

QUESITI

ANNA MARIA MAUGERI

La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell'efficienza e i principi della materia penale.

Dopo il lungo dialogo tra la Corte E.D.U. e la Corte Costituzionale che ha sancito la possibilità di applicare la confisca urbanistica (art. 44, c. 2, t.u.ed.) anche in caso di prescrizione, le Sezioni Unite (n. 1359/2020), da una parte, ritengono applicabile l'art. 578 bis c.p.p. a tale forma di confisca con una discutibile applicazione analogica fondata su un'interpretazione della stessa norma in palese violazione del principio di legalità; dall'altra, in maniera assolutamente apprezzabile e garantista pongono un freno alla pronuncia di tale forma di confisca in seguito a prescrizione, in quanto pretendono una condanna in primo grado riaffermando la valenza, rispondente a principi di ordine costituzionale, dell'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato posto dall'art. 129 c.p.p., comma 1. Ma la questione sottesa alla rimessione alle Sezioni Unite, alla recente giurisprudenza della Suprema Corte, nonché a un giudizio di legittimità costituzionale, attiene soprattutto alla compatibilità di tale sanzione punitiva, obbligatoria e non graduabile, con il principio di proporzionalità, al metro dei parametri delineati dalla Grande Camera della Corte E.D.U. nella sentenza G.I.E.M.

Confiscation for unlawful site development seeks a difficult balance between the efficiency and the principles of criminal matters.

After the long dialogue between the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Italian Constitutional Court, which has upheld the imposition of confiscation for unlawful site development (art.44, § 2 of the Construction Code), even when the offence is statute-barred, the Supreme Court (United Sections) (judgment n. 1359/2020), on the one hand, applies art. 578 bis procedural criminal code (c.p.p.) to this form of confiscation with a questionable analogical interpretation of this rule in violation of the principle of legality; on the other hand, the Supreme Court, in an absolutely appreciable and guarantees-oriented way, limits the pronouncement of this form of confiscation after statutory limitation period, as it demands a previous conviction. The Supreme Court strongly stresses the prominence of the obligation to immediately declare the statutory limitation of the offence, as an extinction cause set forth in art. 129 c.p.p., in accordance with the most relevant constitutional principles. However, the question underlying the referral to the United Sections, but also the recent jurisprudence of the Supreme Court, as well as a judgment of Constitutional Court, concerning its constitutional legitimacy, mainly deal with the compatibility of this punitive sanction, which is mandatory and not commensurable, with the principle of proportionality, according to the parameters outlined by the ECtHR Grand Chamber in the G.I.E.M. case.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La confisca in materia di lottizzazione abusiva nel dialogo tra Corte Costituzionale e Corte E.D.U. - 2.1. La sentenza Varvara della Corte Edu. - 2.2. La svolta rappresentata dalla sentenza della Grande Camera nel caso G.I.E.M. e altri c. Italia. - 2.3. L'opinione dissenziente del giudice Albuquerque. - 3. L'applicazione dell'art. 578 bis c.p. alla confisca urbanistica: Sezioni Unite n. 13539/2020. - 4. I rapporti con l'art. 129 c.p.p. - 5. Il rispetto del principio di proporzionalità in relazione alla confisca urbanistica alla luce della giurisprudenza della Corte Edu. - 5.1. Le valutazioni delle Sezioni Unite in relazione al principio di proporzionalità. - 5.2. Ulteriori prese di posizione della giurisprudenza della Suprema Corte. - 5.3. La questione di legittimità costituzionale. - 6. Conclusioni.

1. *Premessa.* La confisca del terreno abusivamente lottizzato e delle opere

sullo stesso abusivamente costruite (art. 19 L. 28 febbraio 1985 n. 47, oggi sostituito dall'art. 44, comma secondo, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) rappresenta una forma emblematica della logica efficientista che ha ispirato l'applicazione della confisca da parte della giurisprudenza nell'ordinamento italiano, soprattutto a fronte dell'inerzia delle altre autorità chiamate a tutelare i fondamentali beni in gioco, come l'ambiente e il paesaggio, e a fronte della scure della prescrizione che pur rappresentando un fondamentale diritto ed espressione di civiltà giuridica, ha rischiato di costituire in alcuni contesti la panacea di certe forme di criminalità.

In materia con ordinanza n. 40380 del 2019 della III sez. penale della Suprema Corte¹, era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: «se, in caso di *declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva*, sia consentito l'*annullamento con rinvio* limitatamente alla statuizione sulla *confisca* ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della *proporzionalità della misura*, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo 28 giugno 2018 *G.I.E.M. srl e altri c. Italia*». La Suprema Corte «ritiene ... che una volta disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per essere il reato di lottizzazione estinto per prescrizione, ed in mancanza sia di una espressa valutazione sulla proporzionalità dei beni confiscati rispetto alla abusiva lottizzazione realizzata, sia, comunque, di una motivazione delle sentenze di merito che renda evidente e chiara tale proporzionalità, sarebbe viziata da eccesso di giurisdizione la statuizione di annullamento con rinvio limitato alla confisca, non risultando applicabile al caso nessuna norma del codice di procedura penale o di leggi speciali» (§ 33).

Le Sezioni Unite, n. 13539/2020, rispondono sancendo che “la confisca di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129 c.p.p., comma 1, proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento. In caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione

¹ Cass., Sez. III, ord. 15 maggio 2019 Perroni; GALLUCCIO, *Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato*, in www.sistema.penale.it 18 novembre 2019.

del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-*bis* c.p.p., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44".

Il problema è superato dalla riforma *in peius* dei termini prescrizionali efficaci dal 1 gennaio 2020, per effetto della modifica dell'art.159 cod. pen. ad opera della legge n. 3/2019, ma tale riforma sarà comunque applicabile ai soli reati commessi successivamente; la L. 3/2019 appare, del resto, piuttosto contraddittoria laddove da una parte estende l'ambito di applicazione dell'art. 578 *bis* c.p.p. anche alla confisca ex art. 322 *bis* c.p. e dall'altra parte rende tale disposizione inutile, così come l'art. 578 c.p.p., stabilendo la non prescrittibilità dopo il primo grado².

Prima di esaminare gli aspetti rilevanti della sentenza delle Sezioni Unite sia consentita una breve ricostruzione della complessa vicenda giurisprudenziale che ha caratterizzato tale forma di confisca forgiata dalla giurisprudenza nell'ambito di un complesso "dialogo tra le Corti" Edu, da una parte, e Costituzionale, dall'altra; dialogo che costituisce un esempio emblematico, tra l'altro, di quel triste fenomeno, denunciato dal giudice Pinto de Albuquerque nelle sue opinioni dissenzienti, per cui la Corte E.D.U, per esigenze di opportunità politica, arriva a ridimensionare le sue conquiste in termini di riconoscimento di diritti fondamentali pur di raggiungere un compromesso con le corti nazionali, restie a trasporre nel diritto interno tali conquiste. Fenomeno che compromette l'autorevolezza della Corte E.D.U. e comporta dei rischi per la tenuta della tutela dei diritti fondamentali in Europa³.

2. La confisca in materia di lottizzazione abusiva nel dialogo tra Corte Costituzionale e Corte E.D.U. Nel caso Sud Fondi la Corte europea si è occupata di definire la natura della confisca dei terreni e degli edifici abusivamente lottizzati di cui le ricorrenti erano proprietarie, definita dalla giurisprudenza italiana dapprima sanzione penale applicabile solo ai beni dell'imputato giudicato colpevole per il reato di lottizzazione abusiva, ai sensi dell'art. 240 c.p.⁴,

² VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. spazzacorrotti) trasforma gli artt. 578 e 578 bis c.p.p. in una disciplina "a termine"*, in www.penalecontemporaneo.it.

³ Cfr. A.M.MAUGERI, *Il ruolo della Corte EDU nella promozione dei diritti fondamentali in materia penale tra conquiste e resistenze: il sistema sanzionatorio*, in a cura di A. SACCUCCI*

⁴ Cass., sez. III, 18 ottobre 1988, Brunotti, in *Foro it. Rep.*, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 596 - 687; Cass., 8 maggio 1991, Ligresti, in *Foro it. Rep.*, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 628; Cass., Sez. un. 3 febbraio 1990, Cancellieri, in *Foro it.*, 1990, p. 69; A. RICCIO, *Beni giuridici e proprietà*, in P. GIANNITI

ma successivamente, a partire dalla sentenza Licastro della Suprema Corte, “sanzione amministrativa e obbligatoria”, indipendente dalla condanna penale⁵; con ordinanza n. 187/1998 la Corte costituzionale ha ribadito la natura amministrativa della confisca, sanzione amministrativa reale che il giudice penale è tenuto a disporre anche quando debba dichiarare prescritto il reato di lottizzazione abusiva, assumendo come requisito sufficiente l'accertamento della mera materialità dell'illecito, ossia dell'oggettiva abusività del manufatto edilizio (con la sola eccezione, dunque, dell'ipotesi di assoluzione per insussistenza del fatto).

La Corte considera la sanzione in esame “penalty” ai sensi dell'art. 7, nonostante il fatto che manchi nel caso di specie una condanna contro le compagnie che hanno subito la condanna, perché la sua applicazione è connessa a previsioni di carattere generale; l'illegalità materiale della condotta di lottizzazione è stata stabilita da una corte penale; la sanzione stabilita dall'art. 19 della L. 47/85 svolge fundamentalmente una funzione deterrente di ulteriori violazioni delle condizioni statutarie attraverso una punizione; il codice degli appalti del 2001 classifica la confisca per la lottizzazione abusiva come una pena; e, infine, assume una “certain severity”.

La Corte E.D.U. ritiene che la confisca in esame ha costituito una ingerenza nel godimento del diritto dei ricorrenti al rispetto dei beni ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 C.E.D.U., ma non ritiene necessario stabilire se si tratti o meno di una pena ai sensi del secondo paragrafo della norma in questione, come stabilito nel caso Phillips⁶ e Welch⁷, oppure una forma di regolamentazione dell'uso dei beni come stabilito dalla Corte in relazione alla confisca misura di prevenzione dell'ordinamento italiano, poiché in ogni caso trova

(a cura di), *La C.e.d.u. e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, Bologna, 2015, 1343 ss.

⁵ Cfr. Cass., sez. III, 12 novembre 1990, Licastro, in Cass. pen., 1992, 1307. Quest'orientamento è stato largamente seguito cfr. Cass., sez. III, 16 novembre 1995, Besana, n. 12471, in Cass. pen., 1997, 192 (s.m.); Cass., sez. III, 25 giugno 1999, n. 1880, Negro, in Cass. pen., 2000, 3409 (s.m); Cass., sez. III, 15 maggio 1997, n. 331, Sucato, in *Cass. pen.*, 1998, 1226 (s.m); Cass., sez. III, 23 dicembre 1997, n.3900, Farano, in Cass. pen., 1998, 3087 (s.m); Cass., sez. III, 6 maggio 1999, Iacoangeli, n. 777, in *Cass. pen.*, 2000, 2750 (s.m); Cass., sez. III, 9 agosto 2006, n. 28683; Cass., sez. III, 7 luglio 2004, n. 38728; Cass., sez. III, 11 aprile 2007, n. 35219, rv. 237371, che ha sollevato la questione di costituzionalità “per contrasto con gli art. 3, 25 comma 2, 27 comma 3 cost. – dell'art. 44 comma 2 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti”.

⁶ Corte E.D.U., *Phillips c.p. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, n° 41087/98.

⁷ Corte E.D.U., *Welch v. United Kingdom*, 9 febbraio 1995, n. 17440/90, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1995, Serie A, vol. 307.

applicazione il secondo paragrafo dell'art. 1 del I Prot.⁸. Fatta questa premessa la Corte ritiene che l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni delle ricorrenti era arbitrario e che vi è stata violazione del diritto di proprietà perché nel caso di specie il reato rispetto al quale la confisca è stata inflitta alle ricorrenti non aveva alcuna base legale ai sensi della Convenzione e la sanzione inflitta alle stesse era arbitraria⁹; la Corte ritiene opportuno precisare, «tenuto conto della gravità dei fatti denunciati nella presente causa», che la sanzione è sproporzionata rispetto all'interesse generale della comunità, tenendo presente che deve sussistere un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (Air Canada già cit., § 36) in quanto «la buona fede e l'assenza di responsabilità delle ricorrenti non hanno potuto svolgere alcun ruolo (a contrario, Agosi, già cit., §§ 54-55 e 58-60; Air Canada, già cit., §§ 44-46)» e «le procedure applicabili nella fattispecie non permettevano in alcun modo di tenere conto del grado di colpa o di imprudenza né, a dir poco, del rapporto tra la condotta delle ricorrenti e il reato controverso»¹⁰. «La Corte ritiene poi che la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo annunciato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche. Sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione. Infine, la Corte osserva che il comune di Bari – responsabile di avere accordato dei permessi di costruire illegali – è l'ente che è divenuto proprietario dei beni confiscati, il che è paradossale. Tenuto conto di questi elementi, vi è stata rottura del giusto equilibrio e violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 anche per questo motivo»¹¹.

In tale direzione, come già osservato prima della pronuncia della Corte E.D.U., si può sottolineare che la confisca contro la lottizzazione abusiva, al di là delle varie teorie sulla sua natura giuridica¹², viene applicata in seguito alla consumazione di un reato (natura dell'infrazione) e assume un indubbio

⁸ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi Srl. e Altre 2 c. Italia*, n. 75909/01, § 125-129; Id., 24 marzo 2005, *Frizen c. Russia*, n. 58254/00, § 31.

⁹ Corte EDU, *Sud Fondi Srl*, cit., § 137, cfr. §§ 114-118.

¹⁰ *Idem*, §§ 138-139.

¹¹ *Idem*, §§ 140-142.

¹² A.ALBAMONTE, *Demolizione dell'opera abusiva e poteri del giudice penale*, in *Cass. pen.*, 1988, 428, la riconduce ad una misura di sicurezza ex art. 240 c.p.; A.MARINI, *Commento all'art. 19 L. 28/2/1985 N. 47 (Condonò Edilizio)*, in *Legisl. pen.*, 1985, 623, riconosce che presenta dei caratteri e la ratio di una pena; S.MONALDI, *Commento all'art. 19*, in *Leggi civ. comm.*, 1985, 1093 sostiene la natura sostanzialmente amministrativa della confisca ex art. 19 c.p.

carattere affittivo nei confronti del proprietario del terreno (natura della sanzione) in quanto oltre alla pena prevista per il reato di lottizzazione abusiva, dovrà subire la perdita del diritto di proprietà sul terreno con il suo valore patrimoniale; se, poi, ha già venduto i lotti, gli sarà confiscato il ricavato della vendita, dovrà rimborsare gli acquirenti, e non potrà più riavere la disponibilità del terreno¹³. Tale considerevole carattere affittivo, con evidente perseguimento di finalità di prevenzione generale e speciale, impone, però, il rispetto delle garanzie della materia penale alla luce della giurisprudenza della Corte E.D.U. (a partire dal principio di colpevolezza), sia che si consideri la confisca in esame una sanzione amministrativa¹⁴, sia che la si consideri, come sembra più coerente, una sanzione penale in senso stretto¹⁵.

In seguito a questa sentenza l'art. 19 legge n. 47/85, oggi art. 44, comma 2, t.u. edilizia, si pone in contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. e la Suprema Corte cerca di fare rientrare la confisca in esame nella nozione autonoma di "materia penale" ai sensi degli artt. 6 e 7 C.E.D.U., ma solo per richiedere il rispetto del principio di colpevolezza sancito per le sanzioni amministrative punitive dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 e continuando ad ammetterne l'applicazione nell'ipotesi di proscioglimento per prescrizione del reato, purché all'esito di un giudizio di merito che abbia accertato i profili di responsabilità¹⁶, nell'ambito di un procedimento rispettoso dei principi del "giusto processo" (e, in particolare, pretendendo il contraddittorio tra le parti quale elemento imprescindibile dell'accertamento stesso¹⁷).

La Corte costituzionale, a sua volta, per adeguarsi ai dettami della Corte Edu, ha preteso un accertamento di colpevolezza per applicare la confisca urbanistica ("può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti", Corte cost. n. 49/2015)¹⁸, ma ritenendo che "nel nostro ordinamento, l'accertamento ben può essere contenuto in una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato, la quale, pur non avendo

¹³ Né si può parlare di mera finalità ripristinatoria perché sarebbe stata sufficiente a quello scopo la cessazione della lottizzazione, la confisca del profitto e la demolizione delle opere già costruite.

¹⁴ In tale direzione cfr. Cass., 24 febbraio 1999, Iacoangeli, in *Riv. pen.*, 1999, 543.

¹⁵ Sia consentito il rinvio a A.M.MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 142 ss.; cfr. A.BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea*, in *Cass. pen.*, 2008, 3504 ss.

¹⁶ Cass., Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188, Casasanta, in *Mass. Uff.*, n. 243630; Cass., sez. 3, 19 maggio 2009, Costanza, n. 30933, *Mass. Uff.*, n. 244247.

¹⁷ Cass., sez. 3, 4 febbraio 2013, Volpe, n. 17066, *Mass. Uff.*, n. 255112; Cass., sez. 4, 23 giugno 2015, n. 31239, Giallombardo, *ivi*, n. 264337.

¹⁸ Corte EDU, Sud Fondi, cit., § 125-129.

condannato l'imputato, abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l'autore del fatto, ovvero il terzo di mala fede acquirente del bene (sentenze n. 239 del 2009 e n. 85 del 2008)¹⁹. Ciò che rileva, osserva la Corte Costituzionale, ad avviso della Corte Edu non è la “forma della pronuncia”, ma “la sostanza dell'accertamento. La stessa Corte di Strasburgo, pronunciandosi in altra occasione sulla compatibilità con la presunzione di non colpevolezza di una condanna alle spese adottata nonostante la prescrizione del reato, ha infatti escluso di poter decidere la controversia sulla base della sola natura in rito della sentenza adottata dal giudice nazionale, senza invece valutare come quest'ultimo avesse motivato in concreto (sentenza 25 marzo 1983, Minelli contro Svizzera)”.

In conformità a queste pronunce la Suprema Corte ha precisato che ai fini dell'applicazione della confisca nei casi in cui non si pervenga a una sentenza di condanna perché il reato è estinto, si debba accertare la sussistenza del reato nei suoi estremi oggettivi e soggettivi²⁰. Ciò è possibile alla luce di quell'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite, consacrato nella sentenza Lucci, che ritiene che l'estinzione del reato non impedisce che al giudice possano essere riconosciuti ampi poteri di accertamento al fine di determinare se sussistono i presupposti della confisca, a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla

¹⁹ Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 239, V. e altro, in *Foro it.* 2010, 1, I, 345; Corte cost., 14 gennaio (26 marzo) 2015, n. 49, § 5, che continua precisando: “Naturalmente, non spetta a questa Corte soffermarsi sui limiti che l'ordinamento processuale può, di volta in volta e a seconda della fase in cui versa il processo, imporre al giudice penale quanto alle attività necessarie per giungere all'accertamento della responsabilità, benché si possa ravvisare in giurisprudenza una linea di tendenza favorevole ad un ampliamento di essi (ad esempio, Corte di cassazione, sezioni unite penali, 10 luglio 2008, n. 38834). Resta il fatto che, di per sé, non è escluso che il proscioglimento per prescrizione possa accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato”. “L'art. 7 della CEDU esige una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato (paragrafo 71), poiché non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale (paragrafo 69). Non è in definitiva concepibile un sistema che punisca coloro che non sono responsabili (paragrafo 66), in quanto non dichiarati tali con una sentenza di colpevolezza (paragrafo 67). Simili espressioni, linguisticamente aperte ad un'interpretazione che non costringa l'accertamento di responsabilità nelle sole forme della condanna penale, ben si accordano sul piano logico con la funzione, propria della Corte EDU, di percepire la lesione del diritto umano nella sua dimensione concreta, quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti. Come si è già ricordato, 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” (corsivo aggiunto) Ibidem, § 6.2.

²⁰ Cass., Sez. III, 29 aprile 2009, P.M. in proc. Quarta e altri, in *Mass. Uff.*, n. 243751; Cass., sez. III, 20 maggio 2009, Casasanta e altri, n. 21188, in *Mass. Uff.*, n. 243630.

sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio²¹. Le S.U. rievocano la sentenza della Corte cost. 85/08, la quale, nel segnalare, appunto, come fra le sentenze di proscioglimento fossero annoverabili figure che comportano - in diverse forme e gradazioni - un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo, evocasse, come paradigmatica la fattispecie oggetto dei giudizi *a quibus*: dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione²².

In questa prospettiva la disciplina dell'art. 578 c.p., e non solo, è considerata emblematica della possibilità del giudice penale di proseguire l'accertamento del fatto di reato e della colpevolezza in seguito alla prescrizione del reato; l'art. 578 c.p. non prevede un mero accertamento dell'illecito civile, ma proprio del reato anche se solo ai fini degli effetti civili, e rappresenta un degno precedente che ha consentito di introdurre l'art. 578 *bis* c.p.

2.1. *La sentenza Varvara della Corte Edu e la Corte Cost. n. 49/2015*. Questa soluzione non è ritenuta compatibile con le norme della "materia penale" nella sentenza «Varvara» in cui la Corte europea ha stabilito che l'applicazione di tale forma di confisca, considerata pena, «senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una condanna», in una sentenza di colpevolezza (§ 67), costituisce una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7²³, anche

²¹ «Il giudice, per disporre legittimamente la confisca, deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per la configurazione sia dell'oggettiva esistenza di una illecita vicenda lottizzatoria sia di una partecipazione, quanto meno colpevole, alla stessa, dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione venga adottata», così Cass., Sez. un., 21 luglio 2015, n. 31617, Lucci in *Mass. Uff.*, n. 264434. La Corte evidenzia che la legge processuale prevede ampi poteri di accertamento in capo al giudice che rilevi la sussistenza di una causa estintiva del reato (art. 578 c.p.p., in tema di interessi civili, o art. 425, co. 4, c.p.p., in sede di sentenza di non luogo a procedere, o ipotesi di confisca senza condanna previste dalle leggi speciali, come quella in tema di lottizzazione abusiva, ai sensi del d.P.R. 6-6-2001, n. 380, art. 44, co. 2).

