

GIANRICO RANALDI

Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un “equilibrio” possibile

La decisione della Grande Camera della Corte EDU -in tema di confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato- ha imposto il tentativo di individuare i rimedi processuali azionabili per dare esecuzione all'obbligo conformativo che incombe sul giudice nazionale. In proposito, il “percorso” diverge a seconda che si sia definito -ovvero sia ancora pendente- il procedimento nel cui ambito si è realizzata la violazione ritenuta dalla Grande Camera.

The decision of the Grand Chamber of the European Court of human rights, concerning confiscation without conviction and statute of limitations, imposed an attempt to identify the procedural remedies operable for the purpose of giving effect to the obligation conformativa of the national judge. In this respect the path diverges depending on whether the proceeding -in which it made violation considered by the Grand Chamber- is pending or concluded.

SOMMARIO: 1. Cenni di “contesto” e violazioni della CEDU: ricognizione minima. - 2. Confisca urbanistica senza condanna, decisione sul reato estinto e prescrizione del reato: l'opzione compiuta. - 3. Confisca urbanistica senza condanna, decisione sul reato estinto e presunzione di non colpevolezza: indicazioni di metodo. - 4. Le “ricadute operative”: a)- i giudizi in corso. - 5. (Segue): b)- diritti violati e recupero della relativa effettività *post rem iudicatam*.

1. Cenni di “contesto” e violazioni della CEDU: ricognizione minima

L'attesa decisione della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018 (caso G.I.E.M. S.r.l. e altri v. Italia) dà soluzione¹, allo stato, ad alcune questioni controverse commesse con il regime della confisca urbanistica² delineato,

¹ Il riferimento è alla sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia. In proposito, va sottolineato che è di estremo interesse anche la lettura delle opinioni -a seconda dei casi e dei singoli giudici persona- concordanti, parzialmente concordanti, dissenzienti e parzialmente dissenzienti, espresse dai giudici Motoc, Pinto De Albuquerque, Spano, Lemmens, Sajó, Karakas, Kelle, Vehabović, Küris, Grovez. In proposito, v. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *Questionegiustizia.it*; GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera in materia urbanistica*, in *www.penalecontemporaneo.it*

² L'art. 44, 2° co., d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prevede che «la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite». Pertanto, la specifica misura è stata qualificata in sede giurisprudenziale come una sanzione amministrativa obbligatoria, indipendente dalla condanna nel processo penale, tanto che, non solo era disposta nei confronti del terzo in buona fede, ma anche senza alcuna formale pronuncia di condanna del soggetto attivo del reato di lottizzazione abusiva; inoltre, non era richiesta la verifica positiva di alcun coefficiente soggettivo che fosse idoneo a dimostrare la rimproverabilità dell'autore del fatto materiale di lottizzazione. Quanto detto, rendeva possibile applicare la confisca urbanistica anche quando il procedimento di cognizione si fosse definito con una pronuncia di pro-

nella prospettiva del giurista interno, dal disposto degli artt. 30, 44, 1° e 2° co., d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (rubricato, “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia”), da leggersi -ed applicarsi- alla stregua del ragionamento articolato e dell’interpretazione resa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015³.

scioglimento per intervenuta maturazione del termine di prescrizione del reato. Semmonché, a seguito della sentenza della Corte EDU del 20 gennaio 2009, Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia, che riconobbe la natura di sanzione sostanzialmente penale della confisca urbanistica -stante la sua natura essenzialmente punitiva ed il suo conseguire, per statuizione del giudice penale, alla commissione di un reato- si impose l’applicazione alla specifica misura ablativa delle garanzie di cui all’art. 7 CEDU, tanto da ritenersi imprescindibile -ai fini dell’applicazione della misura *de qua* - la dimostrazione dell’esistenza di un legame di natura intellettuale tra il fatto di lottizzazione abusiva contestato e la penale responsabilità del soggetto attivo del reato. Pertanto, il riflesso operativo dei principi suddetti, nella giurisdizione interna, è coinciso con la circostanza che la confisca urbanistica non potesse essere più applicata nei confronti del terzo in buona fede e potesse essere disposta solo previo accertamento di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione abusiva, anche in assenza però di una formale sentenza di condanna che cristallizzasse la penale responsabilità del soggetto attivo del reato. Successivamente, nell’alveo interpretativo tracciato dalla sentenze Sud Fondi ed altri c. Italia - il riferimento è non solo alla succitata decisione del 2009, ma anche alle decisioni emesse il 30 agosto 2007 in punto di ricevibilità del ricorso ed il 10 maggio 2012, in punto di “equa soddisfazione”, che statui che ai fini della riparazione del danno non fosse sufficiente la semplice revoca della confisca, ma fosse necessaria l’ulteriore condanna dello Stato italiano al versamento di una somma pari ad € 37 milioni in favore della ricorrente Sud Fondi s.r.l. e ad € 12 milioni per i restanti ricorrenti- la Corte EDU, con la sentenza del 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ha ritenuto che l’applicazione della confisca urbanistica nelle ipotesi di scioglimento per estinzione del reato costituisca una violazione del principio di legalità sancito dall’art. 7 CEDU, che non si limiterebbe ad imporre una base legale per i reati e per le pene, ma implicherebbe l’illegittimità dell’applicazione di sanzioni penali per fatti commessi da altri (nella giurisprudenza precedente già considerate in contrasto con la presunzione d’innocenza di cui all’art. 6, § 2, CEDU) o, comunque, che non sia fondata su di un giudizio di colpevolezza “*consignée dans un verdict de culpabilité*”. In altri termini, l’applicazione della confisca urbanistica, in assenza di una condanna formale, sarebbe risultata, per conseguenza, incompatibile con la “tavola dei valori” protetti dall’art. 7 CEDU ed avrebbe violato la specifica disposizione in parola.

³ Sul punto, v. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, che dichiarò inammissibili le questioni di legittimità costituzionale «dell’art. 44, co. 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia - Testo A)», sollevate «in riferimento agli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo co., della Costituzione, dalla Corte di cassazione, terza sezione penale» ed «in riferimento all’art. 117, primo co., Cost., dal Tribunale ordinario di Teramo, in composizione monocratica». Per un verso, con ordinanza del 20 maggio 2014 (r.o. n. 209 del 2014), la Corte di cassazione, terza sezione penale, sollevò, in riferimento agli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, 1° co., Cost., una questione di legittimità costituzionale dell’art. 44, 2° co., d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 «nella parte in cui vieta di applicare la confisca urbanistica «nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi». In particolare, la Corte di cassazione reputò «che, per effetto della sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo 29 ottobre 2013, Varvara contro Italia (ric. n. 17475 del 2009), la norma impugnata» avesse «assunto il significato che è preclusa la confisca dei beni quando non viene pronunciata una condanna per il reato di lottizzazione abusiva» e che «La misura non potrebbe perciò essere più adottata, quando il reato è prescritto, e nonostante sia stata, o possa venire, incidentalmente, accertata la responsabilità personale di chi è soggetto alla confisca» e ciò si sarebbe posto «in contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo co., Cost., in quanto esso determinerebbe una forma di iperprotezione del diritto di proprietà, nonostante il

La pronuncia, che è giunta dopo un'attesa di quasi tre anni, si caratterizza per un'impostazione, al contempo, innovativa e continuista ed "apre" a ricadute applicative di rilievo.

In proposito, infatti -assecondando una prospettiva casistica e classificatoria- va detto che la Corte EDU -pronunciandosi sulla compatibilità della succitata misura ablativa con gli artt. 7 (rubricato, "Nessuna pena senza legge"), 6 § 2 (rubricato, "Diritto ad un processo equo") e 1 Prot. Add. CEDU (rubricato, "Protezione della proprietà")- dopo aver sottolineato «che le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico» e che il «loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giu-

bene abusivo non assolve ad una funzione di utilità sociale (artt. 41 e 42 Cost.), con il sacrificio di principi costituzionali di rango costituzionalmente superiore, ovvero del diritto a sviluppare la personalità umana in un ambiente salubre (artt. 2, 9 e 32 Cost.)». Per un altro verso, con ordinanza del 17 gennaio 2014 (r.o. n. 101 del 2014), il Tribunale ordinario di Teramo, in composizione monocratica, sollevò «una questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, in riferimento all'art. 117, primo co., Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, nella parte in cui consente che la confisca urbanistica dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite venga disposta «anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione». In particolare, il rimettente reputò che la possibilità di disporre la confisca urbanistica nonostante la maturazione del termine di prescrizione si ponesse in contrasto con «l'art. 7 della CEDU, nell'interpretazione da ultimo adottata con la ricordata sentenza Varvara contro Italia», ove si fosse considerato che «con questa decisione, la Corte di Strasburgo avrebbe escluso la conformità al principio di legalità in materia penale di una confisca urbanistica applicata unitamente ad una sentenza dichiarativa della estinzione del reato per prescrizione, e dunque in assenza di condanna». Sennonché, la Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibili entrambe le questioni, ritenne anzitutto che non fosse condivisibile -ferma restando la necessità di dare applicazione al precetto enunciato dalla Corte EDU nel concreto caso oggetto di giudizio ex art. 46 CEDU- riconoscere ad una isolata pronuncia della Corte EDU (e, quindi, «alla norma individuata da Strasburgo» nella sentenza Varvara), concernente una tematica rispetto alla quale non si fosse ancora formato un orientamento consolidato (il che si verificherebbe in presenza di un diritto consolidato o di una sentenza pilota), natura vincolante per il giudice italiano. Inoltre, la Corte costituzionale, con specifico riferimento al tema dell'applicabilità della confisca urbanistica in assenza di una formale condanna -stante la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione- sottolineò che la questione disputata consisteva «nel decidere se il giudice europeo, quando ragiona espressamente in termini di 'condanna', abbia a mente la forma del pronunciamento del giudice, ovvero la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia, laddove essa infligga una sanzione criminale ai sensi dell'art. 7 della CEDU, vale a dire l'accertamento della responsabilità» e concluse che «nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica», considerato che si tratta «non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento». In proposito, tra gli altri, CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in www.archiviopenale.it; VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primum lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it.

dicante che le ha pronunciate»⁴ -per un verso, contraddice la conclusione cui era giunta la medesima Corte europea con la sentenza Varvara⁵, dichiarando

⁴ Così, testualmente, Corte EDU, Grande Camera, del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, paragrafo 252. In proposito, va rilevato che lo specifico argomento si contrappone, in maniera netta, al ragionamento in proposito articolato dalla Corte costituzionale, nella succitata sentenza n. 49 del 2015, laddove si era sottolineato che «che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla “giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente” (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), “in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza” (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009). E, pertanto, solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell’uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l’opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera. È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un’altra... La nozione stessa di giurisprudenza consolidata trova riconoscimento nell’art. 28 della CEDU, a riprova che, anche nell’ambito di quest’ultima, si ammette che lo spessore di persuasività delle pronunce sia soggetto a sfumature di grado, fino a quando non emerga un «*well-established case-law*» che «*normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber*», salvo il caso eccezionale su questione di principio, «*particularly when the Grand Chamber has rendered it*» (così le spiegazioni all’art. 8 del Protocollo n. 14, che ha modificato l’art. 28 della CEDU)...Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011). Quest’ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea, dalla quale questa Corte ha infatti ripetutamente affermato di non poter «prescindere» (*ex plurimis*, sentenza n. 303 del 2011), salva l’eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione (*ex plurimis*, sentenza n. 264 del 2012), di stretta competenza di questa Corte. Mentre, nel caso in cui sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un “diritto consolidato”, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale». Sullo specifico tema, per gli utili spunti di riflessione e riferimenti, si legga anche l’opinione - parzialmente concordante e parzialmente dissenziente- espressa dal giudice Pinto De Albuquerque “in calce” alla succitata sentenza della Grande Camera. In proposito, “a margine” della sentenza della Corte costituzionale, n. 49 del 2015, v. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.rivistaaic.it

