

Confisca urbanistica e prescrizione del reato. Alcune considerazioni *fuori dal coro* sulla pervicace applicazione di una sanzione *sostanzialmente* penale a reato prescritto.

di **Antonio Trimboli**

Sommario. **1.** La confisca urbanistica a reato prescritto: una questione ancora aperta. – **2.** La natura della confisca urbanistica e i presupposti processuali per la sua applicazione: un breve *excursus* storico sulla posizione della giurisprudenza interna e le influenze della Corte EDU. – **3.** Le legittime ragioni di dissenso. – **4.** Rischi e possibili soluzioni a una deriva pericolosa.

1. La confisca urbanistica a reato prescritto: una questione ancora aperta.

La recente sentenza delle sezioni unite n. 13539 del 30 gennaio 2020 ¹ offre l'occasione per una prosecuzione delle discussioni intorno al tema della applicazione della confisca urbanistica a reato prescritto, ritenuto per certi versi chiuso con la sentenza della Grande Camera del 28 giugno 2018 ², la quale ha statuito come, ai fini della confisca *de qua*, fosse solo necessaria la sussistenza della penale responsabilità dell'imputato in ordine al reato di lottizzazione abusiva, senza che ciò si sostanzi in una vera e propria sentenza di condanna, ben potendo tale accertamento essere contenuto anche in una sentenza di proscioglimento per prescrizione.

La ragione di una nuova linfa al dibattito deriva dall'aver la Corte suprema recepito nel prologo il *dictum* di Strasburgo, affermando al paragrafo 4.3: *"Può dunque dirsi che, nella "lettura" data da questa Corte, l'art. 44 cit., là dove ricollega la confisca lottizzatoria all'accertamento del reato, consente di prescindere dalla necessità di una sentenza di condanna "formale" permettendo di fondare la "legittimità" del provvedimento ablatorio su un accertamento del fatto che, pur assumendo le forme esteriori di una pronuncia di proscioglimento, equivale, in forza della sua necessaria latitudine (estesa alla verifica, oltre che dell'elemento oggettivo, anche dell'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) e delle sue modalità di formazione (caratterizzate da un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati), ad una pronuncia di condanna come tale rispettosa ad un tempo*

¹ Cfr. Sez. un. 30 gennaio 2020, Perroni, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4

² Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. ed altri c. Italia*, in www.archiviopenale.it.



dei principi del giusto processo e dei principi convenzionali, proprio come riconosciuto, da ultimo, anche dalla Corte EDU".

In tutto questo non va però dimenticato che la natura della confisca lottizzatoria è sostanzialmente penale e che questo principio, vista la pronuncia della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, costituisca ora "*diritto consolidato*", per cui la reiterata qualifica di sanzione amministrativa della confisca non è più giustificabile.

Proprio tale punto porta a ritenere come il diplomatico *dictum* di Strasburgo sia stato recepito con passività disarmante da parte della Corte di legittimità, laddove la stessa non si è in alcun modo interrogata sulla tenuta dell'assunto: reato prescritto sopravvivenza della pena, rispetto al nostro statuto penale ed in specie con riguardo al principio di legalità interna (art. 25 Cost.), il quale non ammette né deroghe né recuperi di legalità in sede processuale.

E' probabile che il motivo di un tale atteggiamento si annidi - ancora una volta - nell'atavica insofferenza verso la capacità erosiva della prescrizione, la quale non permette di realizzare una effettiva tutela penale, ma al contrario una vera e propria zona franca in cui per effetto del decorso temporale il crimine paghi.

Già in altra occasione, infatti, la giurisprudenza di legittimità³ non aveva fatto mistero di queste sue ragioni di giustizia sostanziale, ammonendo come un indirizzo che negasse la possibilità di operare la confisca senza una sentenza di condanna, in particolare nel caso di estinzione del reato per prescrizione, presentasse elementi di forte aporia e rischi di negative ricadute sul piano della effettività della tutela penale ed evocando a tal fine una dottrina⁴ autorevole, ma non certo moderata, secondo cui è "*antigiuridico e immorale che il corrotto, non punibile per qualsiasi causa possa godersi il denaro che egli ebbe per commettere il fatto obiettivamente delittuoso*".