²² Proscioglimento per cause di non punibilità legate a condotte o accadimenti *post factum*, proscioglimento per concessione del perdono giudiziale, che si traduce - per *communis opinio* - in una vera e propria affermazione di responsabilità. Ipotesi alle quali le S.U. nella sentenza Lucci, - Cass., Sez. Un., cit., aggiungono quelle di: proscioglimento per difetto di imputabilità; sentenza di non luogo a procedere ex art. 26 del d.P.R. n. 448/1988, nei confronti dei minorenni; nonché, da ultimo, la sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., introdotto dal d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28, art. 1 (che presuppone un accertamento di merito «pieno» sulla responsabilità, al punto che la relativa declaratoria, non soltanto viene iscritta nel casellario giudiziale, ma - a norma dell'art. 651 *bis* c.p.p. - ove pronunciata in seguito a dibattimento, «ha efficacia di giudicato...»), nonché la possibilità di applicare la confisca nell'ipotesi del patteggiamento art. 445 c.p.p., co. 1.

²³ Nonché del principio di responsabilità personale insito negli artt. 7 e 6, § 2, C.e.d.u., § 71, anche se cfr. § 70.

perché “non si può punire un imputato in mancanza di una condanna” (§ 60); “la sanzione penale inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con i principi di legalità penale appena esposti dalla Corte e che sono parte integrante del principio di legalità che l’articolo 7 della Convenzione impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi dell’articolo 7 della Convenzione ed è arbitraria” (§ 72)²⁴.

La Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 44, comma 2, t.u. edilizia, così come interpretato dalla Corte europea nella sentenza «Varvara», perché l’interpretazione della Corte europea si porrebbe in contrasto con la Costituzione, in quanto - impedendo l’applicazione della confisca - riconoscerebbe impropriamente prevalenza al diritto di proprietà, che sarebbe invece da considerare soccombente rispetto ad altri valori fondamentali, quali il paesaggio, l’ambiente, la vita e la salute, tutelati dagli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117 Cost.; dunque, la Cassazione chiede alla Corte costituzionale di opporsi alla penetrazione del diritto di Strasburgo nel nostro ordinamento, in nome della salvaguardia di principi e valori costituzionali prevalenti rispetto all’obbligo, previsto dall’art. 117, comma 1, Cost., di osservanza dei vincoli sovranazionali discendenti dall’adesione dell’Italia alla C.E.D.U.²⁵.

Una seconda questione, in senso diametralmente opposto, viene proposta dal Tribunale di Teramo, che dubita della legittimità costituzionale dell’art. 44, comma 2, d.p.r. n. 380/2001, nell’estensione assegnatagli dal diritto nazionale vivente, per contrasto con l’art. 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 7 C.E.D.U. (così come interpretato dalla sentenza Varvara), nella parte in cui consente che l’accertamento della sussistenza del reato di lottizzazione abusiva, quale presupposto dell’obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per prescrizione²⁶.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 49/2015 dichiara inammissibili le questioni e continua a ritenere possibile l’applicazione della confisca urbanistica in mancanza di una condanna definitiva, dopo aver ristretto l’obbligo di

²⁴ Corte EDU, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, n. 17475/09, §§ 72 in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2013, con nota di F.MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l’art. 7 Cedu*.

²⁵ Cass., sez. III, ord. 30 aprile 2014, n. 20636, Alessandrini e altro, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 maggio 2014.

²⁶ Cfr. A. LARONGA, *La confisca urbanistica in assenza di condanna, dopo C. Cost 49/15*, in *Quest. Giust.*, 4 giugno 2015, *www.questionegiustizia.it*.

interpretazione conforme del giudice nazionale al rispetto della normativa C.E.D.U. quale emerge solo dalla “giurisprudenza consolidata” (e non nei confronti di singole pronunce ancora isolate, o comunque espressive di un orientamento non univoco ed incontrastato), in cui non si fa rientrare la sentenza Varvara; fermo restando che, ad avviso del giudice delle leggi, la sentenza della Corte E.D.U. Varvara non ha il significato attribuito dai giudici a quibus, posto che con essa il giudice europeo ha soltanto ribadito che la sanzione non può trovare applicazione senza previo accertamento della responsabilità²⁷. Per poter disporre legittimamente la confisca urbanistica, avente natura intrinseca di pena ai sensi dell’art. 7 della C.E.D.U., è necessario, allora, il pronunciamento di un giudice che abbia “sostanza” di condanna; in altri termini, la confisca è compatibile con un esito processuale diverso dalla condanna in senso formale, purché il provvedimento definitivo contenga un accertamento incidentale delle condizioni necessarie per applicare una pena, cioè un accertamento della colpevolezza (e quindi della responsabilità) del soggetto. È questo, ad avviso della Corte costituzionale, il profilo che interessa al giudice europeo.

In realtà, il ragionamento seguito dalla Consulta non sembra tener conto di un altro aspetto della questione sul quale la Corte E.D.U. appare particolarmente sensibile, consistente nella considerazione che in assenza di una condanna in senso “formale” “” persiste e va garantita la presunzione di innocen-

²⁷ Corte Cost., 14 gennaio 2015, n. 49, dichiara inammissibili le questioni a causa, innanzitutto, di una erronea individuazione della norma da impugnare; difetto di motivazione in ordine alla rilevanza della questione nel giudizio a quo; ed infine, un “duplice, erroneo presupposto interpretativo” cfr. V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it 13 aprile 2015 ; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, C.e.d.u. e diritto vivente*, ivi 30 marzo 2015; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, ivi, 30 marzo 2015)*; R. CONTI, *La C.e.d.u. assediata? (osservazioni a Corte Cost. sent. n. 49/2015)*, in www.giurcost.org; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della C.e.d.u. in ambito interno*, in www.penalecontemporaneo.it 2 aprile 2015; G.CIVIELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in www.archiviopenale.it 2015, n. 1; A.DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, ivi 2015, 1; A.RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in <https://www.diritticomparati.it/> 7 aprile 2015; R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in Consulta Online, Studi, 2015/I; D.TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in Forum di Quaderni Costituzionali 30 aprile 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 Osservatorio AIC, maggio 2015; D.PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. N. 49/2015*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. trim.* 2015, 2, 318 ss.

za di cui all'art. 6, § 2, C.E.D.U., che sarebbe violata da una decisione che accerta il reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (oggettivo e soggettivo), pur senza concretizzarsi in una condanna formale. Sul piano processuale, poi, si pone il problema circa l'incompatibilità del giudizio di colpevolezza e della necessaria attività istruttoria su cui lo stesso si basa rispetto all'obbligo di immediata declaratoria di estinzione del reato per prescrizione (art. 129 c.p.p.)²⁸.

In particolare, non è chiaro se l'ordinamento processuale penale, a fronte di quest'ultimo obbligo, imponga ai fini della confisca solo l'approfondita valutazione del materiale probatorio fino a quel punto acquisito, ovvero consenta al giudice di esercitare ulteriori poteri istruttori, ad esempio, assumendo le testimonianze indicate dalle parti, o persino esercitando i poteri di iniziativa probatoria d'ufficio di cui all'art. 507 c.p.p. In quest'ultima direzione la Suprema Corte ha ripetutamente affermato (sia in relazione alla confisca diretta ex art. 240 c.p., sia nell'ipotesi più problematica della confisca allargata ex art. 12-sexies d.lgs. n. 159/2011, oggi art. 240-bis c.p.)²⁹ che in caso di estinzione del reato il giudice dispone di poteri di accertamento del fatto-reato al fine di ordinare la confisca delle cose confiscabili; l'accertamento incidentale finalizzato all'applicazione della confisca presuppone che la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva sopraggiunga dopo l'esercizio dell'azione penale³⁰, come precisato dalla Suprema Corte³¹. Su tale punto si tornerà nel prosieguo. Tale soluzione della Corte costituzionale sembra un compromesso inaccettabile dinanzi ad una forma di confisca pena, come chiaramente emerge dall'oggetto della sanzione in esame, che incide sul diritto di proprietà per punire il reato di lottizzazione abusiva; la salvaguardia dei beni fondamentali richiamati dalla Corte potrebbe essere pienamente garantita con ordini di demolizione e con l'inefficacia della lottizzazione, come suggerito dalla Corte europea già nel caso Sud Fondi. L'applicazione di una pena, invece, presupp-

²⁸ Così A.LARONGA, *op. cit.*

²⁹ Sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *Confisca "allargata"*, in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE (a cura di), *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Giuffrè, Milano, 2016, 63-112 ss.

³⁰ Poiché solo nella fase processuale è assicurata la piena partecipazione all'accertamento del destinatario della misura ablativa nel rispetto delle garanzie del "giusto processo"; viceversa, se il reato di lottizzazione abusiva si prescrive prima dell'esercizio dell'azione penale, è escluso che l'autorità giudiziaria possa disporre legittimamente la confisca di cui all'art. 44, comma 2, d.p.r. n. 380/2001. Così A. LARONGA, *op. cit.*

³¹ Cass., Sez. III, 19 maggio 2016, n. 35313, in *Riv. Pen.*, 2016, 10, 878; Cass., sez. III, 6 aprile 2011, n. 24162, Vitale, rv.250641; Cass., sez. III, 6 ottobre 2010, Grova e altri, n. 5857/11, *Mass. Uff.*, n. 249517; Cass., sez. III, 19 maggio 2009, Costanza, n. 30933, *ivi*, n. 244247.

pone una condanna definitiva nel pieno rispetto del principio di colpevolezza.

2.2. *La svolta rappresentata dalla sentenza della Grande Camera nel caso G.I.E.M. e altri c. Italia.* La Grande Camera si è nuovamente pronunciata in materia nel caso G.I.E.M. e altri c. Italia con una sentenza che presenta delle ambiguità³².

La Corte Europea, infatti, da una parte ribadisce che la forma di confisca in esame rappresenta una pena come già sostenuto nel caso Sud Fondi, la cui applicazione è subordinata al rispetto dei principi della materia penale sanciti dagli artt. 7 e 6 della C.E.D.U., dall'altra finisce per sostenere la posizione della Corte Costituzionale italiana che si accontenta di un accertamento di responsabilità soggettiva di carattere sostanziale per applicare tale sanzione, - che considera comunque amministrativa, anche se rientrante nella nozione di materia penale ai sensi della C.E.D.U. -, anche nell'ipotesi di prescrizione. Fermo restando che, poi, la Corte Edu ritiene che la forma di confisca in esame si pone in contrasto con la presunzione d'innocenza nel caso di specie, laddove la Corte di Cassazione la applica pronunciando la prescrizione e ribaltando la pronuncia di assoluzione pronunciata dalla Corte di Appello.

La Corte sostiene la natura penale della confisca in esame perché non ritiene decisivo il fatto che non consegua ad una condanna in sede penale (§ 215 ss.), e ritiene convincenti gli argomenti utilizzati nel caso Sud Fondi (219), enfatizzando che anche la Corte di Cassazione (§ 121) e lo stesso Governo italiano hanno riconosciuto la finalità punitiva di tale sanzione (§ 224). Si tratta di una sanzione anche particolarmente severa e intrusiva, che si applica non solo sul terreno oggetto del reato ma anche sul terreno circostante e senza alcun compenso. In relazione al tipo di procedura nel cui ambito è applicata, la Corte non è convinta del fatto che nell'applicare tale sanzione l'autorità giudiziaria agisca in sostituzione dell'autorità amministrativa (teoria contestata anche nell'ordinamento italiano) e, in ogni caso, la confisca non viene meno neanche nel caso di susseguente regolarizzazione della lottizzazione da parte dell'autorità amministrativa (§ 230); anzi un conflitto emerge tra l'autorità amministrativa e la corte penale, laddove la seconda ritiene che sussista il reato per violazione del piano regolatore e della relativa normativa nazionale,

³² A. ESPOSITO, *Il dialogo imperfetto sulla confisca urbanistica Riflessioni a margine di sentenze europee e nazionali*, in questa Rivista, 2019, 2; G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza Varvara? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, in questa Rivista, 2018, n. 3; A. A.PULVIRENTI-M.LO GIUDICE, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Proc. pen. e giust.* 2019, 1, 122 ss.

pur in presenza di un'autorizzazione amministrativa (§ 231).

In conclusione la Corte ritiene che si tratti di una pena ai sensi dell'art. 7 C.E.D.U. in base alla sua nozione autonoma di materia penale, nonostante la mancanza di un processo penale ai sensi dell'art. 6, anche perché come sottolineato dalla Corte Costituzionale nella decisione n. 49/2015, è possibile applicare delle pene (penalties) da parte delle autorità nazionali con dei procedimenti diversi da quelli classificati come penali in base alla legge nazionale (§ 233).

La Corte, poi, concorda con la posizione della sentenza Sud Fondi in relazione alla necessità di rispettare il principio di colpevolezza in virtù dell'art. 7³³. La Grande Camera, però, come già la sentenza Varvara³⁴, assume una posizione piuttosto compromissoria anche in termini di rispetto del principio di colpevolezza perché se da una parte richiede il rispetto di tale principio, d'altra, - riprendendo, del resto, la sua giurisprudenza consolidata -, ritiene che il principio di colpevolezza non esclude forme di responsabilità oggettiva derivanti da presunzioni di responsabilità, purché siano compatibili con la Convenzione³⁵.

³³ Cfr. Sud Fondi, cit., § 116: art. 7 che “*non menziona espressamente un legame morale fra l'elemento materiale del reato ed il presunto autore. Ciò nonostante, la logica della pena e della punizione così come la nozione di 'guilty' (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di 'personne coupable' (nella versione francese) sono nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esiga, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di riscontrare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato, elemento in assenza del quale l'infrazione di una pena sarebbe ingiustificata*”. Il principio di legalità nel pretendere che le leggi definiscano in modo chiaro il precetto e la sanzione e quindi siano accessibili e prevedibili nei loro effetti, impone anche che l'individuo conosca prima, anche attraverso l'interpretazione della legge, quali siano i comportamenti e le omissioni che ne determineranno la colpevolezza in sede penale. Ne consegue che una misura può essere considerata una pena ai sensi dell'art. 7 laddove un elemento di responsabilità personale sia stato accertato in capo all'autore; sussiste una chiara connessione tra il grado di prevedibilità di una norma penale e la responsabilità personale dell'autore (§ 242 G.I.E.M.).

³⁴ § 70 recita: “*gli Stati contraenti restano liberi, in linea di principio, di reprimere penalmente un atto compiuto fuori dall'esercizio normale di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione e, quindi, di definire gli elementi costitutivi di questo reato: essi possono, in particolare, sempre in linea di principio e ad alcune condizioni, rendere punibile un fatto materiale o oggettivo considerato di per sé, indipendentemente dal fatto che esso sia doloso o colposo; le rispettive legislazioni ne offrono degli esempi [...] L'articolo 7 della Convenzione non richiede espressamente un «nesso psicologico» o «intellettuale» o «morale» tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne è ritenuta l'autore*”.

³⁵ Si richiama la giurisprudenza precedente della stessa Corte che sancisce che la presunzione d'innocenza, sancita dall'art. 6, c. 2 Cedu, lascia liberi gli Stati contraenti, a certe condizioni, di penalizzare un semplice o obiettivo fatto come tale, indipendentemente dal fatto che sia realizzato intenzionalmente o con negligenza. Presunzioni di fatto o di diritto operano in tutti i sistemi legali. La Convenzione non li proibisce in principio, purché non vengano superati certi limiti, come avviene laddove si rende impossibile a un soggetto la confutazione della presunzione e la possibilità di difendersi dall'accusa, privandolo, in conclusione, del diritto alla presunzione d'innocenza (§ 243). La Corte ritie-

Alla luce di tale giurisprudenza la Corte ritiene, però, che non è obbligatorio che la dichiarazione di responsabilità penale avvenga necessariamente attraverso la sentenza di una corte penale che condanna formalmente l'imputato. Anzi si precisa che la sentenza Varvara non conduce a tale conclusione, ma solo evidenzia che spesso ciò avviene, ma "this should not be seen as a mandatory rule". La Corte, da parte sua, deve assicurare che la dichiarazione di responsabilità penale sia conforme alle garanzie stabilite nell'articolo 7 e in un procedimento conforme all'art. 6. Detto questo, la Grande Camera risponde alla sentenza della Corte Costituzionale n. 49/2015 precisando in una sorta di obiter dictum che "tutte le sentenze [della Corte Edu] hanno il medesimo valore legale. La loro natura vincolante e autorità interpretativa non può essere fatta discendere dalla composizione nella quale vengono rese" (§ 252). "Una 'risposta' ai giudici costituzionali e alle loro affermazioni circa la diversa 'persuasività' (beninteso, in casi diversi da quelli direttamente giudicati dalla Corte Edu, in relazione ai quali vige un obbligo espresso di conformarsi) delle sentenze della Corte di Strasburgo"³⁶.

Ne consegue che la conformità all'art. 7 come interpretata nella sentenza Varvara non richiede che tutte le controversie siano trattate nell'ambito di un processo penale; l'applicazione di questa disposizione non impone la "penalizzazione" da parte degli Stati di procedure che, nell'esercizio della loro discrezione, "essi non hanno classificato come rientranti rigorosamente nella legge penale" (§ 253) o che ad esse siano applicate procedure che prevedano garanzie diverse ed ulteriori rispetto a quelle derivanti dall'applicazione della Convenzione; così come nel caso Ozturk³⁷ e seguenti l'obbligo di conformità all'art. 6 non esclude che una "pena" sia imposta in prima istanza da un'autorità amministrativa.

In altri termini, una sanzione formalmente amministrativa, della quale la

ne che tale giurisprudenza si applica anche in relazione all'art. 7 per il principio di armonia e non contraddizione del sistema della Convenzione, per cui tali disposizioni proteggono il diritto di ogni individuo a non essere punito senza la sua personale responsabilità, che comporta un legame mentale con il reato che deve essere debitamente stabilito (§ 244); alla luce dell'art. 7 nessuna sanzione può essere applicata senza che la responsabilità penale personale sia stata stabilita e dichiarata precedentemente, altrimenti verrebbe violata anche la presunzione d'innocenza ex art. 6, c. 2 Cedu (§ 251). In realtà, come evidenzia nella sua opinione dissenziente il giudice Albuquerque, la Corte confonde l'affermazione del principio di colpevolezza di carattere sostanziale che non dovrebbe ammettere deroghe, con la sua tutela procedurale garantita dalla presunzione d'innocenza.

³⁶ A. 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, 3 luglio 2018, § 8.2.

³⁷ Corte E.D.U., *Öztürk v. Germany*, 23 ottobre 1984, n. 8544/79.

Corte Edu abbia però riconosciuto la natura sostanzialmente penale, può certamente continuare ad essere inflitta a seguito di un procedimento amministrativo: purché tale procedimento sia dotato del nucleo minimo di garanzie correlate alla nozione convenzionale di *matière pénale*; e senza che in tale procedimento debbano essere fornite quelle eventuali garanzie ulteriori, che siano invece il frutto della qualificazione, nel diritto nazionale, di una sanzione come penale³⁸.

Pur stabilendo che non è necessario un processo penale, la Corte deve tuttavia accertare che le misure di confisca impugnate siano applicate solo in seguito a una formale dichiarazione di responsabilità penale del ricorrente (§ 255). Per compiere tale accertamento si deve andare al di là delle apparenze e del linguaggio usato e concentrarsi sulla realtà della situazione; si deve guardare alla sostanza della pronuncia, alla motivazione che è una parte integrale della decisione³⁹.

Alla luce di tale premessa, la Corte precisa che occorre prendere in considerazione l'importanza in una società democratica di sostenere lo stato di diritto e la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario, e in secondo luogo, l'oggetto e lo scopo delle regole applicate dai tribunali italiani; in tale prospettiva si ritiene che le regole rilevanti siano rivolte a impedire l'impunità in situazioni in cui, l'effetto combinato di reati complessi e di relativamente brevi periodi di prescrizione, comportano che gli autori dei reati considerati evitino in maniera sistematica di essere perseguiti e, soprattutto, le conseguenze della loro cattiva condotta (§ 260).

“La Corte non può trascurare queste considerazioni nell'applicare l'articolo 7 nella presente causa, a condizione che i tribunali nazionali in questione agiscano nel pieno rispetto dei diritti di difesa sanciti dall'articolo 6 della Convenzione. Per tale ragione essa ritiene che, qualora i giudici constatino che tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva siano stati accertati, mentre si interrompono i procedimenti unicamente a causa della prescrizione, tali decisioni possono essere considerate, in sostanza, come una condanna ai sensi dell'articolo 7, che in tali casi non sarà violato” (corsivo aggiunto). Ration per cui non sussiste alcuna violazione dell'art. 7 in relazione all'applicazione della misura al sign.re Gironda

La Corte, insomma, riconosce in maniera oserei dire spudorata che al fine di

³⁸ Idem.

³⁹ «The Court is thus entitled to look behind the operative part of a judgment and take account of its substance, the reasoning being an integral part of the decision (see, *mutatis mutandis*, *Allen v. the United Kingdom* [GC], no. 25424/09, § 127, 12 July 2013)».

rimediare le carenze del sistema, che, anche a causa dell'inefficienza delle forme dell'intervento amministrativo, determina spesso l'impunità dei reati di lottizzazione abusiva, si giustifica questa sorta di condanna sostanziale pronunciata al di fuori del processo penale e comunque in caso di prescrizione del reato, purché comporti in qualche modo l'accertamento del fatto e della colpevolezza.

