

ANTONINO PULVIRENTI

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi LUMSA sede di Palermo

MARCO LO GIUDICE

Dottore di ricerca Università degli Studi LUMSA sede di Palermo; Avvocato del Foro di Palermo

Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia

Prescription, confiscation and trial in the G.I.E.M. and others v. Italy

Ribaltando le conclusioni cui era pervenuta la sentenza Varvara c. Italia, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza GIEM c. Italia, ha reputato compatibile al canone di legalità una confisca penale disposta a seguito di una declaratoria di prescrizione del reato.

La pronuncia europea si allinea, in tal modo, a quanto affermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 49/2015), nonché, in larga parte, dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (sentenza c.d. Lucci).

L'allineamento alle indicazioni interne non è però pedissequo, ma anzi va oltre; la sentenza della Grande Camera infatti, ammette, a differenza di quanto affermato dalla Corte di cassazione, la confisca senza un giudicato formale anche per le misure *stricto sensu* "penali".

Unica condizione di tale confisca è la presenza di un accertamento nel merito circa la colpevolezza del soggetto.

Efficienza dell'ordinamento penale e lotta contro l'impunità sono i fondamenti posti alla base del *self-restraint* della Grande Camera della Corte europea, che, sfocando fortemente il c.d. diritto all'oblio dell'imputato, rafforza decisamente le istanze efficientiste del diritto penale sul piano della politica criminale patrimoniale.

Overtuning the conclusions reached by the Varvara judgment c. Italy, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, with the judgment GIEM v. Italy, has deemed compatible with the "rule of law" a criminal confiscation ordered following a declaration of the prescription of the offense.

The European ruling thus aligns with the Constitutional Court's judgment (No. 49/2015), as well as, to a large extent, with the Court of Cassation S.U. (c.d. Lucci).

*The alignment with internal indications is not however slavish, but rather goes beyond; the ruling of the Grand Chamber, in fact, admits, contrary to what is stated by the Court of Cassation, the confiscation without a formal judgment also for the confiscated *stricto sensu* "penal".*

The only condition of such confiscation is the presence of an assessment on the merits of the guilt of the subject. Efficiency of the criminal law and the fight against impunity are the foundations underlying the self-restraint of the Grand Chamber of the European Court, which, strongly blurring the c.d. the right to be forgotten by the accused, decisively reinforces the efficientist demands of criminal law in terms of criminal property policy.

A) I profili sostanziali – *Substantial aspects*

(di MARCO LO GIUDICE)

PREMESSA

A distanza di otto anni dalla ben nota sentenza Sud Fondi s.r.l.¹ e a cinque dalla sentenza Varvara², la Corte europea, è tornata a pronunciarsi sulle questioni inerenti alla confisca edilizia per lottizzazione

¹Cfr. C. edu, sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l., in *www.echr.coe.int*, per un commento alla sentenza cfr. A. Balsamo-C. Parasporo, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3183; altresì A. Giannelli, *La confisca urbanistica*, in Di Stasi (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano*, Padova, 2016, p. 563 ss.

²C. edu, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1392 con nota di A. Balsamo.

abusiva, concentrando in un'unica decisione la soluzione di due dirimenti sotto-tematiche. La sentenza in analisi, infatti, per dirla con l'opinione concordante del Giudice Motoc, è sezionabile in due marcati "momenti": un primo riguardante la questione dell'estensibilità della confisca a terzi soggetti non partecipanti al procedimento applicativo e un secondo inerente alla c.d. "confisca senza condanna"³, cioè la possibilità di disporre l'ablazione dei beni anche nel caso di sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione.

Background comune ai due distinti profili di doglianza, sottoposti al vaglio autorevole della *Grande Chambre*: il principio di legalità, *sub specie* del principio di colpevolezza, la cui emersione in ambito euro-convenzionale è, non a caso, coincisa con l'individuazione della natura giuridica della confisca ordinata in materia urbanistica per lottizzazione abusiva⁴.

Pur affrontando due distinte sotto-tematiche, la decisione assume rilievo, principalmente, in ragione del *revirement* operato in tema di confisca urbanistica e prescrizione del reato.

Sempre più spesso, nella materia penale, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo è chiamata, *melius re perpensa*, a una "riscrittura" o a una "spigolatura" del contenuto delle proprie decisioni giudiziarie.

Tre appaiono le principali ragioni di siffatto necessitato procedimento di *overruling* europeo: 1) l'insofferenza interna per statuizioni in grado di minare la c.d. *law enforcement* e cioè il rispetto e quindi il funzionamento dei sistemi interni⁵; 2) l'approccio casistico della Corte, spesso incentrata su aspetti secondari del caso specifico e la conseguente mancanza di sistematicità della giurisprudenza europea; 3) l'apoditticità motivazionale, che unitamente alle condizioni precedentemente indicate, genera sul piano interno rilevanti ripercussioni.

La necessità di rivedere alcune affermazioni contenute nelle sentenze della Corte non poteva non riguardare anche il principio di legalità previsto all'art. 7 della Convenzione, in riferimento al delicatissimo tema della prescrizione del reato e dell'effettività del diritto penale.

