.p., dopo la modifica intervenuta con la legge n. 3 del 2019, art. 1, co. 4, lett. f, così si legge: Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione. 1. Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-*bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-*ter* del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato.

Si tratta, in sostanza, di una disposizione che riguarda la confisca allargata che presenta presupposti, natura e oggetto diversi da quelli della misura limitativa della proprietà urbanistica.

La figura ablatoria di cui al 240-*bis* c.p., come è noto, non presuppone un pieno accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare, ma è fondata sulla presunzione che il reo ha realizzato altri crimini, oltre a quello oggetto della condanna, da cui abbia tratto un profitto illecito²⁸. Tale ipotesi è applicata a seguito di sentenza di condanna o di patteggiamento per delitti di particolare allarme sociale, espressamente indicati. Si tratta di una misura particolarmente afflittiva tanto da aver portato parte della dottrina a configurarla come vera e propria sanzione patrimoniale²⁹ o pena accessoria³⁰ o una sanzione *sui generis* svincolata dal fatto di reato³¹. In letteratura, si parla anche di confisca allargata come sanzione penale con finalità special preventive, individuando una sorta di natura mista³² o di misura di prevenzione di tipo patrimoniale sia pure *post delictum*³³. In giurisprudenza si propende, infine, per la qualificazione della confisca allargata come misura di sicurezza patrimoniale atipica con funzione dissuasiva³⁴. Dato caratterizzante di queste confische è, in particolare, la mancanza «del nesso di pertinenzialità tra l'oggetto dell'ablazione ed

²⁸ MAUGERI, *La riforma della confisca (d. lgs. n. 202/2016)*, cit., 268.

L'art. 240-*bis* c.p. è stato introdotto con il d.l. n. 21 del 2018 - «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, co. 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103» che ha recepito la proposta della Commissione Marasca (istituita con decreto del 3 maggio 2016 dal Ministro della Giustizia on. Andrea Orlando, per la elaborazione dello schema di decreto legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale, in attuazione della previsione di legge delega sul principio c.d. «della tendenziale riserva di codice in materia penale) di trasferire nel codice penale la disciplina della confisca allargata ex art. 12-*sexies* del d.l. 306/92.

L'attuale disciplina della confisca allargata è il risultato di una lunga serie di interventi legislativi, v. CORVI, *La confisca nei reati di criminalità organizzata*, in *Sequestro e confisca*, a cura di Montagna, Torino, 2017, 431 e ss., e in particolare, 438; e anche MAUGERI, *La riforma della confisca (d. lgs. n. 202/2016)*, cit. 9.

²⁹ La ritiene sostanzialmente una pena, MAUGERI, tra l'altro in: *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit. 317 e 517.

³⁰ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2009, 850.

³¹ SGUBBI, *L'art. 12 quinquies della legge n. 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all'art. 12-*sexies**, in *Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario: atti del IV Congresso nazionale di diritto penale*, Giappichelli, 1996, pp. 26 e ss, in particolare p. 30.

³² CISTERNA, *Strumenti e tecniche di accertamento della confisca per sproporzione e della confisca per valore equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2085.

³³ PICCIOTTO, *La confisca ex art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992*, in *Giur. di merito*, 2009, 209

³⁴ Cfr. tra le altre, Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Montella; Cass., Sez. un. 17 luglio 2001, Derouch, in *Mass. Uff.*, n. 290022. In dottrina, condivide l'impostazione giurisprudenziale VERGINE, *Il contrasto all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012, 175.

uno specifico reato, e si sostituisce ad esso una sorta di presunzione di illiceità di accumulo, denotata dalla condanna per determinati reati»³⁵.

Da queste brevi annotazioni deriva come in nessun caso la misura ora racchiusa nell'art. 240-*bis* c.p. può essere assimilata a quella urbanistica che al contrario rientra nel novero delle confische "penali" dirette, ossia aventi a oggetto beni legati eziologicamente da un vincolo pertinenziale al fatto di reato oggetto di accertamento e mai per equivalente.

Sembrerebbe allora doversi escludere che il legislatore abbia - almeno consapevolmente - previsto una clausola generale volta a cristallizzare la possibilità di confisca senza condanna per casi diversi tra loro di misure ablatorie.