Si tratta di ragioni che non hanno lasciato impassibile nemmeno la Corte EDU, la quale proprio nella sentenza sopra richiamata ha affermato al punto 260 come sia rilevante "*la lotta contro l'impunità che deriva dal fatto che, per effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi, gli autori di questi reati sfuggirebbero sistematicamente all'azione penale e, soprattutto, alle conseguenze dei loro misfatti*".

Questo non deve però bastare a legittimare una pericolosa deroga al principio di legalità interna, potenzialmente gravida di conseguenze negative rispetto ad altri istituti qualificati come sanzioni penali (es. la confisca per equivalente), che così potrebbero trovare applicazione anche a reato prescritto e senza una preventiva sentenza di condanna.

³ Cfr. Sez. un., 10 luglio 2008, De Maio, in *CED Cass.* n. 240565.

⁴ Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, Utet, 1961, p. 369.

2. La natura della confisca urbanistica e i presupposti processuali per la sua applicazione: un breve excursus sulla posizione della giurisprudenza interna e le influenze della Corte EDU.

La confisca in generale, a causa del suo carattere multiforme, della sua continua proliferazione anche in leggi speciali e della varietà di opinioni (dottrinarie e giurisprudenziali)⁵ circa la natura, rappresenta più di ogni altro istituto la cartina tornasole di un diritto penale ormai lontano dalla coerenza interna di un tempo, la quale era sinonimo di certezza circa le conseguenze di un dato comportamento vietato dalla legge.

Tra le problematiche di questo istituto figurano proprio quelle relative alla natura e alla sua applicazione.

Più precisamente su quest'ultima, ci si è interrogati se e quando possa essere disposta in caso di proscioglimento dell'imputato.

Se si guarda al dato normativo contenuto nel codice la risposta sembra semplice: esisterebbe solo un caso in cui il legislatore consente l'esercizio dei poteri ablativi da parte del giudice anche in presenza di proscioglimento dell'imputato, ossia nell'ipotesi di cose assolutamente vietate prevista dall'art. 240 comma 2, n. 2 c.p., lasciando per il resto l'operatività della confisca alla pronuncia di una sentenza di condanna.

Viceversa, la giurisprudenza ritiene che il giudice a date condizioni disponga di poteri ablativi anche in caso di proscioglimento dell'imputato, tanto che in alcuni settori del diritto penale speciale, come nel caso dei reati edilizi, la confisca avviene in modo sistematico e in una logica di supplenza rispetto alla inerzia della P.A., cui spetta anche poteri di confisca e/o demolizione delle opere abusive.

Proprio la norma sulla confisca urbanistica aveva dato vita ad un formante giurisprudenziale interno⁶ per cui la stessa trovava applicazione anche: 1) in assenza di condanna, bastando il semplice accertamento del reato contenuto in una sentenza di proscioglimento, 2) in forza del solo accertamento del

⁵ Cfr. a titolo esemplificativo sul tema generale della confisca, in dottrina: NICOSIA, *La confisca, le confisce*, Giappichelli, 2012; PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1672; FUZIO, *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da Lattanzi – Lupo, *sub art. 240 c.p.*, Giuffrè, 2000, p. 860; ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Utet, 1989, p. 39; in giurisprudenza: Sez. un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), Lucci, in *CED Cass.* n. 264437; Sez. un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), Spinelli, in *CED Cass.* n. 262604; Sez. un., 31 gennaio 2013 (dep. 23 aprile 2013), Adami, in *CED Cass.* n. 255037; Sez. un., 10 luglio 2008, De Maio, *cit.*; Sez. un., 25 marzo 1993 (dep. 23 aprile 1993), Carlea, in *CED Cass.* n. 193119.

⁶ Cfr. *ex multis*: sez. III, 21 novembre 2007 (dep. 5 marzo 2008), Quattrone, in *CED Cass.* n. 238984; sez. III, 12 novembre 1990 (dep. 18 dicembre 1990), Licastro, in *CED Cass.* n. 186011. Tale approccio esegetico si mostrava però poco in linea con la rubrica dello stesso art 44 del testo unico dell'edilizia recante la dizione "sanzioni penali".

fatto di lottizzazione nella sua materialità, prescindendo dall'elemento soggettivo, 3) nei confronti dei terzi in buona fede.