Non è un caso che siffatto rimodellamento delle decisioni europee, in tema di *nulla poena sine lege*, è occasionato a seguito delle problematiche ermeneutiche sollevate in tema di confisca edilizia, tematica legata a "doppio filo" con il tessuto convenzionale. Da un lato, infatti la ricerca delle c.d. "pene nascoste" movimentava vivacemente la giurisprudenza europea e tiene in fibrillazione i dati normativi interni, dall'altro le questioni aventi a oggetto l'ingerenza dello Stato incidente sul diritto di proprietà del cittadino, costituisce uno dei pilastri fondamentali del diritto convenzionale⁶.

LA CONFISCA "SENZA PROCEDIMENTO" VIOLA IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ (IL CASO G.I.E.M. S.R.L., HOTEL PROMOTION BUREAU S.R.L. E R.I.T.A. SARDA S.R.L.)

Come anticipato, la sentenza in disamina ha affrontato la questione dell'omessa partecipazione delle ricorrenti, società incise dalla misura ablatoria, al procedimento penale, riscontrando la violazione del principio di legalità.

È noto che l'affermazione europea di tale canone preminente aveva riguardato il dato testuale dell'art. 19, l. 28 febbraio 1985, n. 47, poi ricalcato dall'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 nell'interpretazione fornita dai giudici interni. Siffatta disposizione, infatti, prevede che: «*la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*».

³ Per un inquadramento ad ampio raggio della tematica cfr. M. 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 ss.

⁴ La sentenza in commento, al paragrafo 109, individua sinteticamente le diverse ipotesi di lottizzazione distinguendo quattro forme del reato: "materiale" (sostanziale o formale), "negoziale", "mista" e "mediante mutamento della destinazione d'uso".

⁵ Per quanto attiene alla prima ragione indicata, ha fatto molto discutere la sentenza della Grande Chambre, A. e B. c. Norvegia, intervenuta a riscrivere integralmente la garanzia del *ne bis in idem* in ossequio alle esigenze degli Stati contraenti che avevano lamentato un serio pericolo per il funzionamento interno del sistema tributario; siffatta pronuncia ha quindi sovvertito un vero e proprio formante giurisprudenziale, fino a quel momento in via di consolidamento, cfr. Corte e.d.u., Grande Chambre, 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia; altresì, Id., 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia; Id., 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia. Sul punto, ci sia permesso un richiamo a M. Lo Giudice, *Risposte giuridiche integrate in materia penal-tributaria e compatibilità dell'art. 649 c.p.p. al divieto di "double jeopardy" europeo*, in *questa rivista*, 3, p. 2018.

⁶ Basti ricordare che la rivoluzione "copernicana" attuata in tema di gerarchia delle fonti è avvenuta con le note sentenze nn. 348 e 349 del 2007, pronunciate in materia di corresponsione ai proprietari delle indennità d'esproprio.

Una lettura ermeneutica di tale norma aveva dato vita a un formante giurisprudenziale interno secondo cui il requisito per poter disporre la confisca – ritenuta amministrativa – e la conseguente ablazione al patrimonio del comune dei terreni, è una sentenza definitiva che accerta una lottizzazione abusiva, non essendo richiesta espressamente una “condanna” promanante dal giudice penale. Da tale considerazione interpretativa, la giurisprudenza interna aveva escluso la possibilità di confiscare i terreni lottizzati abusivamente solo nei casi di insussistenza del fatto-reato sotto il profilo oggettivo, ritenendo irrilevante l’eventuale sentenza di proscioglimento per insussistenza dell’elemento soggettivo e per estinzione del reato e invocando a sostegno la conferma letterale proveniente dall’art. 7, ultimo comma, l. n. 47/1985 (poi confluito nell’art. 31, comma 9, del d.P.R. citato), che, invece, in materia di ordine di demolizione, testualmente, richiede una sentenza di condanna (*ubi lex voluit dixit*).

Approccio esegetico che però si mostrava poco in linea con la rubrica dell’art. 44 del testo unico edilizia che, riportando la dizione “sanzioni penali”, suggeriva che la confisca dei terreni fosse da ricondurre all’accertamento del reato in tutti i suoi elementi (oggettivo e soggettivo).

Contrariamente a tale indicazione letterale introdotta nel 2001, la giurisprudenza di legittimità aveva affermato la natura “amministrativa”⁷ della confisca urbanistica⁸ con evidenti e non irrilevanti implicazioni pratiche; su tutte: la conferma della non indispensabilità di una sentenza di condanna (nel senso di una pronuncia di accertamento del reato in ogni suo elemento costitutivo) per disporre l’ablazione dei terreni al patrimonio del comune. Difatti, se bastevole al provvedimento ablatorio era un accertamento del giudice penale circa l’oggettiva sussistenza di una lottizzazione abusiva, a nulla rilevava l’eventuale insussistenza del reato per esclusione dell’elemento psicologico in capo all’autore, quando anche tale elemento fosse stato escluso in ragione della scarsa chiarezza/prevedibilità del quadro normativo e amministrativo di riferimento.