Nel caso di specie, però, la violazione dell'art. 7 è determinata dall'applicazione della confisca urbanistica, considerata dalla Corte "pena" (e non mera misura di riequilibrio economico o compensazione) nei confronti di imprese che non possono essere penalmente responsabili nell'ordinamento italiano, osserva la Corte, o sarebbe meglio dire che non sono "amministrativamente responsabili" per i reati urbanistici in virtù del d.lgs. n. 231/2001 e che non hanno partecipato ad alcun procedimento, ma anzi finiscono per rispondere delle azioni di terzi, i loro rappresentanti legali o azionisti che agiscono a titolo personale (§ 272). Nessuna delle società a responsabilità limitata 'vittime' del provvedimento ablatorio aveva, in effetti, preso parte al procedimento penale per il reato di lottizzazione abusiva, di cui erano stati chiamati a rispondere solo i legali rappresentanti. I giudici di Strasburgo, - muovendo dalla consolidata affermazione della distinzione della personalità giuridica dell'ente rispetto a quella della persona fisica che lo rappresenta -, affermano anche nei confronti della persona giuridica il divieto di responsabilità per il fatto altrui (§ 274) in virtù dell'art. 7 della Convenzione.

Altri profili della sentenza G.I.E.M. in relazione al principio di proporzionalità e alla presunzione d'innocenza saranno esaminati nel prosieguo.

In conclusione, la sentenza esaminata non elimina i dubbi sollevati circa la possibilità di applicare una confisca pena anche in seguito a prescrizione, in contrasto innanzitutto con la natura sostanziale attribuita dalla Corte Costituzionale a tale istituto, come da ultimo ribadito nell'ordinanza n. 24 del 2017 («si tratta infatti di un istituto che incide sulla punibilità della persona e la legge, di conseguenza, lo disciplina in ragione di una valutazione che viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale indotto da un certo reato e all'idea che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso»).

2.3. *L'opinione dissenziente del giudice Albuquerque.* Nella sua ricca opinione dissenziente il giudice Pinto de Albuquerque critica aspramente la sentenza G.I.E.M. evidenziando che in uno Stato di diritto sottoposto al principio di legalità, il potere dello Stato di perseguire e punire i reati, anche com-

plessi, è limitato da vincoli di tempo o, usando l'elegante formula della Corte costituzionale italiana, "trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso"¹⁰. "Altrimenti i valori della certezza giuridica e prevedibilità inerenti al principio di legalità, e di conseguenza lo stesso principio di legalità in sé, sarà sacrificato all'altare dell'efficienza del sistema della giustizia" (§ 23). Sulla base di queste premesse, osserva il giudice, se un reato è prescritto, le ragioni alla base della sua persecuzione non possono più prevalere e gli scopi della punizione penale non possono più essere ottenuti. Se lo scopo di combattere l'impunità prevale, non ci possono essere reati sottoposti alla prescrizione. Questo è il nucleo della sentenza *Varvara*, "il diritto *all'oblio*", che è cancellato dalla Corte costituzionale.

Ad avviso del giudice dissenziente, non ci può essere punizione senza una formale dichiarazione di colpevolezza, perché non ci può essere tale dichiarazione dopo la prescrizione del reato. In altre parole, il nucleo del famoso § 72 di *Varvara* sta nel riconoscere che l'applicazione dello statuto della prescrizione non è una condanna (dichiarazione di colpevolezza) sostanziale. Mentre la pronuncia *Sud Fondi* ha stabilito il principio *nulla poena sine culpa*, la sentenza *Varvara* ha riconosciuto la prescrizione come parte integrante del principio di legalità.

L'articolo 7 esclude, quindi, l'applicazione della confisca (che è una "penalty" ..) a un reato prescritto, poiché la prescrizione ha il significato di una garanzia sostanziale, e non un mero significato procedurale, "sia nella Convenzione che nella legge nazionale" (§ 24).

Da tale argomento emerge la contraddittorietà della Corte Costituzionale italiana, che da una parte difende il carattere sostanziale della prescrizione dinanzi alla Corte di Giustizia nel celebre caso *Taricco*, dall'altra la considera compatibile con l'applicazione di forme di confisca "pena" dinanzi alla Corte Europea nella vicenda relativa alla confisca per la lottizzazione abusiva (§§ 87 ss.).

Questa nozione di dichiarazione sostanziale di responsabilità costituisce, inoltre, osserva sempre il giudice Albuquerque¹¹, un'"estensione del concetto di "condanna" a danno dell'imputato" e, quindi, un'inammissibile analogia in ma-

¹⁰ Cfr. F.VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. trim.* n. 3-4/2014, 286.

¹¹ Per un'ulteriore disamina di tali argomenti sia consentito il rinvio a A.M.MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240 bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *Arch. Pen.* 2018, numero speciale riforme, §. 7.1.1.

lam partem”. La finzione legale di una "condanna nella sostanza" contraddice l'essenza stessa della proibizione dell'analogia a danno dell'imputato, che è il cuore del principio di legalità (nulla poena sine lege certa, stricta) (§ 32).

La stessa Corte europea ha sempre rifiutato questa analogia, come ad esempio nel caso di Margus c. Croazia, in cui la Corte è stata chiarissima affermando che "la conclusione dei procedimenti penali da parte di un pubblico ministero non costituisce né una condanna né un'assoluzione" e quindi tale decisione non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione (ne *bis in idem*). Evidentemente, questi due risultati (condanna o assoluzione) possono essere trovati solo nella parte dispositiva di una decisione interna, cioè laddove il tribunale competente affronta l'esito del caso. La motivazione non ha alcuna rilevanza per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nella procedura penale. La maggioranza ignora questo principio basilare del diritto processuale penale nella misura in cui tenta di trarre conclusioni dannose per l'imputato ("in sostanza, una condanna") dalla motivazione di una decisione, quando sono assenti dal dispositivo. Tale sforzo, nella misura in cui cerca di trovare una "condanna nella sostanza" indipendentemente dal fatto che l'imputato non sia stato formalmente condannato, viola il nucleo del principio del *ne bis in idem*.

L'argomento, poi, che la Corte non pretende la condanna formale in virtù della nozione sostanziale di pena della Corte europea, e quindi del richiamo alla protezione della "sostanza dei diritti umani", è utilizzato dalla Corte costituzionale per indebolire i diritti umani dell'imputato destinatario della confisca senza condanna; ma, osserva il giudice Pinto, non è ammissibile un simile uso *contra reum* di una teoria elaborata dalla Corte europea a beneficio dell'imputato (§ 25). Ciò vale anche per l'argomento derivante dalla necessità di combattere l'ipertrofia del diritto penale; è inammissibile utilizzare questo argomento *in malam partem*, al fine di privare il convenuto della protezione di cui all'art. 7 C.E.D.U. e sottoporlo a confisca senza una condanna formale a causa della prescrizione. La sussidiarietà della legge penale è capovolta per estendere la pena oltre la prescrizione (§ 26).

Il giudice, poi, contesta in base al principio della separazione dei poteri, l'indebita strumentalizzazione del sistema giudiziario penale a fini puramente amministrativi, rifacendosi a una politica di panpenalizzazione perseguita dallo Stato italiano.

Nella tensione weberiana tra *Wertrationalität* (*value-rationality*) e *Zweckrationalität* (*purpose-rationality*), i giudici, siano essi internazionali o nazionali, dovrebbero sempre perseguire il primo, non il secondo, che appartiene alla po-

litica. Si ha l'impressione che per alcuni aspetti il presente giudizio sia più un esercizio di quest'ultimo che del primo. Ancora più importante, il giudice non dovrebbe addebitare agli imputati le carenze di una politica criminale statale irrazionale, compresa una politica con un "effetto combinato di reati complessi e periodi di prescrizione relativamente brevi".

"E, infine, la condanna sostanziale viola la presunzione di innocenza, in quanto il '*pieno accertamento di responsabilità*' richiesto dalla Corte costituzionale come base della confisca senza condanna viola chiaramente il diritto alla presunzione d'innocenza. Infatti, questo è così ovvio che è difficile credere che in uno Stato di diritto come l'Italia una 'pena' ai sensi dell'art. 7 C.E.D.U. possa essere applicata con una tale frontale violazione dell'art. 6 § 2 della stessa Convenzione" (§ 34).

La dichiarazione sostanziale di responsabilità evoca al giudice Albuquerque il verdetto à *moitié acquitté* ("*half acquitted*") del Medioevo laddove gli imputati erano assolti, ma, sulla base di certe prove, una qualche colpevolezza era provata e una qualche pena applicata. "Bisogna ricordare, tuttavia, che nel 1789 ci fu una rivoluzione, tra le altre cose, per porre fine a questa assurdità. Imparare dalla storia a volte aiuterebbe a non ripetere più gli stessi errori".

3. *L'applicazione dell'art. 578 bis c.p. alla confisca urbanistica: Sezioni Unite n. 13539/2020.* Ritornando alla sentenza delle Sezioni Unite n. 13539/2020 pronunciata in risposta all'ordinanza n. 40380 del 2019 della III sez. penale della Suprema Corte⁴², si deve evidenziare come, innanzitutto, la Suprema Corte nel suo massimo consesso prima di affrontare la questione relativa al rispetto del principio di proporzionalità, si occupa proprio delle questioni connesse alla pronuncia della confisca urbanistica in seguito a prescrizione.

A tal proposito le Sezioni Unite⁴³, dopo aver voluto attribuire "l'autorevolezza e la stabilità riconosciute dall'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p." alla "regula iuris secondo la quale la confisca urbanistica, essendo collegata all'accertamento

⁴² Cass., Sez. III, ord. 15 maggio 2019 (dep. 2 ottobre), n. 40380, Perroni; A.GALLUCCIO, *Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato*, in *www.sistema penale.it* 18 novembre 2019.

⁴³ Cass., Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, ric. Perroni; richiama in materia di confisca urbanistica l'art. 578 bis c.p.; Cass., Sez. III, 07 febbraio 2019, n. 5936; contra Cass., Sez. III, 17 luglio 2019, n. 31282 precisa che l'art. 578 bis c.p. " - che pur non riguarda l'ipotesi di confisca delineata dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2, - si colloca nell'interpretazione delle norme convenzionali più sopra delineata e definitivamente consolidata dal recente pronunciamento della Grande Camera della Corte di Strasburgo".

del reato, consente di prescindere dalla necessità di una sentenza di condanna "formale" e può, pertanto, essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato"⁴⁴, *ritengono applicabile l'art. 578 bis c.p.*, introdotto dal D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21, art. 6, comma 4 (di attuazione della delega per la riserva di codice), e da ultimo modificato dalla L. n. 3 del 2019 (che vi ha inserito l'inciso relativo alla "confisca prevista dall'art. 322-ter c.p."), anche alla confisca urbanistica ex art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001. L'art. 578 bis c.p.p. prevede espressamente che si applica "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", le S.U. ritengono che con "altre disposizioni di leggi" si richiamerebbe qualunque forma di confisca prevista da leggi speciali, come già affermato da una precedente sentenza delle S.U. n. 6141/19⁴⁵ (il riferimento dell'art. 578-bis c.p.p. alle "altre disposizioni di legge" evocò "le plurime forme di confisca previste dalle leggi penali speciali")⁴⁶.

"E' pertanto evidente che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge", formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche *le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale*" (*corsivo aggiunto*).

Tale interpretazione appare in contrasto con il principio di legalità e con un criterio di interpretazione letterale e sistematico.

⁴⁴ Così A.BASSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*, in *Sist. Penale*, 5/2020, 285 ss.

⁴⁵ Cass., S.U., 25 ottobre 2018 (7 febbraio 2019), n. 6141; cfr. Cass. S.U., 25 ottobre 2018, Milanese, Rv. 274627; conforme Cass. 8 novembre 2018 (7/02/2019), n. 5936 con commento di E.FASSI, *La confisca urbanistica in assenza di condanna al vaglio della Cassazione successivamente alla sentenza della Corte EDU G. i. e. m. c. Italia del 25 marzo 2015 ed alla introduzione dell'art. 578-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.* 2019, 2188-2209; in dottrina conforme A. DELLO RUSSO-E. ADDANTE, *Questioni di confisca e prescrizione: la necessità di una condanna (anche non passata in giudicato)*, in *Arch. pen.* 2018, 2, 9 che osservano che la norma, nella parte in cui si riferisce alle misure disciplinate "da altri disposizioni di legge", abbia a mente proprio la confisca urbanistica; *contra* G.CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l.*, cit., 11 s.; A.ESPOSITO, *op. cit.*, 11 ss.; parla di applicazione analogica dell'art. 578 bis c.p.p. G.RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un "equilibrio" possibile*, in *Arch. Pen.* 2018, v. 70, n. 3, 709-741, online 28. Cfr. B.ROSSI, *La prescrizione intervenuta nel corso del processo non preclude la confisca del bene oggetto di lottizzazione abusiva*, in *Cass. Pen.* 2019, 3004-3017.

⁴⁶ In materia cfr. A.BASSI, *op. cit.*, 292 ss..

La norma in questione è stata introdotta con il d.lgs. n. 21/2018 che ha ripreso il contenuto già introdotto dall'art. 31 L. 161/2017 nell'art. 12 *sexies*, comma 4 *septies* d.l. 306/92 (Le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad eccezione del comma 2-*ter*, si applicano quando, pronunciata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato). Il d.lgs. 21/2018 ha introdotto il principio di riserva di codice all'art. 3 *bis* c.p. e ha trapiantato, come riconoscono le stesse Sezioni Unite, il contenuto della confisca allargata ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 nel codice penale all'art. 240 *bis* per meglio garantire, in conformità al principio di legalità e di colpevolezza, la prevedibilità della sua applicazione. Proprio a tal fine l'art. 240 *bis* c.p. non fa riferimento come reato presupposto, diversamente dall'art. 12 *sexies* d.l. 306/92, all'art. 295, 2 c., del testo unico in materia doganale, di cui al d.P.R. n. 43/73, e all'art. 73, esclusa la fattispecie di cui al c. 5, del testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope di cui al d.P.R. n. 309/90 perché il legislatore del D.lgs. n. 21/2018 ha preferito prevedere delle disposizioni *ad hoc* che introducono la confisca allargata all'interno del testo unico doganale e all'interno del testo unico in materia di stupefacenti, introducendo, rispettivamente, nel primo il c. 5 *bis* dell'art. 301 e nel secondo l'art. 85-*bis* (Ipotesi particolare di confisca). Si conferma la logica della riserva di codice come prevista dall'art. 3 *bis* c.p. ("Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia") nel senso che, come suggerito nella relazione Marasca, laddove la disciplina di una materia sia contenuta in un testo unico, tutte le relative previsioni legislative devono essere inserite in maniera organica nello stesso testo unico, piuttosto che nel codice o in separate leggi speciali, al fine di garantire la migliore conoscibilità della legge. E, allora, diversamente da quanto ritengono le Sezioni Unite nella sentenza in esame, sembrerebbe più logico e soprattutto conforme al principio di legalità, in base al mero dato normativo (art. 12 preleggi), ritenere che laddove l'art. 578 *bis* c.p. fa riferimento alla confisca ordinata "in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240 *bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge", con "altre disposizioni di leggi" la norma faccia sempre riferimento alla confisca "ordinata in casi particolari", e cioè alla confisca allargata per sproporzione prevista non solo dall'art. 240 *bis* c.p., ma anche da altre disposizioni come quelle in materia doganale o in materia di stupefacenti, e

magari domani in altri testi unici, come evidenziato nella stessa ordinanza di rimessione⁴⁷.

La pretesa delle Sezioni Unite di allargare l'applicazione dell'art. 578 *bis* c.p.p. a qualunque forma di confisca prevista da leggi speciali, allora, non è accettabile perché in palese contrasto con la lettera della legge e, quindi, il principio di legalità e con la stessa ratio del d.lg. 21/2018 che ha introdotto tale norma nell'ambito di una normativa ispirata alla riserva di codice. Non solo ma se si accogliesse l'interpretazione delle Sezioni Unite, si esaspererebbe ulteriormente l'irrazionalità dell'art. 578 *bis* c.p. che, da una parte, accanto alla confisca allargata - forma di confisca dalla natura sanzionatoria - richiamerebbe le più diversificate forme di confisca, purchè previste da leggi speciali, dall'altra, non richiama la norma che prevede la disciplina generale della confisca, l'art. 240 c.p., e anche in seguito alla riforma introdotta con la L. 3/2019 continua a non riferirsi all'art. 240 c.p., tanto più che - come evidenziato in altra sede cui si rinvia - la possibilità di applicare la confisca diretta del prezzo e del profitto accertato, anche in seguito alla prescrizione, pone meno problemi di conformità alle garanzie della materia penale in quanto, trattandosi di forme di confisca aventi una prevalente natura compensativa, - recuperatoria usando la definizione della Corte Cost. n. 24/2019 -, laddove si sia accertata la commissione del reato, anche in caso di intervenuta prescrizione se ne può giustificare l'applicazione, non essendo il reato un legittimo titolo di acquisto dei beni. Incoerenza esasperata dal fatto che le Sezioni Unite Lucci⁴⁸, ponendo fine a una diatriba giurisprudenziale e in violazione del principio di legalità, - in quanto in contrasto con il dettato dell'art. 240 c.p., che prevede la possibilità di applicare la confisca senza condanna solo nell'ipotesi del comma 2, n. 2, e in mancanza di una espressa previsione normativa -, ammettono l'applicazione della confisca - misura di sicurezza - del prezzo o del profitto del reato, di carattere *obbligatorio* (artt. 240, comma

⁴⁷ In tale direzione A.BASSI, *op. cit.*, 293: «in ossequio al criterio principe dell'interpretazione codificato all'art. 12 delle Preleggi (secondo cui «nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»), il riferimento alle «altre disposizioni di legge» non può che rapportarsi alle sole ipotesi di «confisca nei casi particolari» (appunto previste «da altre disposizioni di legge»), e non a qualunque confisca prevista «da altre disposizioni di legge», come invece sostenuto dalle Sezioni Unite. La piana lettura del dato testuale della norma rivela che la proposizione «e da altre disposizioni di legge» - considerate la congiunzione «e» e la preposizione semplice «da» e, quindi, secondo l'analisi logica del discorso - si lega alla proposizione precedente mediante l'aggettivo «prevista», che segue (e non infrazziona) il riferimento alla «confisca nei casi particolari...».

⁴⁸ Cass., Sez. Un., Lucci, cit.

secondo, n. 1, e 322-ter cod. pen.⁴⁹, non nella forma per equivalente in virtù della sua natura punitiva⁵⁰), in presenza di una declaratoria, in sede di giudizio di appello, di estinzione del reato per prescrizione, conseguente ad una sentenza di condanna in primo grado⁵¹.

E, ancora, l'interpretazione delle Sezioni Unite per cui l'espressione "altre disposizioni" farebbe riferimento a qualsiasi forma di confisca prevista da leggi speciali, renderebbe la norma non conforme al principio di legalità in quanto troppo ampia e onnicomprensiva in mancanza di un chiaro dettato normativo, considerando la varietà delle forme di confisca previste nell'ordinamento italiano, con oggetti, discipline e natura diversi; è vero che in materia procedurale non si applica il principio di tassatività e il divieto di analogia come in relazione alla materia penale⁵², ma tale disciplina procedurale ha un notevole impatto sostanziale in quanto allarga la possibilità di applicare forme di confisca molto incisive sui diritti dei cittadini e aventi carattere punitivo, come quella allargata e per equivalente, anche in caso di prescrizione, finendo per comprimere fortemente i connessi diritti e beni, sottratti al diritto all'oblio connesso alla prescrizione di cui parla la Corte Costituzionale (ord. n. 24/2017).

Non sembrano dirimenti gli argomenti delle Sezioni Unite laddove evidenziano che la riserva di codice riguarderebbe solo "le "nuove disposizioni che prevedono reati", perché in ogni caso non si capirebbe l'autonoma previsione

⁴⁹ Cass., Sez. Un., Lucci, cit.. Conforme Cass., sez. VI, 14 marzo 2016, Mercuri e altro, n. 10708, in Mass. Uff. n. 266558; Cass., sez. III, 19 dicembre 2019 (dep. 20/03/2020), n.10376. *Contra* un precedente orientamento giurisprudenziale, Cass., S.U., 23 aprile 1993, Carlea, n. 5, in Mass. Uff. n. 193119, in *Cass. pen.* 1993, 1670; Cass., S.U., 15 ottobre 2008, De Maio, n. 38834, in Mass. Uff. n. 240565, in *Cass. pen.* 2008, 1392 con nota di IELO, in un caso relativo al prezzo del reato di corruzione; Cass., sez. III, 12 aprile 2013, Boccuto, n. 16785, in Mass. Uff. n. 255455; Cass., sez. I, 12 febbraio (14 febbraio) 2013, n. 7361, in *Dir. e Giust. online* 2013, 15 febbraio. Cfr. F.LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato prescritto*, in *Cass. pen.* 2016, 1384; F.MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano 2015, 453 ss. In relazione alla confisca obbligatoria disciplinata dall'articolo 174 del decreto legislativo n. 42 del 2004, cfr. Cass., sez. III, 22 ottobre 2015, Almagià, n. 42458, in Mass. Uff. n. 265046 sulla confisca dei beni culturali esportati illecitamente all'estero, che non richiede necessariamente la contestuale sentenza di condanna penale.

⁵⁰ Cass., sez. VI, 17 maggio 2013, Barla e altri, n. 21192, in Mass. Uff. n. 255367; Cass., Sez. VI, 29 aprile 2013, n. 18799, Attianese, in Mass. Uff. n. 255164.

⁵¹ Cass., sez. II, 24 agosto 2010, Pastore, n. 32273, in Mass. Uff. n. 248409; Cass., sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, n. 27343, in Mass. Uff. n. 240585.

⁵² Cfr. G.VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino 1987, 171 s. il quale evidenzia che le leggi di procedura penale possono applicarsi analogicamente quando vi è concorso di identità di diritto e di fatto, tranne che si tratti di leggi eccezionali ex art. 14 preleggi, oppure di norme concernenti misure restrittive della libertà personale in virtù dell'art. 13 Cost.. Cfr. G.LEONE, *Diritto processuale penale*, Napoli 1985, 21; G.BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano 1960, 25; Corte Cost. 22 febbraio 1985, n. 50 e 7 marzo 1985, n. 56.

della confisca allargata nel t.u. doganale e nel t.u. in materia di stupefacenti se non in questa prospettiva di maggior rispetto del principio di legalità e prevedibilità; e comunque anche ammesso che il principio di riserva di codice riguardi solo le nuove fattispecie, rimangono validi alla luce del principio di legalità gli argomenti sopra esaminati.