Tale orientamento riposava su ragioni di carattere ermeneutico, quali: a) l'art. 44 comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 utilizza la locuzione "sentenza definitiva del giudice penale" diversamente dall'art. 31 comma 9 che subordina l'ordine di demolizione delle opere abusive da parte del giudice penale alla sentenza di condanna, b) la confisca dell'art. 44 comma 2 d.P.R. n. 380 del 2001 è istituito ontologicamente diverso da quello di cui all'art. 240 c.p., poiché la prima configura una espropriazione a favore dell'autorità comunale, mentre la seconda a favore dell'autorità statale; perciò non è una misura di sicurezza, ma, al pari dell'ordine di demolizione delle opere edilizie abusive ex art. 31 comma 9, è una sanzione amministrativa applicata dal giudice penale con funzione di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del comune ai sensi dell'art. 30 commi 7 e 8 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Un meccanismo così congegnato era chiaro che travolgesse i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, laddove ignorava la complessità delle questioni e il grado di responsabilità soggettiva dei soggetti coinvolti.

Pertanto, detto indirizzo si pensava potesse iniziare a vacillare sotto i colpi della giurisprudenza di Strasburgo, a partire dalla sentenza *Sud Fondi contro Italia*⁷, la quale ha affermato la riconducibilità della confisca urbanistica alla sanzione penale, chiarendone la natura di pena alla luce dei criteri di valutazione sviluppati a partire dalla sentenza *Engel*⁸ e ribaditi in quella *Welch*⁹, con tutto il carico di garanzie ex artt. 6 e 7 CEDU che questo comportava.

Nel caso di specie, le ragioni per qualificare come sostanzialmente penale la misura ablatoria sono state: 1) la circostanza che fosse conseguente a un reato, 2) l'irrogabilità da parte del giudice penale, c) il carattere particolarmente afflittivo e punitivo, piuttosto che ripristinatorio, laddove colpisce sia i manufatti abusivi che i terreni ineditati.

La Corte EDU ha chiarito quindi quale fosse la condizione necessaria per disporre la confisca, ossia un'imputazione soggettiva (dolo o colpa) del fatto. Queste affermazioni sono state poi ribadite dalla stessa Corte nella successiva sentenza *Varvara*¹⁰, la quale ha posto un ulteriore paletto alla possibilità di disporre la confisca urbanistica, vale a dire una formale condanna,

⁷ Cfr. C. eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, in www.archiviopenale.it.

⁸ Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*.

⁹ Cfr. C. eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*.

¹⁰ Cfr. C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in www.archiviopenale.it. In dottrina cfr.: BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *questa rivista*, 2014, p. 1396; MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

escludendone l'applicazione nei casi di proscioglimento per prescrizione del reato.

Ciò nonostante, il giudice interno ¹¹ ha continuato a tenere fermo il punto sulla natura amministrativa della confisca, così da consentire l'applicazione della misura anche in caso di prescrizione del reato, ed aprendosi solo con riguardo alla ritenuta necessità di un pieno accertamento sulla sussistenza del reato in tutti i suoi elementi, tanto da spingersi al punto di ritenere inoperante l'obbligo di cui all'art 129 c.p.p.

A spalleggiarlo è stata anche la Corte costituzionale, che con la sentenza n. 49 del 2015 ¹² - dopo aver preliminarmente stabilito come solo il diritto consolidato della Corte EDU (es. quello accreditato dalla Grande Camera) rappresenta un vincolo interpretativo per il giudice interno - ha fornito una propria lettura al provvedimento *Varvara*, rilevando come il concetto europeo di condanna a una "sanzione criminale" debba essere inteso in chiave sostanziale e non formale, *ergo* la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non è né logicamente né giuridicamente incompatibile con un pieno accertamento di responsabilità cui segua la confisca urbanistica.

La posizione della Consulta si presentava ambigua, perché pur continuando a considerare la confisca urbanistica come una sanzione amministrativa, imponeva comunque lo *standard* di garanzie processuali delle pronunce sanzionatorie di tipo penale; atteggiamento questo che apriva però ad una involuzione sostanziale del principio di legalità non più circoscritto ai confini della riserva di legge.