Il giudice penale, dunque, chiamato a disporre o meno la confisca per lottizzazione abusiva, in uno spazio cognitivo avulso dallo statuto penale, in supplenza amministrativa, poteva disinteressarsi della volontà dell’imputato dovendo applicare una misura amministrativa a tutela dell’equilibrio urbanistico e quindi della collettività, del territorio e del paesaggio.

Lo scrutinio valutativo dell’organo di potestà sanzionatoria, chiamato a disporre la confisca urbanistica, presentava nell’opinione del giudice di legittimità una “geometria variabile”, disperdendo all’occasione ogni connotato di matrice giurisdizionale/penalistica, instaurando un collaterale e incidentale sindacato amministrativo incentrato sulla verifica di una lottizzazione sul piano oggettivo⁹.

A risultare sacrificata, però da tale opzione esegetica, non era stata solo la sussidiarietà del diritto penale, e cioè l’idea che quest’ultimo intervenga quale *extrema ratio*, ma anche la tutela dei diritti umani in riferimento al principio di legalità oltre che la protezione del diritto alla proprietà.

Fin troppo evidente era che la confisca dei terreni ordinata all’esito del processo penale non fosse equa nel momento in cui “ignorava” la complessità delle questioni e il grado di responsabilità soggettiva in capo ai soggetti incisi.

Di lì, l’inevitabile coinvolgimento dei diritti fondamentali sanciti della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Come noto, nel caso Sud Fondi s.r.l., i rappresentanti delle società ricorrenti erano stati assolti dall’accusa di lottizzazione abusiva per carenza dell’elemento soggettivo, ai sensi dell’art. 5 c.p., essendo incorsi in errore scusabile ed inevitabile nell’interpretazione delle norme violate¹⁰.

I ricorrenti, in quella fattispecie, non erano stati messi in grado di conoscere il senso e la portata della legge penale, a causa di un errore insormontabile che non poteva essere in alcun modo a loro addebitato, con la conseguenza che qualunque sanzione (la confisca veniva ricondotta al novero delle sanzioni

⁷ La Corte di cassazione con la sentenza 12 novembre 1990, Licastro, affermò la natura di sanzione amministrativa obbligatoria a prescindere dall’emanazione di una sentenza di condanna; sul punto, cfr. R. Mendoza, *Lottizzazione abusiva: confisca obbligatoria e sentenza di accertamento*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1308. La tesi venne poi ratificata dalla Corte costituzionale, con l’ordinanza n. 187/1998, www.cortecostituzionale.it.

⁸ Cfr. Cass., sez. III, 16 novembre 1995, n. 12471, in *Cass. pen.*, 1997, p. 192.

⁹ A risultare “amministrativo” è dunque non solo il provvedimento ma anche «il regime che ne regola la vicenda giuridica», così T.A.R. Napoli, sez. III, 10 settembre 2018, n. 5433 ad avviso del quale nel caso di sanatoria la misura amministrativa può essere revocata «giacché il potere giurisdizionale non può sottrarre alla p. a. l’esercizio delle proprie funzioni».

¹⁰ In tal senso si era espressa la sentenza definitiva del procedimento a loro carico, cfr. Cass., sez. III, 29 gennaio 2001 n. 11716, in *Cass. pen.*, 2003, p. 244.

penali a seguito dell'applicazione dei ben noti criteri *Engel*) avrebbe violato palesemente il principio di colpevolezza per assenza di una base legale accessibile e prevedibile.

In risposta a quell'innovazione giurisprudenziale, la Corte di cassazione, pur continuando a non escludere la natura amministrativa della confisca urbanistica, ha fornito un'interpretazione adeguatrice del testo unico sull'edilizia, escludendo l'applicabilità della misura ablativa nei confronti di chi risultasse effettivamente in buona fede, sottoponendo così la limitazione patrimoniale a una "condizione soggettiva": l'accertamento di profili di dolo/colpa nella condotta dei soggetti sul cui patrimonio la misura viene ad incidere¹¹.

Seppur senza una pedissequa adesione alle indicazioni europee, i giudici di legittimità hanno offerto una soluzione – per quanto ambigua¹² – "sostanziale" al problema, da un lato, confermando la natura amministrativa, dall'altro evocando l'ineluttabilità del rispetto dell'imputazione soggettiva dei fatti in capo ai soggetti incisi dalla misura patrimoniale.

Sull'abbrivio di ciò, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza in commento, ha scrutinato la questione della confisca urbanistica senza partecipazione procedimentale, vagliando se l'estensione del provvedimento ablatorio a terzi non citati nella procedura potesse ritenersi compatibile con le garanzie di legalità sancite all'art. 7 Cedu.