⁵ Per un commento a prima lettura della sentenza Varvara, v. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l’art. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it; DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: tanto tuonò che piovve*, in www.archiviopenale.it. In ordine all’orientamento interpretativo invalso “a valle” della c.d. giurisprudenza Varvara, tra le tante, v. Cass., Sez. III, 5 aprile 2018, Settani, in *questa Rivista*, alla cui stregua «In presenza di un sequestro preventivo

che la confisca urbanistica non viola l'art. 7 CEDU qualora sia disposta all'esito di un accertamento giurisdizionale⁶ che presenti perlomeno i requisiti sostanziali della condanna (*id est*, in assenza di un giudicato formale di condanna) e, quindi, nonostante l'intervenuta maturazione del termine di prescrizione per il reato contravvenzionale di lottizzazione abusiva e la conseguente pronuncia liberatoria⁷; per un altro verso, invece, dichiara che la confisca urbanistica viola l'art. 7 CEDU ove sia disposta nei confronti di persone fisiche e giuridiche che non siano state «*parti in causa*» -né avrebbero potuto esserlo alla stregua delle indicazioni del diritto vigente- nel procedimento di cognizione avente ad oggetto lo scrutinio di fondatezza dell'ipotizzata lottizzazione abusiva, in ossequio al principio «secondo cui una persona non può essere sanzionata per un atto che coinvolge la responsabilità penale altrui», dimodoché «una misura di confisca applicata... a persone fisiche o giuridiche che non sono parti in causa è incompatibile con l'articolo 7»; per un altro verso ancora, dichiara che l'istituto *de quo* -che ha natura obbligatoria- viola l'art. 1 Prot. Add. CEDU⁸, posto che «l'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista -salvo che per i terzi in buona fede- dalla legge

finalizzato alla confisca urbanistica, il giudice del dibattimento, qualora maturi una causa di estinzione del reato (nel caso di specie, prescrizione), non ha l'obbligo di immediata declaratoria della causa di non punibilità ex art. 129 del codice di procedura penale. Ulteriore conseguenza è che 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 e, a tal fine, deve, pur in presenza di una sopravvenuta causa di estinzione del reato (nel caso di specie, prescrizione), proseguire nell'istruttoria dibattimentale, differendo, se del caso, la declaratoria di estinzione del reato all'esito del giudizio e disponendo la confisca urbanistica a condizione che sia accertato il fatto reato, cioè la lottizzazione abusiva, in tutte le sue componenti oggettive e di imputazione soggettiva almeno colpevole». Con riguardo alla specifica pronuncia, v. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La terza Sezione pone ulteriori (ma non definitivi) paletti*, in *questa Rivista*.

⁶ L'art. 7 CEDU, rubricato «*Nessuna pena senza legge*» prevede che «1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, era un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

⁷ In tema, GIUNCHEDI, MUSCELLA, voce *Reato estinto (decisione sul)*, in *Disc. Pen.*, Agg. X, Torino, 2018, 642 ss.

⁸ L'art. 1 Prot. Add. CEDU, rubricato «*Protezione della proprietà*», prevede che «1. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. 2. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

italiana» si pone in contrasto con il principio di proporzionalità rispetto al conseguimento dello scopo, coincidente con la tutela dell'ambiente, perseguito con la misura *de qua*; infatti, il rispetto dello specifico obiettivo di tutela dovrebbe contemplare la possibilità per il giudice penale di adottare misure meno restrittive (quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti) o l'annullamento del progetto di lottizzazione ovvero ancora la possibilità di limitare la misura ablativa alle sole aree edificate, tenendo anche conto del grado di colpa o di imprudenza dei soggetti attivi o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e l'integrazione del fatto di lottizzazione (*id est*, la confisca urbanistica si pone in contrasto con i principi sopraindicati «in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione» e ciò vale ancora di più quando la specifica misura colpisce *assets* di persone giuridiche che non essendo state «*parti in causa*» non hanno beneficiato di alcuna garanzia procedurale); per un altro verso ancora, la Corte EDU ritiene integrata, nello specifico, la violazione dell'art. 6 § 2 CEDU, secondo cui «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata», posto che -nella vicenda procedurale interna e presupposta- la confisca urbanistica era stata disposta nei confronti del ricorrente persona fisica direttamente dalla Corte di cassazione, nonostante che fosse stato assolto in appello e che la Corte avesse dichiarato estinto il reato per intervenuta prescrizione del reato (*id est*, la dichiarazione di colpevolezza susseguente ad un'assoluzione, in un contesto nel quale il reato è estinto e non può esservi istruzione probatoria, costituisce una violazione del diritto di difesa dell'imputato ed è, incompatibile con l'art. 6 § 2 CEDU che attribuisce *expressim* valenza al principio della presunzione di non colpevolezza).

Sennonché, se la sommaria ricognizione delle conclusioni decisorie della Grande Camera non dà certamente conto dello sforzo motivazionale compiuto, essa vale quale premessa ineludibile per segnalare alcune delle questioni problematiche affrontate e, soprattutto, per delineare le possibili «ricadute operative» dello specifico *dictum*.

2. Confisca urbanistica senza condanna, decisione sul reato estinto e prescrizione del reato: l'opzione compiuta.

La Grande Camera ribadisce, in coerenza con le sentenze Sud Fondi e Varvara, l'attrazione della confisca urbanistica nel paradigma della *matière pénale* alla stregua dei c.d. criteri Engel, che vennero enucleati da una sentenza del

1976 della Corte EDU e successivamente affinati⁹, così come che essa rientri nel novero delle «pene» ai sensi dell'art. 7 CEDU¹⁰: il che implica, a tacer d'altro, che la relativa applicazione debba avvenire all'esito di un procedimento che -seppur all'interno dell'ordinamento nazionale sia qualificato amministrativo- presenti però il nucleo minimo di garanzie correlate, per l'appunto, alla nozione convenzionale di *matière pénale*¹¹.

Per conseguenza, la Grande Camera afferma che, in linea di principio, per l'applicazione di «una pena ai sensi dell'art. 7 si richiede la sussistenza di un nesso di natura psicologica attraverso il quale sia possibile riscontrare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato»¹², fermo restando che -come statuito nella sentenza Varvara - gli Stati parte della CEDU possono, in via di eccezione, prevedere forme di responsabilità oggettiva fondate su presunzioni di colpevolezza, che comunque non possono produrre «l'effetto di rendere impossibile all'autore del fatto di difendersi dalle accuse nei suoi confronti, privandolo dei diritti garantiti dall'art. 6.2 della Convenzione» (si ha riguardo, in particolare, al riconoscimento della possibilità di ammettere prova contraria e permettere al soggetto agente di esercitare il

⁹ Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi. La decisione in discorso ha ritenuto che la qualificazione giuridica dell'illecito, nel diritto interno, sia un criterio solo formale e relativo: infatti, dovrebbe attribuirsi, nella prospettiva di qualificazione della *matière pénale*, maggiore valenza significativa alla natura della violazione ed al grado di severità della sanzione che rischia di subire l'interessato. Per ciò che concerne i c.d. criteri Engel, il primo corrisponde con la qualificazione dell'illecito secondo l'ordinamento nazionale ed è, quindi, formale; gli altri due, invece, sono di natura sostanziale e devono essere considerati secondo una logica alternativa e si identificano con la natura della violazione e con la natura, gravità e scopo della sanzione, secondo la valutazione operata dalla Corte EDU, e valgono nel caso in cui manchi tale qualificazione ovvero quando il legislatore nazionale qualifichi diversamente il comportamento scrutinato. In proposito, v. Corte EDU, sent. 10 febbraio 2009, Zolotoukine c. Russia, che ha affermato che il secondo ed il terzo criterio sono alternativi e non necessariamente cumulativi, anche se è ammissibile il ricorso ad entrambi per il caso in cui l'analisi separata di ciascun criterio non consente di pervenire ad «*conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale*» (§ 53).

¹⁰ Il riferimento è ai toni ed ai contenuti del § 233 ed al «richiamo» *ivi* contenuto alla succitata sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, cit., laddove si rileva che è «principio consolidato che la «pena» può essere applicata anche da un'autorità amministrativa, sia pure a condizione che vi sia facoltà di impugnare la decisione innanzi ad un tribunale che offra le garanzie dell'art. 6 della CEDU, ma che non esercita necessariamente la giurisdizione penale (da ultimo, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, con riferimento ad una sanzione reputata grave). Si è aggiunto che la «pena» può conseguire alla definizione di un procedimento amministrativo, pur in assenza di una dichiarazione formale di colpevolezza da parte della giurisdizione penale (sentenza 11 gennaio 2007, Mamidakis contro Grecia)».

¹¹ Il riferimento è alle garanzie del *due process of law* (art. 6 CEDU), al principio di legalità (art. 7 CEDU), al principio di *ne bis in idem* processuale ovvero del diritto di non essere condannato due volte per lo stesso fatto (art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU).

¹² Così, v. § 260 della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit.

proprio diritto di difesa)¹³ e che il criterio di fondo per cui è richiesto un legame di tipo psicologico («*mental link*»), tra il soggetto agente ed il fatto anti-giuridico che ne giustifica il “rimprovero”, debba trovare applicazione in relazione all’istituto della confisca urbanistica italiana¹⁴.

Di contro, la Grande Camera “marca” la propria discontinuità rispetto alla sentenza Varvara, posto che essa sancì l’incompatibilità con gli artt. 7 e 6 § 2 CEDU della confisca urbanistica applicata, rispetto al reato di lottizzazione abusiva dichiarato estinto per prescrizione, alla stregua di un accertamento di colpevolezza meramente incidentale e fece ciò sul presupposto essenziale che «la logica della ‘pena’ e della ‘punizione’, e la nozione di ‘*guilty*’ (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di ‘*personne coupable*’ (nella versione francese), depongono a favore di un’interpretazione dell’articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di infliggere la pena al suo autore. In mancanza di ciò, la punizione non avrebbe senso [...] sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall’altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata»¹⁵.

Infatti, con la decisione di specie (caso G.I.E.M. S.r.l. e altri v. Italia), la Corte EDU statuisce che l’applicazione della confisca urbanistica, anche qualora sia sopraggiunta la prescrizione del reato, sia compatibile con le garanzie di cui all’art. 7 CEDU qualora tutti gli elementi costitutivi del reato di lottizzazione abusiva siano stati sostanzialmente accertati.

Segnatamente, secondo la Grande Camera, l’imprescindibile valutazione «al di là delle apparenze e del vocabolario utilizzato» e secondo il criterio di «realità di una situazione» impone di «andare oltre al dispositivo di una decisione interna» e di «tener conto della sua sostanza, in quanto la motivazione costituisce parte integrante della decisione»; a ciò si aggiunga che è rilevante «in una società democratica il fatto di garantire lo Stato di diritto e la fiducia nella giustizia delle persone sottoposte a giudizio»; del pari, rileva il «regime applicato dai tribunali italiani», il cui obiettivo corrisponde con «la lotta contro

¹³ Così, v. § 260 della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit.

¹⁴ In proposito, v. § 245 della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit., ove si legge «che avuto riguardo all’applicazione giurisprudenziale della stessa successiva al caso *Sud Fondi*. Le Corti italiane stesse, infatti, reagendo positivamente all’input proveniente da Strasburgo, sono giunte ad affermare tanto la necessità di un legame di tipo psicologico fra l’offesa e il suo autore, quanto l’inapplicabilità della sanzione in questione al terzo in buona fede».

¹⁵ Così, testualmente, § 71, Corte EDU, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, cit.

l'impunità che deriva dal fatto 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»¹⁶, tanto che l'applicazione della confisca urbanistica, pur in assenza di una condanna formale, non si porrebbe in contrasto con l'art. 7 CEDU «a condizione che i tribunali in questione abbiano agito nel pieno rispetto dei diritti della difesa sanciti dall'articolo 6 della Convenzione» ed abbiano constatato «che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione», dimodoché «tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato»¹⁷. Sennonché, va rilevato che il ragionamento articolato sul punto dalla Grande Camera -aspramente criticato nell'opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque¹⁸ - ha carattere, per

¹⁶ In tal senso, v. § 260 della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit.