Autorevole dottrina¹³ evidenziava il timore che la tesi propugnata dalla Consulta avesse potuto portare a un "*corto circuito garantistico*" e ad una concezione della legalità debole, nascosti dietro dicotomie che

¹¹ Cfr. sez. III, 25 giugno 2018 (dep. 3 ottobre 2018), Tammaro, in *CED Cass.* n. 274196; sez. III, 8 aprile 2015 (dep. 22 aprile 2015), Boezi, in *CED Cass.* n. 263585; sez. III, 30 aprile 2009 (dep. 20 maggio 2009), Casasanta, in *CED Cass.* n. 243630. Secondo le ultime pronunce la disapplicazione dell'art. 129 c.p.p. sarebbe imposta dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale.

¹² Cfr. C. cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. cost.*, 2015, p. 391. Secondo la Consulta - paragrafi 6, 6.1 e 6.2 - esigere la condanna penale per l'applicazione di una sanzione di carattere amministrativo determinerebbe l'assorbimento della stessa nella sfera penale, con un *vulnus* al principio di sussidiarietà per il quale la criminalizzazione costituendo *extrema ratio* deve intervenire solo quando non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire. Allo stesso tempo, in senso antitetico, riconosce la validità di una lettura sostanziale e non necessariamente formale della condanna quale presupposto per l'applicazione di una sanzione criminale. In dottrina cfr.: VIGANO', *La consulta e la tela di Penelope*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 421; MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2206.

¹³ Cfr. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit., p. 2227.

contrappongono forma e sostanza, diritto e giustizia, specie al cospetto dell'idolo polemico della prescrizione.

In tale scenario interveniva, infine, la Grande Camera della Corte EDU ¹⁴, che - ponendosi in rapporto di discontinuità con la sentenza *Varvara* - affermava ciò che prima sembrava una eresia, ovvero sia che una pena, quale è la confisca urbanistica, potesse trovare applicazione anche a reato prescritto, purché l'illecito sia comunque accertato secondo un giusto processo.

La Corte di cassazione a sezioni unite, infine, non si confronta sulla tenuta interna di un tale principio, aggirando la problematica attraverso la ormai stantia qualificazione della confisca come sanzione amministrativa, nonostante il riconoscimento della natura penale della confisca urbanistica costituisca, a seguito della sentenza *GIEM srl e altri c. Italia*, "*diritto consolidato*".

Stando così le cose, lo stato dell'arte a livello nazionale appare ora essere il seguente: la confisca urbanistica, benché costituisca nella sostanza una sanzione penale, resta applicabile anche a reato prescritto, purché vi sia un accertamento pieno del fatto illecito.

3. Le legittime ragioni di un dissenso.

Quanto sopra porta a interrogarsi sulla legittimità del *modus procedendi* adottato nel tempo dalla nostra giurisprudenza riguardo all'applicazione della confisca urbanistica.

Su tale ultimo aspetto, in particolare, la domanda da porsi è se la sopravvivenza di detta sanzione (la cui natura penale non pare possa più ignorarsi) all'estinzione del reato per prescrizione - anche ad ammettere la compatibilità (*sic!*) con gli artt. 6 e 7 CEDU - sia altrettanto tollerabile dalla nostra Costituzione ed in particolare dall'art. 25.

Ma andiamo per gradi e muoviamo dalla teorica originaria della natura amministrativa di detta confisca.

Innanzitutto, la strada esegetica percorsa dalla giurisprudenza per giustificare la confisca urbanistica in caso di proscioglimento non convince, poiché si mostra distonica rispetto alla disciplina di cui all'art. 240 c.p., con ciò volendo rilevare che se mai il legislatore avesse voluto discostarsi dai principi generali della confisca, lo avrebbe fatto rinunciando espressamente al requisito della condanna.

¹⁴ Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. ed altri c. Italia*, cit. In dottrina cfr.: CIVIELLO, *La sentenza GIEM srl e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in www.archiviopenale.it; CIVIELLO, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le resistenze italiane alla sentenza GIEM srl e altri c. Italia*, ivi; 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.*, n. 3, 2018.

Lo stesso dicasi per la tesi dell'accertamento incidentale con contestuale disapplicazione dell'art. 129 c.p.p., la quale è stata correttamente abbandonata solo con il recente intervento delle sezioni unite.