In particolare, i ricorsi sottoposti al giudizio della Corte inerivano alcune società, proprietarie di suoli, sui quali era stata "estesa" la confisca, pur non avendo queste mai partecipato ad alcun procedimento penale¹³. Anche qui però una distinzione appare dirimente. Se è vero che le fattispecie sottoposte al vaglio della Corte europea riguardavano tutte la questione della confisca "al buio", cioè della misura ablatoria applicata a soggetti che non avevano partecipato al procedimento, lo è altresì che nelle maglie delle peculiarità casistiche dei singoli ricorsi s'individua una gradualità in termini di gravità della medesima violazione. Alcune ricorrenti erano state escluse in ragione della distinta soggettività giuridica rispetto agli imputati (legali rappresentanti o soci), mentre in un caso (G.I.E.M. s.r.l.) questa era rimasta estranea a qualunque condotta. Si trattava, infatti, di una società coinvolta nella medesima vicenda giudiziaria inerente la lottizzazione realizzata a Bari sulla costa di "punta Perotti", perché proprietaria di suoli confinanti con quelli della società Sud Fondi s.r.l.; in relazione a tali terreni la ricorrente non aveva però mai richiesto concessioni edilizie, né svolto attività edilizie, neppure preparatorie, né aveva mai avuto alcun ruolo nell'approvazione della lottizzazione o, tantomeno, stipulato alcuna convenzione di lottizzazione. Ciò nonostante tali suoli erano stati acquisiti al patrimonio del Comune di Bari per "integrazione d'ufficio", in forza del principio di "unicità dell'area lottizzata"¹⁴. Trascrizione della sen-

¹¹ Merita menzione una peculiare sentenza Cass., sez. III, 15 settembre 2016, n. 51429, in *CED Cass.*, n. 269289, che ha annullato una decisione della Corte territoriale che aveva fatto irragionevole uso di una massima d'esperienza al fine di escludere la buona fede dell'acquirente. Si trattava in particolare di terzi acquirenti di immobili su area destinata a verde agricolo con gradi ravvicinati di parentela con soggetti che avevano a loro volta acquistato analoghe e limitrofe aree destinate a verde agricolo e tutte oggetto di intervento edilizio, anche di notevoli dimensioni, con la conseguenza che l'acquisto contestuale, da parte di più soggetti legati da vincoli familiari, di più fondi limitrofi – tutti destinati originariamente a verde agricolo e successivamente edificati con la realizzazione di strutture immobiliari di rilevanti dimensioni – costituiva prova di un atteggiamento soggettivo incompatibile con la buona fede del terzo estraneo, perché indicativo dell'intento di realizzare o comunque di assicurarsi gli effetti del reato di lottizzazione. Sul punto i giudici di legittimità hanno affermato che «è insufficiente a espletare un accertamento di carenza di buona fede ai fini dell'assoggettamento alla confisca la sola ricostruzione di una rete di rapporti personali, sia pure particolarmente qualificati come il legame di parentela».

¹² Ambiguità dello statuto della confisca urbanistica, in parte, confermata dalla stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 49/2015, nella parte in cui ha ritenuto che l'obbligo di accertare il dolo o la colpa, in capo all'autore del reato o al terzo in buona fede, deve attuarsi nel quadro delle garanzie riservate alla materia penale e in particolare: la presunzione d'innocenza dell'imputato e le sue declinazioni (onere della prova in capo all'accusa, motivazione non stilistica). Per dirla in breve: una misura amministrativa, applicata dal giudice penale con le regole e le garanzie del diritto penale e processuale.

¹³ Si tratta delle ricorrenti G.I.E.M. s.r.l., Hotel Promotion Bureau s.r.l. in liquidazione e R.I.T.A. Sarda s.r.l. in liquidazione.

¹⁴ Cfr. Cass., sez. III, 18 gennaio 2006, n. 9644, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1746; orientamento ormai superato dalla giurisprudenza di legittimità che affida al giudice dell'esecuzione il compito di accertare, dal punto di vista oggettivo, l'effettiva esistenza della lottizzazione e, dal punto di vista soggettivo, l'insussistenza della buona fede nella condotta del terzo acquirente dell'immobile, sulla base di quanto provato dalla pubblica accusa; conformemente, Cass., sez. III, 15 settembre 2016, n. 51429, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4190, che afferma come, in tema di reati edilizi, la confisca di un immobile abusivamente lottizzato può essere disposta anche nei confronti dei terzi acquirenti, qualora nei confronti degli stessi siano riscontrabili quantomeno profili di colpa nell'attività precontrattuale e contrattuale svolta, per non aver assunto le necessarie informazioni sulla sussistenza di un titolo abilitativo e sulla compatibilità dell'intervento con gli strumenti urbanistici.

tenza di confisca avvenuta senza che la società o i suoi rappresentanti fossero stati parti del procedimento penale, rispetto alla quale non era valso lo strumento dell'incidente di esecuzione – esperito dalla ricorrente – conclusosi nel grado di legittimità¹⁵ con una declinazione di competenza verso il giudice civile, una volta ritenuta la confisca *de qua*: misura di sicurezza patrimoniale obbligatoria connessa alla oggettiva pericolosità della cosa, che il giudice può disporre anche nei riguardi di beni di terzi che non erano accusati e quindi non avevano partecipato al procedimento penale, fatto salvo l'accertamento della buona fede in sede civile.

Ciò premesso, la Grande Camera dopo aver ratificato le conclusioni cui era giunta la sentenza Sud Fondi s.r.l.¹⁶ – avallando la natura penale della confisca per lottizzazione abusiva e consolidando definitivamente il principio di colpevolezza in ambito europeo – giunge ad affermare la violazione dell'art. 7 sulla base del divieto di responsabilità per fatto altrui.