¹⁷ Sul punto, ancora, v. § 261 della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit.

¹⁸ Infatti, nell'opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente, che può leggersi in calce alla sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit., il giudice Pinto De Albuquerque ha sottolineato che «...come proclama la sentenza Sud Fondi, e come hanno ammesso i Giudici delle leggi, il principio di legalità contiene il principio nulla poena sine culpa, che deve essere accertato (sia la *culpa* che la *poena*) entro i termini previsti dalle norme di prescrizione pertinenti. In uno Stato che si fonda sulla supremazia del diritto e sul principio di legalità, il potere dello Stato di perseguire e punire reati anche complessi è limitato nel tempo o, per usare l'elegante formulazione della Corte costituzionale, «trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuano le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso». In caso contrario, i valori della certezza del diritto e della prevedibilità inerenti al principio di legalità, e quindi questo stesso principio, verrebbero sacrificati in nome dell'efficienza del sistema giudiziario...In queste condizioni, quando un reato è prescritto, i motivi dell'azione penale non sussistono più e lo scopo della pena non prevale più. Dichiarare che è prescritto un reato significa proprio sacrificare la lotta contro l'impunità. Se l'obiettivo della lotta contro l'impunità dovesse sempre prevalere, non sarebbe mai prescritto alcun reato. Questo è l'elemento centrale della sentenza Varvara, «il diritto all'oblio», che viene così annullato dalla Corte costituzionale. Il requisito di una «sentenza di condanna» imposto dalla sentenza Varvara è semplicemente una conseguenza logica del requisito dei termini di prescrizione. Non vi può essere punizione senza una dichiarazione formale di condanna, perché una dichiarazione di questo tipo non può intervenire successivamente alla prescrizione del reato. In altre parole, l'elemento centrale del famoso paragrafo 72 della sentenza Varvara consiste nel riconoscere che la prescrizione non è una sostanziale condanna. Mentre la sentenza Sud Fondi ha stabilito il principio *nulla poena sine culpa*, la sentenza Varvara ha riconosciuto la prescrizione come parte integrante del principio di legalità. Di conseguenza, l'articolo 7 esclude l'imposizione di una confisca (che è una «pena» secondo il diritto convenzionale come interpretato dalla Corte e secondo il diritto costituzionale italiano come interpretato dalla Corte costituzionale) nel caso di un reato prescritto, perché la prescrizione ha il significato di una garanzia materiale, e non un semplice significato procedurale, nella Convenzione come nel diritto nazionale». Pertanto, «alla luce di queste considerazioni, la scelta operata dalla Corte costituzionale italiana di invocare «la funzione [della Corte di Strasburgo che consiste nel] percepire la violazione del diritto fonda-

così dire, dialogico rispetto ai toni ed ai contenuti della sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015¹⁹ - secondo cui «nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità», che «anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica»²⁰, tanto che il punto non starebbe nella «forma della pronuncia», ma nella

mentale nella sua dimensione tangibile, a prescindere dalla formulazione astratta» utilizzata per qualificare il reato, può essere intesa come un tentativo di negare l'evidenza, ovvero che un accertamento «sostanziale» di colpevolezza ha poco senso se non significa una dichiarazione formale di colpevolezza da parte di un giudice. Tale argomentazione è particolarmente infelice in quanto distorce il significato della teoria della prevalenza della sostanza sull'inquadramento formale sostenuta dalla Corte, che è sempre stata utilizzata per garantire la tutela dell'imputato da forme dissimulate di sanzione. La Corte costituzionale utilizza l'argomento della tutela della «sostanza dei diritti umani» per indebolire i diritti umani della persona oggetto della confisca senza condanna. A mio parere, è inaccettabile che la Corte costituzionale utilizzi *contra reum* una teoria sviluppata dalla Corte proprio a vantaggio di questa persona. Inoltre, le considerazioni di specie «valgono anche per l'argomentazione basata sulla necessità di combattere l'«ipertrofia» del diritto penale. Se è vero che la politica dello Stato in materia di diritto penale deve tendere al principio del minimo intervento, è inammissibile utilizzare questa argomentazione in *malam partem*, al fine di privare l'imputato della tutela offerta dall'art. 7 e di imporgli la confisca in assenza di una qualsivoglia condanna formale per intervenuta prescrizione. In tal modo si inverte il principio di sussidiarietà del diritto penale per poter infliggere la punizione dopo la prescrizione... In realtà, nell'applicare la confisca urbanistica senza condanna, il giudice cerca di contrastare l'inerzia dell'amministrazione locale e la convivenza con i progetti di lottizzazione abusiva. In altre parole, il sistema di giustizia penale svolge funzioni amministrative. Dal punto di vista del diritto costituzionale, è evidente che la trasformazione del giudice penale in un organo di supplenza dell'amministrazione è incompatibile con il principio della separazione dei poteri».

¹⁹ Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cit.

²⁰ Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cit. In tema, nell'opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente, che può leggersi in calce alla sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit., il giudice Pinto De Albuquerque ha rilevato che «secondo la Corte costituzionale, una dichiarazione «sostanziale» di colpevolezza non susciterebbe preoccupazione nell'ambito della Convenzione. Rimangono quindi molte domande senza risposta, e che non sono state neppure poste» ove si consideri che «Il Giudice costituzionale non ha chiarito «i limiti che il sistema procedurale può (...) imporre al giudice penale quanto alle attività necessarie per giungere all'accertamento della responsabilità», né ha indicato se la confisca urbanistica potesse applicarsi solo qualora gli elementi oggettivi e soggettivi della responsabilità fossero già stati accertati prima della prescrizione del reato o se il giudice potesse concludere le indagini dopo tale termine al fine di stabilire gli elementi oggettivi e soggettivi della responsabilità e, in caso affermativo, quali garanzie procedurali dovrebbero quindi essere applicate. La Corte costituzionale non ha neppure indicato con precisione quale criterio di prova il giudice doveva applicare per accertare «sostanzialmente» i fatti rilevanti ai fini dell'imposizione di una confisca. Se le norme prescrittive limitano i poteri a disposizione dello Stato per indagare sulla vita delle persone, come si potrà raggiungere questo obiettivo se tutti i reati possono comunque dar luogo a delle indagini per giungere a una valutazione «sostanziale» della responsabilità? Oppure ci sono reati speciali che ammettono queste «sostanziali» dichiarazioni di colpevolezza e altri che non le ammettono?... In realtà, la dichiarazione «sostanziale» di responsabilità è un assegni in bianco che consente ai giudici nazionali di agire come desiderano. Nella tensione weberiana tra *Wertrationalität* (razionalità per valori, o assiologica) e *Zweckrationalität* (razionalità per scopi), i giudici, internazionali o nazionali, devono sempre tendere verso la prima e non verso la seconda, che rientra nella politica.... Il

«sostanza dell'accertamento»- e risulta coerente con la tendenza che si constata, nell'ordinamento interno, in favore del riconoscimento alla decisione sul reato estinto di valenza, al contempo, decisoria²¹ e, per così dire, incisiva dei

punto fondamentale è che il giudice non deve far pesare sulle persone in questione le carenze di una politica penale irrazionale dello Stato, e in particolare di una politica che induce «l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi». Ed ancora: «Più in generale, la nozione di dichiarazione «sostanziale» di responsabilità è di per sé contraria ai valori della certezza del diritto e della prevedibilità, poiché la persona o l'ente interessata/o non può realmente prevedere se i suoi beni saranno confiscati... Inoltre, la nozione di dichiarazione di responsabilità «sostanziale» si basa su un'analogia con una condanna... Questa analogia tra motivazione e condanna è fundamentalmente errata, in quanto tale estensione della nozione di «condanna» a danno della persona in questione corrisponde ad un'analogia in *malam partem* inammissibile. La finzione giuridica di una «condanna sostanziale» contraddice l'essenza stessa del divieto di analogia a danno della persona in questione, che è al centro del principio di legalità (*nulla poena sine lege certa, stricta*); sul punto, «La Corte ha sempre rifiutato questa analogia. Ad esempio, nella causa Marguš c. Croazia, la Corte ha dichiarato inequivocabilmente che «l'archiviazione di un procedimento penale da parte di un pubblico ministero non equivaleva né a una condanna né a un'assoluzione» e che la decisione di non luogo non rientrava pertanto nel campo di applicazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione. Questi due esiti (condanna o assoluzione) si possono ovviamente trovare solo nel dispositivo di una sentenza emessa da un tribunale nazionale, vale a dire laddove il tribunale competente espone l'esito della causa. La motivazione non è assolutamente rilevante ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali... Tale approccio, nella misura in cui mira a concludere con una «condanna sostanziale» senza tener conto del fatto che la persona in questione non è stata formalmente dichiarata colpevole, è contrario al principio stesso del *ne bis in idem*... Infine, la dichiarazione «sostanziale» di responsabilità viola in modo scandaloso il principio della presunzione di innocenza». Ove si consideri che «la Corte ha ripetutamente respinto qualsiasi dichiarazione di colpevolezza, sia nelle decisioni di assoluzione che di non luogo a procedere o di rigetto di una causa, dichiarazione da lei ritenuta una flagrante violazione dell'articolo 6 § 2 della Convenzione [83], il «pieno accertamento di responsabilità» richiesto dalla Corte costituzionale come base per la confisca senza condanna viola chiaramente il diritto alla presunzione di innocenza. Infatti, questo punto è così ovvio che è difficile credere che in uno Stato di diritto come l'Italia si possa applicare una «pena» ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione a costo di una violazione così diretta dell'articolo 6 § 2 della stessa Convenzione... La dichiarazione «sostanziale» di responsabilità mi ricorda il verdetto semi-assolto in uso nel Medioevo, in cui, sebbene gli imputati fossero stati assolti, si dimostrava una certa colpevolezza sulla base di alcuni elementi e le persone interessate venivano in qualche modo punite. A mio parere, la situazione di una persona che beneficia di una dichiarazione di prescrizione, ma che è comunque oggetto di un'ordinanza di confisca sulla base di una dichiarazione che indica che i fatti sono provati e che la colpevolezza è accertata, è molto simile a quella delle persone che una volta erano semi-assolte. Tuttavia, non dimentichiamo che c'è stata una Rivoluzione nel 1789, tra l'altro per porre fine a tale assurdità. Trarre insegnamento dalla storia permetterebbe a volte di non ripetere gli stessi errori più e più volte».