Questa lettura, inoltre, sembra la più coerente anche alla luce della legge n. 3 del 2019 che, nell'aggiungere - mediante l'uso della disgiuntiva "o" la cui funzione è proprio quella di segnalare la diversa natura della misura ablatoria associata - il rinvio all'art. 322-*ter* c.p., esprime la volontà di limitare l'ambito di operatività dell'art. 578-*bis* c.p.p. alle confische ivi indicate in via tassativa, senza che siano possibile applicazioni analogiche o assimilazioni³⁶.

Lo Corte costituzionale, è noto, impone al giudice, prima di sollevare una eventuale questione di costituzionalità, di provare a percorrere la strada della interpretazione conforme a Convenzione.

Senza esplicitarlo, sembra che nel caso in esame il giudice nazionale abbia agito così. Lo ha fatto, tuttavia, attraverso una assimilazione. Ha agito, ancora una volta, come se la disposizione applicata facesse riferimento ad altro, come se il legislatore avesse voluto descrivere una norma "aperta" volta a ricomprendere tutte le ipotesi di misure ablatorie. Ma così non può dirsi sia stato.

Quella imposta è una narrativa evolutiva, che, ricorrendo alla richiesta europea, riporta a, parziale, unità le confische. Così operando, tuttavia, l'esecuzione al *decisum* europeo si ottiene attraverso una manipolazione, con il ricorso all'analogia *in malam partem*, di una disposizione processuale, la cui portata viene anche parzialmente deviata, sempre *in malam partem*.

Infatti, è chiaro dalla lettura della disposizione - e dalla applicazione giurisprudenziale - che la confisca nonostante la prescrizione trova applicazione solo quando sia stata emessa almeno una sentenza di condanna in primo gra-

³⁵ Così MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. pen.*, 2016, 2726.

³⁶ Così anche VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "Spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578 bis c.p.p. in una disciplina a termine*, in www.penalecontemporaneo.it.

do³⁷. Si pretende, quindi, che già prima della prescrizione il giudice debba aver disposto la confisca. Si è visto, invece, come questo non sia ritenuto necessario nel caso della confisca urbanistica.

5. *“Come se fosse” una parte processuale.* Netta era stata l’affermazione dei giudici europei quanto alla violazione dell’art. 7 della Convenzione nei confronti dei soggetti, persone giuridiche, titolari del bene attinto dalla confisca ma non parti del giudizio di cognizione. Le sentenze europee che si sono succedute sul tema svelano che al terzo estraneo deve essere garantito lo stesso trattamento riservato all’autore dell’illecito.

Non è immaginabile la costruzione di un doppio binario, in termini di garanzie del giusto processo, da valere ora per gli imputati ora per i terzi estranei. Siano queste persone fisiche o giuridiche.

Ciò dovrebbe spingere allora a modificare la natura reale della misura ablativa, al minimo nel senso di non poter continuare a essere applicata automaticamente a chi risulti essere proprietario del bene, senza un accertamento del suo coinvolgimento oggettivo e soggettivo nella lottizzazione abusiva.

Il giudice nazionale legge quelle considerazioni sul terzo estraneo al processo e quindi al reato come se si ponessero in perfetta linea di continuità con i precedenti giurisprudenziali nazionali, notando: “la sentenza della Grande camera sembra riferirsi alla posizione della persona giuridica del tutto estranea ai fatti per cui si procede e sostanzialmente in “buona fede”, riconoscendo, però, la possibilità che tale posizione di terzietà possa mancare”³⁸.

Strasburgo parlava di estraneità processuale; il giudice domestico parla di buona fede e di estraneità che può mancare. Il detto europeo si manipola.

L’intervento additivo rende possibile una serie di traslazioni per cui alle persone giuridiche la terzietà appartiene e difetta al tempo stesso. Come per la natura della confisca urbanistica, è una questione di prospettiva.