Le società ricorrenti infatti, in base al diritto vigente *ratione temporis*, non potevano essere chiamate a rispondere e/o non potevano essere rappresentate legalmente nel relativo procedimento penale, dei fatti criminosi posti in essere dai rispettivi soggetti gerenti e posti alla base del provvedimento di confisca.

Con argomentazioni di non immediata percezione, al paragrafo 247, la Grande Camera sottopone a verifica il coefficiente di "prevedibilità" della confisca di specie alla luce della circostanza che le società ricorrenti non erano parti in causa nei procedimenti applicativi della misura.

Richiamato un passaggio motivazionale della sentenza Varvara, viene affermato il basilare principio del divieto di responsabilità per fatto altrui, ritenendo incompatibile un sistema che operi diversamente, specie laddove quel medesimo ordito sancisce il principio di colpevolezza imponendo una base legale chiara e accessibile.

Si tratta di un'affermazione basilare che però si pone in distonia rispetto a quanto affermato qualche paragrafo prima (§ 243) laddove, richiamando, proprio, la sentenza Varvara, è operato un riferimento alla possibilità che gli Stati adottino «*forme di responsabilità oggettiva a livello delle presunzioni di responsabilità*».

Le perplessità¹⁷ avanzate dalla dottrina in ordine ai citati passaggi motivazionali persistono *per relationem* in riferimento alla sentenza in analisi. È curioso rilevare come in una pronuncia di Grande Camera che assume a *background* il principio di colpevolezza debbano trovarsi statuizioni possibiliste su forme arcaiche di responsabilità oggettiva.

A prescindere da tale rilievo, è agevole rilevare come il *leitmotiv* della sentenza sia l'accostamento di due garanzie convenzionali: da un lato il principio di legalità, dall'altro la presunzione d'innocenza, trattando-

¹⁵ Ibid. che, dopo aver individuato la natura di misura di sicurezza patrimoniale obbligatoria, ha precisato che la proprietaria del terreno poteva far valere i propri diritti innanzi ai giudici civili (richiamando i precedenti Cass., 4 dicembre 1995, n. 4262, in *Cass. pen.*, 1997, p. 197; e ancora, in senso del tutto conforme, Cass., 5 marzo 1999, n. 292, in *Giust. pen.*, 1996, II, c. 503, «*proprio la natura reale dell'istituto giuridico in esame induce a prescindere dall'individuazione dei soggetti titolari dei terreni e delle opere abusivamente lottizzati, consentendo così l'applicazione della confisca su tali beni solo ove l'accertamento giudiziale, come nel caso che occupa, abbia consentito di stabilire l'esistenza di una lottizzazione abusiva, indipendentemente da una condanna o dall'accertamento di singole o specifiche responsabilità penali. Inoltre la possibilità che la confisca urbanistica – proprio in virtù del concetto di unicità della lottizzazione comprendente l'intera area dalla stessa interessata – possa attingere anche beni di soggetti estranei al reato (e allo stesso processo penale) è confermata dalla "ratio" dell'istituto ispirata ad impedire che la lesione della riserva pubblica di programmazione del territorio sia portata a conseguenze ulteriori (da ultimo, Cass. Sez. 3[^], n. 38730 del 06/10/2004)*».

¹⁶ Deve notarsi come nell'opinione parzialmente dissidente dei giudici Spano e Lemmens sia contestata fortemente la sentenza Sud Fondi s.r.l. laddove ha qualificato la confisca edilizia italiana, seguendo i c.d. *Engel's criteria*, come "pena". Pur non convincendo nella parte in cui cerca di confutare i requisiti della qualificazione formale interna, della natura, della obbligatorietà e della gravità, l'opinione contesta non l'*an* della violazione ma il *quomodo*, e perviene alla conclusione dell'accertamento della violazione della Cedu per altra via. Ad avviso dei due giudici: «*imporre una misura di confisca ad una parte in un procedimento giudiziario che non abbia avuto la possibilità di difendersi [...] non ha molte chance di essere considerata una violazione proporzionata al diritto al rispetto dei beni*». Individuando, dunque, quale *modus discensus* all'accertamento della violazione della convenzione il principio di proporzionalità ricavabile dall'art. 1 prot. Add. 1 della Cedu i giudici giungevano a porre in discussione la qualificazione penale della confisca edilizia.

¹⁷ In ordine a tali momenti motivazionali, fin dall'inizio, era stato attentamente rappresentato come fosse «*difficile, quindi, sfuggire alla sensazione che la sentenza Varvara costituisca un arretramento sul piano del riconoscimento internazionale di fondamentali principi garantistici inerenti al concetto di responsabilità penale personale: qualora l'interpretazione da essa recepita si consolidasse, così determinando una netta inversione di marcia rispetto al percorso innovativo avviato dalla seconda pronuncia Sud Fondi, occorrerebbe chiedersi quale sia il reale valore aggiunto apportato in questa materia dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale si limiterebbe a bandire forme di responsabilità appartenenti ai primordi del diritto penale o a momenti patologico-regressivi della Storia*». Così A. Balsamo, *La Corte Europea e la "confisca senza condanna"*, cit.

si, nell'opinione della Corte, di garanzie aventi un minimo comune denominatore: la tutela della persona a non essere sottoposta ad una pena senza che la responsabilità sia provata. Affiancamento che consente alla Corte di estendere le affermazioni interpretative riferite all'art. 6 § 2 anche all'art. 7 della Cedu.