²¹ La specifica opzione compiuta dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit., nella parte in cui ha sancito che la confisca urbanistica, che sia disposta nonostante la declaratoria di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, non contrasterebbe con l'art. 7 CEDU -purché il giudice interno abbia agito nel rispetto del modulo delineato dall'art. 6 CEDU ed abbia constatato la sussistenza di tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva- desta ragionata perplessità, qui meramente accennate, ove si consideri che l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma di diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall'art. 25, co. 2, Cost. Segnatamente, la Costituzione conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché esso non è limitato alla

diritti delle “*parti in causa*”²².

descrizione del fatto di reato ed alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità: infatti, tale qualificazione realizza un livello di protezione più elevato di quello riconosciuto agli imputati dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) e dall'art. 7 CEDU, tanto che esso deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto U.E. ai sensi dell'art. 53 della medesima Carta, letto anche alla luce della relativa spiegazione. Stando così le cose, se la prescrizione è un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena e se rientra, nel nostro ordinamento giuridico, nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, co. 2, Cost. quale istituto sostanziale che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a che l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità), allora è chiaro che l'impostazione della Grande Camera “istituzionalizzi” l'estensione del potere punitivo pubblico, oltre il limite temporale previsto al tempo del fatto, in assenza di una base legale certa e prevedibile ove si consideri, a mero titolo di esempio, che non è dato comprendere se la confisca urbanistica possa essere applicata solo qualora il fatto tipico e la colpevolezza relativi al reato di lottizzazione abusiva siano già stati accertati prima della prescrizione del reato ovvero se, di contro, il giudice possa all'uopo proseguire e concludere l'attività istruttoria. Breve. L'attività giurisdizionale, in ossequio al principio di divisione dei poteri, non persegue obiettivi di politica criminale, ma è soggetta al governo della legge che, nel rispetto del principio di determinatezza in materia penale, deve specificare i mezzi ed in quali limiti debba dispiegarsi la potestà punitiva dello Stato. È di avviso contrario, **BIGNAMI**, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, cit., secondo il quale «non vi è... alcuna contraddizione tra l'affermazione, contenuta nelle decisioni Taricco (ordinanza n. 24 del 2017 e sentenza n. 115 del 2018), a proposito della natura sostanziale della prescrizione, e quella, propria del caso Varvara, con cui si ammette che la confisca urbanistica possa sopraggiungere a reato prescritto (contraddizione lamentata, invece, nell'opinione in parte concorrente, in parte dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque). E questo perché, ai fini dell'ordinamento nazionale, la confisca urbanistica resta una sanzione amministrativa. Con la conseguenza che, di regola, il potere di applicarla non si consuma per il decorso del tempo, essendo la prescrizione in Italia istituto che concerne i reati. Spetterebbe, semmai, alla Corte Edu affermare che tra le garanzie assicurate dall'art. 7 Cedu quanto alle “pene” vi sia anche l'assoggettamento ad un regime prescrizionale, perché in tal caso (e solo in esso) l'Italia sarebbe costretta ad adeguarsi». Sul carattere sostanziale e non processuale dell'istituto della confisca - “a margine” della c.d. “regola Taricco” enucleata dalla sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia 8 settembre 2015, in causa C-105/14, Taricco, e ribadita, in sostanza, dalla sentenza della Grande sezione della Corte di Giustizia 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A. S. e M. B.- paiono paradigmatiche, tra le altre, Cort. Cost., ord. n. 24 del 2017, nonché Corte cost., sent. n. 115 del 2018, che ha dichiarato «non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), sollevate dalla Corte di cassazione, in riferimento agli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, e dalla Corte d'appello di Milano, in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., con le ordinanze indicate in epigrafe». Al riguardo, tra i tanti, **CIVELLO**, *La sentenza “Taricco-bis” della Corte di Giustizia U.E.: verso una legalità senza legge*, in www.archiviopenale.it; **DONINI**, *La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it; **FERRANTE**, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione «diplomatica» ma ferma*, in www.dirittifondamentali.it; **GIUNCHEDI**, *La Consulta, la “reegola Taricco” ed il rapporto tra fonti europee, in questa Rivista*, 2017, 141; **KOSTORIS**, *La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei “controlimiti” e scontro tra paradigmi*, in www.penalecontemporaneo.it.

²² In proposito, tra gli altri, anche per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, volendo, v.

Breve.

La Grande Camera sembra aderire al *refrain* invalso: ciò che vale, ad onta delle qualificazioni giuridiche, è la “sostanza” della delibazione giudiziale e non tanto, invece, che il giudicato -da cui discendono pregiudizi sanzionatori, anche rilevanti, soprattutto di natura patrimoniale- sia formalmente di condanna. Il che -detto con consapevole autolimitazione- coglie una tendenza tipica del tempo della giustizia penale patrimoniale e sembra porre in dubbio alcuni capisaldi della teoria del garantismo penale, che è propria delle democrazie di matrice liberale²³.

Infatti, se il garantismo penale descrive le tecniche di tutela apprestate a protezione dei diritti di libertà - a partire dalla libertà personale, contro interventi arbitrari di tipo poliziesco e giudiziario - tanto che il significato di esso non coincide con il mero formalismo, bensì declina, come non negoziabile, la congrua protezione dei diritti fondamentali e tra essi, innanzitutto, della presunzione di innocenza sino a prova contraria, allora la cifra della questione sta nel riconoscere valenza normativa al *dictum* che, seppur formalmente non sia di condanna *ex art. 533 c.p.p.*, comunque rechi una verifica sulla fondatezza dell'accusa, analoga a quella che è richiesta dalla statuizione di responsabilità dell'imputato, con riferimento alla metodica probatoria ed alla protezione dei diritti giudiziari riconosciuti dai canoni del giusto processo.

In altre parole, non è a discutersi - a fronte della constatata tendenza all'ampliamento del campo di operatività della valenza decisoria delle pronunce sul reato estinto²⁴ - che essa andrebbe, per così dire, “tacciata di eresia”²⁵ ove non assicurasse comunque effettività ai principi ed alle garanzie tipiche della materia processuale penale²⁶ e, quindi, ai canoni di giurisdizionalità

RANALDI, *Principio della “riserva di codice” e decisione sul reato estinto: prolegomeni di una tendenza in progressivo consolidamento, Speciale Riforme*, in *questa Rivista*.

²³ Sul concetto di garanzie e di garantismo penale, v. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, Napoli, 2014, 3.

²⁴ In tema, v. RAGNO, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 950 ss.; STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. Pen.*, IV, Torino, 1990, 342 ss.

²⁵ In proposito, v. nota 21.

²⁶ Con riferimento alla tendenza ermeneutica invalsa in tema di rapporti tra declaratoria immediata di una causa di non punibilità, prescrizione ed istruzione probatoria, v. Cass., Sez. III, 24 ottobre 2017, S.V., S.C.,F.R., F.F., F.G. G.M.,G.B, in *Riv. pen.*, 2018, 5, 466, secondo cui «In tema di lottizzazione abusiva, l'intervenuta maturazione del termine di prescrizione del reato non esonera il giudice dal potere-dovere di accertare comunque, anche mediante espletamento di ulteriore attività istruttoria, la sussistenza dell'illecito, ai fini dell'applicazione (prevista come obbligatoria, in presenza di detto accertamento, dall'art. 44, co. 2, del d.P.R. n. 380/2001), della confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, a ciò non ostando - in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49/2015 e con l'ordinanza n. 187/2015 - la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo quale espressa, in particolare, nelle sentenze 29 settembre 2013, V. c. Italia e 9

ed accusatorio, dell'onere della prova, del contraddittorio per la prova²⁷ e dell'apertura del giudicato²⁸.

3. Confisca urbanistica senza condanna, decisione sul reato estinto e presunzione di non colpevolezza: indicazioni di metodo

La Grande Camera afferma, inoltre, la violazione dell'art. 6 § 2 CEDU, secondo cui «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata».

In particolare, nella vicenda procedurale presupposta, la confisca urbanistica era stata applicata - nei confronti del ricorrente persona fisica- direttamente dalla Corte di cassazione - e, quindi, in difetto di qualsivoglia attività di istruzione probatoria - nonostante che egli fosse stato assolto nel processo di appello e che la medesima Corte di cassazione avesse dichiarato estinto il reato per intervenuta prescrizione del reato.

febbraio 1995 W c. Regno Unito, ma dovendosi per converso escludere che si possa dar luogo a sequestro preventivo finalizzato all'adozione della suddetta confisca quando, al momento, la prescrizione del reato sia già maturata e l'esercizio dell'azione penale debbasi quindi considerare precluso».

²⁷ Sul punto, ancora, v. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit., 19, il quale definisce «diritto penale minimo» il «paradigma normativo» che «designa il sistema delle garanzie penali e processuali idoneo a soddisfare» il duplice scopo che del diritto penale rappresenta la giustificazione e la fonte di legittimazione: da un lato, la tutela della vita, dell'integrità, della libertà e delle proprietà dei consociati contro i delitti di altri consociati; dall'altro lato, la tutela dei medesimi consociati, in quanto possibili imputati e condannati, dalle proibizioni inutili o lesive dei diritti fondamentali. In particolare, le garanzie penali corrispondono con i principi di retributività (*Nella poena sine crimine*), di stretta legalità (*Nullum crimen sine lege*), di economia (*Nulla lex [poenalis] sine necessitate*), di offensività (*Nulla necessitas sine iniuria*), di materialità (*Nulla iniuria sine actione*), di colpevolezza (*Nulla actio sine culpa*); mentre, le garanzie processuali, corrispondono con i principi di giurisdizionalità (*Nulla culpa sine iudicio*), accusatorio (*Nulla accusatio sine accusatione*), dell'onere della prova (*Nulla accusatio sine probatione*), del contraddittorio (*Nulla probatio, sine defensione*). Con riferimento all'impossibilità di procedere al sequestro preventivo finalizzato alla confisca dei terreni oggetto dell'ipotizzata lottizzazione abusiva, quando l'esercizio dell'azione penale risulti precluso, essendo già maturata la prescrizione del reato, stante l'impossibilità di procedere alla verifica in contraddittorio dell'ipotesi d'accusa, v. Cass., Sez. III, 19 maggio 2016, I.A.,P.R., T.C.,TO.Ma.,V.E.,F.F.,L.S.,D.F.M.,C.I., in *Cass. pen.*, 2017, 10, 3764, alla cui stregua «il sequestro preventivo finalizzato alla confisca dei terreni oggetto di ipotizzata lottizzazione abusiva non può essere legittimamente adottato quando l'esercizio dell'azione penale risulti precluso, essendo già maturata la prescrizione del reato, poiché in tal caso è impedito al giudice di compiere, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la piena partecipazione degli interessati, l'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e della sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura, presupposto necessario per disporre la confisca anche in presenza di una causa estintiva del reato». Inoltre, si è escluso espressamente che il giudice per le indagini preliminari possa disporre la confisca urbanistica dei terreni pretesamente oggetto di trasformazione urbanistica ed edilizia e delle relative opere; sul punto, v. Cass., Sez. III, 24 maggio 2016, in *Dir. giust.*, 2016, 72, 2016, 62, con nota di GALASSO, *Se c'è archiviazione per prescrizione, non può disporsi l'archiviazione*.

²⁸ In proposito, tra gli altri, volendo v. RANALDI, *Esecuzione penale*, a cura di Gaito, Ranaldi, Milano, 2017, 24.

Senonché, la Grande Camera ribadisce la valenza assiologica ed euristica del contraddittorio per la prova, quale metodo elettivo di accertamento dei fatti oggetto di contestazione, promanante -per l'appunto- dalla presunzione di non colpevolezza²⁹, da intendersi, sotto tale profilo, come regola probatoria (e non, quindi, come regola di trattamento della persona nei cui confronti si procede ovvero come regola di giudizio) e fa ciò subendo verosimilmente l'influenza delle peculiarità del caso concretamente sottoposto al suo giudizio³⁰.

In altri termini, non dovrebbe revocarsi in dubbio, alla stregua del ragionamento articolato dalla Grande Camera, che la confisca urbanistica possa essere applicata anche con la sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato e risulti compatibile con l'art. 6 § 2 CEDU.

Infatti, «una volta accettata la conformità alla legalità convenzionale di un accertamento di colpevolezza compiuto in via incidentale ex art. 7 Cedu», ne conseguirebbe «in modo indefettibile che esso è in grado di vincere la presunzione di innocenza ex art. 6 Cedu», tanto che «la opposta conclusione tratta dalla Corte di Strasburgo nel caso concreto non serve... a porre in discussione il primo postulato (perché vi sarebbe un'insanabile contraddizione logica), ma è il solo frutto della peculiare dinamica osservata dalle Corti italiane nel decidere la posizione di uno dei ricorrenti della sentenza G.I.E.M»³¹.

Vale a dire.

La Grande Camera «non ha nulla da obiettare in astratto all'applicazione della confisca unitamente alla rilevata prescrizione», ritiene però che, «sul piano processuale, la presunzione di non colpevolezza», nello specifico, «non potesse essere vinta in sede di legittimità, a fronte di un contrario accertamento compiuto dal giudice del merito», la cui «consistenza» e «valenza» continua a dispiegare effetti sul giudizio tanto da impedire «che la colpevolezza possa essere assunta a fondamento della decisione di confiscare un bene, essendo mancato in tal senso, a causa della prescrizione, un nuovo giudizio di merito»³². Il che risulta, all'evidenza, condivisibile seppur in tempi -per così dire- di

²⁹ In proposito, tra gli altri, v. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. Pen.*, VIII, 1995, p. 671, il quale sottolinea che «La presunzione di non colpevolezza riflette, invero, una concezione del processo ancorata ai valori dell'individuo e della legalità...Quale opzione ideologica «forte», la presunzione di non colpevolezza assurge al ruolo di principio informatore dell'intero processo, così che vi sono logicamente implicate le più significative garanzie poste a presidio del fair trial: il diritto di difesa, il contraddittorio, la stessa terzietà del giudice vi trovano il momento davvero unificatore».