Queste ultime nel pronunciarsi in senso contrario hanno, infatti, evidenziato come si oppone alla disapplicazione della norma sia l'assenza di specifiche disposizioni di legge che lo consentano espressamente, sia la natura amministrativa della sanzione.

Il maturare della prescrizione indica il momento in cui dovrà verificarsi se sia o meno provato il reato di lottizzazione abusiva, così da potere nel caso applicare la confisca.

Il tema può essere lumeggiato anche attraverso ulteriori argomenti rispetto a quelli sviluppati dalla Corte di Cassazione.

E invero, il giudice giacché applica la confisca urbanistica in via di supplenza rispetto alla PA (nel caso il Comune), qualora si astenga dal pronunciare immediatamente il proscioglimento per prescrizione del reato ai sensi dell'art. 129 c.p.p., iniziando o completando l'istruttoria dibattimentale, verrebbe ad esercitare, oltre a una attività processuale in violazione ai limiti della norma processuale prima richiamata, soprattutto una potestà riservata dalla legge ad altro organo dello Stato/PA, ossia al Comune ex art. 30 del d. P.R. n. 380 del 2001.

La prosecuzione dell'istruttoria a reato prescritto non sarebbe conforme alla competenza funzionale del giudice penale, che esercita la propria giurisdizione ex artt. 6 e 33 *ter* c.p.p. ai fini dell'accertamento dei reati e giammai ai soli fini della irrogazione delle sanzioni amministrative, le quali possono essere irrogate dal giudice penale in caso di connessione obiettiva tra infrazione amministrativa e reato e solo con sentenza di condanna, tornando gli atti all'autorità amministrativa in caso di estinzione del reato (art. 24 l. n. 689 del 1981).

Diversamente opinando, si finirebbe per riconoscere in capo al giudice una potestà di natura amministrativa non più consentita, con un conseguente *vulnus* al principio di separazione dei poteri.

A nulla varrebbe invocare poi in senso contrario l'annotazione processuale contenuta nella sentenza delle Sezioni unite De Maio, secondo cui la legge processuale prevederebbe diversi casi in cui il giudice conserva i poteri di accertamento anche a reato prescritto, indicando allo scopo gli artt. 578 e 425, co. 4 c.p.p. a cui oggi si andrebbe ad aggregare l'art. 578 *bis* c.p.p.

Si tratta, infatti, di disposizioni a carattere eccezionale, le quali si riferiscono ad ipotesi specifiche con proprie peculiarità, ad esempio l'udienza preliminare è strutturalmente concepita come filtro di verifica della fondatezza dell'ipotesi accusatoria ¹⁵ e non già come sede di accertamento

¹⁵ Cfr. sez. II, 6 novembre 2012 (dep. 22 gennaio 2013), Furlan, in *CED Cass.* n. 254465. Il punto non cambia anche qualora si segua l'orientamento secondo cui il giudice dell'udienza

di merito; le ipotesi di accertamento incidentale da parte del giudice di appello, invece, richiedono entrambe, quale *condicio sine qua non*, che vi sia già stata in primo grado una sentenza di condanna¹⁶; pertanto non possono avere alcuna portata generale, ma essere limitate ai soli casi in esse considerate ai sensi dell'art. 14 disp. prel c.c.

Il discorso svolto vale a maggior ragione laddove la confisca urbanistica abbia natura penale, dovendosi nel caso aggiungere la preclusione che una tale interpretazione verrebbe a ricevere dal principio di legalità penale.

Già all'indomani della sentenza della Grande Camera, un'attenta dottrina¹⁷ aveva segnalato come l'affermazione fatta dai giudici europei, circa la possibilità di applicazione di una sanzione penale, quale la confisca urbanistica, anche a reato prescritto, fosse in contrasto "*con la natura e la ratio della prescrizione del reato, con il principio di legalità penale, con la presunzione di non colpevolezza, e con lo stesso corpus delle norme processuali vigenti (in Italia), nessuna delle quali autorizza a giungere alla conclusione cui è pervenuta la Corte di Strasburgo*".

Difatti osta a tale interpretazione il principio di stretta legalità in materia penale garantito dall'art. 25 comma 2 della Cost., a cui è assoggettata nel nostro ordinamento la prescrizione, la quale determina l'estinzione del reato e, con esso, delle pene¹⁸.