Sembra anche piuttosto debole l'altro argomento in base al quale non sarebbe rilevante il fatto che "la rubrica della norma riguardi unicamente la "confisca in casi particolari" in quanto "le partizioni sistematiche di una legge, in particolare titoli, capi e rubriche, non fanno parte nè integrano il testo legislativo e quindi non vincolano l'interprete, in quanto la disciplina normativa sulla formazione delle leggi prevede che solo i singoli articoli siano oggetto di esame e di approvazione da parte degli organi legislativi (Sez. 1, n. 16372 del 20/03/2015, De Gennaro, Rv. 263325)". Tale svilimento dell'importanza della rubrica di una norma sembra piuttosto discutibile, come se la rubrica fosse inserita casualmente dal legislatore e non avesse alcun rilievo nell'interpretazione di una norma.

L'inserimento della confisca ex art. 322 *ter* viene poi considerato dalle S.U. un argomento a supporto dell'interpretazione offerta, in quanto rafforzerebbe "una lettura della disposizione inclusiva anche dei provvedimenti ablatori aventi portata lato sensu sanzionatoria, come indubbiamente è la confisca per equivalente e come è la confisca urbanistica, avente natura, per consolidata esegesi di questa Corte, di "sanzione amministrativa". Pur condividendo l'interpretazione della confisca urbanistica come misura sanzionatoria, sembra una vera e propria interpretazione analogica questa lettura dell'inserimento dell'art. 322 *ter* nell'art. 578 *bis* c.p.p. (siccome è stata espressamente esteso l'ambito di applicazione dell'art. 578 *bis* c.p. alla confisca di valore ex art. 322 *ter*; si può estendere in mera via interpretativa anche ad un'altra forma di confisca sanzionatoria come quella urbanistica). Come accennato, pur trattandosi di una norma di carattere procedurale, presenta un indubbio impatto sostanziale laddove consente la confisca nonostante l'intervenuta maturazione del diritto - considerato sostanziale dalla Corte Costituzionale - alla prescrizione e, quindi, dovrebbe essere applicata solo per i casi espressamente previsti dal legislatore. Anzi si potrebbe ritenere che il fatto che il legislatore, pur in presenza di una prassi giurisprudenziale che consente l'applicazione della confisca obbligatoria ex art. 240 c.p. e 322 *ter* c.p. anche in caso di prescrizione, ha avvertito l'esigenza di introdurre un'apposita norma per la confisca allargata e la confisca per equivalente, conferma la necessità di una precisa scelta legislativa laddove si tratta di forme di confisca che assumono natura sanzionatoria.

Ad avviso delle Sezioni Unite, ancora, la riferibilità dell'art. 578-*bis* anche alla confisca urbanistica si fonderebbe “anche su un criterio di evidente razionalità” in quanto l'esigenza sottesa all'introduzione di tale norma “volta, in chiara analogia con la disposizione dell'art. 578 c.p.p., ad evitare che la prescrizione del reato, a fronte di un'affermazione di responsabilità che resta, nella sostanza, immutata, vanifichi la confisca di cui all'art. 240-*bis*”, “è ancor più tangibile nel caso della confisca di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44” per disporre la quale non è necessaria una pronuncia di condanna, essendo invece sufficiente il “sostanziale” accertamento del fatto: tale argomento prova troppo, in quanto esprime una valutazione di politica criminale che spetta al legislatore e rivela una sorta di volontà delle S.U. di ergersi a legislatore rimediando in qualche modo a quella che avvertono come una lacuna normativa e mancanza di razionalità del sistema, il fatto che la previsione dell'art. 578 *bis* c.p.p. possa essere applicata alla confisca allargata e non alla confisca urbanistica. Anzi proprio in relazione alla confisca urbanistica che assume carattere punitivo si rende necessaria l'espressa previsione.

Proprio l'introduzione dell'art. 578 *bis* c.p.p., del resto, e ancor prima del comma 4 septies dell'art. 12 *sexies* d.l. 306/92, ha risposto ad un'esigenza di tassatività, in quanto la precedente applicazione giurisprudenziale anche in caso di prescrizione della confisca allargata ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 si poneva in contrasto con la lettera della legge, che ai fini dell'applicazione di questa forma di confisca pretende la condanna, e determinava una sorta di applicazione analogica della disciplina dell'art. 578 c.p. che non è consentita neanche ai fini della mera azione civile poiché, da una parte, la deroga introdotta da tale norma al principio di accessorietà dell'azione civile nel processo penale è destinata ad operare in presenza di cause estintive specificamente previste e, dall'altra, le Sezioni Unite hanno contestato la pretesa possibilità di applicazione analogica dell'art. 578 c.p.p., poiché si ritiene che il precetto invocato costituisca un tipico esempio di “eccezione a regole generali o ad altra legge” rilevante ai sensi dell'art. 14 delle preleggi: «il carattere del precetto [...] rende evidente che [esso] *non si applica oltre i casi e i tempi in esso considerati*»⁵³.

4. *I rapporti con l'art. 129 c.p.p.* La sentenza in esame appare, invece, innovativa in termini garantistici, finendo per porre un freno alla pronuncia della

⁵³ Cass., S.U., 7 novembre 2016, n. 46688, Schirru, in Mass. Uff. n. 267885, con nota di ANDOLFATO, *Abolito criminis e nuovi illeciti puniti con sanzione pecuniaria civile: le Sezioni Unite negano la possibilità per il giudice dell'impugnazione di pronunciarsi sulle statuizioni civili*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2016.

confisca urbanistica in seguito a prescrizione, laddove, pur ritenendo non necessaria la condanna definitiva poiché l'art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001 si accontenta del solo "accertamento", in ogni caso pretende che tale accertamento sia avvenuto nel senso che per applicare la norma in esame si presuppone che la confisca sia stata pronunciata e, di conseguenza, sia già avvenuto l'accertamento del fatto e della responsabilità con una condanna in primo grado, non ritenendo possibile - come pure sostenuto da parte della Suprema Corte - che "il giudizio di primo grado, una volta intervenuta la prescrizione e non ancora accertato il fatto, possa comunque proseguire a tali soli fini di accertamento"⁵⁴; solo il giudice dell'impugnazione, che dichiara la prescrizione, può decidere comunque agli effetti della confisca.

Le Sezioni Unite ricordano l'opposto orientamento della stessa Suprema Corte, citato in chiave critica anche dalla ordinanza di rimessione, che ha ritenuto recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato di cui all'art. 129 c.p.p. rispetto al correlativo e coesistente "obbligo di accertamento" ricavabile dall'art. 44 cit., che, dunque, dovrebbe avere piena espansione consentendo al giudice, nell'ottica della possibilità di individuare, accanto all'azione penale tipica, una cosiddetta "azione penale complementare", di "adottare altri provvedimenti a carattere reattivo o ripristinatorio, nei quali si sostanzia l'esigenza dell'ordinamento di ripristinare l'ordine giuridico violato dal fatto illecito". "L'unico limite a che il processo penale possa progredire relativamente ad un'azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca urbanistica sarebbe rappresentato dall'estinzione maturata prima dell'esercizio dell'azione penale"⁵⁵, "in presenza di

⁵⁴ In tale direzione Cass. Pen. Sez. III, 29 novembre 2017 (ud. 13 luglio 2017), n. 53692: "il giudice non ha l'obbligo di dichiarare immediatamente la causa di non punibilità ex art. 129 c.p.p., ma può disporre la confisca anche in assenza di una sentenza di condanna, purché proceda comunque all'istruttoria dibattimentale al fine di accertare il reato nelle sue componenti oggettive e soggettive". Cfr. invece Cass., sez. III, 27 ottobre 2016 (ud. 24 maggio 2016), n. 45428, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, v. 23, n. 9, 1209 - con nota di E. NICOSIA, *Prescrizione del reato e confisca "urbanistica" dopo le pronunce della corte europea dei diritti dell'uomo e della corte costituzionale* -, che chiarisce che la confisca e la demolizione degli immobili non possono essere disposte dal GIP con il provvedimento che dispone l'archiviazione del procedimento per essere il reato estinto per intervenuta prescrizione, mancando il suddetto accertamento di responsabilità.

⁵⁵ Cass., sez. 3, 19 maggio 2016, Imolese, n. 35313, Rv. 267534; Cass., sez. 3, 13 luglio 2017, n. 53692, Martino, Rv. 272791: "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 (Sez. 3, n. 35313 del 19/05/2016, Imolese, Rv. 267534)". Così, tra le altre, da ultimo, Cass., 25 ottobre 2019, n. 2292; Cass., sez. 3, 13 luglio 2017, n. 53692; Cass., sez. 3, 25 giugno 2018, n. 43630; Cass., sez. 3, 27 marzo 2019 (dep. 17/07/2019), n. 31282.

detta causa estintiva del reato, il giudice del dibattimento non ha l'obbligo di dichiararla immediatamente ex art. 129 cod. proc. pen., ma deve procedere al necessario accertamento del reato [...], assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio, e a tal fine, pur in presenza della sopravvenuta prescrizione, deve proseguire l'istruttoria dibattimentale"⁵⁶. Si precisa anche che "l'art. 578-*bis* c.p.p. regola, evidentemente, solo la fase dell'impugnazione ma, da ciò, non può inferirsi il divieto, per il giudice di primo grado, di disporre la confisca nel caso in cui dichiara prescritto il reato nonostante l'avvenuto accertamento della lottizzazione illecita"⁵⁷.

Per contro in chiave garantista le Sezioni Unite ritengono che debba essere riaffermata la valenza, rispondente a principi di ordine costituzionale, dell'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato posto dall'art. 129 c.p.p., comma 1, unicamente derogabile, in melius, dal comma 2 stessa norma, laddove già risulti con evidenza la sussistenza di una causa di proscioglimento nel merito e, in peius, nel senso, cioè, di consentire ugualmente la prosecuzione del processo ai fini dell'adozione di provvedimenti lato

⁵⁶ Cass., sez. III, 23 gennaio 2019 (dep. 26 febbraio 2019), n. 8350, Pedullà; Cass., sez. 3, 13 luglio 2017, n. 53692, Martino, Rv. 272791, - riferita ad un caso di maturazione della prescrizione nel corso del giudizio di primo grado -: "la questione - circa la compatibilità di un completo accertamento oggettivo e soggettivo della responsabilità da espletare nel contraddittorio delle parti secondo le regole del processo equo (art. 6 CEDU e art. 111 Cost.) con l'obbligo imposto al giudice, in via generale, dall'art. 129 c.p.p. di immediata declaratoria di una causa di non punibilità - impone poi di considerare che il riconoscimento, in capo al giudice, di poteri di accertamento - finalizzati all'adozione di una misura che incide negativamente sulla posizione dell'imputato (seppur nella sola sfera patrimoniale dell'interessato) e che presuppone l'accertamento della penale responsabilità del soggetto - rende recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato rispetto al correlativo e coesistente obbligo di accertamento. Ciò in quanto - essendo proprio detto accertamento richiesto dalla legge (D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2) e dovendo la disposizione essere interpretata da parte del giudice nazionale in senso convenzionalmente conforme nel senso che, anche in presenza di una causa estintiva del reato, è necessario, per disporre la confisca urbanistica, procedere all'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e verificare la sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura - il principio generale risulta implicitamente derogato dalle disposizioni speciali che prevedono l'applicazione di misure le quali, per essere disposte, richiedono inevitabilmente la prosecuzione del processo e la conseguente acquisizione delle prove in funzione di quell'accertamento strumentale all'emanazione del provvedimento finale"; conforme Cass., sez. 3, 25 giugno 2018, Tammaro, n. 43630, Rv. 274196; Cass., Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 5939, Di Martino; Cass., sez. 3, 24 novembre 2017, n. 15140 (dep. 2018), De Maio, non massimata; Cass., sez. 3, 24 ottobre 2017 (dep. 2018), n. 15126, Guacci, non massimata; Cass., sez. 3, 8 novembre 2018 (dep. 2019), n. 5936, Basile; Cass., sez. III, 27 marzo 2019, (dep. 17/07/2019), n. 31282; Cass., sez. III, 14 luglio 2017, Z.L., in Arch. pen. 2017, 2, con nota di A.DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. L'impossibile raggiungimento di un equilibrio*, Cass., sez. III, 22 ottobre 2015, Almagià, ivi, 2015, 1, con nota di ID, *La terza Sezione torna ad allargare il perimetro di applicazione della confisca in caso di prescrizione del reato*.

⁵⁷ Cass., sez. III, 23 gennaio 2019 (dep. 26 febbraio 2019), n. 8350, Pedullà.

sensu sanzionatori, solo in presenza di norme che espressamente statuiscono in tal senso; l'art. 44 cit. non statuisce in tal senso e indicazioni in tale direzione non derivano dalla pronuncia della Corte Cost. n. 49/2015, né dalla pronuncia della Corte EDU G.I.E.M. s.r.l. c. Italia.

Come evidenzia la Corte l'art. 44 cit. si limita a prevedere che "la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca...", in tal modo pur postulando che ai fini della confisca sia sufficiente l'accertamento del fatto, nulla direbbe in quanto norma sostanziale e non processuale "in ordine ai rapporti in punto di successione temporale tra l'accertamento del fatto, da un lato, e la prescrizione".

La stessa norma processuale, - adottata dalle Sezioni Unite, seppure in maniera non condivisibile, a fondamento normativo della prassi adottata -, l'art. 578 *bis* c.p.p., innanzitutto fa riferimento al giudice di appello e alla corte di cassazione che, nel pronunciare l'estinzione del reato per prescrizione, possono decidere sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, presupponendo l'avvenuta pronuncia della sentenza in I grado; non solo, ma in contrasto con quell'orientamento che non ritiene dirimente il fatto che la norma faccia riferimento alla sola fase dell'impugnazione, si deve osservare che la norma, presupponendo espressamente l'avvenuta pronuncia della confisca, pretende come temporalmente antecedente la condanna in I grado (e quindi l'accertamento del fatto e della responsabilità), non potendosi avere confisca senza condanna. Si può ricordare a tal proposito che l'art. 578 *bis* c.p.p. stabilisce "Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-*bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato». Da tale disposizione emerge in maniera più chiara rispetto al dettato del precedente comma 4 septies d.l. 306/'92³⁸ che, in ogni caso, la confisca *deve essere già stata pronunciata* dal giudice di cognizione nel primo grado (o in appello) (in maniera corrispondente l'art. 578 c.p.p. prevede "quando ..è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni") e il giudice di appello o la corte di cassazione possono decidere sull'impugnazione ai soli effetti della confisca e, quindi, confermare la confisca, anche se di-

³⁸ 4-septies. Le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad eccezione del comma 2-ter, si applicano quando, pronunciata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato.

chiarano estinto il reato per amnistia o prescrizione⁵⁹.

In ogni caso la Corte evidenzia che l'art. 129 c.p.p., c. 1, norma che disciplina il tempo e quomodo della declaratoria di determinate cause di non punibilità (compresa l'estinzione del reato), è da sempre stata interpretata come espressiva di un obbligo per il giudice di pronunciare con immediatezza, nel momento di sua formazione ed indipendentemente da quello che sia "lo stato e il grado del processo", sentenza di proscioglimento⁶⁰; tanto è vero che in virtù del "principio di immediatezza" di cui all'art. 129 cit., la Suprema Corte ha ritenuto abnorme il decreto del giudice dell'udienza preliminare che, proprio al fine di consentire successivamente l'accertamento finalizzato a detta confisca, abbia disposto ugualmente il rinvio a giudizio per un reato, pur riconoscendo l'intervenuta estinzione dello stesso per prescrizione⁶¹.

La Corte evidenzia il rilievo costituzionale della norma che rappresenterebbe una proiezione processuale del principio di legalità, favorendo, da una parte, come già affermato da Sezioni Unite, n. 17179/2002⁶², l'imputato innocente (o comunque da prosciogliere o assolvere), prevedendo l'obbligo dell'immediata declaratoria di cause di non punibilità "in ogni stato e grado del processo", e, dall'altra, agevolando in ogni caso l'*exitus* del processo, ove non appaia concretamente realizzabile la pretesa punitiva dello Stato, così tutelando il fon-

⁵⁹ Nella precedente versione mancava l'incipit "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" e quindi sarebbe stato possibile applicare la confisca, dopo la prescrizione, anche se non pronunciata in primo grado o in appello, e cioè direttamente in fase di ricorso in cassazione o in sede di esecuzione (art. 676 c.p.p.), in quanto prima la prassi giurisprudenziale, poi il comma 4-sexies dell'art. 12 sexies introdotto dalla L. 161/2017, abrogato dal d.lgs. n. 21/2018 e sostituito dal comma 1 dell'art. 183-quater decr. leg. 271/1989, consente di rinviare l'applicazione di tale forma di confisca in fase di esecuzione. Cfr. Cass., 26 novembre 1997, Cavallari ed altri, in Mass. Uff. n. 209042, in *Cass. pen.* 1998, 3247. Cfr. Cass., sez. V, 23 giugno 2015, Cannone, n. 26481, in Mass. Uff. n. 264004, che considera, invece, "abnorme, infatti, il provvedimento con cui il Tribunale - dopo la pronuncia della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti - disponga, - con provvedimento fuori udienza la confisca di beni patrimoniali del condannato (Sez. 4[^], n. 34152 del 13/06/2012 - dep. 06/09/2012, Fusha, Mass. Uff. n. 253518). 2. Si veda anche Sez. 6[^], n. 49071 del 06/11/2013, Santamaria, Mass. Uff. n. 258359 (conf. Sez. 2[^], Sentenza n. 21420 del 20/04/2011, Mass. Uff. n. 250264):... Sez. 6[^], Sentenza n. 10623 del 19/02/2014, Mass. Uff. n. 261886"; Cass., sez. un., 17 luglio 2001, Derouach, n. 29022, in Mass. Uff. n. 219221; conforme Cass., sez. I, 18 maggio 2015, Caponera, n. 20507, in Mass. Uff. n. 263479, che precisa che non si viola l'art. 24 co. 2 della Costituzione, perché il diritto di difesa non va inteso in senso assoluto ma va modulato secondo l'oggetto; cfr. Corte Cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

⁶⁰ In tal senso, Cass., sez. I, 6 luglio 2004, n. 33129, Confl. comp. in proc. Bevilacqua, Rv. 229387; Cass., sez. 5, 18 febbraio 2002, n. 12174, Vitale, Rv. 221392; implicitamente, Cass., sez. 6, 26 febbraio 1999, n. 783, Tota, Rv. 214141

⁶¹ Cass., Sez. I, 6 luglio 2004, n. 33129, Confl. comp. in proc. Bevilacqua, cit.

⁶² Cass., S.U., 27 febbraio 2002, Conti, n. 17179, Rv. 221403.

damentale interesse di carattere costituzionale alla ragionevole durata del processo (art. 111 Cost., comma 2) garantendo la speditezza, l'immediatezza e l'economia del processo⁶³.

Del resto, si osserva correttamente laddove si consentisse di derogare al principio dell'immediatezza del proscioglimento *in malam partem* (per accertare il fatto in vista della confisca urbanistica), emergerebbe un'evidente sperequazione perché è sempre stata esclusa, in quanto in contrasto con l'art. 129 c.p.p., la possibilità di prosecuzione dell'accertamento per pervenire a un'assoluzione nel merito - il fatto non sussiste, non costituisce reato, etc. -; l'assoluzione può essere pronunciata solo se risulta già "dagli atti in modo assolutamente non contestabile"⁶⁴, al punto che - si potrebbe ricordare -, ad avviso delle Sezioni Unite, rappresenta più una constatazione che un apprezzamento, incompatibile con qualsiasi necessità di accertamento o approfondimento; in caso di incertezza probatoria, infatti, non si può applicare l'art. 530, c. 2 perché altrimenti si avrebbe il risultato paradossale di equiparare una posizione processuale di evidenza di innocenza ed una situazione di incertezza probatoria⁶⁵ (da ultimo, Sez. 3, n. 56059 del

⁶³ Cfr. G.Pierro, *Confisca per lottizzazione abusiva e sentenza di non doversi procedere per prescrizione del reato in attesa della pronuncia della grande camera*, in *Dir. pen. e proc.*, v. 22, n. 3, 2016, 403.

⁶⁴ Cass., 22 maggio 2019, n. 41124.

⁶⁵ Cass., S.U., 28 maggio 2009, n. 35490, Tettamanti; conformi Cass., sez. 3, 26 febbraio 1993 n. 3440, Gablai, Rv. 194120; Cass., sez. 1, 22 marzo 1993, n. 5895, Ballerini, Rv. 195107; Cass., sez. 5, 2 dicembre 1997 n. 1460, Fraticello; Cass., sez. 1, 30 giugno 1993 n. 8859, Mussone; Cass., sez. 3, 23 aprile 2002 n. 20807, P.m. in proc. Artico, rv. 221618; Cass., sez. 6, 5 marzo 2004 n. 26027, Pulcini, rv. 229968; Cass., sez. 2, 18 maggio 2007 n. 26008, P.G. in proc. Roscini, Rv. 237263; Cass., sez. 5, 16 luglio 2008 n. 39220, P.G. in proc. Ferrarese; Cass., sez. 2, 19 febbraio 2008 n. 9174, Paladini, Rv. 239552; Cass., sez. 3, 10 maggio 2017 (dep. 07/07/2017), n. 33051; Cass., sez. 6, 22 gennaio 2014, n. 10284, Culicchia, Rv. 259445; Cass., sez. 1, del 24 settembre 2013, n. 43853, Giuffrida, Rv. 258441; Cass., sez. 5, 16 luglio 2008, n. 39220, Pasculli, Rv. 242191 Le Sezioni Unite hanno aderito all'orientamento in base al quale, all'esito del giudizio, il proscioglimento nel merito, nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità (rectius di una causa di estinzione del reato); la Corte ritiene che l'indirizzo secondo cui, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, pur in presenza di una causa estintiva, deve essere comunque applicato l'art. 530 c. 2, non risulta compatibile con il disposto dell'art. 531, nella parte in cui è espressamente previsto l'obbligo della pronuncia della sentenza di non doversi procedere in presenza di una causa estintiva del reato, "salvo quanto disposto dall'art. 129, c. 2", vale a dire tranne nel caso in cui vi sia la prova evidente della insussistenza del fatto o della sua non commissione da parte dell'imputato o della sua irrilevanza penale. Fermo restando che le S.U. ritengono che il principio in esame trova due limiti: allorquando, ai sensi dell'art. 578, il giudice di appello - intervenuta una causa estintiva del reato - è chiamato a valutare il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili per la presenza della parte civile, il proscioglimento nel merito prevale sulla causa estintiva, pur nel caso di accertata contraddittorietà o insufficienza della prova; 2) qualora ad una sentenza di assoluzione in primo grado ai sensi dell'art. 503, c. 2, appellata dal p.m., sopravvenga una causa estintiva del reato ed il giudice di appello ritenga infondato nel merito l'appello del p.m., deve essere confermata la sentenza di assoluzione. In

19/09/2017, Marvelli, Rv. 272427 e Sez. 5, n. 5586 del 03/10/2013, Fortunato, Rv. 258875)⁶⁶.