³⁰ Sul punto, tra gli altri, ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1991, 7.

³¹ Così, testualmente, BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, cit.

³² Così, ancora, BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, cit.

“cassazione sostitutiva” per essere invalsa la tendenza all’estensione delle ipotesi di annullamento senza rinvio, in un’ottica deflattiva dei casi di nuovo giudizio di merito³³.

Breve.

Se la presunzione di non colpevolezza -intesa come regola probatoria³⁴ e, quindi, tecnica di accertamento- vale quale autentica garanzia epistemologica ed esprime una «precisa opzione costituzionale sul come va impostato l’accertamento della responsabilità in un moderno processo penale, cristallizzando il principio dell’onere accusatorio della prova in capo al pubblico ministero (*nulla accusatio sine probatione*)»³⁵ e se la Corte di cassazione può pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio qualora consideri ciò superfluo e ritenga - anche all’esito di valutazioni discrezionali- di poter decidere la causa alla stregua degli elementi di fatto già accertati o sulla base delle statuizioni adottate dal giudice di merito purché «non risultino perciò necessari ulteriori accertamenti di fatto»³⁶, allora non è discutersi che la rilettu-

³³ Il riferimento è ai toni novellati dell’art. 620, co. 1, lett. l), c.p.p., modificato dall’art. 1, co. 67, l. 23 giugno 2017, n. 103, rubricata “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario*”, secondo cui la Corte di cassazione pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio «se la corte ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio».

³⁴ Sull’onere “accusatorio” della prova, tra gli altri, v. GAITO, *Onere della prova e processo penale, Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, III, 513.

³⁵ In tal senso, v. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 685.

³⁶ Così, v. Cass., Sez. un., 24 gennaio 2018, Matrone, in www.giurisprudenzapenale.com con commento di URBINATI, *Presupposti dell’annullamento senza rinvio della Cassazione: tra finalità deflative e intromissioni di merito*, cit., 6 ss., il quale rileva che «I rischi dell’interpretazione offerta dalle Sezioni Unite sono evidenti: privilegiare le esigenze di economia processuale, a seguito dell’inserimento in Costituzione del principio della ragionevole durata del processo. Tuttavia, i profili problematici, in fase di prima interpretazione della novella, attenevano in particolar modo al caso in cui la Corte «ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti»: al contrario, nell’altra situazione, cioè la rideterminazione della pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito, sembrava che «il legislatore [avesse] semplicemente inteso dare conferma all’orientamento consolidato, secondo cui il presupposto affinché la Corte possa procedere alla determinazione della pena è la possibilità di correggere la decisione senza sostituire giudizi di merito, incompatibili con le attribuzioni tipiche del giudice di legittimità». La perplessità suscitata dalla dottrina viene meno a seguito dell’interpretazione estensiva che le Sezioni unite hanno offerto nella pronuncia in esame: le statuizioni del giudice di merito rappresentano un presupposto necessario e generale per le determinazioni della Corte di legittimità. Da ciò deriva che il rischio di sconfinamento trova seri ostacoli nei parametri vincolanti al cui rispetto è tenuta la Suprema Corte, indi per cui si potrebbe costatare come la reale portata della nuova disposizione miri più ad una «responsabilizzazione» dei giudici di merito, i quali, se si atterranno all’onere motivazionale richiesto loro, vedranno aumentare le pronunce di annullamento senza rinvio e il conseguente effetto deflattivo. In un certo senso, si potrebbe anche osservare come la formulazione attuale sia più stringente della previgente, poiché strutturata sulla base di parametri individuati in maniera più rigida. Nel vecchio art. 620, co. 1, lett. l), infatti, il mero richiamo al concetto di «superfluità» conduceva ad un’inevitabile opera

ra della motivazione del provvedimento impugnato -ed eventualmente di quello di primo grado- non possa condurre al superamento della presunzione *de qua*, salvo che essa sia intesa quale mero *flatus vocis*.

4. Le “ricadute operative”: a) i giudizi in corso...

Delineare le “ricadute” operative” della decisione della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018 (caso G.I.E.M. S.r.l. e altri v. Italia) -laddove dichiara che la confisca urbanistica viola, al contempo, l’art. 7 CEDU -se sia disposta nei confronti di persone fisiche e giuridiche che non siano state «*parti in causa*» - l’art. 1 Prot. Add. CEDU -ove si consideri che la natura obbligatoria di essa collide con il principio di proporzionalità- l’art. 6 § 2 CEDU -se disposta dalla Corte di cassazione nei confronti di un ricorrente persona fisica assolto in appello e nonostante che la medesima Corte dichiari estinto il reato di lottizzazione abusiva per intervenuta prescrizione- significa, dapprima, tratteggiare la sistematica del recepimento delle sentenze della Corte EDU che abbiano accertato una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e, poi, distinguere tra ipotesi e soluzioni possibili a seconda che “casi analoghi” - a quello scrutinato dalla Grande Camera- risultino ancora pendenti ovvero definiti con pronunce irrevocabili.

In proposito, vale rilevare -pur meritando il tema dei “casi analoghi” ben altro approfondimento- che l’inquadramento tradizionale della confisca, intesa come misura di sicurezza patrimoniale, il cui statuto si rinverrebbe nel disposto dell’art. 240 c.p., rubricato “Confisca”, è stato messo in crisi proprio dalla giurisprudenza della Corte EDU che ha riconosciuto, in più occasioni, natura di “pena” ai sensi dell’art. 7 CEDU non solo alla confisca urbanistica e ha compiuto la specifica operazione qualificatoria sul presupposto che tale misura ibrida e “proteiforme”³⁷ non perseguisse, nei vari casi deferiti, la riparazione pecuniaria di un danno, ma tendesse, analogamente alle sanzioni penali, ad obiettivi preventivi e repressivi³⁸.

integrativa della giurisprudenza, tant’è che gli ulteriori richiami alla determinazione della pena e all’adozione dei provvedimenti necessari erano considerati come dotati di «valore meramente esplicativo», desumibile «sia dall’impiego della congiunzione “ovvero” che ha (almeno tendenzialmente) natura non disgiuntiva [...], sia dalla natura tautologica delle fattispecie richiamate». La superfluità, nella norma vigente, assume una funzione residuale non solo rispetto alle lettere che precedenti, ma anche rispetto ai parametri individuati dalla prima parte della lettera l)».

³⁷ Così, testualmente, Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, Soc. F. ed altro, in *Guida dir.*, 2008, 31, 99.

³⁸ Il carattere ibrido della confisca, tra gli altri, v. GAFFO, FURFARO, *Giustizia penale patrimoniale*, in *questa Rivista*; VERGINE, voce *Confisca*, in *Dig. Pen.*, Torino, 2013, 181 ss. Sul punto, per i doverosi spunti di riflessione, v. Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, Lucci, in *questa Rivista*, secondo cui «il Giudice nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell’art. 240 c.p., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell’art. 322-ter c.p.p., la confisca del prezzo del prezzo

In altri termini, se la confisca è un istituto di natura ibrida che ha assunto, dagli ultimi decenni del secolo scorso, una fisionomia punitiva e polifunzionale, allora non è a discutersi che nel novero dei “casi analoghi” a quello scrutinato dalla Grande Camera debbano ricomprendersi non solo le vicende procedurali concernenti l’applicazione della confisca urbanistica, ma anche quelle che riguardano -a mero titolo di esempio- casi di applicazione della specifica misura ablativa ai sensi degli artt. 322-*ter*; 600-*septies*; 640-*quater*; 644, 648-*quater* c.p., art. 2641 c.c., art. 187 D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 174, 3° co., D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ove la confisca -avente funzione e, quindi, natura sanzionatoria- risulti applicata nei confronti di una persona fisica o giuridica che non sia stata posta nelle condizioni di partecipare al relativo procedimento applicativo ovvero secondo modalità che si appalesino, in concreto, sproporzionate rispetto all’obiettivo di tutela perseguito ovvero ancora all’esito di un procedimento nel quale non sia stato assicurato l’esercizio del contraddittorio per la prova.

Ciò posto, va rilevato che il tema delle “ricadute operative” dei *dicta* della Corte EDU ha, da tempo, indubbio rilievo strategico per l’interprete che sia chiamato ad individuare -assecondando la logica dei rimedi giuridici processuali- i percorsi procedurali da osservare³⁹, per l’appunto, qualora la Corte

o del profitto da reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell’imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto del reato».

³⁹ Risulta, all’evidenza, paradigmatica della tematica *de qua* la saga che ha riguardato i c.d. “fratelli minori” di Scoppola. Il riferimento è all’obbligo conformativo derivante dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia e, quindi, all’estensione, ai casi analoghi rispetto a quello del ricorrente Franco Scoppola, degli “effetti interpretativi” conseguenti allo specifico *dictum*, che riconobbe la violazione dell’art. 7 CEDU. In proposito, le difficoltà, per così dire, di recepimento ed estensione degli effetti della specifica decisione, trovano chiara eco, dapprima nei toni dell’ordinanza con cui Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, Ercolano, in *questa Rivista*, sollevò una questione di legittimità costituzionale «in riferimento agli articoli 3 e 117, primo comma, della Costituzione quest’ultimo in relazione all’articolo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (d’ora in avanti: «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950 (ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848)... degli articoli 7 e 8 del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 341 (Disposizioni urgenti per l’efficacia e l’efficienza dell’Amministrazione della giustizia), convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, nella parte in cui tali disposizioni interne operano retroattivamente e, più specificamente, in relazione alla posizione di coloro che, pur avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola legge 16 dicembre 1999, n. 479 (Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all’ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense), sono stati giudicati successivamente, quando cioè, a far data dal pomeriggio del 24 novembre 2000 (pubblicazione della Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell’art. 2 del regio decreto 7 giugno 1923, n. 1252, recante «Passaggio della Gazzetta Ufficiale del Regno dalla dipendenza

EDU colga l'ingiustizia di una procedura giudiziaria interna poiché convenzionalmente eterodossa profilando, tra l'altro -così come è avvenuto nello specifico- un difetto di struttura dello statuto della confisca urbanistica⁴⁰.

In proposito, il ragionamento presenta due "punti fermi": da un lato- l'art. 46 CEDU, che rappresenta la previsione di riferimento in materia di esecuzione delle sentenze della Corte EDU e sancisce il carattere vincolante delle pro-

del Ministero dell'interno a quella del Ministero della giustizia e degli affari di culto e norme per la compilazione e la pubblicazione di essa»), *era entrato in vigore il citato decreto-legge, con conseguente applicazione del più sfavorevole trattamento sanzionatorio previsto dal medesimo decreto*»; poi, nei contenuti della sent. n. 213 del 2010, con cui la Corte costituzionale dichiarò «l'illegittimità costituzionale dell'articolo 7, co. 1, del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 341 (Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia), convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4», sul presupposto che «l'art. 7, co. 1, del decreto-legge n. 341 del 2000, con il suo effetto retroattivo, ha determinato la condanna all'ergastolo di imputati ai quali era applicabile il precedente testo dell'art. 442, co. 2, cod. proc. pen. e che in base a questo avrebbero dovuto essere condannati alla pena di trenta anni di reclusione» e che «la Corte EDU, con la sentenza Scoppola del 17 settembre 2009, ha ritenuto, mutando il proprio precedente e consolidato orientamento, che «l'art. 7, paragrafo 1, della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa», che si traduce «nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato». Si tratta, nell'ambito dell'art. 7, paragrafo 1, della CEDU, di un principio analogo a quello contenuto nel quarto co. dell'art. 2 cod. pen., che dalla Corte di Strasburgo è stato elevato al rango di principio della Convenzione. Posto questo principio la Corte ha rilevato che «l'articolo 30 della legge n. 479 del 1999 si traduce in una disposizione penale posteriore che prevede una pena meno severa» e che «l'articolo 7 della Convenzione [...] imponeva dunque di farne beneficiare il ricorrente». Di conseguenza, secondo la Corte, «nella fattispecie vi è stata violazione dell'articolo 7, paragrafo 1, della Convenzione». Com'è noto, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che «le norme della CEDU - nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) - integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali» (sentenze n. 236, n. 113, n. 80 - che conferma la validità di tale ricostruzione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 - e n. 1 del 2011; n. 196 del 2010; n. 311 del 2009), e deve perciò concludersi che, costituendo l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rispetto all'art. 117, primo comma, Cost., una norma interposta, la sua violazione, riscontrata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza della Grande Camera del 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, comporta l'illegittimità costituzionale della norma impugnata»; poi, ancora, in Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in *questa Rivista*. In tema, tra gli altri, GAITO, SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1201; VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni a margine della pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 250 ss.