Nel caso esaminato dalla Corte EDU, con la sola esclusione della G.I.E.M. srl, le società ricorrenti (*Hotel promotion Bureau srl, R.I.T.A. Sarda srl e Falgest srl*) erano tutte proprietarie del terreno successivamente oggetto di

³⁷ La giurisprudenza maggioritaria per lungo tempo aveva escluso l’applicabilità della confisca allargata in seguito alla estinzione del reato (cfr., tra le altre, Cass., Sez. V, 24 febbraio 2015, Prestanicola e altri, in *Mass. Uff.*, n. 25475; Id., Sez. II, 29 marzo 2010, Dragone, *ivz*, n. 12325; Id, Sez. I, 10 maggio 2010, *ivz*, n. 17716, Mele e altro). Non mancavano posizioni differenti: Cass. Pen., Sez. II, 24 agosto 2010, Pastore, n. 32273; Id., Sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, *ivz*, n. 27343. Tale orientamento come è noto è stato poi confermato dalle Sezioni unite nella sentenza Lucci in relazione a forme di confisca - misura di sicurezza - del prezzo o del profitto del reato, di carattere obbligatorio (artt. 240, comma secondo, n. 1, e 322 ter c.p.).

³⁸ Cass., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 8350, cit. 36.

lottizzazione. Il principio affermato, come detto, è quello in base al quale un soggetto non può essere punito per un atto relativo alla responsabilità penale di un altro soggetto, con la conseguenza che non può essere sopportato un sacrificio della proprietà privata in mancanza di un'effettiva partecipazione al procedimento penale, al quale la società ricorrente rimarrebbe del tutto estranea. Muovendo dalla consolidata affermazione della distinzione della personalità giuridica dell'ente rispetto a quella della persona fisica che lo rappresenta, i giudici europei non hanno esitato ad affermare, anche nei confronti della persona giuridica, il divieto di responsabilità per il fatto altrui: e ciò anche nell'ipotesi in cui nel procedimento penale sia stato coinvolto il rappresentante legale di una società a responsabilità limitata, che è sempre coinvolto a titolo personale³⁹. Così, la violazione dell'art. 7 della Convenzione è stata riscontrata proprio con riferimento particolare alle posizioni dei ricorrenti *Hotel Promotion Bureau s.r.l. e Falgest s.r.l.*, i cui rappresentanti legali pur erano stati coinvolti - "à titre personnel" - nei relativi procedimenti penali domestici.

La condotta delle società ricorrenti a Strasburgo - terzi estranei per i giudici europei - rispetto agli interventi, fattuali e legali, effettuati sui terreni in vista della loro lottizzazione è presumibilmente coincidente con quanto descritto dalla Cassazione del 26 febbraio 2019 per indicare le opposte ipotesi in cui escludere la terzietà delle persone giuridiche.

In situazioni identiche, quelli che per Strasburgo sono terzi estranei per i giudici nazionali non lo sono, al contrario si tratta di soggetti coinvolti nella lottizzazione abusiva. E quindi punibili.

L'identità delle posizioni non interessa al giudice interno che al contrario spinge il suo ragionamento a conclusioni ritenute sorprendentemente coerenti con la sentenza europea, per cui, quando nel giudizio di merito sono: "accertate situazioni quali quelle appena indicate, deve escludersi la posizione di soggetto terzo estraneo al reato della persona giuridica nel senso delineato dalla sentenza della Grande Camera, trovando conseguentemente applicazione i principi dianzi richiamati e relativi ai soggetti terzi non in buona fede"⁴⁰.

³⁹ Corte EDU, Grande camera, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit., § 272.

⁴⁰ Scrive il giudice italiano: «La persona giuridica, se proprietaria dell'area abusivamente lottizzata, è normalmente committente degli interventi in essa realizzati, è il soggetto che procede al frazionamento, alla vendita, o ad altri atti equivalenti, riguardanti i singoli lotti, richiede eventuali titoli abilitativi agli enti competenti, pone in essere gli atti negoziali riguardanti gli edifici eventualmente realizzati ed ogni altra attività correlata, che viene materialmente attuata (ed altrimenti non potrebbe essere) dalla persona fisica che ne ha la rappresentanza legale, ricevendo la persona giuridica conseguenti vantaggi ed utilità e non potendosi pertanto considerare, in simili casi, soggetto estraneo al reato», Cass., Sez. III, sentenza n. 8350, cit. 36. Quanti ai fatti concernenti le lottizzazioni, si legge, tra l'altra nella sentenza europea, che

Si ribadisce così, pur in presenza di una connotazione fattuale coincidente con quella che ha portato alla affermazione di violazione convenzionale, la non estraneità delle società nella lottizzazione abusiva e quindi il bisogno di punibilità.