Le Sezioni Unite Tettamanti derogano a tale principio - per cui in caso di incertezza probatoria non si può applicare l'art. 530, c. 2, ma prevale la pronuncia ex art. 129 c.p.p. - in relazione alla fattispecie di cui all'art. 578 c.p.p., sul cui modello è stato introdotto l'art. 578 *bis* c.p.p., ma sempre con riferimento alle fasi successive al primo grado in quanto la norma fa chiaramente riferimento, come l'art. 578 *bis* c.p.p., alla pronuncia dell'estinzione del reato per prescrizione da parte del giudice d'appello e della Corte di Cassazione: «tale principio deve coordinarsi con la presenza della parte civile e di una condanna in primo grado che impone ai sensi dell'art. 578 c.p.p., di pronunciarsi sulla azione civile e quindi di non essere legati ai canoni di economia processuale che impongono la declaratoria della causa di proscioglimento quando la prova della innocenza non risulti *ictu oculi*. Sta di fatto che la pronuncia ex art. 578 c.p.p., fa stato tra le parti e dunque si impone, pur in presenza della causa estintiva, un esame approfondito di tutto quanto rilevi ai fini della responsabilità civile (mentre ciò che riguarda esclusivamente la responsabilità penale senza incidere su quella civile non

relazione alla prima ipotesi si osserva come la disposizione dell'art. 129, c. 2, debba coordinarsi con la presenza della parte civile e con pronuncia.

⁶⁶ Ad avviso di una parte della dottrina, posizione assolutamente minoritaria in giurisprudenza, la regola di giudizio di cui all'art. 129, c. 2 debba operare nelle sole ipotesi in cui il giudice si pronunci in senso proscioglitivo in via anticipata rispetto all'ordinaria conclusione della fase processuale in corso e che, all'esito del dibattimento, il giudice, ai fini dell'assoluzione, debba applicare la regola dell'equiparazione tra prova positiva e mancanza, insufficienza o contraddittorietà della stessa contenuta nell'art. 530, c. 2; l'art. 129 comma 2 dovrebbe essere interpretato in maniera sistematica alla luce dell'art. 530 e seguenti c.p.p. nel senso che la sentenza la quale dichiara l'estinzione del reato per prescrizione, al termine del dibattimento, comporta sempre l'accertamento della sussistenza del reato e della colpevolezza dell'imputato, in quanto tale sentenza dovrebbe intervenire solo se non sia possibile l'assoluzione ex art. 530 ss. c.p.p.; la delibazione ex art. 129 c.p.p. comunque, a fronte dell'estinzione del reato, «non appare coerente con la regola di giudizio che impone l'assoluzione con formule più ampiamente liberatorie non solo in presenza della prova positiva dell'innocenza, ma anche in caso di prova di colpevolezza mancante, insufficiente o contraddittoria». Ciò anche alla luce della presunzione d'innocenza, a parte l'art. 27, c. 2° Cost. che, nel concorso tra diverse cause terminative del giudizio, «impone di preferire quella che conferma nella misura più ampia possibile la presunzione di non colpevolezza», ed al combinato disposto di cui all'art. 111 commi 3° e 6° Cost., da cui «deriva il diritto dell'imputato alla valutazione giudiziale (racchiusa nella motivazione della sentenza) delle prove che ne dimostrino l'innocenza», così S.MELODIA, *Prescrizione del reato e confisca: il «nodo» dell'accertamento processuale*, in *Arch. nuova proc. pen.* 2016, v. 27, n. 4, 415; O.MAZZA, *Sub art. 531 c.p.p.*, in G.CONSO - G.ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015, 2415; R.FONTI, *L'immediata declaratoria di cause di non punibilità*, in *Trattato di procedura penale* diretto da G.SPANGHER, vol. I, t. II, a cura di G.DEAN, Torino, 2008, 143 - 144; M.RUARO, *La prevalenza della sentenza di assoluzione ex art. 530 2° comma c.p.p. sulla declaratoria di intervenuta prescrizione del reato*, in *Cass. Pen.* 2005, 2274.

deve essere oggetto di esame quando ricorre la causa estintiva). Se da questo esame emerge la prova della innocenza, si dovrà ricorrere alla corrispondente formula assolutoria, in quanto l'obbligo di declaratoria immediata della causa estintiva si basa sul principio di economia processuale; pertanto, quando l'esame ex professo di altri aspetti è effettuato, sia pure per esigenze di decisione non penale, l'accertamento effettuato non può essere posto nel nulla e può portare ad una assoluzione di merito, riprendendo vigore come canone interpretativo quello del *favor rei*⁶⁷; «allorquando, ai sensi dell'art. 578 c.p.p., il giudice di appello - intervenuta una causa estintiva del reato - è chiamato a valutare il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili per la presenza della parte civile, il proscioglimento nel merito prevale sulla causa estintiva, pur nel caso di accertata contraddittorietà o insufficienza della prova».

Correttamente le Sezioni Unite nella sentenza in esame non considerano rilevanti le norme che, nonostante la declaratoria di proscioglimento, consentono di proseguire nel giudizio per determinate specifiche finalità (tra esse annoverandosi l'art. 537 c.p.p., in tema di pronuncia sulla falsità di documenti, e il D.P.R. n. 43 del 1973, art. 301 in tema di contrabbando), trattandosi di norme derogatorie rispetto all'art. 129 c.p.p., non esemplificative di un "sistema". Tale sentenza sembra in linea, inoltre, con la sentenza Lucci che, come sopra ricordato, pure pretende, - anche se in contrasto con il principio di legalità -, e per forme di confisca che non assumono carattere punitivo ma ripristinatorio, una precedente condanna per consentire la confisca del profitto ex art. 240, c. 2 o 322 *ter*; c. 1 precisando che l'esistenza di una sentenza di condanna, prima dell'intervento della prescrizione, costituisce un presupposto necessario del potere di disporre la confisca del prezzo del reato, affermando testualmente che «l'intervento della prescrizione, per poter consentire il mantenimento della confisca, deve rivelarsi quale formula terminativa del giudizio anodina in punto di responsabilità, finendo in tal modo per "confermare" la preesistente (e necessaria) pronuncia di condanna»⁶⁸; le S.U. affermano così il principio che la confisca in caso di prescrizione sarà possibile solo in un grado di giudizio successivo a quello in cui è stata pronunciata una sentenza di condanna. Solo in tali limiti il fatto che "la responsabilità sia stata accertata con una sentenza di condanna, anche se il processo è stato definito con una

⁶⁷ Cass., sez. 6, 10 novembre 2005, n. 1748, Bisci ed altri; Cass., S.U., 28 maggio 2009, n. 35490, Tetamanti, cit.

⁶⁸ Cass., S.U., Lucci, cit.; cfr. S.MELODIA, *op. cit.*, 407 ss.; A.PULVIRENTI, *Il difficile connubio dell'art. 578-bis c.p.p. con la "sentenza Giam" della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi d'innalzamento del livello (interno) di tutela*, in www.archiviopenale.it 2019, 29 s.

declaratoria di estinzione del reato» non si pone in contrasto con l’obbligo di immediata declaratoria di estinzione del reato di cui all’art. 129 comma 2 c.p.p., come ritenuto dal risalente orientamento della giurisprudenza di legittimità espresso dalla Sezioni Unite nella sentenza Carlea, poiché tale obbligo «lungi dallo stemperare il “già accertato”, ne cristallizza gli esiti “sostanziali”, sia pure nella peculiare e circoscritta dimensione della confisca del prezzo del reato».

La dottrina ha criticato l’opposto orientamento, che consentiva di proseguire il procedimento per accertare il fatto e la responsabilità nonostante l’intervenuta prescrizione, pretendendo il rispetto del “più ampio diritto alla prova e al contraddittorio”⁶⁹ considerandolo, infatti, in contrasto con il dettato dell’art. 129 c.p.p. come norma che attua in sede processuale il principio del favor rei, imponendo al magistrato di liberare immediatamente l’imputato dalla spada di Damocle del processo tutte le volte in cui intervenga una causa estintiva o sussista una delle altre situazioni indicate dalla norma medesima⁷⁰, nonché in contrasto con la presunzione d’innocenza⁷¹, considerando l’accertamento della responsabilità dell’imputato in questa situazione come un atto ultra vires se non un’interpretazione analogica in malam partem del concetto di condanna⁷², in contrasto con la stessa ratio della prescrizione che dovrebbe rappresentare il momento a partire dal quale vengono meno le ragioni di prevenzione generale e speciale che giustificano l’irrogazione della sanzione e, invece, non piuttosto come un odioso privilegio⁷³.

Le Sezioni Unite, inoltre, intervengono correttamente a chiarire, se non ricostruire, il corretto rapporto tra i poteri dell’autorità amministrativa e del giudice penale, quasi a voler districare quel conflitto patologico evidenziato anche dalla Corte Edu nel caso G.I.E.M.⁷⁴. Dopo aver ribadito, infatti, “la natu-

⁶⁹ Così Cass., sez. III, 29 novembre 2017, n. 53692.

⁷⁰ M.PASCOTTO, *Confisca e prescrizione del reato di lottizzazione abusiva: i soliti nodi giurisprudenziali e i pericoli per la presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. e proc.*, v. 24, n. 6, 2018, 793.

⁷¹ A.PULVIRENTI, *op. cit.*, 15 che nell’interpretare l’art. 578 bis c.p.p. afferma che “Subordinare, invero, la compatibilità della confisca penale con la prescrizione del reato ad un certo grado di stabilizzazione della prova, oltre ogni ragionevole dubbio, della responsabilità dell’imputato, appare soluzione equilibrata, posto che, da un lato, è maggiormente adesiva alla logica della presunzione di non colpevolezza”; cfr. G.DE MARZO, *Confisca di immobili e lottizzazione abusiva*, in *Foro it.*, IV, 390.

⁷² G.CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l’inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*, in *Arch. pen.* 2015, 5; V.MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, 2332; M.PASCOTTO, *op. cit.*, 794.

⁷³ M.PASCOTTO, *op. cit.*, 794.

⁷⁴ “Il potere di confiscare il terreno e gli edifici su di esso non rappresenta un atto in cui il tribunale prende il posto dell’autorità amministrativa” ma, “al contrario, riflette un conflitto tra il tribunale penale

ra della confisca lottizzatoria, costantemente qualificata da questa Corte come *sanzione amministrativa*, sia pure irrogata dal giudice penale, alla stessa stregua dell'ordine di demolizione di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 31, comma 9", precisa che "è proprio tale natura, infatti, a far escludere che l'impossibilità di operare in sede penale la confisca, perché non sia stato possibile accertare il fatto, impedisca all'amministrazione di adottare i provvedimenti sanzionatori previsti dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 30 come infatti già affermato da questa Corte⁷⁵. Nè può trascurarsi la circostanza che, all'interno del sistema delle sanzioni amministrative previsto, per la lottizzazione, dall'art. 30, commi 7 e 8, l'intervento sanzionatorio del giudice penale attuato tramite la confisca è di ordine meramente *residuale*⁷⁶ e non interferisce, quindi, nè si sovrappone *all'autonomo potere principalmente attribuito all'autorità amministrativa dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 30* (Sez. 3 n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini, cit.)" (corsivo aggiunto). E per concludere nega decisamente la sussistenza di "una sorta di pregiudiziale penale, ovvero di previa verifica della sussistenza della responsabilità penale di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 1, lett. c), come del resto più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa⁷⁷".

Ne consegue, in conclusione, per le Sezioni Unite che neppure le ragioni di effettiva tutela dell'interesse collettivo alla "corretta pianificazione territoriale" potrebbero rappresentare motivo di deroga all'applicabilità del principio dell'art. 129 c.p.p., comma 1, non potendo oltretutto situazioni patologiche come l'inerzia della pubblica amministrazione fungere da criterio interpretativo delle norme penali⁷⁸.

La necessità di una condanna in primo grado quale presupposto per applicare anche in caso di prescrizione la confisca urbanistica nei successivi gradi è confermata, ancora, dal fatto che la stessa Suprema Corte ha stabilito che "in tema di lottizzazione abusiva, in caso di assoluzione dell'imputato nel primo grado di giudizio, non può essere disposta, con la sentenza di appello di estinzione del reato per prescrizione, in assenza del necessario presupposto

e l'autorità amministrativa nell'interpretazione della legislazione di pianificazione regionale e nazionale".

⁷⁵ Cass., sez. 3, 6 ottobre 2010, n. 5857, Grova, Rv. 249517.

⁷⁶ Cass., sez. 3, 12 settembre 2019, n. 47280, Cancelli; Cass., sez. 3, 12 settembre 2019, n. 47094, Ventura; Cass., sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, Grieco; Cass., sez. 3, 23 gennaio 2019, n. 8350, Alessandrini, Rv. 275756.

⁷⁷ Così, Cons. Stato, sez. 6, 3 aprile 2018, n. 2082; negli stessi termini, Cons. Stato, sez. 6, 26 marzo 2018, n. 1888; Cons. Stato, sez. 6, 23 marzo 2018, n. 1878; cfr. TAR Toscana, sez. 3, 19 dicembre 2018, n. 1643; TAR Toscana, 30 marzo 2015, n. 509; T.A.R. Toscana, sez. 3, 29 maggio 2014, n. 893.

⁷⁸ Le S.U. citano Cass., sez. 3, 7 novembre 2006, n. 6396, Cieri, Rv. 236076.

dell'accertamento del fatto, la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. (In applicazione del principio la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di appello che aveva ritenuto applicabile l'art. 578 c.p.p. pur in assenza di sentenza di condanna in primo grado, così giustificando, nonostante la intervenuta prescrizione, la protrazione del giudizio ai fini della confisca)⁷⁹. Se, anche alla luce dell'art. 578 *bis* c.p.p., la confisca urbanistica non è già stata pronunciata in primo grado in seguito a condanna, la sua pronuncia in seguito a prescrizione nei gradi successivi non è possibile.

Tale orientamento sembra anche conforme alla presa di posizione della Grande Camera nella sentenza *G.I.E.M.* che considera in contrasto con la presunzione d'innocenza l'applicazione della confisca urbanistica e, quindi, di una forma di confisca pena laddove viene pronunciata dalla Corte di Cassazione che, nel dichiarare la prescrizione del reato, stabilisce la colpevolezza dell'imputato ribaltando una precedente sentenza di assoluzione nel merito. La Grande Camera precisa che la colpevolezza non può essere stabilita dalla Corte prima di raccogliere le prove o di svolgere le udienze che dovrebbero permetterle di stabilire il caso nel merito; ne consegue, come precisato nel caso *Didu v. Romania*⁸⁰, che la Corte di ultima istanza ha violato la presunzione d'innocenza, non rispettando i diritti della difesa, laddove ha annullato le decisioni di assoluzione dei tribunali di grado inferiore e ha giudicato colpevole la persona interessata mentre chiudeva il procedimento perché la responsabilità penale era prescritta. Resta precluso alla Suprema Corte ritenere "vinta" la presunzione di innocenza ed irrogare "per la prima volta" al prevenuto la confisca urbanistica⁸¹. Insomma la confisca anche in caso di prescrizione presuppone anche per i giudici di Strasburgo una condanna nel merito; anzi si precisa in dottrina in chiave garantista che "in presenza di un'assoluzione nel merito dell'accusa e di una sopraggiunta prescrizione del reato, a qualunque successivo giudice - sia esso di merito o di legittimità - resterà precluso il potere di accertare la penale responsabilità dell'imputato, seppur incidenter tantum, non essendovi alcuna disposizione processuale che affidi al giudice penale un tale potere in deroga ai principi generali, ai fini - si badi bene - dell'irrogazione di pene personali o pecuniarie"⁸².

⁷⁹ Cass., sez. III, 4 ottobre 2019, n. 5509

⁸⁰ Corte Edu, 14 aprile 2009, n. 34814/02.

⁸¹ Cfr. sul punto G.CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l.*, cit., 15.

⁸² A.PULVIRENTI, *op. cit.*, 17 s.

La Grande Camera, nel caso G.I.E.M., ribadisce alcuni profili fondamentali della presunzione d'innocenza intesa non solo come regola di giudizio nell'ambito del processo penale (onere della prova a carico dell'accusa, in dubio pro reo) ma come regola di trattamento e, in particolare, di protezione di un soggetto assolto o in relazione al quale il processo si sia prescritto, protezione dal fatto di essere trattato da pubblici ufficiali o altre autorità come se fosse colpevole del reato attribuitogli. La Corte afferma chiaramente che «senza la protezione volta ad assicurare il rispetto per l'assoluzione o la decisione di interruzione (prescrizione) in ogni altro procedimento, le garanzie del giusto processo previste dall'art. 6, co. 2, rischierebbero di diventare teoriche e illusorie. Ciò che è in gioco, una volta che il processo penale è concluso, è la reputazione della persona e il modo in cui quella persona è considerata dall'opinione pubblica. In certa misura, la protezione garantita in virtù dell'art. 6, § 2 in questo contesto può sovrapporsi con quella garantita dall'art. 8 (§ 314)⁸³.

Queste ultime osservazioni sono assolutamente condivisibili laddove si ammette che l'affermazione di colpevolezza, con il suo effetto stigmatizzante, anche in seguito alla prescrizione finisce per violare la ratio garantistica della reputazione sottesa alla presunzione d'innocenza, a parte la violazione di un pieno diritto alla difesa; si viola il diritto dell'imputato prosciolto a non vedersi "macchiato" da una sanzione afflittiva, comunque qualificata⁸⁴. Anche nella sentenza *Paraponiaris c. Grecia*, la Corte Europea ha considerato incompatibile con il principio della presunzione di innocenza l'applicazione di una misura ablativa adottata con una pronuncia di proscioglimento⁸⁵.

Un'ulteriore precisazione. Ammesso che si applichi in materia l'art. 578 *bis* c.p.p., si deve ricordare che tale norma stabilisce "previo accertamento della responsabilità dell'imputato" precisando, quindi, che per applicare la confisca, in ogni caso, la corte di appello e la corte di cassazione (nel senso che procederà al rinvio alla corte di appello) dovrebbero confermare il giudizio di responsabilità dell'imputato. Si dovrebbe confermare il giudizio di responsabilità quale presupposto della confisca, in maniera analoga a quanto stabilito dalla Suprema Corte nell'interpretazione dell'art. 578 c.p.p., pretendendo una duplice valutazione di cui occorre dare conto in motivazione: da un lato il

⁸³ "See, for example, *Zollman v. the United Kingdom* (dec.), no. 62902/00, ECHR 2003-XII; *Taliadorou and Stylianou v. Cyprus*, nos. 39627/05 and 39631/05, §§ 27 and 56-59, 16 October 2008; and *Al-Ien*, cited above, §§ 93-94".

⁸⁴ Cfr. V.MANES, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato*, in *Cass. Pen.* 2015, 2195.

⁸⁵ Corte eur. dir. uomo, I sezione, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, n. 42132/06.

giudice deve verificare che sussistano gli estremi del reato dal quale la parte civile fa discendere il proprio diritto e, dall'altro, è chiamato ad accertare, sia pure in modo sommario, la sussistenza di tale diritto⁸⁶. In relazione all'art. 578 c.p.p. si ritiene, infatti, che non sia possibile dare conferma alla condanna al risarcimento in ragione della mancanza di prova dell'innocenza secondo quanto previsto dall'art. 129, c. 2, c.p.p. e, quindi, i motivi di impugnazione dell'imputato devono essere esaminati compiutamente⁸⁷; se si afferma questo ai fini della pronuncia sugli effetti civili, tanto più si dovrebbe ribadire ai fini della pronuncia di una forma punitiva di confisca, come quella urbanistica. Come affermato in relazione alla confisca allargata, tale accertamento di responsabilità, infatti, dovrebbe sostituire la condanna quale fondamento di una sanzione punitiva come la confisca urbanistica, - punitiva come precisato dalla Corte Edu e riconosciuto dalla Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte -; l'accertamento di responsabilità ex art. 578 *bis* c.p.p., funzionalmente equiparato alla condanna, dovrebbe assicurare allora la *qualità* dell'accertamento di colpevolezza e il rispetto delle garanzie penalistiche del processo penale, se non si vuole violare la presunzione d'innocenza nella sua fondamentale *ratio* garantistica del principio di legalità, volta ad impedire l'applicazione di conseguenze giuridiche repressive o comunque limitative di diritti in base a fatti rimasti "*in uno stato di incerta efficacia*" in quanto la esistenza non è stata provata in un regolare processo"⁸⁸. Se questo principio vale, ad avviso della Corte europea, anche per le pretese al risarcimento o per il pagamento delle spese processuali, tanto più dovrebbe valere per una forma di confisca punitiva⁸⁹.