⁴⁰ Il riferimento è alla constatazione che, a mente del disposto combinato degli artt. artt. 30, 44, 1° e 2° co., D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, la confisca urbanistica può essere disposta nei confronti di una persona fisica o giuridica che non abbia partecipato al processo e secondo un meccanismo applicativo automatico che, come tale, può risultare *contra tenorem rationis* in relazione alle finalità perseguite dalla specifica misura ablativa.

nunche della medesima Corte nei confronti di tutti gli Stati aderenti al sistema C.E.D.U. con riferimento alle controversie nelle quali esse sono parti; dall'altro lato- l'interpolazione sostitutiva subita dall'art. 117 Cost. per effetto dell'art. 3 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, alla cui stregua "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

E si spiega.

L'art. 46, § 1, CEDU impegna gli Stati contraenti "a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parte", mentre gli altri paragrafi della medesima disposizione regolano le competenze del Comitato dei ministri e della stessa Corte nell'esercizio dell'attività di controllo sull'esecuzione delle sentenze da parte degli Stati responsabili delle violazioni della Convenzione medesima. In particolare, l'art. 46 CEDU deve essere letto per correlazione logica con l'art. 41 CEDU, alla cui stregua "se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa"⁴¹.

Pertanto, è oramai consolidato il principio secondo cui quando la Corte EDU constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico, non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione a mente dell'art. 41 CEDU, «ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie»⁴²: infatti, le somme assegnate a titolo di equa soddisfazione assolvono in esclusiva ad una funzione risarcitoria in relazione ai danni subiti dagli interessati⁴³, mentre le misure individuali che lo Stato convenuto deve adottare, puntano alla *restitutio in integrum* della situazione della vittima poiché devono porre «il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza delle esigenze della Convenzione», dal momento che «una sentenza che constata una violazione comporta per lo Stato convenuto l'obbligo giuridico ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze in modo da ristabilire per quanto possibile la

⁴¹ Sull'art. 41 CEDU, v. SUNDBERG, *Sub art. 41, Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 661.

⁴² Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; Corte EDU, Grande Camera, 1° marzo 2006, Sejdic c. Italia.

⁴³ Corte EDU, Grande Camera, 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta c. Italia..

situazione anteriore a quest'ultima»⁴⁴; inoltre, lo Stato "soccombente" deve anche rimuovere gli ostacoli che si frappongono, nella legislazione nazionale, al raggiungimento del prefato obiettivo ripristinatorio della situazione del ricorrente⁴⁵.

A quanto detto -in ordine all'obbligo conformativo incombente sullo Stato *ex art. 46 CEDU*- s'aggiunga che i toni ed i contenuti dell'art. 117 Cost. condizionano l'esercizio della potestà legislativa statale «al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo», tanto che -non solo alle previsioni convenzionali è riconosciuta «una maggiore forza di resistenza rispetto a norme ordinarie successive»- ma anche sono attratte «nella sfera di competenza della Corte costituzionale, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale»; per conseguenza, è «ammissibile la questione di legittimità costituzionale posta sul presupposto della violazione di una norma interna con una disposizione contenuta nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, dovendo essere affermata la netta distinzione tra norme contenute in detto trattato e quelle comunitarie, in quanto le prime, pur rivestendo grande rilevanza poiché tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte attraverso la disapplicazione delle norme interne in eventuale contrasto con esse»⁴⁶.

⁴⁴ Così, tra le tante, Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, cit.; Corte EDU, 8 febbraio 2007, Kollcaku c. Italia; Corte EDU, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia. In tema, va detto che particolari obblighi di conformazione alle pronunce della Corte EDU sono posti dalle c.d. sentenze pilota, che si inquadrano nel contesto della proposizione di numerosi ricorsi che concernono la medesima situazione giuridica interna all'ordinamento dello Stato convenuto. In tali ipotesi, i ricorsi evidenziano un problema di carattere strutturale nell'ordinamento dello Stato convenuto e la Corte, in sentenza, non si limita ad individuare il problema che il caso presenta, ma individua anche le misure più idonee per risolverlo. Si badi che la Corte procede alla cancellazione dal ruolo degli altri ricorsi relativi alla medesima questione, qualora lo Stato responsabile della violazione strutturale accertata adotti le misure all'uopo necessarie, mentre, in caso contrario, ne riprende l'esame. La prassi è stata disciplinata nel nuovo art. 61 del regolamento della Corte, in vigore dal 31 marzo 2010. A titolo esemplificativo, si veda Corte EDU, Grande Camera, Broniowski c. Polonia, del 22 giugno 2004, nonché Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani ed altri c. Italia.

⁴⁵ Corte EDU., Grande Camera., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, cit.

⁴⁶ Così, v. Corte cost., sent. n. 348; analogamente, v. Corte cost., sent. n. 349 del 2007, secondo cui «La CEDU non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce, quindi, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. L'art. 117, co. 1, Cost., nel condizionare l'esercizio della potestà legisla-

Ed ecco il punto.

Se non sono sempre determinate con puntualità -dalle sentenze della Corte EDU- le modalità attraverso cui lo Stato membro deve adeguarsi con misure strutturali ad esse -tanto che non è necessario che le pronunce *de quibus* specificino le «misure generali» da adottare- non è comunque revocabile in dubbio che i poteri dello Stato membro debbano, ciascuno nel rigoroso rispetto delle proprie attribuzioni, adoperarsi affinché gli effetti normativi lesivi della CEDU cessino.

Pertanto, nello specifico, il contenuto rilevante della sentenza G.I.E.M. S.r.l. e altri v. Italia - *id est*, la parte di essa rispetto alla quale si è formato, in via generale, l'obbligo conformativo posto dall'art. 46, § 1, CEDU- si individua, a prescindere dalle mere violazioni riscontrate ed emergenti dal dispositivo, nel divieto generalizzato di applicazione della confisca urbanistica nei confronti delle persone fisiche e giuridiche che non siano state «parti in causa» -né avrebbero potuto esserlo - nel procedimento di cognizione avente ad oggetto lo scrutinio di fondatezza della contestata lottizzazione abusiva, così come nel divieto di applicazione automatica e, per così dire, “sproporzionata/generalizzata” della relativa misura ablativa, che può essere irrogata solo all'esito di una istruzione probatoria rispettosa dei canoni del *due process of law* ed ossequiosa della presunzione di non colpevolezza.

Pertanto -pur volendo tenere momentaneamente *in non cale* le modalità attraverso cui si concretizzerà, nello specifico, la rimozione delle conseguenze delle violazioni riscontrate- è ragionevole ritenere che lo Stato italiano dovrà, a seconda dei casi, porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti coloro che si trovino nelle mede-

tiva dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla CEDU, assegna a queste ultime il rango di “fonti interposte”, la cui funzione è di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato. Le norme CEDU, peraltro, rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale, non si sottraggono -così come interpretate dalla Corte di Strasburgo- al c.llo di costituzionalità. Tale c.llo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, co. 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione. Al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli non può disapplicare la norma stessa, ma deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità rispetto al parametro dell'art. 117, co. 1, Cost.». In proposito, tra gli altri, GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero la ricombinazione genica del processo penale*, www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁶ Sul punto, si veda, tra gli altri, MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in *Principi europei e processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 26.

sime condizioni dei ricorrenti del caso G.I.E.M. ed altri v. Italia⁴⁷.

In tema, l'obiettivo coincidente con la cessazione immediata e generalizzata degli effetti normativi lesivi della CEDU, derivante dalle violazioni di essa riscontrate ed emergenti dal dispositivo, dovrà avvenire secondo percorsi procedurali diversificati in funzione dello stato e del grado del procedimento nel quale la violazione risulti riscontrata ovvero del passaggio in giudicato della sentenza che abbia concretizzato le relative violazioni.

Sul punto, però, v'è una ulteriore premessa da porre: infatti, fermo restando il delineato obbligo conformativo alle sentenze della Corte EDU⁴⁸, al giudice

⁴⁷ Il riferimento è alle persone fisiche e giuridiche nei cui confronti sia stata disposta la confisca urbanistica nonostante che non siano state «parti in causa» ovvero nei cui confronti sia stata applicata la specifica misura ablativa secondo modalità sproporzionate rispetto al *target* di tutela perseguito, nonostante la loro partecipazione al relativo procedimento.

⁴⁸ In tema, ancora, v. Corte. cost., n. 311 del 2009, che ha ulteriormente chiarito «il rango e l'efficacia delle norme della CEDU ed il ruolo, rispettivamente, dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo, nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione europea». In particolare, «l'art. 117, primo co., Cost., ed in particolare l'espressione "obblighi internazionali" in esso contenuta, si riferisce alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost. Così interpretato, l'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi», tanto che nel caso il «contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo co., Cost.» ed al «giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti. Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Beninteso, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03). Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità (anche sentenza n. 239 del 2009), con riferimento al parametro dell'art. 117, primo co., Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo co., Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta...Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU». Inoltre, alla Corte costituzionale «è precluso di sindacare

interno spetta comunque di procedere all'interpretazione della norma che s'è ritenuta in contrasto con la CEDU -così come "ricostruita", per l'appunto, dalla Corte EDU⁴⁹- in modo conforme alla disposizione internazionale ed entro i limiti in cui ciò sia permesso dal testo della medesima norma interna;

l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma...compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta - allo stato - l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007)». In termini analoghi, v. Corte cost., sent. n. 317 del 2009, secondo cui al Corte costituzionale non può «sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione (sentenza n. 311 del 2009), ma può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza. In sintesi, il «margine di apprezzamento» nazionale può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze». In altri termini, secondo la Corte costituzionale, il confronto tra la tutela dei diritti fondamentali offerta dalla Convenzione EDU e dalla Carta costituzionale va compiuto tendendo alla massima espansione delle garanzie. Nonostante ciò, non è a discutersi che nel concetto di massima espansione delle tutele debba essere compreso il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti (*id est*, con altre norme costituzionali) che assicurino, a loro volta, diritti fondamentali, che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela riconosciuta dalla Corte EDU. Sennonché, il bilanciamento in discorso trova certamente nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche alla Corte costituzionale delinearne, in concreto, i contenuti, nell'ambito della sua attività interpretativa delle norme costituzionali.