L'aspetto processuale non è tuttavia dimenticato. Il giudice nazionale avverte la necessità di adeguarsi alle indicazioni della Grande camera sulla partecipazione nel processo delle persone giuridiche. E ritiene che questo non sia escluso dalla disciplina italiana.

Per il passato, dice la Corte, ciò sarebbe assicurato dall'incidente di esecuzione nel cui ambito la persona giuridica avrebbe la possibilità di far valere la propria estraneità al reato presupposto della confisca. Poco interessano, evidentemente, le considerazioni in merito della Corte europea che non ha ritenuto l'incidente di esecuzione strumento adeguato a rimediare alla violazione dell'art. 7 della Convenzione lamentato dalle società ricorrenti⁴¹.

Per il futuro, il giudice nazionale indica poi il percorso da seguire, costruito in base a una interpretazione estensiva del combinato disposto di cui artt. 197 c.p. e 89 c.p.p. in tema di persone giuridiche obbligate al pagamento di una pena pecuniaria. Ponendo sullo stesso piano persona giuridica obbligata al pagamento di somma equivalente alla pena pecuniaria inflitta a una persona fisica e persona giuridica toccata dalla confisca si consentirebbe a quest'ultima la partecipazione ai giudizi penali concernenti la responsabilità di chi sia autore materiale della lottizzazione abusiva. E quindi la confiscabilità del bene di cui si ha la titolarità.

La narrazione sinestesica continua: ora la confisca viene trattata come se fosse una obbligazione civile. Un'ulteriore maschera viene calata sulla misura ablativa. È uno slittamento tra piani che viene proposto, camuffando come interpretazione estensiva, convenzionalmente orientata, quella che è, al contrario, una netta applicazione analogica. Accade così che per far rispondere, in qualche maniera, le persone giuridiche per i fatti commessi dai loro rappresentanti, in presenza di un vuoto legislativo, la norma penale si torce. Vengono superati presupposti e condizioni applicative⁴², si parifica una sanzione patrimoniale dalla natura ambiguamente ricostruita ma pur sempre punitiva

la R.I.T.A. Sarda srl, proprietaria dei terreni, presentò un piano di lottizzazione alle autorità competenti. È sempre la stessa società a essere coinvolta in tutti i successivi passaggi: destinataria dell'autorizzazione del progetto edilizio, titolare di una convenzione di lottizzazione. Analogamente è da dirsi per la società Falgest, cfr. sentenza G.I.E.M e altri c. Italia cit. §§ 44 e ss., e 75 e ss.

⁴¹ Corte EDU, Grande camera, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit., §§ 178 - 185.

⁴² Quella disegnata dall'art. 197 c.p. è una obbligazione civile, accessoria (conseguente a una sentenza di condanna, tanto che si estingue con l'estinzione del reato e della pena, ai sensi dell'art. 198 c.p.) e sussidiaria (è condizionata alla eventuale insolvibilità del condannato penalmente).

(penale per Strasburgo) a una obbligazione civile, si sorvola sulle evoluzioni normative impresse dalla disciplina sulla responsabilità degli enti ai sensi della d.lgs. n. 231 del 2001, e aggrappandosi all'identità soggettiva (si tratta in ogni caso di persone giuridiche) si afferma che l'indicazione europea può essere seguita senza intervento del legislatore. L'ordinamento nazionale è già perfettamente conforme al dettato della Corte europea. Le società possono essere parti processuali e la confisca, nel caso di assenza di buona fede, può essere disposta.

6. *“Come se fosse” una valutazione discrezionale.* La distanza tra giudicato della Corte EDU e ricostruzione operata dal giudice nazionale si manifesta chiaramente anche nella parte concernente la violazione dell'art. 1 Prot. 1 alla Cedu.