5. Il rispetto del principio di proporzionalità in relazione alla confisca urbanistica alla luce della giurisprudenza della Corte Edu. Il rispetto del principio di proporzione in relazione alla confisca urbanistica, prima ancora che dalla necessità di rispettare il principio di proporzionalità delle pene imposto dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dall'art. 3 e 27 Cost., deriva

⁸⁶ Per tutte Cass., sez. III, 8 marzo 2001, Franzan, in Mass. Uff. n. 219510.

⁸⁷ Per tutte Cass., sez. VI, 5 maggio 2004, Zaccheo, n. 21102, in Mass. Uff. n. 229023; Cass., sez. V, 2 aprile 2009, Petrilli, n. 14522, in Mass. Uff. n. 243343.

⁸⁸ Così K.MARXEN, *Medienfreiheit und Unschuldvermutung*, in *Goldhammers Archiv* 1990, 375; cfr. D.GULLO, *La confisca*, in *Giust. pen.* 1981, II, c. 48.

⁸⁹ Cfr. J.L.MÜLLER, *Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht (Art. 58 und 58 bis) - Unter Berücksichtigung der Gesetzgebung zur Geldwäscherei*, Bern 1993, 116; GRABER, *Geldwäscherei*, Bern 1990, 97 ss.; Corte Edu, Minelli c. Svizzera, 25 marzo 1983, Serie A n. 62; cfr. Corte EDU, Cleve v. Germany, 15 gennaio 2015,

dalla necessità di rispettare il diritto di proprietà, riconosciuto dall'art. 17 della medesima Carta, dall'art. 41 Cost. e dall'art. 1 del I Protocollo della Convenzione EDU⁹⁰, che è l'unica norma della Convenzione europea che ha ad oggetto la tutela di un diritto economico, riconosciuto, come emerge dai lavori preparatori, in quanto "il diritto di proprietà costituisce una condizione per l'indipendenza personale e familiare"⁹¹; l'inclusione nel primo protocollo rappresenta il risultato di un lungo dibattito circa l'opportunità di inserire un tale diritto nella Convenzione⁹².

La Corte europea ritiene che l'interesse a combattere e prevenire il crimine rientra nel generale interesse indicato nell'art. 1 del Prot. N. 1 ("the proper conduct of criminal proceeding and, more generally, of fighting and preventing crime ..undoubtedly falls within the general interest as envisaged in Article 1 of Protocol No. 1") (93) e riconosce agli Stati un ampio margine di apprezzamento nel valutare l'interesse generale che legittima ai sensi del secondo paragrafo il controllo dell'uso della proprietà (94). In ogni caso la Corte europea ritiene di disporre di limitati poteri « to review compliance with domestic law» (95).

In relazione al rispetto del principio di proporzionalità da parte della confisca

⁹⁰ «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre 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».

⁹¹ *Recueil des travaux préparatoires, publié par Martinus Nijhoff*, La Haye, vol. I, 221; cfr. M.A.EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo* 1989, 36 - 37; C.RUSSO, *L'applicabilité aux nationaux des "principes généraux du droit international" visés à l'article 1 du Protocole n° 1*, in *Protecting Human Rights. Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in honour of Gérard J.Wiarda*, a cura di F.MATSCHER-H.PETZOLD, Köln, Berlin, Bonn, München 1990, 547; H.G.SCHERMERS, *The international protection of the right of property*, *ivi*, 565; C.GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights - Commentary*, München 2014, 359; D.HARRIS-M.O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 862; S.N.FROMMEL, *The European Court of human rights and the right of the accused to remain silent: can it be invoked by taxpayers?*, in *Dir. e prat. trib.* 1993, I, 2165, sui rapporti tra la tutela del diritto di proprietà e il divieto di non discriminazione ex art. 14 Conv. eur. dir. uomo.

⁹² Cfr. W.A.SHABAS, a cura di, *Art. 1 Protection of Property, The European convention on human rights: a commentary*, Oxford 2015, 960.

⁹³ Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Lavrechov v. the Czech Republic*, n. 57404/08, § 46, ECHR 2013; *Denisova and Moiseyeva v. Russia*, 1 aprile 2010, n. 16903/03, § 58; W.A.SHABAS, a cura di, *Art. 1 Protection of Property*, cit., 976.

⁹⁴ W.A.SHABAS, a cura di, *Art. 1 Protection of Property*, cit., p. 979.

⁹⁵ Corte eur. dei dir. dell'uomo, 28 luglio 2016, *Sulejmani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, n. 74681/11, § 35.

urbanistica si deve ricordare che la Grande Camera nel caso G.I.E.M., valutando la violazione dell'art. 1 Prot. Add. ripercorre le considerazioni di carattere generale che caratterizzano la sua giurisprudenza in materia di confisca e, in particolare, le sentenze Sud Fondi e Varvara, ribadendo che la confisca in esame rappresenta un'interferenza con il pacifico godimento del diritto di proprietà (§ 288) (non ritenendo necessario specificare se si concretizzi l'ipotesi del primo o del secondo comma della disposizione in esame, § 291) ex art. 1 Prot. Add., che deve essere prevista dalla legge e proporzionata rispetto allo scopo perseguito, nel senso che deve sussistere un "interesse pubblico" che giustifica l'intervento punitivo, rispetto al perseguimento del quale la misura deve risultare proporzionata; la Grande Camera evidenzia 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».

Nel caso di specie la Corte, pur riconoscendo che la finalità di proteggere l'ambiente, con i sottostanti beni del benessere e della salute degli individui, rappresenti un interesse che legittima la misura in esame e le politiche statali, evidenzia che in base ai dati disponibili emergono molti dubbi sull'effettivo perseguimento di tale finalità; alcuni terreni sono stati restituiti, altri sono ancora occupati dai proprietari, altri sono in possesso del Comune in uno stato di abbandono (§ 295 ss.).

Il giudizio di proporzionalità, poi, deve essere declinato valutando i seguenti tre elementi: «[1] la *possibilità di adottare misure meno restrittive*, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; [2] la *natura illimitata* della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; [3] il *grado di colpa o di imprudenza* dei ricorrenti o, quanto meno, il *rapporto tra la loro condotta e il reato in questione*» (§ 301). Non solo ma la Corte pretende, come spesso ribadito, la tutela di garanzie procedurali in virtù dell'art. 1 prot. I, anche se non espressamente richieste, e in particolare un procedimento in contraddittorio che rispetti il principio di parità delle armi (§ 302).

Il rispetto di tali limiti sostanziali e procedurali, non è stato possibile nei casi in esame a causa della *natura obbligatoria della confisca in questione*, che non consente all'autorità giudiziaria di valutare l'opportunità dell'inflizione della misura, né - eventualmente - di *modularla in modo da renderla meno invasiva*; a ciò si aggiunge la mancata partecipazione degli

enti destinatari del provvedimento ablatorio al procedimento penale, e quindi l'assenza di contraddittorio. Tutte caratteristiche che si ripercuotono negativamente sulla legittimità convenzionale della misura ritenuta pertanto sproporzionata e, dunque, in violazione dell'art. 1 Prot. Add. C.E.D.U.: "L'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista - salvo che per i terzi in buona fede - dalla legge italiana è in contrasto con questi principi 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. Inoltre, non essendo state parti nei procedimenti contestati, le società ricorrenti non hanno beneficiato di alcuna delle garanzie procedurali di cui al precedente paragrafo 302. In conclusione, la Corte ritiene che vi sia stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 nei confronti di tutti i ricorrenti in ragione del carattere sproporzionato della misura di confisca" (§ 303)⁹⁶.

Da evidenziare che nella valutazione della Corte Edu rileva la natura punitiva della sanzione in esame in base ai criteri Engel come sostenuto, innanzitutto, nella sentenza Sud Fondi, indipendentemente dal fatto che nell'ordinamento italiano è stata attribuita per anni natura amministrativa a tale forma di confisca; in ogni caso tale sanzione deve essere sottoposta alle garanzie della "materia penale" convenzionalmente intesa. E del resto anche la Corte Costituzionale italiana riconosce l'attribuibilità alle sanzioni amministrative punitive delle garanzie penalistiche, almeno parzialmente⁹⁷.

Si può osservare a tal proposito che le valutazioni della Corte Edu esprimono delle vigorose critiche della disciplina della confisca in esame, che esprime una logica fortemente punitiva come sopra esaminato laddove, indipendentemente dalla colpevolezza dell'imputato, impone la sottrazione non solo dell'immobile abusivamente costruito, ma anche del terreno abusivamente lottizzato. Le argomentazioni della Corte circa l'opportunità di prevedere strumenti alternativi meno invasivi, come l'annullamento della lottizzazione, esprimono una critica di carattere strutturale a tale forma di confisca alla quale potrebbe rispondere solo il legislatore con una riforma della disciplina in materia ispirata al principio di extrema ratio e proporzionalità dell'intervento punitivo, anche alla luce dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali.

⁹⁶ Cfr. A.PULVIRENTI-M.LO GIUDICE, *op. cit.*, 129.

⁹⁷ Cfr. Corte cost., sentenza 21 marzo 2019, n. 63. V.MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in www.penalecontemporaneo.it 2011, 12.

Dall'esame degli argomenti della Corte Edu deriva, allora, la difficile compatibilità con il principio di proporzionalità della sanzione della confisca utilizzata come strumento punitivo, trattandosi di uno strumento rigido la cui applicazione è obbligatoria e non commisurabile alla colpevolezza e alla gravità della condotta, come evidenziato dalla Corte Edu (§ 301); si tratta di un meccanismo punitivo con i caratteri dell'obbligatorietà e automaticità che non consente al giudice né di escluderne l'applicazione a favore di altre sanzioni che meglio possono incarnare una logica rieducativa-riparatoria alla luce del principio di sussidiarietà/extrema ratio, né di commisurare la misura da applicare.

5.1. Le valutazioni delle Sezioni Unite in relazione al principio di proporzionalità. Nel caso in esame la questione rimessa alle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 40380 del 2019, come accennato, riguardava proprio tale profilo della proporzionalità.

Nel caso di specie la Corte di appello ha confermato la confisca già disposta dal giudice di primo grado, seppure né i giudici di secondo grado - né quelli di primo grado - abbiano specificato in ordine all'oggetto della misura ablativa e la sua proporzionalità, per cui il giudice rimettente ritiene che è indispensabile - alla luce di una interpretazione della disposizione convenzionalmente oltre che costituzionalmente orientata - verificare che la confisca sia stata disposta in modo da risultare proporzionata al reato commesso, considerato che dal corpus motivazionale delle due sentenze la valutazione della illiceità della lottizzazione, da intendersi quale non conformità allo strumento urbanistico, sembra risultare non estensibile a tutte le opere realizzate. Sorge allora la questione se sia consentito, all'esito della declaratoria di prescrizione del reato e quindi di annullamento senza rinvio della sentenza di condanna da disporsi ai sensi dell'art. 620, c. 1, lett. a) cod.proc.pen., un giudizio di rinvio limitato ad una valutazione sulla confisca alla luce dei requisiti che la stessa deve rispettare a seguito della menzionata interpretazione convenzionalmente orientata della norma di cui all'art. 44 del D.P.R. 380 del 2001. Occorre dunque individuare la norma processuale che consenta di disporre tale annullamento con rinvio.

In materia, proprio per venire incontro alle esigenze del rispetto del principio di proporzionalità segnalate dalla sentenza G.I.E.M., la Suprema Corte ha stabilito che "nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre l'annullamento con rinvio della sola statuizione della senten-

za impugnata relativa alla confisca ex art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, al fine della individuazione dei beni da sottoporre a confisca e, dunque, per consentire lo svolgimento degli accertamenti di merito necessari per la valutazione della conformità del provvedimento ablatorio al principio di protezione della proprietà di cui all'art. 1 del Prot. add. n. 1 C.E.D.U., come interpretato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, n. 1828/06⁹⁸.

Le Sezioni Unite, è stato evidenziato in dottrina, avrebbero risposto solo in maniera implicita ed incidentale al quesito proposto dalla Sezione Terza penale quanto alla praticabilità dell'annullamento con rinvio ai soli fini della valutazione della proporzionalità dell'ablazione⁹⁹; si limitano, infatti, a stabilire che rimane ferma per l'interessato la possibilità di proporre ogni doglianza in relazione alla violazione del principio di proporzionalità in sede esecutiva, - anche nella prospettiva, segnalata dalla sentenza G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, del mancato utilizzo di misure diverse, e di invasività inferiore, rispetto a quella della confisca -, e di chiedere, conseguentemente, anche la revoca della confisca limitatamente alle aree o agli immobili che dovessero essere ritenuti *estranei* alla condotta illecita, secondo una modalità di impiego dello strumento dell'incidente di esecuzione, nel quale il giudice gode di ampi poteri istruttori ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen., del tutto consueta anche nell'applicazione giurisprudenziale¹⁰⁰.

In realtà, però, esaminando attentamente la sentenza n. 13539/2020 emerge come le Sezioni Unite nell'ammettere la possibilità del giudice di "decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca" urbanistica, non escludono la possibilità di disporre - fra le varie opzioni decisorie - l'annullamento con rinvio, allorché sia rilevata un'aggressione patrimoniale sproporzionata che la Corte di legittimità non possa direttamente emendare -, ma rilevano, considerando la necessità di rispettare il principio devolutivo anche nell'applicazione dell'art. 578 *bis* c.p.p., che nel caso di specie la carenza d'interesse del ricorrente rispetto all'unico motivo dedotto concernente l'asserita buona fede dei soggetti terzi proprietari dell'area e dei beni lottizza-

⁹⁸ Cass., sez. III, 27 marzo 2019, n. 31282; ex plurimis, sentenze Cass., 26 febbraio 2019, n. 8350; Cass., 20 ottobre 2019, n. 47094; Cass., 21 novembre 2019, n. 47280 e Cass., 16 marzo 2020, n. 10080; Cass, sez. III, 17/07/2019, n.43119; Cass., sez. III, 20 febbraio 2019, n.14743.

⁹⁹ A.BASSI, *op. cit.*, 197.

¹⁰⁰ "Nel senso che in sede esecutiva può farsi questione anche sulla estensione e sulle modalità esecutive della confisca stessa» (cfr. Cass. Pen. Sez. I., sent 3 luglio 2020, n. 30713; Sez. IV, sent. 20 aprile 2000, n. 2552").

ti¹⁰¹ (“deve infatti restare salvo il principio, certamente implicito anche nell'ambito dell'art. 578-bis c.p.p. (così come lo è sempre stato con riguardo alla parallela norma dell'art. 578 c.p.p.), secondo cui i poteri cognitivi della Corte sono comunque vincolati alla fisiologia del giudizio di legittimità, sia in relazione alla impossibilità di operare valutazioni del fatto, sia in relazione alla natura devolutiva del giudizio, legato ai motivi di ricorso, salve le ipotesi di ordine eccezionale di cui all'art. 609 c.p.p., comma 2”).

Non solo le Sezioni Unite hanno, poi, notato come l'applicazione della confisca urbanistica pure in caso di estinzione per prescrizione del reato-presupposto postuli la verifica, anche ex officio ai sensi dell'art. 609, comma 2, c.p.p. che opera in deroga al principio devolutivo, circa l'osservanza del principio di proporzionalità, richiamando a sostegno la giurisprudenza della Corte EDU nel caso G.I.E.M. e Sud Fondi e la connessa giurisprudenza della stessa Suprema Corte¹⁰². Le Sezioni Unite, però correttamente in considerazione dei limiti propri del giudizio di legittimità, escludono che in assenza di elementi -derivanti dagli accertamenti fattuali delle fase precedenti- da cui emerga la violazione del principio di proporzionalità, sia possibile l'annullamento con rinvio ad explorandum¹⁰³.

In dottrina si sottolinea, in tale direzione, che laddove, invece, la Corte di cassazione ravvisi una violazione del principio di proporzionalità, potrà adottare direttamente «i provvedimenti necessari» per ridurre l'ammontare da confi-

¹⁰¹ “Deve infatti restare salvo il principio, certamente implicito anche nell'ambito dell'art. 578-bis c.p.p. (così come lo è sempre stato con riguardo alla parallela norma dell'art. 578 c.p.p.), secondo cui i poteri cognitivi della Corte sono comunque vincolati alla fisiologia del giudizio di legittimità, sia in relazione alla impossibilità di operare valutazioni del fatto, sia in relazione alla natura devolutiva del giudizio, legato ai motivi di ricorso, salve le ipotesi di ordine eccezionale di cui all'art. 609 c.p.p., comma 2. E non può esservi dubbio che il potere appena ricordato di decisione delle questioni rilevabili d'ufficio a norma dell'art. 609 c.p.p., comma 2, che opera in deroga al principio devolutivo, non può che riguardare le questioni relative ai soli soggetti titolari del rapporto processuale regolarmente instaurato e non anche soggetti terzi. Nessuno spazio dunque residua per valutare l'eventuale illegittimità della statuizione della confisca, neppure sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità evocato dall'ordinanza di rimessione come questione rilevabile d'ufficio per effetto della decisione della Corte EDU 26/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, posto che lo stesso ricorrente, con l'unico motivo riguardante la confisca, ha dedotto una questione, ovvero quella della buona fede di soggetti terzi proprietari dell'area e di beni lottizzati, del tutto estranea alla propria posizione”.

¹⁰² Cass., sez. III, 26 giugno 2008, n. 37472.

¹⁰³ “Sicché, anche sotto tale profilo, l'annullamento con rinvio effettuato in assenza di elementi fattuali deponenti per il mancato rispetto dei principi anche sovranazionali, si risolverebbe nella specie in un annullamento ad explorandum, evidentemente del tutto estraneo al ruolo e ai compiti del giudice di legittimità tenuto conto che il presupposto del corretto esercizio dei poteri della Corte è rappresentato dalla necessaria emersione, nelle sentenze del merito, dei relativi elementi di fatto che lo giustificano (nel senso che "un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito", v. Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano, Rv. 224606)”

scare in conformità al principio di proporzionalità così come può rideterminare la pena allorché ciò sia possibile alla luce degli elementi accertati e rappresentati nella decisione di merito; ciò in virtù dei poteri riconosciuti dalla lett. l) del comma 1 dell'art. 620 c.p.p. (come modificata con la legge n. 103/2017)¹⁰⁴, nell'interpretazione datane dalle Sezioni Unite, secondo cui la Cassazione può pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio se ritiene superfluo il rinvio e se, anche all'esito di valutazioni discrezionali, può decidere la causa alla luce degli elementi di fatto già accertati dal giudice di merito. La Corte dovrà invece annullare la sentenza impugnata con rinvio qualora non sia in grado, sulla base degli elementi rappresentati nelle sentenze di merito, di procedere correttamente a una riduzione della confisca conforme al principio di proporzionalità¹⁰⁵.

Il problema che si pone, però, per la confisca urbanistica è che si tratta di una misura obbligatoria e non commisurabile, come esaminato, imponendo l'art. 44 la confisca del "terreno abusivamente lottizzato" e dei "manufatti sullo stesso abusivamente realizzati"; l'unica possibilità è quella di richiedere la revoca della confisca delle aree o immobili ritenuti estranei alla condotta illecita. Le Sezioni Unite, infatti, non ammettono un reale giudizio di proporzionalità nei termini previsti dalla Corte Edu, richiedendo una valutazione di proporzionalità in senso stretto (proporzione del mezzo allo scopo) e la commisurazione della misura al grado di colpevolezza, come si dovrebbe pretendere per una pena. Pur richiamando genericamente l'esigenza di una valutazione in ordine alla possibilità di adottare misure meno invasive, si limitano poi ad ammettere la possibilità di richiedere la revoca della confisca delle aree o immobili ritenuti estranei alla condotta illecita, in conformità, prima che al principio di proporzionalità, al principio di legalità: "nella specie la confisca, ha, nel corretto rispetto del contenuto dell'art. 44 cit. recepito in sentenza, testualmente riguardato "il terreno abusivamente lottizzato" e i "manufatti sullo stesso abusivamente realizzati", sicchè nulla potrebbe condurre a far ritenere che la confisca sia stata adottata in contrasto con i principi affermati dalla Corte EDU e, segnatamente, con il principio di proporzionalità della misura finendo per riguardare aree ed immobili estranei alla condotta lottizzatoria".

5.2. *Ulteriori prese di posizione della giurisprudenza della Suprema Corte.* In una recente sentenza - Iannelli - la Suprema Corte, invece, ha affrontato la

¹⁰⁴ Cass., 9 maggio 2019, n. 12391.

¹⁰⁵ Cfr. A.BASSI, *op. cit.*, 297.

questione con una sorta di interpretazione evolutiva, poco conforme al principio di legalità, ma sicuramente e pienamente aderente alle istanze sottese al principio di proporzionalità in materia e fatte proprie dalla Corte Edu nella sentenza G.I.E.M. - a cui si ispira espressamente la Corte-, laddove decide che “in tema di lottizzazione abusiva, la effettiva ed integrale eliminazione di tutte le opere eseguite in attuazione dell’intento lottizzatorio, nonché dei progressi frazionamenti, con conseguente ricomposizione fondiaria e catastale nello stato preesistente ed in assenza di definitive trasformazioni, se dimostrata in giudizio ed accertata in fatto dal giudice del merito con congrua motivazione, rende superflua la confisca perché misura sproporzionata secondo i parametri di valutazione indicati dalla giurisprudenza della Corte EDU” (§ 9)¹⁰⁶.

Sostanzialmente si consente al reo di sottrarsi all’obbligatoria applicazione della confisca in esame una volta consumato il reato, attribuendo rilievo a comportamenti pienamente riparatori - realizzati prima del passaggio in giudicato della sentenza - che farebbero venire meno la funzione della confisca in esame, funzione interpretata non in un’ottica punitiva, ma piuttosto volta a garantire la tutela dell’ambiente e dell’assetto urbanistico. Si tratta di un’interpretazione interessante e in linea con il principio di proporzionalità, inteso anche in senso ampio - rispetto alla proporzionalità a monte dell’intervento dell’autorità -, ancor prima che rispetto alla proporzionalità in senso stretto tra la sanzione e lo scopo perseguito. Tale interpretazione, però, si scontra con il dettato normativo che prevede il carattere obbligatorio della confisca ex art. 44 T.u.ed., fermo restando il suo carattere residuale rispetto all’intervento amministrativo.