E proprio tale "osmosi" interpretativa costituisce un'importante svolta della giurisprudenza europea, che si pone in netta controtendenza con il pregresso formante di precedenti, specie laddove ammette l'operatività del principio del *nulla poena sine lege* anche in assenza di un procedimento penale ai sensi dell'art. 6 Cedu. La sentenza in analisi¹⁸ ha, infatti, realizzato un "capovolgimento" esegetico atteso che nel caso di specie non si sarebbe dovuto applicare l'art. 7 (o l'art. 6 capo penale) visto che nessuna accusa era stata formulata alla società ricorrente, che non aveva partecipato ad alcun procedimento.

Anche se, invero, il vero "capovolgimento esegetico" ha riguardato la c.d. "terza conseguenza"¹⁹ del principio di legalità convenzionale: l'impossibilità di disporre una confisca senza condanna.

LA CONFISCA SENZA (UN GIUDICATO FORMALE DI) CONDANNA. VERSO UN RAFFORZAMENTO DELL'ACTIO IN REM?

La soluzione interpretativa adottata con la sentenza Varvara c. Italia (sentenza *spin-off* della sentenza Sud Fondi s.r.l. c. Italia²⁰), in materia di confisca urbanistica ordinata contestualmente alla declaratoria di prescrizione del reato, è stata oggetto di ripensamento da parte della Grande Camera.

La sentenza della Camera, nell'interpretare l'art. 7 della Convenzione europea, aveva affermato l'esistenza di una preclusione all'applicazione della confisca edilizia nei casi di sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione.

Sillogismo portante di quella dibattuta pronuncia era il seguente: se nessuna condanna può essere pronunciata senza accertamento di responsabilità *ergo* nessuna pena può essere disposta senza una condanna che accerti la responsabilità²¹.

Siffatta declinazione del principio di legalità è stata oggetto, con la decisione in commento, e seppur a maggioranza ristrettissima, di un *self-restraint* da parte della Grande Camera.

La sentenza Varvara, muovendo dalla giurisprudenza precedente, aveva ritenuto che l'emersione del principio di colpevolezza in materia penale, susseguente alla sentenza Sud Fondi s.r.l. avrebbe reso contraddittorio e incoerente la validazione di una sentenza interna, applicativa di una confisca penale, allorquando la «responsabilità non era stata accertata»²².

Nel vasto e multiforme "arcipelago" delle confische, la sentenza Varvara c. Italia aveva, in ragione della innovatività della statuizione, a tacere della sua apoditticità, acceso un vibrante dibattito dottrinale e giurisprudenziale di dimensioni tali da richiedere l'intervento della Corte costituzionale.

Intervento che, muovendo dalla questione specifica della dubbia ostatività all'applicazione della confisca penale di una sentenza di non doversi procedere per prescrizione, era giunto fino al punto di mettere in discussione il valore stesso delle sentenze emanate dalla Camera della Corte europea.

In vero, fin da subito, la migliore dottrina aveva rilevato l'esistenza, in tale discussa pronuncia europea, di una evidente "interpolazione"²³ sul tessuto giurisprudenziale europeo, in punto di «*identificazione tra accertamento di responsabilità e pronuncia di condanna ai fini della integrazione del presupposto dell'irrogazione di una confisca qualificabile come pena ai sensi dell'art. 7 CEDU*», al punto da profetizzare un'inevitabile revisione.

Decisione che mal si conciliava in chiave sistemica con la precedente giurisprudenza della Corte chiamata a valutare la compatibilità di misure ablativo (misure di prevenzione o *actio in rem*) particolarmente invasive che però erano (e sono tuttora) sottratte al controllo di compatibilità con l'art. 7 della Cedu²⁴.

¹⁸ Si veda in argomento quanto evidenziato nell'opinione concordante del giudice Motoc.

¹⁹ Cfr. C. edu, Varvara, cit. § 67.

²⁰ C. edu, sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1278, con nota di P. Moscarini; Id., sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1392 con nota di A. Balsamo.

²¹ Cfr. C. edu, 29 ottobre 2013, cit. § 63.

²² § 72 Varvara. Il caso Varvara si era concluso, dopo un travagliato iter processuale con esiti altalenanti, una sentenza della Corte di cassazione che aveva annullato senza rinvio, dichiarata la prescrizione, la sentenza della Corte di appello territoriale che aveva condannato l'imputato per il reato di lottizzazione abusiva.

²³ A. Balsamo, *La Corte Europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1392 ss.