⁴⁹ La Corte costituzionale ha chiarito un importante profilo circa l'obbligo di interpretazione conforme in capo al giudice interno, rispetto alle fonti convenzionali di matrice giurisprudenziale, affermando che le norme CEDU vivono negli ordinamenti nazionali anche (e soprattutto) alla stregua dell'attività ermeneutica compiuta dalla Corte EDU, tanto che esse assurgono al rango di norma interposta nel giudizio di legittimità ex art. 117 Cost. in esclusiva quando la stessa giurisprudenza europea configuri un «diritto consolidato». Il riferimento è alla più volte citata Corte cost., sent. 49 del 2015, alla cui stregua «è solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo». In altri termini, secondo la Corte costituzionale, il giudice interno è obbligato ad interpretare il diritto nazionale in maniera conforme, tra l'altro, alle norme CEDU, così come interpretate dalla Corte EDU, qualora esse siano espressione di un «diritto consolidato» o di una «sentenza pilota» in mancanza delle quali è necessario «escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU». In proposito, va ribadito che la Grande Camera, al § 252 della sentenza del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit., ha contrapposto al succitato argomento della Corte costituzionale che «le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico» e che il «loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate». In tema, v. anche nota 4.

per conseguenza, il giudice -nel caso in cui non sia possibile procedere all'interpretazione conforme ovvero dubbi della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta"- dovrà investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità rispetto al parametro dell'art. 117, co. 1, Cost.

In altri termini, il giudice interno -in difetto di una norma che consenta l'applicabilità diretta delle norme convenzionali e l'eventuale disapplicazione di quelle interne che siano contrastanti con esse (analogamente a quanto avviene con le previsioni del diritto UE)- è posto dinanzi ad una duplice alternativa, a fronte di un possibile contrasto tra norma interna e quella CEDU: o risolvere l'antinomia mediante l'interpretazione conforme della norma interna alla CEDU ovvero, qualora vi sia contrasto insanabile tra le due disposizioni, sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma interna con riferimento all'art. 117 Cost., che impone, tra l'altro, il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali -ed in relazione alla disposizione della CEDU che si assume violata- e, quindi, nella misura in cui ciò non risulti compatibile con la disciplina della medesima Convenzione⁵⁰.

Stando così le cose, nel caso di specie bisogna muovere dai toni dell'art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 -secondo cui "la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite"⁵¹ - per verificare se dalla disposizione *de qua* possa trarsi, senza sollevare un incidente di costituzionalità, una norma conforme con l'interpretazione di

⁵⁰ D'altronde, tale impostazione non è mutata a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, all'art. 6, ha previsto l'adesione dell'U.E. alla CEDU: infatti, tale innovazione non ha comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la c.d. "concezione delle norme interposte". Infatti, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non abbia determinato di per sé la cd. "comunitarizzazione" della CEDU e, per l'effetto, la possibilità di non applicare il diritto interno in contrasto con essa. In tema, v. Corte cost., sent. n. 80 del 2011, la cui stregua «restano valide le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale riguardo alla impossibilità, nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione [...], di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come "principi generali" del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione). [...] I principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale». Ciò vale anche per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea poiché si è inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta dello "*stesso valore giuridico dei trattati*" nell'art. 6, §1, Trattato dell'Unione Europea abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione. Ciò risulta peraltro anche dall'art. 51 della stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁵¹ Il medesimo comma, poi, prevede in prosecuzione che "Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per l'immediata trascrizione nei registri immobiliari".

essa resa dalla Grande Camera⁵².

In proposito, se resta fermo che l'attività ermeneutica non può surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, che intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione»⁵³, del pari è chiaro che l'interpretazione *in accordance* -che deve preferirsi alle situazioni di “stallo antinomico”- soddisfi comunque la necessità di dare alle singole disposizioni normative il significato che ne assicuri la migliore coesistenza con tutte le altre previsioni, anche sovranazionali⁵⁴.

Per conseguenza, l'art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, alla stregua del ragionamento “a rime obbligate” e del dispositivo della Grande Camera, dovrà leggersi nel senso che la sentenza definitiva del giudice penale che accerti

⁵² Sull'interpretazione conforme, anche per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, tra gli altri, v. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *www.rivistaic.it*, 2015, 1, pp. 1 ss.; CANNIZZARO, *Interpretazione conforme tra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di Bernardi, Napoli, 2015, 4 ss.; SERGES, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione dei giudici*, in *Scritti in onore di Franco Modugno, IV*, Napoli, 2011, pp. 1 ss.; GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, cit., in *www.penalecontemporaneo.it* nonché, volendo, RANALDI, *L'interpretazione conforme, in I Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di Giunchedi, Pisa, 2018, 67 ss..

⁵³ Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 364 del 1988, che dichiarò «l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile».

⁵⁴ D'altronde, la specifica chiave di metodo, con specifico riferimento all'art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, è stata dichiaratamente scelta da Corte cost., sent. n. 239 del 2009, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale della specifica disposizione normativa, dopo aver rilevato che il giudice rimettente «pur postulando che l'interpretazione dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 debba mutare a seguito della sopravvenuta giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non trae da ciò alcuna conseguenza nell'esercizio dei propri poteri interpretativi, pur a fronte di una formulazione letterale della disposizione impugnata che, in sé, non appare precludere un siffatto tentativo. Questa Corte ha espressamente affermato che, in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa. Infatti «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme» e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo co.» Cost. (sentenza n. 349 del 2007, par. 6 del Considerato in diritto; analogamente sentenza n. 348 del 2007, par. 5 del Considerato in diritto). Spetta, pertanto, agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, co. 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge».

che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati -e delle opere abusivamente costruite- esclusivamente nei confronti delle persone fisiche e giuridiche che siano state parte del relativo procedimento; inoltre, la misura ablativa in discorso non dovrà applicarsi in maniera automatica, ma solo se risulti in concreto strumentale e -sotto il profilo modale- proporzionata alla congrua tutela dell'ambiente e della potestà pianificatoria pubblica⁵⁵, all'esito di una istruzione probatoria che sia stata aderente ai canoni del *due process of law* e rispettosa della presunzione di non colpevolezza.

Alla stregua di quanto detto, allora, l'immediata cessazione degli effetti normativi lesivi della CEDU ravvisati, nel caso di specie, dalla sentenza della Grande Camera si concretizzerà qualora il giudice precedente ometta di disporre la confisca urbanistica - ovvero qualora sia stata già applicata, a seconda del grado del giudizio, ne disponga la revoca in riforma della relativa decisione ovvero ne annulli la relativa statuizione- nei confronti della persona (fisica o giuridica) - proprietaria dei terreni oggetto della contestata trasformazione urbanistica ed edilizia - che non sia stata parte del relativo procedimento di cognizione⁵⁶.

Qualora, invece, coincidano colui -ovvero coloro- nei cui confronti pende il procedimento avente ad oggetto lo scrutinio di una ipotesi di lottizzazione abusiva ed il proprietario -ovvero i proprietari- dei relativi terreni, nulla osterà, secondo la Grande Camera, all'applicazione della misura ablativa *de qua* purché il relativo accertamento sia stato condotto rispettando la "tavola dei valori" di cui agli artt. 6, 7 CEDU.

Pertanto, tornando specificamente ai margini di relazione correnti tra prescrizione del reato di lottizzazione abusiva e confisca urbanistica, bisognerà di-

⁵⁵ In proposito, v. § 301 della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit., alla cui stregua, in maniera esemplificativa, si sottolinea che «al fine di valutare la proporzionalità della confisca, possono essere presi in considerazione i seguenti elementi: la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione».

⁵⁶ BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, cit., il quale sottolinea - tenuto conto della circostanza che la contravvenzione di lottizzazione abusiva non rientra nel catalogo che c.d. reati presupposto, che possono fondare la responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 -rubricato "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"-, che la conseguenza immediata della sentenza della Grande Camera, con riferimento ai casi in cui le persone giuridiche proprietarie dei terreni non vi hanno partecipato, è che il «bene, di fatto... non può essere confiscato».

stinguere a seconda che la Corte di appello abbia disposto la confisca urbanistica -confermando *in parte qua* la sentenza di primo grado ovvero in riforma, previa rinnovazione istruttoria, della sentenza medesima- ovvero abbia ommesso di applicare la specifica misura ablativa -confermando la statuizione assolutoria di primo grado ovvero in riforma della pronuncia di condanna pronunciata in primo grado.

Nel primo caso, sembra potersi invocare l'applicazione analogica del disposto dell'art. 578-*bis* c.p.p. -rubricato "Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione" - che è stato dettato con riferimento alla confisca in casi particolari⁵⁷, la cui disciplina è divenuta parte integrante del codice penale ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21- rubricato «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103»- alla cui stregua "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

⁵⁷ L'art. 240-*bis* c.p. (preceduto, prima dell'art. 12-*sexies* d.l.8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, poi dall'art. 31 della l. 17 ottobre 2017, n. 161) - rubricato "Confisca in casi particolari" - prevede che "1.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 previsti dall'articolo 51, co. 3-*bis*, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 322, 322-*bis*, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 460, 461, 517-*ter* e 517-*quater*, nonché dagli articoli 452-*quater*, 452-*octies*, primo co., 493-*ter*, 512-*bis*, 600-*bis*, primo co., 600-*ter*, primo e secondo co., 600-*quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinquies*, 603-*bis*, 629, 644, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo co., 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*.1, dall'articolo 2635 del codice civile, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine costituzionale, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge. La confisca ai sensi delle disposizioni che precedono è ordinata in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta per i reati di cui agli articoli 617-*quinquies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinquies* quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi. 2. Nei casi previsti dal primo co., quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui allo stesso comma, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità di legittima provenienza per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona». In tema, tra gli altri, MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *Speciale riforme*, in questa Rivista.

ammistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato».

Nel secondo caso, invece, esigendo l'applicazione della confisca urbanistica un accertamento della colpevolezza da parte del giudice del merito, che non è surrogabile con la lettura degli atti interni al giudizio di legittimità, la prescrizione del reato imporrà l'annullamento con rinvio della sentenza *ex art. 620*, lett. a), c.p.p., dimodoché l'adozione di ogni statuizione sarà "rimessa" al procedimento amministrativo di cui all'art. 30 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380⁵⁸: infatti, «allo stato attuale della normativa», sembra *contra tenorem rationis* prefigurare che la Corte di cassazione «una volta rilevata la prescrizione, possa cassare la sentenza di merito con rinvio, ai soli fini di un rinnovato giudizio incidentale sulla colpevolezza», salvo che si opti «per una problematica applicazione analogica dell'art. 622 c.p.p., che permette la prosecuzione del giudi-

⁵⁸ Sul punto, va rilevato che, rispetto alla fattispecie di cui all'art. 44, 2° co., d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, l'ente territoriale comunale riveste lo *status* di persona offesa *ex artt. 90 ss c.p.p.*, con correlativo riconoscimento in suo favore del diritto alla notificazione del decreto di citazione diretta a giudizio (art. 552, 3° co., c.p.p.). Ad ogni modo, si ha riguardo al disposto dei co. 7° ed 8° dell'art. 30, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, rubricato "*lottizzazione abusiva*", secondo cui «7. Nel caso in cui il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale accerti l'effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione, con ordinanza da notificare ai proprietari delle aree ed agli altri soggetti indicati nel comma 1 dell'articolo 29, ne dispone la sospensione. Il provvedimento comporta l'immediata interruzione delle opere in corso ed il divieto di disporre dei suoli e delle opere stesse con atti tra vivi, e deve essere trascritto a tal fine nei registri immobiliari. 8. Trascorsi novanta giorni, ove non intervenga la revoca del provvedimento di cui al comma 7, le aree lottizzate sono acquisite di diritto al patrimonio disponibile del comune il cui dirigente o responsabile del competente ufficio deve provvedere alla demolizione delle opere». In proposito, tra le altre, v. T.A.R. Napoli, Sez. IV, 4 agosto 2011, n. 4210, R. e altro c. Com. Napoli, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 6, I, 1762, secondo cui «La fattispecie della confisca urbanistica di cui all'art. 44 e quella dell'acquisizione delle aree prevista nell'art. 30, commi 7 e 8, d.P.R. n. 380 del 2001 presentano - per quanto i relativi provvedimenti siano riferibili nel primo caso all'autorità giudiziaria e nel secondo amministrativa - un indubbio carattere di affinità, stante l'identità dei presupposti (realizzazione di una fattispecie di lottizzazione abusiva descritta nella medesima norma) e degli effetti (dell'acquisizione dell'area al patrimonio della p.a.), idonea ad assicurare in linea teorica l'estensibilità alla seconda delle conclusioni raggiunte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'istituto della confisca urbanistica, per quanto riguarda il profilo del trasferimento del diritto di proprietà del privato all'amministrazione senza corresponsione dell'indennizzo: si tratta in entrambi i casi di sanzioni amministrative, aventi la funzione di trasferire la proprietà dell'area in capo all'amministrazione al fine del ripristino degli assetti urbanistici violati. L'affinità tra tali fattispecie impone inoltre di affermare la vigenza del principio della necessità per l'applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene, che non si presentino come meramente ripristinatorie rispetto all'abuso perpetrato (come nel caso dell'ordine di demolizione adottato nei confronti del proprietario attuale anche se non responsabile dell'abuso), di un elemento soggettivo di carattere colposo da parte del soggetto che subisce la sanzione. In particolare, l'acquirente di un lotto non può considerarsi, in quanto tale, estraneo al reato di lottizzazione abusiva, essendo tenuto a dimostrare di avere agito in buona fede senza cioè rendersi conto - pur avendo adoperato la necessaria diligenza nell'adempimento degli anzidetti doveri di informazione e conoscenza - di partecipare ad un'opera di illecita lottizzazione».

zio, dopo l'annullamento della sentenza in Cassazione, ai soli fini della decisione sull'azione civile risarcitoria» *ivi* intentata⁵⁹.