Nella sentenza in esame si precisa, inoltre, che anche se la giurisprudenza della Suprema Corte ha sempre escluso la possibilità di una sanatoria produttiva

¹⁰⁶ Cass., Sez. III, 5 febbraio (22 aprile) 2020, Iannelli, n. 12640, in *Lexambiente.it*, 7 maggio 2020; cfr. P.FIMIANI, *L’eliminazione delle opere e dei frazionamenti esclude la confisca*, in *Ilpenalista.it* 1 luglio 2020, che approva la sentenza; ID., *La confisca urbanistica nella lottizzazione abusiva prescritta*, in *Ilpenalista.it*, 5 dicembre 2019; A.DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le ricadute in tema di riserva di codice nella materia penale*, in *www.archiviopenale.it*, 2018; ID., *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: non è necessaria una sentenza di condanna, neppure in primo grado?*, nota a Cass. pen., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 8350, in *Arch. penale*, 17 marzo 2019; A.ESPOSITO, *op. cit.*; G.GAETA, *Cassazione vs Corte europea in tema di confisca: la storia infinita*, nota a Cass. pen., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 8350, in *www.archiviopenale.it*, 2019; M.MONTORSI, *Confisca disposta in assenza di condanna formale e tutela dei terzi: un’interessante interpretazione convenzionalmente orientata, con qualche spunto per il futuro*, in *Lexambiente - Rivista*, 2019, II, 94; C.PEDULLA, *Natura “penale” della confisca urbanistica e tutela dell’ente in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2020, I, Sez. IV., 290; A.PULVIRENTI, *op. cit.*; G.RANALDI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: prime “applicazioni” della sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, in *www.archiviopenale.it*, 2019.

di effetti estintivi rispetto al reato di lottizzazione, la quale, infatti, non è prevista dalla legge¹⁰⁷, tuttavia è possibile che alcuni provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa *prima del passaggio in giudicato della sentenza*, comportino, quale conseguenza, se legittimamente emanati, l'impossibilità per il giudice di disporre la confisca, perché l'autorità amministrativa competente, riconoscendo ex post la conformità della lottizzazione agli strumenti urbanistici generali vigenti sul territorio, ha inteso evidentemente lasciare il terreno lottizzato alla disponibilità dei proprietari, rinunciando implicitamente ad acquisirlo al patrimonio indisponibile del Comune¹⁰⁸.

Dopo il passaggio in giudicato, invece, ciò non sarà possibile e cioè il successivo adeguamento degli immobili acquisiti agli standard urbanistici già vigenti nonché l'adozione di nuovi strumenti urbanistici quale fonte di retrotrasferimento della proprietà in favore dei privati già destinatari dell'ordine di confisca¹⁰⁹.

La Suprema Corte richiama due precedenti sentenze, Alessandrini e Grie-

¹⁰⁷ Viene poi richiamato il principio secondo cui la sanatoria delle violazioni edilizie che, ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, determina l'estinzione del reato, non è applicabile alla lottizzazione abusiva in quanto essa presuppone la conformità delle opere eseguite alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della realizzazione del manufatto, sia a quello della presentazione della domanda di sanatoria, mentre nel caso di lottizzazione abusiva, le opere non possono mai considerarsi conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente, al momento della loro costruzione [da ultimo Cass., sez. 3, 16 maggio 2020, n. 28784]. Il ripristino della situazione anteriore alla lottizzazione, quindi, non può mai comportare l'estinzione del reato, ma solo precludere, alle condizioni specificate, la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite ai sensi dell'art. 44, comma 2, T.U.E.

¹⁰⁸ «(Sez. 3, n. 23154 del 18/5/2006, Scalicì, Rv. 234476. Conf. Sez. 3, n. 15404 del 21/1/2016, Bagliani e altri, Rv. 266811, in motivazione; Sez. 3, n. 43591 del 18/2/2015, Di Stefano e altri, Rv. 265153; Sez. 3, n. 4373 del 13/12/2013 (dep.2014), Franco e altro, Rv. 258921)». Contra in caso di accertamento di una lottizzazione abusiva e di successiva adozione di un piano di recupero urbanistico dell'area interessata o di successiva autorizzazione a lottizzare, ferme restando le responsabilità penali accertate in capo ai lottizzatori, la confisca deve essere revocata "posto che diversamente il provvedimento giurisdizionale si renderebbe incompatibile con l'esercizio di poteri legislativamente attribuiti alla pubblica amministrazione" (Cass., sez. 3, 29 dicembre 2005, n. 47272; conforme Cass., sez. 3, 12 aprile 2007, n. 35219).

¹⁰⁹ «Ferma restando la possibilità, "qualora ragioni di opportunità e di convenienza consiglino di destinare l'area lottizzata alla edificazione, che l'amministrazione decida di non esercitare in proprio le iniziative edificatorie e di non conservare la proprietà sui terreni e sui manufatti che eventualmente vi insistono, facendo ricorso ad atti contrattuali volontari ed a titolo oneroso che trasferiscano la proprietà a tutti o parte dei precedenti proprietari».

Cass., sez. 3, 22 aprile 2010, n. 34881, Franzese, rv. 248360; Cass., sez. 3, 12 aprile 2007, n. 21125, Licciardello e altri, Rv. 236737. *Contra* Cass., sez. 3, 11 aprile 2007, Arcieri e altri, n. 35219, Rv. 237372; Cass., sez. 3, 30 novembre 2005, Iacopino ed altri, n. 47272, Rv. 232998, che ammettono la possibilità di revoca della confisca anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza; G.Russo, *Confisca urbanistica senza condanna in caso di prescrizione del reato presupposto e proporzionalità della misura: sollevata nuova questione di costituzionalità dell'art. 44 comma 2 T.U. Edilizia. Cosa deciderà la Consulta?*, in *Diritto.it* 23 luglio 2020.

co¹¹⁰, in cui rigetta l'idea di un "fuorviante sostanziale automatismo della confisca" in questione e richiama i criteri sanciti dalla sentenza G.I.E.M. sopra citati ai fini della valutazione della proporzionalità della confisca.

In particolare la sentenza Alessandrini, - ma già prima la sentenza Grieco¹¹¹-, ammettono la possibilità della "verifica circa la corretta estensione della confisca" che "richiede un accertamento in fatto che deve necessariamente essere effettuato, sulla base di dati materiali oggettivi, dal giudice del merito e da questi supportato con adeguata e specifica motivazione, sindacabile, in sede di legittimità, nei limiti propri di tale giudizio". Ne deriva che, ad avviso della Suprema Corte nelle sentenze citate, "la integrale demolizione di tutte le opere eseguite in attuazione di un'attività di illecita lottizzazione, unitamente alla eliminazione dei pregressi frazionamenti e delle loro conseguenze, rispondano ai criteri di proporzionalità indicati dalla Corte EDU e rappresentino una valida alternativa alla confisca"; ciò alla luce della sentenza della Corte G.I.E.M. - confermata nel caso *Yasar v. Romania*¹¹²- che attribuisce "particolare rilevanza alla possibilità di perseguire il medesimo fine attraverso l'adozione di misure alternative alla confisca, in modo tale da incidere meno pesantemente sul diritto di proprietà, rispettando, anche attraverso il ricorso agli altri parametri indicati, il rapporto di proporzionalità" (richiamando anche quando già affermato nel caso *Sud Fondi c/Italia*), e che menziona espressamente la possibilità di "prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione" (così la sentenza G.I.E.M. s.r.l. ed altri c/ Italia § 292).

La Suprema Corte nella sentenza Iannelli pretende poi che se lo scopo è quello "di ripristinare la conformità urbanistica dell'area interessata dall'intervento lottizzatorio abusivo, la riconduzione della stessa alle originarie condizioni deve essere effettiva ed integrale, non assumendo quindi rilievo interventi ripristinatori fittizi o soltanto parziali, dovendosi intendere come tali non soltanto quelli attuati mantenendo anche soltanto alcuni degli interventi realizzati, ma anche quelli resi impossibili dalle trasformazioni effettuate (si pensi, ad esempio, a disboscamenti, sbancamenti di terreno ed altri interventi di definitiva mutazione dell'originario assetto dell'area)" (§ 8)¹¹³.

¹¹⁰ Cass., sez. 3, n. 8350 del 23 gennaio 2019, Alessandrini, Rv. 275756; Cass., sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, Grieco, Rv. 277167,

¹¹¹ Cass., sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, Grieco, cit.; Cass., sez. 3, 17 luglio 2019, n. 43119, Falconi, Rv. 277263; Cass., sez. 3, 20 febbraio 2019, Amodio, n. 14743, Rv. 275392.

¹¹² Corte Edu, sez. IV, 26 novembre 2019 *Yasar v. Romania*, § 50-51

¹¹³ «Occorre poi rilevare che, in ogni caso, l'ambito di operatività di eventuali legittimazioni postume rimane confinato entro quello già delineato dalla giurisprudenza di questa Corte in precedenza richia-

La Suprema Corte ritiene possibile una simile soluzione –la integrale demolizione di tutte le opere eseguite in attuazione di un'attività di illecita lottizzazione, unitamente alla eliminazione dei pregressi frazionamenti e delle loro conseguenze come alternativa alla confisca - alla luce di un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata (§ 7).

Sempre più conforme al principio di legalità l'orientamento assunto nella sentenza Alessandrini - e confermato nella pronuncia delle Sezioni unite in esame - in cui pur correttamente sottolineando il carattere residuale che dovrebbe avere la confisca penale ex art. 44 T.u. ed. rispetto agli strumenti di intervento di carattere amministrativo, - compresa l'acquisizione delle aree illegittimamente lottizzate al patrimonio disponibile del comune con obbligo di demolizione delle opere ex art. 30, c. 8 D.P.R. n. 380 del 2001- , si evidenzia che nonostante l'estrema gravità della "lottizzazione abusiva"¹¹⁴, "deve ritenersi, con interpretazione convenzionalmente orientata, che la misura ablativa non rispetta sicuramente i criteri di proporzionalità *se applicata a terreni che non sono direttamente interessati dall'attività lottizzatoria* [corsivo aggiunto]" (§ 8)¹¹⁵. Non si attribuisce al giudice un discrezionale potere di riduzione, non trattandosi di una forma di confisca graduabile, ma piuttosto nel rispetto del dato normativo si ammette esclusivamente il contrasto con il principio di proporzionalità della confisca delle aree completamente estranee all'attività lottizzatoria abusiva (dopo aver precisato che le aree abusivamente lottizzate non coincidono con quelle edificate, sia perché la lottizzazione può avere na-

mata, distinguendo tra provvedimenti emanati prima e dopo il passaggio in giudicato della sentenza, che già rendono impossibile al giudice di ordinare la confisca, fermo restando poi, che in presenza di una lottizzazione abusiva deve escludersi la possibilità di sanatoria, disciplinata dall'art. 36 del d.P.R. 380/2001, delle opere realizzate in assenza di titolo abilitativo conseguente ad accertamento di conformità, dal momento che dette opere sono senz'altro non conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione, sicché le stesse non sono sanabili (così Sez. 3, n. 28784 del 16/5/2018, Amente, Rv. 273307 con richiami ai prec.). L'intervenuto ripristino, infine, dovrà essere inconfutabilmente dimostrato da chi ha interesse a giovarsene, mentre al giudice del merito è richiesto un rigoroso ed effettivo accertamento in fatto che non può limitarsi ad una mera presa d'atto».

¹¹⁴ "che la distingue dalla semplice costruzione in assenza di permesso di costruire e comporta il completo stravolgimento del territorio in spregio all'attività di pianificazione e di ogni eventuale vincolo (paesaggistico o di altro genere) esistente, con un rilevantissimo aggravio del carico urbanistico".

¹¹⁵ Cass., sez. III, 27 marzo 2019, n. 31282; *ex plurimis*, sentenze Cass. pen., 26 febbraio 2019, n. 8350; Cass., 20 ottobre 2019, n. 47094; Cass., 21 novembre 2019, n. 47280 e Cass., 16 marzo 2020, n. 10080; Cass., sez. 3, 17 luglio 2019, n.43119; "In tema di lottizzazione abusiva, la Corte di cassazione, anche qualora confermi la decisione di estinzione del reato urbanistico per intervenuta prescrizione, deve disporre l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione relativa alla confisca ex art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, laddove il provvedimento ablatorio sia stato disposto in modo generalizzato e non limitato ai beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e ad essa funzionali"; conforme Cass., sez. III, 20 febbraio 2019, n.14743; Cass., 5 luglio 2019, sez. 3, n. 38484.

tura esclusivamente negoziale, sia perché, quando in tutto o in parte materiale, essa «può comprendere anche altre aree che, essendo in qualche modo ad esse asservite, direttamente o indirettamente, rientrano nel complesso di attività univocamente finalizzate al conferimento di un diverso assetto del territorio snaturando la programmazione dell'uso dello stesso delineato dallo strumento urbanistico generale»¹¹⁶.

Come accennato anche le Sezioni unite nella sentenza in esame (n. 1359/2020), nell'ammettere la possibilità per l'interessato di proporre ogni doglianza in relazione alla violazione del principio di proporzionalità in sede esecutiva, si limita a fare riferimento alla possibilità di "revoca della confisca limitatamente alle aree o agli immobili che dovessero essere ritenuti *estranei* alla condotta illecita".

Chiaramente tale interpretazione non potrà soddisfare le censure, sopra esaminate, della Corte Edu nel caso G.I.E.M. (§ 303) che non si limita a evidenziare come nel caso di specie si fossero confiscati anche terreni non oggetto di lottizzazione abusiva, ma in maniera più ampia contesta il carattere automatico di tale sanzione (che non consente di valutare strumenti diversi) e la sua non graduabilità alla luce del principio di proporzionalità (non consentendo un corretto bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco)

Tanto è vero che la dottrina contesta alla Suprema Corte di avere elaborato in materia, dopo la sentenza G.I.E.M. «una sorta di *criterio legale di proporzionalità*: questa si avrebbe sempre quando la confisca coinvolge beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e quelli a essa funzionali», mentre «i giudici europei chiedevano un bilanciamento in concreto, un apprezzamento pratico del giudice in funzione dell'intensità offensiva della condotta; i giudici italiani rispondono indicando una regola di giudizio legale, un parametro normativo fisso»¹¹⁷.

Tale critica dimentica che il principio di legalità non consente una diversa interpretazione, può solo il legislatore intervenire per eventualmente rendere

¹¹⁶ Con l'ulteriore precisazione che «i terreni lottizzati ovvero rientranti nel generale progetto lottizzatorio vanno identificati in quelli che risultano oggetto di un'operazione di frazionamento preordinata ad agevolare l'utilizzazione a scopo edilizio. Ove esista, pertanto, un preventivo frazionamento, va confiscata tutta l'area interessata da tale frazionamento, nonché dalla previsione delle relative infrastrutture ed opere di urbanizzazione, indipendentemente dall'attività di edificazione posta concretamente in essere. Nell'ipotesi, invece, in cui non sia stato predisposto un frazionamento fondiario e tuttavia si sia conferito, di fatto, un diverso assetto ad una porzione di territorio comunale, la confisca va limitata a quella porzione territoriale effettivamente interessata dalla vendita di lotti separati, dalla edificazione e dalla realizzazione di infrastrutture».

¹¹⁷ A.ESPOSITO, *op. cit.*, 19; cfr. G.GAETA, *Cassazione vs Corte europea in tema di confisca: la storia infinita* in *Arch. pen.* 2019, 1, 5

graduabile la forma di confisca in esame, come richiesto nella sentenza G.I.E.M., anche nel rispetto del principio di colpevolezza come criterio di commisurazione della pena (così applicando non solo il parametro oggettivo citato nella sentenza GIEM, relativo all'ingerenza nel diritto di proprietà - rispetto al quale può trovare applicazione il criterio della corrispondenza tra aree abusivamente lottizzate ed aree confiscate -, ma anche quello soggettivo, relativo “*al grado di colpa o di imprudenza*” degli interessati “o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione”¹¹⁸), fermo restando che si dubita dell'opportunità di una simile riforma rappresentando la confisca di per sé uno strumento rigido e difficilmente commisurabile.

Sembra preferibile un intervento riformatore volto a garantire l'altro parametro indicato dalla sentenza G.I.E.M. (§ 303) consentendo «al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie» e quindi, come previsto nella sentenza Iannelli, di valutare la possibilità a monte di non applicare la confisca laddove siano sufficienti strumenti meno invasivi, come nell'ipotesi in cui intervengano dei *comportamenti riparatori*, o si ritenga sufficiente l'imposizione della *mera demolizione dell'opera abusiva* quale misura di carattere ripristinatorio di carattere generale per tutti gli interventi abusivi previsti come reato dal T.U.E. (prevista quale attribuzione diretta del giudice penale nel caso di interventi in assenza di permesso di costruire o in totale difformità - art. 31, comma 9 -, ed in tema di violazioni antisismiche - art. 98 -), mentre nel caso della lottizzazione l'art. 30, comma 8, T.U.E. prevede, appunto e come accennato, l'obbligo per la P.A. di provvedere alla demolizione delle opere quando le aree abusivamente lottizzate siano acquisite di diritto al patrimonio disponibile del comune, effetto questo che può conseguire non solo al provvedimento amministrativo di acquisizione, ma anche alla confisca disposta in sede penale (art. 44, comma 2, secondo periodo), configurandosi in capo al giudice una sorta di potere ripristinatorio, indiretto e mediato, in quanto titolare del presupposto necessario dell'obbligo di demolizione da parte della P.A.¹¹⁹.

5.3. La questione di legittimità costituzionale.

La questione non è certamente conclusa perché sempre in relazione alla con-

¹¹⁸ P.FIMIANI, *L'eliminazione delle opere*, cit.

¹¹⁹ Cfr. P.FIMIANI, *L'eliminazione delle opere*, cit., che ritiene già configurabile tale potere alla luce di un'interpretazione convenzionalmente orientata.

fisca urbanistica, la Corte d'appello di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale - per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. add. n. 1 C.E.D.U. - dell'art. 44, comma 2, d.P.R. 380/2001 (T.U. edilizia), nella parte in cui consente di applicare una confisca di carattere sproporzionato, al metro dei parametri delineati dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia¹²⁰.

Come rilevato in dottrina, il giudice rimettente invoca esclusivamente il parametro costituzionale dell'art. 117, primo comma, Cost. in riferimento all'art. 1 del primo Prot.add., relativo al diritto di proprietà., senza utilizzare "il tradizionale combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., sul quale la Consulta ha costruito l'edificio del giudizio di proporzionalità delle sanzioni (formalmente e/o sostanzialmente) penali". La Corte preferisce invocare «un parametro convenzionale (l'art. 1 del Protocollo) che non attiene alla "materia penale" in senso stretto, essendo invece applicabile a qualsiasi misura - anche civile o amministrativa - che incida sul diritto di proprietà personale», sulla falsariga della sentenza 24/2019 della Corte Costituzionale che ricostruisce uno statuto garantistico della confisca di prevenzione e allargata senza riconoscerne la natura penale¹²¹, nonché in coerenza con quell'atteggiamento che riserva le garanzie dell'art. 27 Cost. alla pena detentiva o, comunque, ne esclude l'applicazione alle sanzioni amministrative anche se punitive¹²² (fermo restando, però, che laddove si attribuisce a una misura patrimoniale carattere punitivo, anche se di natura amministrativa, la Corte Costituzionale applica «nell'ambito del diritto dell'Unione europea, l'art. 49, § 3, CDFUE» riconoscendo correttamente che «ancorché il testo di tale disposizione faccia riferimento alle «pene» e al «reato», la Corte di giustizia dell'Unione europea applica tale principio all'insieme delle sanzioni - penali e amministrative, queste ultime anch'esse di carattere "punitivo"¹²³).

Nella prospettazione della Corte rimettente, la violazione del principio di proporzionalità dipenderebbe dal fatto che la norma prescrive la confisca quale conseguenza necessaria e obbligata in caso di accertamento del reato,

¹²⁰ Corte App. Bari, Sez. II pen., ord. 18 maggio 2020; cfr. S.FINOCCHIARO, *Principio di proporzionalità e confisca urbanistica: alla Consulta una nuova questione di costituzionalità dell'art. 44 T.U. edilizia*, in *www.sistema penale.it* 22 giugno 2020.

¹²¹ Cfr. in chiave critica A.M.MAUGERI-P.PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello*, in *DPC Riv. Trim.* 2019, f. 3, 90 ss.

¹²² Corte Cost. n. 112/2019; n. 281/2013 e n. 169/2013.

¹²³ Corte di giustizia, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA e altri*, C-537/16, § 56.

anziché consentire l'applicazione in via principale di una misura meno grave, quale quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle conformi alle prescrizioni della pianificazione urbanistica. La mancata previsione di misure meno afflittive impedisce - secondo i giudici a quibus - di rendere la risposta sanzionatoria all'illecito proporzionata alla condotta degli imputati, in particolare laddove la loro responsabilità si connota in concreto per un disvalore tenue, determinato da una condotta solo lievemente colpevole e da una destinazione d'uso delle opere solo parzialmente diversa da quella legittima.

Si censura il fatto che il carattere obbligatorio e automatico della confisca precluda al giudice di esperire, quanto meno in un primo momento, la meno grave soluzione dell'ordine di adeguamento, sul modello dell'art. 98, comma 3, T.U.Ed. In particolare, i giudici ritengono che, vista la «lunga catena di responsabilità, che ha coinvolto figure pubbliche e professionisti privati, tutti dolosamente impegnati a raggiungere il risultato vietato», sia eccessiva e sproporzionata la sanzione della confisca nei confronti dell'«anello debole e finale del meccanismo, rappresentato dai proprietari che, per una negligenza non scusabile sul piano giuridico ma comunque limitata, subirebbero un danno enorme dalla perdita della proprietà acquistata con grandi sacrifici familiari». A detta dei giudici rimettenti, nel rispetto di «un equilibrio tra l'ingerenza nel diritto del singolo e le esigenze di salvaguardia dell'interesse generale», sarebbe ragionevole che «gli imputati ed i terzi che devono essere chiamati a rispondere delle loro azioni solo per colpa» siano «messi in condizione di adeguare la destinazione d'uso, mediante apposite opere, alle prescrizioni allo stato ineludibili del piano regolatore generale».