²⁴ Fermo il giudizio, sul punto, del giudice Paulo Pinto de Albuquerque nell'opinione dissenziale alla sentenza Varvara, laddove afferma che «la Corte accorda garanzie più deboli ad alcune misure di confisca più gravi, addirittura più intrusive, e garanzie più

In questo contesto, s’inserisce la sentenza della *Grande Chambre* sul caso G.I.E.M. ed altri, con un netto ridimensionamento della portata espansiva delle statuizioni contenute nella sentenza Varvara c. Italia; pronuncia che, come anticipato, aveva individuato la c.d. terza conseguenza del principio di legalità convenzionale, e cioè: l’esigenza ai fini della punibilità di una dichiarazione di responsabilità che permetta di imputare il reato al suo autore²⁵.

La sentenza affronta le specifiche e peculiari doglianze proposte da uno dei ricorrenti (Gironde), proprietario di un suolo di ragguardevoli dimensioni, sottoposto, per quanto attiene all’area di cantiere e alle opere edilizie esistenti, a confisca, da parte delle autorità giudiziarie italiane. Provvedimento ablativo adottato dal Tribunale di primo grado nonostante il reato di lottizzazione abusiva fosse estinto per prescrizione. Impugnata quella decisione, la Corte di appello aveva assolto l’imputato ritenendo insussistente sotto il profilo oggettivo il reato in questione. Tuttavia, investita del ricorso per cassazione da parte del Procuratore Generale, la Corte di cassazione²⁶ aveva annullato senza rinvio l’assoluzione nel merito, ritenendo configurabile il reato di lottizzazione sotto una diversa lettura del quadro normativo di riferimento, e attribuendo nuova “forza vincolante” alle statuizioni del giudice di primo grado, il quale aveva già valutato la sussistenza del reato in chiave materiale in uno alla responsabilità soggettiva dell’imputato. Di conseguenza tornava a operare la confisca disposta sulle aree di cantiere e sulle opere edilizie ivi insistenti.

Rispetto a tale fenomenologia casistica, la Grande Camera ha ritenuto di dover chiarire (*recte*: ribaltare) la sentenza Varvara c. Italia, affermando che una confisca, qualificata come sanzione penale ai sensi della Convenzione, deve essere sempre sorretta da un accertamento di responsabilità in chiave soggettiva dell’autore, senza però che ciò imponga categoricamente una sentenza di “condanna” o, per meglio dire, di un “giudicato formale condannatorio”.

A essere rinnegata è dunque la pretesa e criticata identificazione tra l’accertamento di responsabilità e la pronuncia di condanna.

In altri termini, a detta della sentenza in commento, l’accertamento di responsabilità penale non deve necessariamente essere contenuto in una condanna “formale” cioè una sentenza emanata *ex art.* 533 c.p. potendo questa essere contenuta (direttamente o *per relationem*) in una pronuncia in rito²⁷. Per dirla in breve: ciò che osta al diritto convenzionale non è la confisca “senza condanna” (intesa come condanna formale), quanto la confisca “senza colpevolezza”. Colpevolezza che però può essere riconosciuta, nella parte motiva della decisione, dalle autorità interne a prescindere dal *dictum* del suo dispositivo.

Due i fondamenti di tale ripensamento giurisprudenziale: da un lato, l’approccio sostanzialista della Corte di Strasburgo che prescinde dal contenuto del dispositivo, dovendo analizzare la motivazione quale parte integrante della decisione, dall’altro l’esigenza di garantire “la lotta contro l’impunità” dovuta a una inefficienza del sistema che prevede limiti prescrittivi troppo brevi. Esigenza che seppur ricavabile da alcune radicate pronunce – tra tutte è citata la sentenza di grande Camera El-Masri c. ex-Repubblica di Jugoslavia²⁸ – suscita qualche perplessità per la decontestualizzazione del principio richiamato.

In altre parole, un conto è che lo Stato deve perseguire gli autori di reati in maniera effettiva, in ossequio al divieto di trattamenti inumani e degradanti e alla necessità di indagini effettive laddove sia in gioco la condotta di rappresentanti dello Stato (profilo procedurale dell’art. 3 Cedu), scongiurando il

forti a misure di confisca meno gravi. Alcune misure «civili» e certe misure di «prevenzione penale» che nascondono una vera misura di annientamento delle capacità economiche degli imputati, talvolta sotto la minaccia della detenzione in caso di mancato pagamento della somma dovuta, sono sottoposte ad un controllo debole e vago, sfuggono addirittura al controllo della Corte, mentre alcune misure di natura intrinsecamente amministrativa sono talvolta assimilate a pene e sottoposte al controllo più rigoroso degli articoli 6 e 7 della Convenzione».

²⁵ § 71 «une interprétation de l’article 7 qui exige pour punir, une déclaration de responsabilité par les juridictions nationales, qui puisse permettre d’imputer l’infraction et d’infliger la peine à son auteur».

²⁶ Cass., sez. III, 22 aprile 2010, n. 34865, pronunciatisi sul ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza di assoluzione nel merito da parte della Corte di appello di Reggio Calabria per insussistenza dell’elemento oggettivo, ha obliterato la sentenza di appello territoriale, che aveva assolto l’imputato per insussistenza sotto il profilo oggettivo. Con tale pronuncia la Cassazione annulla senza rinvio la sentenza assolutoria dichiarando l’intervenuta prescrizione (avvenuta nel 2002) rinviando però alle motivazioni del giudice di primo grado che a detta della Suprema Corte «legittimamente e razionalmente» aveva «ritenuto integrato in concreto il reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi oggettivo e soggettivo, avendo ravvisato, con argomentazioni logiche, una partecipazione, quanto meno colpevole, alla vicenda lottizzatoria dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione è stata adottata».