Inoltre, con riferimento al “recupero” -nell’ambito dell’ordinamento interno- della proporzionalità in ipotesi violata per il tramite dell’applicazione, per così dire, automatica e “generalizzata” della confisca urbanistica, la Grande Camera rileva che «l’articolo 1 del Protocollo n. 1 richiede, per qualsiasi ingerenza, un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito» che si “rompe” «se la persona interessata deve sostenere un onere eccessivo ed esagerato»⁶⁰; pertanto, «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»⁶¹. Stando così le cose, fermo restando che risultano, all’evidenza, diversificate le forme di manifestazione e concretizzazione della fattispecie contravvenzionale di lottizzazione abusiva, non sembra sia a discutersi che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca -che sia disposto nel corso del fase procedimentale ovvero processuale- dei terreni ovvero delle opere eventualmente edificate su di essi dovrebbe rispondere, per l’appunto, al criterio del “minor sacrificio necessario” per colui ovvero per coloro che subiscono gli effetti del relativo vincolo di indisponibilità.

E si spiega.

Se la lottizzazione abusiva sanziona il comportamento di chi edifichi senza aver ottenuto previamente il rilascio dell’autorizzazione alla lottizzazione, che deve ritenersi necessaria, anche in ipotesi, «qualora l’area in relazione al progettato insediamento venga per la prima volta interessata da una attività capace di provocare una profonda trasformazione socio economica -oltre che strutturale- della zona stessa, per cui è necessario dotarla di una struttura viaria e di tutte le relative infrastrutture...tenuto conto delle costruzioni realizzate nella zona...»⁶² e se essa, che ha natura plurioffensiva, protegge anche la riser-

⁵⁹ In tal senso, v. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, cit.

⁶⁰ Così, v. § 300 della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit.

⁶¹ In tal senso, v. § 301 Così, v. § 300 della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, cit.

⁶² Così, testualmente, REYNAUD, voce *Urbanistica (reati in materia di)*, in *Dig. Pen.*, Vol. agg., Torino,

va pubblica di pianificazione urbanistica e tende a scongiurare che il “fatto lottizzatorio” imponga alla pubblica amministrazione di accollarsi costi non preventivati, legati alla concentrazione imprevista del carico urbanistico ed al conseguente necessitato intervento della medesima pubblica amministrazione per garantire i c.d. servizi di minima in favore dei soggetti insediatisi nelle aree interessate dalla lottizzazione (luce, acqua, gas, fognature), allora è chiaro che il vincolo cautelare, strumentale alla confisca urbanistica⁶³, debba riguardare - in maniera, per l'appunto, puntuale- le aree “interessate” dalle edificazioni abusive ovvero dall'indebita lottizzazione negoziale e non estendersi in maniera sproporzionata e, quindi, irragionevole, alle porzioni della medesima proprietà fondiaria che siano, ad esempio, finitime alle aree interessate dalla trasformazione lottizzatoria.

5. (Segue): b) diritti violati e recupero della relativa effettività *post rem iudicatum*

È noto che «l'istanza di legalità della pena» rappresenti un tema che, in fase esecutiva, debba ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. “situazione esaurita” -che tale sostanzialmente non è- non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale⁶⁴.

Parimenti, non è a discutersi che il fondamentale riconoscimento della “vitalità” del rapporto processuale correlato all'esecuzione della pena generi la necessità di riallineare “tutte” le sanzioni in corso di esecuzione ai parametri di legalità convenzionale e costituzionale, anche se la loro violazione sia accertata dopo la formazione del giudicato, che è un termine che ha assunto da tempo una configurazione più complessa, dovendo essere meglio inquadrato come rapporto processuale integralmente esaurito: infatti, la fase esecutiva della pena -e, dunque, la stessa definizione del trattamento sanzionatorio- si colloca fuori dell'area dei rapporti “esauriti”, risolvendosi nell'essere un postumo dell'accertamento processuale, all'evidenza, vitale e non concluso, che deve rispettare i parametri di legalità “alta” e, quindi, di matrice costituzionale

2008, 81. In termini analoghi, tra le altre, Cass., Sez. III, 3 marzo 2005, D.M., in *Cass. pen.*, 2006, 6, 2254.

⁶³ Sul sequestro preventivo a fini di confisca, ra gli altri, v. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in www.penalecontemporaneo.it; DIDDI, *Il sequestro a fini di confisca*, in *Sequestro e confisca*, a cura di Montagna, Torino, 2017, 163 ss.

⁶⁴ In tal senso, tra le altre, v. Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in *Mass. Uff.*, n. 258650.

e convenzionale⁶⁵.

Pertanto, delineare un percorso procedurale “praticabile” per rimuovere *in executivis* -in situazioni identiche a quelle scrutinate dalla grande Camera- le violazioni della CEDU da essa constatate in relazione all’istituto della confisca urbanistica- significa tenere conto delle indicazioni promanti *in parte qua* dal “diritto vivente”, ove ritenute condivisibili per essere sistematicamente “sostenibili”: il riferimento è al consolidamento dell’ “impostazione” per cui l’incidente di esecuzione rappresenta «in linea teorica» -a fronte della perdurante inerzia del legislatore- «solo uno dei possibili strumenti di adeguamento dell’ordinamento interno alle decisioni definitive emesse dalla CEDU» - che si presenta, per così dire, «postergato» rispetto alla c.d. revisione europea⁶⁶ -

⁶⁵ In tal senso, Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, in *Mass. Uff.*, n. 260697. Sul tema di specie, v. NACAR, *I “nuovi” poteri del giudice dell’esecuzione di rideterminazione della pena illegittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2016, 177 ss.

⁶⁶ L’istituto della revisione (artt. 629 ss. c.p.p.) ha subito, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2001, una mutazione sul piano funzionale: infatti, la specifica impugnazione straordinaria non persegue più, in esclusiva, il *target* corrispondente con l’adozione di una pronuncia di proscioglimento, ma può essere utilmente impiegata anche per ottenere la riapertura del processo, quando ciò risulti necessario ai sensi dell’art. 46, § 1, CEDU, per conformarsi ad una sentenza (definitiva) della Corte EDU. Infatti, la citata sentenza n. 113 del 2001 ha affrontato la problematica generatasi dall’assenza -nel sistema processuale penale- di un rimedio processuale *ad hoc* destinato ad attuare l’obbligo conformativo incombente sullo Stato parte della CEDU, anche attraverso l’eventuale rinnovazione del processo, alle “conferenti” sentenze definitive della Corte EDU, qualora sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, secondo quanto prevede l’art. 46 CEDU, nel testo modificato ad opera dell’art. 16 del Protocollo n. 14, ratificato con la l. 15 dicembre 2005, n. 280. In particolare, la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.p. -secondo una prospettiva interpretativa diversa rispetto a quella già ritenuta infondata con la sentenza n. 128 del 2009- stante la maggiore ampiezza dell’oggetto della questione di costituzionalità deferita e la diversità dei parametri di riferimento (l’art. 117, co. 1, Cost. e l’art. 46 C.E.D.U. e non, quindi, gli artt. 3, 10, 27 Cost.)- ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.p. nella parte in cui non ha contemplato un “diverso” caso di revisione, rispetto a quelli espressamente regolati, che consentisse -per il giudizio definito con una delle pronunce indicate nell’art. 629 c.p.p. - la riapertura del processo, funzionale anche alla rinnovazione di attività processuali già espletate e, se del caso, del giudizio, qualora risulti necessaria, ai sensi dell’art. 46, § 1, C.E.D.U., per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU. Pertanto, la riapertura del processo, determinata da una pronuncia della Corte EDU che abbia sancito l’iniquinà della relativa procedura, «comporta, nella sostanza, una deroga -imposta dall’esigenza di rispetto di obblighi internazionali- al principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato» - tanto che «il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli». Sul punto, a commento della sentenza della Corte cost., n. 213 del 2013, tra gli altri, v. GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 2011, 3308; UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, 1542. Con riferimento alla specifica problematica v. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell’uomo come giudice di quarta istanza?*, in *questa Rivista*, 2013, 3 ss.

ed a «cui può farsi ricorso solo nel caso in cui: a) la decisione, sia o meno stata adottata nelle forme della “sentenza pilota”, abbia effettiva e obiettiva portata generale; b) le situazioni in comparazione (caso deciso dalla CEDU/caso soggettivamente diverso sottoposto a scrutinio) siano identiche; c) non sia necessaria la previa declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma e l'intervento di rimozione o modifica del giudicato non presenti nessun contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto»⁶⁷.

Pertanto, nello specifico, delle due l'una: a prescindere dal giudicato formale di condanna, a fronte dell'intangibile accertamento di responsabilità per il “fatto” di lottizzazione abusiva contestato nel giudizio di cognizione e fermi restando i possibili interventi ablatori della pubblica amministrazione ex art. 30, 7° e 8° co., d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, la persona (fisica o giuridica: è lo stesso) che non sia stata “parte in causa” -e ciò nonostante abbia patito la confisca urbanistica dei terreni oggetto di trasformazione urbanistica ed edilizia e degli edifici su di essi eventualmente realizzati- potrà introdurre utilmente, in funzione revocatoria della misura ablativa che sia stata disposta, l'incidente esecutivo regolato dal disposto combinato degli artt. 665, 676 c.p.p.; del pari, ciò potrà avvenire qualora la confisca sia stata disposta -in maniera convenzionalmente eterodossa- direttamente dalla Corte di cassazione che abbia, al contempo, annullato senza rinvio la sentenza di assoluzione dell'imputato, riconoscendo la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva di cui abbia dichiarato però la prescrizione ovvero risulti, in concreto, sproporzionata rispetto agli obiettivi di tutela da essa perseguiti⁶⁸.

⁶⁷ Così, testualmente, Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, in *www.penalecontemporaneo.it*. In proposito, tra gli altri, v. S. BERNARDI, *I “fratelli minori” di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 258 ss.

⁶⁸ Con specifico riferimento all'ampiezza dei poteri cognitivi e decisorio del giudice dell'esecuzione in materia di confisca urbanistica, tra le altre, v. Cass., Sez. III, 24 maggio 2017, in *Cass. pen.*, 2018, 7, 1760, secondo cui «In tema di confisca conseguente a lottizzazione abusiva disposta al di fuori dei casi di condanna, il giudice dell'esecuzione, investito della opposizione del terzo rimasto estraneo al procedimento, è tenuto ad accertare, dal punto di vista oggettivo, l'effettiva esistenza della lottizzazione e, dal punto di vista soggettivo, l'insussistenza della buona fede nella condotta del terzo acquirente dell'immobile, sulla base di quanto provato dalla pubblica accusa».