In questa prospettiva, *la sanzione della confisca dovrebbe assumere portata solo residuale, applicabile cioè successivamente e unicamente in caso di mancato adeguamento entro i termini predeterminati, sostituita quindi da altra misura ad essa alternativa e graduata in base alla colpa rimproverabile al soggetto destinatario dell'ablazione.*

Quanto, invece, alla non manifesta infondatezza della questione, i giudici rimettenti si sono appellati alla decisività della *proporzionalità* che, secondo gli insegnamenti della Corte di Strasburgo, deve necessariamente caratterizzare la misura ablativa. A questo fine, i giudici si rifanno ai criteri enunciati dalla Grande Camera nella già citata sentenza del *Giem c. Italia* (§ 301), sopra esaminati: la possibilità di adottare misure meno restrittive; la natura illimitata della sanzione; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti.

Il giudice rimettente vorrebbe che la Corte costituzionale intervenisse per

adeguare la disciplina vigente ai criteri elaborati in Strasburgo (in particolare, il primo e il secondo criterio), senza peraltro fornire al Giudice delle leggi un valido parametro di riferimento su cui fondare non solo e non tanto il suo giudizio sulla eventuale (in)costituzionalità della norma, quanto il suo positivo e creativo intervento “riparatore” della illegittimità prospettata. Si richiama solo nell’ordinanza di rimessione l’art. 98, c. 3, T.U.Ed. che, timidamente nell’ottica del giudice rimettente, potrebbe rappresentare un parametro di riferimento, con il suo sistema di prescrizioni volte a rendere le opere conformi alle disposizioni tecniche sostanziali in materia antisismica; si auspicherebbe, insomma, l’introduzione dell’obbligo di procedere all’adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle conformi alle prescrizioni della pianificazione urbanistica. In tal modo il giudice rimettente potrebbe voler suggerire una soluzione alternativa già presente nel sistema sanzionatorio del settore per attenersi alle indicazioni della sentenza della Corte Costituzionale n. 216/2016, che individua il limite al suo potere di intervento, - “per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo” - , nella possibilità di “emendare le scelte del legislatore «in riferimento a grandezze già rinvenibili nell’ordinamento» (sentenze n. 148 del 2016 e n. 22 del 2007)”¹²⁴.

Fermo restando, però, che laddove si attribuisce a una misura patrimoniale carattere punitivo, anche se di natura amministrativa, la Corte Costituzionale applica “nell’ambito del diritto dell’Unione europea, l’art. 49, paragrafo 3, CDFUE” riconoscendo correttamente che «ancorché il testo di tale disposizione faccia riferimento alle «pene» e al «reato», la Corte di giustizia dell’Unione europea ha recentemente considerato applicabile tale principio all’insieme delle sanzioni - penali e amministrative, queste ultime anch’esse di carattere “punitivo”¹²⁵. Ciò in coerenza con la spiegazione relativa all’art. 49 CDFUE, ove si chiarisce che «[i]l paragrafo 3 riprende il principio generale della proporzionalità dei reati e delle pene sancito dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità»: giurisprudenza, quest’ultima, formata esclusivamente in materia di sanzioni amministrative applicate dalle istituzioni comunitarie». Ancor prima, infatti, dell’introduzione della Carta di Nizza la Corte di Giustizia ha riconosciuto il principio in esame come un principio *generale non scritto*, che ha “la funzione di garantire l’essenza dei diritti fondamentali”, evitando che essi possano essere compromessi da aggressioni ingiustificate e

¹²⁴ § 4.4. della sentenza n. 236/2016.

¹²⁵ Corte di giustizia, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA e altri*, C-537/16, § 56.

sproporzionate¹²⁶.

Nel giudizio di costituzionalità della proporzionalità della sanzione si è ormai conclamato grazie alla decisione della Corte Costituzionale n. 236/2016 quanto prima emergeva timidamente¹²⁷ (anche in relazione al giudizio in materia di ragionevolezza/offensività), e cioè il superamento della logica del giudizio triadico, basato sul *tertium comparationis*, per prediligere la logica del giudizio diadico¹²⁸ che si traduce in una valutazione sulla razionalità intrinseca della norma rispetto al bene tutelato¹²⁹; la Corte Costituzionale valuta la razionalità intrinseca della norma in termini di proporzionalità del trattamento sanzionatorio e non si limita a rilevare una discriminazione (un'ingiustificata disparità di trattamento) rispetto al *tertium comparationis*, che assume eventualmente “una funzione esclusivamente suppletiva rispetto all'inerzia del legislatore, rappresentando un mero sostitutivo sanzionatorio”, necessario per evitare una lacuna legis nell'ordinamento penale¹³⁰. Ciò risulta piuttosto problematico laddove si tratta di valutare in assoluto e in mancanza di un termine di paragone la proporzionalità di una determinata misura di pena¹³¹, tanto è vero che in dottrina si evidenzia che anche nella sentenza citata la Corte Costituzionale utilizza nel suo itinerario motivazionale il *tertium comparationis* al fine di un

¹²⁶ Per tutte Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, causa 25/70 (*Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster*), ivi 1970, 1162; G.GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. int. dir. dell'uomo* 1991, 617 ss.; A.M.MAUGERI, *I principi fondamentali della “materia penale” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G.GRASSO -R.SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano 2008, 89 ss.; Id., *Il regolamento n. 2988/95*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.* 1999, 527 ss.

¹²⁷ Cfr. Corte Cost. 341/1994 in materia di oltraggio.

¹²⁸ Corte Cost., 10 novembre 2016, n. 236. Cfr. F.VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPC Riv. Trim.*, 2017, f. 2, 61; D.PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, ivi; E.DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzionalità, funzione rieducativa della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.; G.INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. Pen.*, 2017, 176 ss.; R.BARTOLI, *La Corte Costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettive una terza via*, in *DPC Riv. Trim.*, 2/2019, 142 ss.; V.MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, in V.MANES -V.NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, 365 ss. (344 ss.); A.MANNA, *Diritto penale - Parte generale*, V ed., 2020, 23.

¹²⁹ Cfr. A.M.MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzionalità e di tassatività (parte I)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, v. 42, n. 2, 1999, 460 ss.; cfr. V.MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza*, cit., 99 ss.

¹³⁰ V.MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, f. 6, 2105 ss.; Id., *La proposizione*, cit., 368 - 369; F.VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 64 - 66; conforme A.F.TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, 1047.

¹³¹ E.COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. e proc.* 2017, 477.

«ulteriore riscontro all'accertamento del vizio denunciato, quale momento di verifica finale dell'ipotesi di irragionevolezza sub specie di sproporzione sanzionatoria»¹³²; e, inoltre, la Corte precisa di poter intervenire soltanto se la dichiarazione di illegittimità di un dato quadro edittale comporti la sua sostituzione «a rime obbligate» con altro quadro edittale già operante nell'ordinamento per fattispecie di disvalore comparabile¹³³.

Così strutturando l'odierna questione di costituzionalità, la Corte rimettente ritiene possibile che la Corte costituzionale adegui la norma censurata *sia* al primo degli indici di proporzionalità delineato dalla Grande Camera della Corte EDU, ovvero la «possibilità di adottare misure meno restrittive», *sia* al terzo indice, ossia la valutazione del «grado di colpa o di imprudenza» degli imputati o, quanto meno, il «rapporto tra la loro condotta e il reato in questione».

Quanto invece al secondo indice delineato dalla Corte di Strasburgo, - la «natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi» -, i rimettenti ritengono sufficiente un'adeguata valorizzazione dello stesso principio di proporzionalità in sede interpretativa da parte del giudice ordinario; ossia attraverso una delimitazione in concreto dell'oggetto della misura ablatoria, in modo da evitare - in particolare - che la confisca colpisca beni ulteriori a quelli effettivamente abusivi o zone più estese di quelle oggetto dell'accertata lottizzazione illecita (nel caso di specie, ad esempio, per il 25% della loro estensione le aree potrebbero essere ritenute non confiscabili, poiché la normativa urbanistica indicava tale soglia come limite all'edificazione "residenziale" anziché "artigianale"). Tale delimitazione in via interpretativa dell'oggetto della confisca sembra assolutamente auspicabile e conforme al principio di proporzionalità, ma soprattutto sembra imposta, ancor prima che dal rispetto al principio di proporzionalità, dal principio di legalità in quanto l'art. 44 t.u.ed. prevede esattamente solo "la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite"; ne deriva che indipendentemente dall'accoglimento di tale questione di legittimità costituzionale, in sede interpretativa si impone una simile delimitazione nell'applicazione di tale forma di confisca, come del resto avviene nella prassi giurisprudenziale più corretta e come richiesto dalle Sezioni Unite

¹³² Ibid., 477.

¹³³ Corte cost. 236/2016, cit., § 4.4; Corte Cost. ordinanza n. 247/2013; cfr. F.VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 64.

nella sentenza n. 1359/2020 in esame.

Come correttamente osservato, “l’eventuale inscindibilità strutturale o funzionale tra beni illecitamente lottizzati e aree non abusive non ci sembra poter in alcun modo giustificare un’estensione indiscriminata della confisca a porzioni di aree non “abusive”” e al limite si potrà consentire solo “un’espropriazione di quelle porzioni di aree che non possono essere incluse nell’oggetto della confisca, ma che risultano nondimeno di pubblica utilità proprio in virtù della loro connessione alle aree confiscate” (esproprio regolato dal d.P.R. 327/2001, con corresponsione di un adeguato indennizzo)¹³⁴.

Sembra, poi, corretta l’interpretazione della giurisprudenza della Suprema Corte (Alessandrini, Grieco) della confisca urbanistica come strumento *residuale* rispetto all’intervento dell’autorità amministrativa ex art. 30, c. 8 D.P.R. n. 380, nel rispetto del principio di proporzionalità e del primo criterio individuato dalla sentenza G.I.E.M. – la possibilità di adottare misure meno restrittive - e che poi rientra nel criterio della *necessità* dell’intervento sanzionatorio (o comunque dell’autorità, incidente su interessi del cittadino) nell’ambito di una valutazione in termini di proporzione in senso ampio. Anche se in realtà l’art. 30 in questione non si limita a prevedere la demolizione dei manufatti abusivi, che potrebbe assumere un carattere meramente ripristinatorio e non (o meno) afflittivo rispetto alla confisca, ma anche l’acquisizione delle aree abusivamente lottizzate al patrimonio disponibile del comune.

Per il resto l’intervento richiesto alla Consulta di trasformare la confisca urbanistica da sanzione obbligatoria a misura facoltativa e “residuale”, da applicarsi solo nel caso in cui si rivelasse insufficiente l’obbligo di adeguamento dell’area abusivamente lottizzata¹³⁵, richiederebbe alla Corte un intervento riformatore del dato normativo che non rientra nelle sue competenze e che non può essere realizzato con i suoi tradizionali strumenti.

Fermo restando, come sopra evidenziato, che un simile intervento riformatore da parte del legislatore è assolutamente auspicabile e rientrerebbe a pieno titolo in quella logica riparatoria che ha caratterizzato taluni recenti interventi legislativi proprio in materia ambientale, che hanno introdotto dei meccanismi che consentono al giudice di rinunciare all’applicazione della confisca laddove il condannato abbia realizzato dei

¹³⁴ S.FINOCCHIARO, *op.cit.*

¹³⁵ Idem.

comportamenti riparatori, come nell'ipotesi prevista dall'art. 452 *undecies* c.p. che stabilisce che la confisca obbligatoria - del prodotto, del profitto, degli strumenti del reato- "non trova applicazione nell'ipotesi in cui l'imputato abbia efficacemente provveduto alla messa in sicurezza e, ove necessario, alle attività di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi" (introdotta dal d.lgs. 68/2015). Meccanismo che si inserisce, del resto, nell'ambito di una disciplina fortemente caratterizzata da istituti di stampo riparatorio, volti a incoraggiare in una logica di premialità condotte che meglio di ogni possibile sanzione consentiranno la tutela dell'ambiente e il contenimento dei fattori di rischio per gli interessi ulteriori che possono risultare offesi, come la *messa in sicurezza, la bonifica, il ripristino dello stato dei luoghi* (art. 452 *decies* e 452 *duodecies*) o addirittura *meccanismi estintivi degli illeciti amministrativi* ex art. 318 *bis* e ss. d.lgs. 152/06, che prediligono una prospettiva rivolta al futuro e alla definizione di strategie preventive in grado di assicurare la conservazione delle risorse ambientali mediante lo sviluppo di *modelli ingiunzionali* - con imposizione di prescrizioni da parte delle autorità competenti -, volti a incoraggiare meccanismi di adeguamento proattivo alla norma.

Nell'ambito di un concetto lato di giustizia riparativa simili meccanismi sembrano meglio garantire la tutela effettiva dei beni tutelati e, quindi, l'efficienza del diritto penale, che non si misura in termini di sanzione ma di tutela dei beni meritevoli, nonché la stessa finalità rieducativa della pena che presuppone, innanzitutto, laddove possibile, la riparazione.

Il rispetto del principio di proporzionalità in materia di confisca potrebbe anche essere perseguito attraverso l'introduzione de *iure condendo* di una disciplina specifica che imponga il rispetto di tale principio, come previsto nel considerando n. 17 della Direttiva n. 42/2014, sul modello del § 74 f *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* StGB¹³⁶ o § 19a StGB dell'ordinamento austriaco, nonché attraverso l'introduzione di una clausola dell'onerosità, come previsto dal considerando n. 18 della medesima direttiva sul modello del precedente § 73 c StGB *Härtevorschrift*.

E, infine, si dovrebbe ricostituire il corretto rapporto tra i poteri dell'autorità amministrativa e del giudice penale mettendo fine a quel conflitto patologico, evidenziato anche dalla Corte Edu nel caso G.I.E.M.¹³⁷ sopra menzionato. In

¹³⁶ Cfr. HERZOG, § 74, in *Nomos Kommentar*, IV ed., 2615, § 13; ID. § 74 b *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, *ivi*, 2631, § 3; S.PFAFFINGER, *Rechtsgüter und Verhältnismäßigkeit im Strafrecht des geistigen Eigentums*, Tübingen 2015, 65 (cfr. 62 ss.)

¹³⁷ «Il potere di confiscare il terreno e gli edifici su di esso non rappresenta un atto in cui il tribunale

tale direzione è interessante una recente pronunzia della Suprema Corte che ricorda che «in caso di restituzione dei suoli per declaratoria di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, spetta all'autorità amministrativa il poterdovere di procedere all'acquisizione delle aree lottizzate al patrimonio comunale ai sensi dell'art. 30, co. 7 e 8, d.p.r. 380/2001, sotto il controllo della Regione e, in caso di inerzia patologica, del giudice penale»¹³⁸, come del resto ricordano le Sezioni Unite nella sentenza in esame (n. 13539/2020) evidenziando il carattere residuale dei poteri del giudice penale, essendo tale potere di acquisizione, infatti, affidato in via ordinaria all'organo amministrativo, titolare del diritto di pianificazione territoriale, autorità rispetto alla quale il giudice penale dovrebbe poter agire solo in via graduale e suppletiva. La giurisprudenza penale vuole «riportare in armonia costituzionale un caso di conflitto di poteri»¹³⁹.

6. *Conclusioni.* In conclusione la confisca urbanistica è un esempio emblematico del ruolo fondamentale che la confisca ha assunto nell'attuale contesto politico criminale quale duttile strumento utilizzato dal giudice penale per rimediare da una parte all'inerzia della pubblica amministrazione, prima responsabile della tutela dell'ambiente e del paesaggio, nonché dall'altra alla stessa ineffettività del diritto penale, determinata spesso ma non solo dalla prescrizione.

L'uso di tale strumento è stato così rilevante da dare vita a un lungo dialogo tra le Corti che ha inciso profondamente sulla *law in action* applicata a tale sanzione e sul relativo statuto di garanzie.

Da una parte la Corte E.D.U. con la sentenza Sud Fondi ha avuto il merito di riconoscere, nonostante le resistenze della giurisprudenza italiana, la natura punitiva della confisca urbanistica, con la commessa applicazione delle garanzie della materia penale. Sentenza Sud Fondi, definita storica laddove ha per la prima volta solennemente riconosciuto il principio di colpevolezza come garanzia fondamentale della materia penale, fondato sull'art. 7 C.E.D.U., e quindi ha avuto il merito di pretendere l'accertamento della colpevolezza

prende il posto dell'autorità amministrativa» ma, «al contrario, riflette un conflitto tra il tribunale penale e l'autorità amministrativa nell'interpretazione della legislazione di pianificazione regionale e nazionale».

¹³⁸ Cass., 3 sez., 16 ottobre 2019 (ud. 16 maggio 2019), Spina ed altri.

¹³⁹ A.DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: non è tassativamente obbligatorio celebrare il processo in caso di intervenuta prescrizione del reato, spettando in tal caso all'autorità amministrativa esercitare i poteri di controllo di tipo pianificatorio*, in www.archiviopenale.it/ 2019.

dell'autore del reato per imporre tale *penalty*.

Dall'altra parte, la Corte E.D.U., però, con la sentenza G.I.E.M. si è piegata alla volontà della Corte Costituzionale italiana (in particolare n. 49/2015) accontentandosi, - in ragione di dichiarate esigenze di effettività dell'intervento punitivo -, per pronunciare tale forma di confisca, dell'accertamento della colpevolezza con una sentenza di prescrizione, smentendo le conclusioni della sentenza Varvara, e avallando quell'orientamento conclamato in materia di confisca nell'ordinamento italiano per cui la condanna definitiva - con le connesse garanzie - non è necessaria quando si tratta di applicare la confisca, sanzione che incide sul diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica, piuttosto che sulla libertà.

Le Sezioni Unite nella sentenza esaminata sono intervenute in materia con un atteggiamento ambivalente, perché se da una parte hanno avallato tale prassi applicativa estendendo l'applicazione dell'art. 578 bis c.p.p. (introdotto dal legislatore con il d.l. 21/2018 per la confisca allargata ex art. 240 bis c.p. e poi esteso alla confisca ex art. 322 ter c.p. con la l. 3/2019) alla confisca ex art. 44, c. 2, t.u.ed. con un'interpretazione palesemente in contrasto con il principio di legalità, dall'altra parte, però, hanno posto un fondamentale freno in chiave garantistica alla possibilità di applicare tale forma di confisca in seguito a prescrizione, pretendendo sostanzialmente la condanna in primo grado e così riaffermando la valenza, rispondente a principi di ordine costituzionale, dell'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato posto dall'art. 129 c.p.p., comma 1. Tale garantistica interpretazione è, in linea, tra l'altro, con lo stesso dettato della norma applicata, - l'art- 578 bis c.p.p. che presuppone la condanna e l'applicazione della confisca in primo grado -, e in conformità all'orientamento conclamato con la sentenza Lucci nel consentire anche in seguito a prescrizione la confisca obbligatoria del profitto ex art. 240, n. 2, c. 1 o leggi speciali¹⁴⁰.

La questione di sottofondo, però, alla rimessione alle Sezioni Unite, nonché a una ricca e recente giurisprudenza della Suprema Corte, attiene alla compatibilità di tale sanzione punitiva con il principio di proporzionalità, al metro dei parametri delineati dalla Grande Camera della Corte E.D.U. nella sentenza G.I.E.M..

Da ultimo, infatti, emerge un'encomiabile e rinnovata sensibilità della giurisprudenza, sia di legittimità sia costituzionale, circa il rapporto tra il poliforme istituto della confisca e tale principio, come è emerso in maniera

¹⁴⁰ Cass., Sez. Un., 21 luglio 2015, n. 31617, Lucci in Mass. Uff. n. 264434, cit.

emblematica in relazione alla confisca ex art. 187 sexies del d.lgs. n. 58/1998¹⁴¹, che si è conclusa con la dichiarazione di incostituzionalità della sentenza n. 112/2019¹⁴². Da tali vicende emerge come la confisca non si presti ad essere uno strumento punitivo in quanto la sua natura obbligatoria non consente all'autorità giudiziaria di valutare l'opportunità dell'inflizione della misura, né- eventualmente - di modularla in modo da renderla meno invasiva, nè tanto meno di commisurarla alla colpevolezza, quale fondamentale criterio di commisurazione della pena, quindi, l'uso come strumento punitivo rischia di porsi in contrasto con il principio di proporzionalità e colpevolezza.

Nonostante taluni tentativi di lettura convenzionalmente orientata da parte della Suprema Corte¹⁴³, in materia si attende la decisione della Corte Costituzionale cui, come esaminato, è stata sollevata la questione di legittimità della disposizione esaminata, l'art. 44, c. 2, d.P.R. 380/2001, per contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 1 I Prot. CEDU.¹⁴⁴.

¹⁴¹ Cfr. S.SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 12; D.FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna 2007, 131; F.MUCCIARELLI, *Art. 187 - Confisca*, in M.FRATINI-G.GASPARRI, *Il testo unico della finanza*, III, Torino, 2012, 2421; M.FRATINI, *Art. 187-sexies*, ivi, 2533; E.AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *DPC Riv. Trim.* 2013, n. 2, 151 ss..

¹⁴² R.ACQUAROLI, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.* 2020, 197; G.ARIOLLI-E.PIVIDORI, *La responsabilità dell'ente per gli abusi di mercato, tra doppio binario sanzionatorio e rispetto del principio di proporzionalità*, in *Cass. pen.* 2019, 4532 con particolare attenzione all'incidenza della confisca sugli enti.

¹⁴³ Cass., Sez. III, 5 febbraio 2020, Iannelli, n. 12640, in *Lexambiente.it*, 7 maggio 2020, cit..

¹⁴⁴ Corte App. Bari, Sez. II pen., ord. 18 maggio 2020, cit..