I giudici europei avevano ritenuto violata tale disposizione nei confronti di tutti i ricorrenti a causa della natura sproporzionata delle misure di confisca. È un punto particolarmente critico che tocca l'obbligatorietà della confisca urbanistica. Per la Corte europea questa non può essere automatica e rigida conseguenza della realizzazione di un illecito. La sproporzione era stata riscontrata sempre, anche nelle precedenti decisioni, e ciò in quanto la ablazione di tutti i terreni abusivamente confiscati e delle opere abusivamente costruite è un precipitato automatico indicato dall'art. 44 t.u. edil., che impedisce 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 sanzione⁴³.

È l'applicazione automatica della confisca a essere censurata dai giudici europei. Laddove è, al contrario, necessario operare un corretto bilanciamento, una gradazione della intensità delle condotte lesive e dei beni da confiscare.

Ancora una volta la soluzione individuata dai giudici nazionali svuota di contenuto la decisione europea. Dopo una accurata ricostruzione della disciplina italiana volta a dimostrare, se ben interpretata e applicata, la sua conformità a Convenzione; dopo aver posto in dubbio l'esattezza della ricostruzione dei

⁴³ La Corte europea individuava diversi criteri per valutare la proporzione della risposta sanzionatoria alla realizzazione della illecita lottizzazione, sentenza G.I.E.M. cit. § 301, «al fine di valutare la proporzionalità della confisca, possono essere presi in considerazione i seguenti elementi: la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione».

fatti a base della sentenza europea⁴⁴, la Corte italiana ricostruisce un criterio legale di proporzionalità: questa si avrebbe sempre quando la confisca coinvolge beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e quelli a essa funzionali.

I giudici europei chiedevano un bilanciamento in concreto, un apprezzamento pratico del giudice in funzione dell'intensità offensiva della condotta; i giudici italiani rispondono indicando una regola di giudizio legale, un parametro normativo fisso⁴⁵. Si tratta, emerge dalla decisione nazionale, di una regola di giudizio già esistente: le sentenze della Corte europea sembrano, allora, ridursi a meri incidenti di percorso, dovuti - lo si può leggere tra le righe - a una incomprensione della realtà dei fatti.

7. *Il dialogo imperfetto.* La risposta del narratore domestico alle tante sollecitazioni, non sempre condivisibili e non sempre lineari, di Strasburgo è *mimesis* non di un modello normativo reale, ma essendo emanazione diretta di una irriducibile esigenza repressiva, è *mimesis* della sintassi argomentativa del giudice, fatta di forzature interpretative, di traslazione fattuali, di manipolazioni di precedenti giurisprudenziali. Ne consegue una laboriosa costruzione artificiosa di apparente conformità ai principi fissati dalla Corte europea: la sentenza di proscioglimento è una sentenza di condanna, le società, a legislazione vigente, possono essere parte del processo, la proporzionalità è già presente nella valutazione normativa di applicazione della confisca, il legislatore si è già adeguato alle prescrizioni europee.

I giudici, europei e nazionali, dialogano. È un dialogo che, tuttavia, non vorrebbe essere ascoltato, perché si discute di riduzione di garanzie e non del loro ampliamento. Come pure, al contrario, la regola di ingaggio dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo imporrebbe: è la massimizzazione della tutela a doversi perseguire anche attraverso la combinazione degli interventi dei diversi attori, nazionali e sovranazionali. Se uno dei protagonisti si ferma o arretra, tocca all'altro riprendere il cammino e avanzare.

⁴⁴ Scrivono infatti i giudici (p. 41): «Invero se, come affermano le parti, le confische hanno effettivamente riguardato aree estranee all'attività lottizzatoria illecita, si tratterebbe di una pacifica ed indiscutibile lesione del diritto di proprietà degli interessati, sempreché le parti, enfatizzando esclusivamente il dato meramente quantitativo, abbiano operato una distinzione tra superfici occupate da immobili e superfici libere da edificazioni, individuando i terreni abusivamente lottizzati esclusivamente in quelli materialmente edificati.

Una simile affermazione, tuttavia, è del tutto estranea al concetto di lottizzazione individuato dal legislatore nazionale e dalla pluriennale giurisprudenza di questa Corte.».

⁴⁵ Cfr. anche GAETA, *Cassazione vs Corte europea in tema di confisca: la storia infinita*, in *questa Rivista*.