La qualifica di norma di carattere sostanziale della prescrizione attribuisce un livello di protezione più elevato di quello riconosciuto dall'art. 7 CEDU.

La Costituzione italiana, infatti, conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalla CEDU, perché non limitato alla descrizione del fatto reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità¹⁹.

preliminare deve fare una rigorosa valutazione di effettiva consistenza del materiale probatorio posto a fondamento dell'accusa, ovvero verificare se gli elementi a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio siano idonei a dimostrare la sussistenza di una minima probabilità che, all'esito del dibattimento, possa essere affermata la colpevolezza dell'imputato. In tal senso cfr. sez. VI, 24 febbraio 2016 (dep. 27 aprile 2016), Tali, in *CED Cass.* n. 267074.

¹⁶ Cfr. VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (cd spazzacorrotti) trasforma gli artt. 578 e 578 bis in una disciplina a termine*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

¹⁷ Cfr. CIVIELLO, *La sentenza GIEM srl e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? cit.*, p. 11 e ss.

¹⁸ Cfr. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit., p. 2218 e ss. L'autore – sebbene con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 – ha posto invece il problema non già nella prospettiva del principio di legalità sostanziale, bensì del giusto processo ex art. 6 CEDU.

¹⁹ Cfr. GAMBARDELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem "a meno che" non comporti una violazione del principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 114 ss. L'autore si sofferma ampiamente sul modello della legalità penale italiano, eurounitario e convenzionale, evidenziandone le differenze.

Pertanto, anche se l'art. 7 CEDU – avendo fuori dal suo perimetro le cause di estinzione del reato - riconosce la possibilità di accertare il reato e di applicare la pena anche a seguito della prescrizione, lo stesso deve arretrare ex art. 53 CEDU in presenza del nostro art. 25 Cost., il quale garantisce alla medesima situazione una tutela più elevata.

Né lo sbarramento potrebbe essere superato attraverso un recupero della legalità in sede processuale - come avviene invece in ambito amministrativo nei settori regolati dalle Autorità indipendenti - dove le disposizioni, nel conferire i poteri all'amministrazione, si limitano a stabilire le finalità per il cui raggiungimento sono stati assegnati, ma non precisandone il contenuto (c.d. poteri impliciti)²⁰, cosicché la caduta del valore della legalità c.d. forte viene compensata con la legalità procedurale, sotto forma di garanzia del contraddittorio - venendo in gioco sul piano penale il bene della libertà della persona.

4. Rischi e possibili soluzioni a una deriva pericolosa.

L'applicazione della confisca urbanistica a reato prescritto nasconde probabilmente l'esigenza della magistratura di reprimere fenomeni ambientali e paesaggistici rispetto ai quali le amministrazioni pubbliche spesso rimangono inermi.

In tal senso possono, altresì, richiamarsi le considerazioni critiche formulate dal giudice portoghese Pinto de Albuquerque²¹ il quale, esprimendo la propria posizione contraria all'interno della Grande Camera nella sentenza *G.I.E.M. e altri contro Italia*, ha affermato: *"il giudice non dovrebbe impegnarsi in tali calcoli, comportandosi come un ausiliario soggetto agli interessi e alle scelte politiche del Governo, soprattutto non in un settore giuridico così sensibile come il diritto penale. Il punto fondamentale è che il giudice non deve far pesare sulle persone in questione le carenze di una politica penale irrazionale dello Stato, e in particolare di una politica che induce << l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi >>".*

Una tale visione non solo trasforma il giudice penale in un organo di supplenza dell'amministrazione in aperto contrasto con il principio di separazione dei poteri, ma offre un concetto di legalità in chiave sostanziale. Sul punto è stato acutamente osservato²² come lo sforzo di trovare un compromesso fra garanzie individuali e repressione dei fenomeni di

²⁰ Cfr. *ex multis*: C. Stato, sez. VI, sentenza n. 1532 del 20 marzo 2015, in www.neldiritto.it.

²¹ Cfr. Opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente, paragrafo II, lett. B, sub. I), punto 29, riportata in calce alla sentenza della Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. ed altri c. Italia*.

²² Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1996, p. 573, richiamato da MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo*, cit. p. 2227.

lottizzazione abusiva sembra schiacciato dall'impossibilità di armonizzare l'inconciliabile, se non al prezzo di una vistosa lesione dei principi generali: un prezzo che rappresenta il frutto dell'illusione pangiustizialista secondo cui il diritto e il processo penale sono gli unici rimedi all'infrazione dell'ordine sociale, a causa dell'inefficienza dei controlli e delle sanzioni non penali.

Il rischio è che nel lungo periodo il principio possa estendersi oltre la confisca urbanistica ed interessare tutte le altre pene, principali e accessorie, non solo di matrice patrimoniale ma anche incidenti sulla libertà personale ²³.

Invero, una volta inoculato nel sistema il principio del superamento della prescrizione in primo grado ai fini dell'applicazione di una pena, non si vede perché distinguere tra le diverse sanzioni penali, laddove tutte presentino lo stesso minimo comune denominatore, ossia l'afflittività.

Tale pericolo deve essere avvertito come particolarmente vicino specie laddove si consideri l'introduzione nel 2017 dell'art. 578 *bis* c.p.p. e il suo ampliamento nel 2019, la quale è stata voluta per evitare che la prescrizione del reato sopraggiunta in grado di appello o di cassazione, a fronte di un'affermazione di responsabilità che resta immutata nella sostanza, vanifichi la confisca penale (artt. 240 *bis* e 322 *ter* c.p.).

Orbene la necessità di tutelare beni comuni come ambiente e territorio non può portare a una "bulimia sanzionatoria", destinata a sacrificare le garanzie previste nel nostro sistema penale, mettendone in dubbio alcuni dei capisaldi.

Un autore ²⁴ suggerisce - come possibile soluzione per arginare il pericolo - un intervento del legislatore o volto a rimodulare la confisca urbanistica in modo da ricondurla nell'alveo del diritto amministrativo ovvero ad agire sul regime prescrizionale di tali reati.

In attesa dell'intervento di un legislatore - cosa ancor più rara - illuminato e buon conoscitore dei principi generali del nostro ordinamento, una reazione a questo stato di cose e al rischio di un loro aggravamento, potrebbe passare dalla proposizione di eccezioni di incostituzionalità, le quali investano l'attuale tenuta dell'art. 44 comma 2 del d. P.R. n. 380 del 2001 ma rispetto all'art. 25 Cost. e non più all'art 7 CEDU, a suo tempo preso a riferimento dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di Teramo nel rimettere la questione da cui la sentenza della Consulta n. 49 del 2015.

La portata più ampia del principio di legalità interno dovrebbe far protendere per un *favor constitutionis*, mettendo al riparo da una nuova dichiarazione di inammissibilità della questione.

²³ In tal senso sebbene per le sole pene pecuniarie cfr. CIVIELLO, *La sentenza GIEM srl e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"?* cit., p. 12.

²⁴ Cfr. LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti*, in *Dir. pen. contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 4/2017, p. 266 ss. Interessanti sono i rimandi alla recente giurisprudenza amministrativa e alla tendenza di questa di far applicazione della misura ablatoria di cui all'art. 31 del d. P.R. n. 380 del 2001.



E invero, la Consulta ha guardato in quella sede alla possibilità di un accertamento *post* prescrizione, nulla dicendo sulla funzione ricoperta nel nostro ordinamento dall'istituto; punto quest'ultimo su cui, invece, la stessa si è spesa parecchio con la successiva ordinanza n. 24 del 2017²⁵ sul caso *Taricco* (prescrizione e reati fiscali in materia d'IVA), ribadendone il carattere sostanziale, la sua sottoposizione al principio di legalità, così da escludere modifiche del penalmente rilevante ad opera della giurisprudenza con o senza l'influsso delle fonti sovranazionali.

Appare, pertanto, altamente improbabile che la Corte costituzionale cambi idea sul punto, contraddicendo se stessa ed assumendo così riguardo alla perimetrazione della punibilità una sorta di "doppia personalità".

²⁵ Cfr. C. cost., 26 gennaio 2017, n. 24, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1342 con nota di GAMBARDELLA, *Irretroattività e determinatezza della regola Taricco: la valutazione, nel rispetto del primato del diritto dell'Unione, spetta alla Corte costituzionale.*