²⁷ Precisa la lezione della Corte costituzionale secondo cui «la categoria delle sentenze di proscioglimento comprende, accanto a quelle ampiamente liberatorie con formule in fatto, anche “sentenze che, pur non applicando la pena, comportano – in diverse forme e gradazioni – un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell’imputato o, comunque, l’attribuzione del fatto all’imputato stesso e ciò in particolare vale per le dichiarazioni di estinzione del reato per prescrizione» così C. Cost., 4 aprile 2008, n. 85, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1046, con nota di M. Bargis.

²⁸ Corte e.d.u., Grande Chambre, El-Masri c. Ex Rep. Jugoslavia di Macedonia, in *www.echr.coe.int*, § 192.

rischio di una prescrizione che apra le maglie dell'impunità, altro è sostenere che una sentenza dichiarativa della prescrizione è conforme al principio di colpevolezza purché vi sia una condanna sostanziale. In quest'ultimo caso l'esigenza di effettività andrebbe bilanciata con il sacrosanto diritto all'oblio dell'imputato, di cui però in motivazione non vi è alcun cenno.

Nel quadro di una decisione certamente innovativa, a permanere, in capo al lettore, è invece la consapevolezza dell'eccessivo affidamento alla materia penale di fattispecie che dovrebbero essere affrontate dall'angolo visuale di altre garanzie convenzionali, su tutte: il diritto di proprietà (art. 1 prot. add. 1).

Infatti, ciò che più appare inaccettabile in tema di confisca edilizia non è tanto la problematica (seppur importante) dell'applicabilità in presenza di una decisione sulla prescrizione, quanto che siffatta misura ablatoria venga ritenuta una efficace "panacea" in grado di disgregare gli elefantiaci problemi nazionali sottesi alla materia urbanistica.

In prospettiva *de jure condendo*, la sentenza in commento impone un necessario ripensamento delle misure di confisca urbanistica che prasseologicamente – come nelle vicende oggetto di disamina da parte della Corte europea – sono sovente assolute, non graduali e illimitate.

L'assenza di flessibilità della sanzione ablatoria impone di riflettere sulla necessità di prevedere una confisca in grado di attagliarsi al caso di specie, nell'interesse della collettività.

Come suggerito da tempo²⁹, l'adozione di misure ripristinatorie quali la demolizione delle opere non conformi, l'annullamento del progetto di lottizzazione in luogo di misure drastiche, magari dietro comminatoria di responsabilità penale personale in caso d'inottemperanza, garantirebbero al meglio le esigenze del territorio, nonché farebbero riacquistare forza ed effettività a un diritto penale fortemente indebolito *in subiecta materia*.

Sotto questo aspetto la sentenza in commento, nella parte in cui invoca maggiore proporzionalità delle misure di confisca urbanistica, potrebbe giocare un ruolo culturale dirimente in chiave di evoluzione della normativa di riferimento.

Altrettanto dirimenti si riveleranno le conseguenze, nel vasto e tormentato quadro delle misure di confisca, della *débâcle* della sentenza Varvara.

Una volta elevata a "diritto vivente europeo" la recessività del diritto all'oblio dell'imputato al cospetto delle istanze di efficientismo della politica criminale patrimoniale, si otterrà la conferma che anche sul versante europeo la confisca rappresenta, per dirla con autorevole dottrina: «l'unico avamposto irrinunciabile, la prima forma di risposta statale coercitiva a cui sono affidate, anzitutto, le medesime istanze retributive, non senza chiare contaminazioni di marca generalpreventiva»³⁰.

La sentenza della Grande camera, s'innesta perfettamente, in un contesto normativo³¹ e giurisprudenziale³², inteso a rafforzare la funzione *in rem* (i.e. la strategia di profilassi economica) del diritto penale con evidente sacrificio del diritto all'oblio in capo all'autore del fatto criminoso.

Efficientismo della politica criminale garantito dall'utilizzo di misure atipiche in grado di resistere alla prescrizione che proprio grazie alla sentenza in commento subirà un'ulteriore evoluzione espansiva.

Se infatti la sentenza della Grande camera ha reciso il nesso esistente tra l'applicazione di una confisca "penale" e la prescrizione del reato, allora tutto lo sforzo giurisprudenziale inteso a etichettare le misure ablatorie come misure di sicurezza non sarà più utile ai fini.

La sentenza Varvara della Corte di Strasburgo aveva, infatti, "blindato" le misure patrimoniali prettamente penali, in caso di prescrizione del reato, imponendo ai giudici interni una certa forza(tura) ermeneutica volta a individuare la natura atipica di misura di sicurezza.

Superato l'ostacolo testuale della nozione di condanna, intesa non più quale giudicato formale, ma quale

²⁹ Parla di modello d'intervento "bifasico" A. Balsamo, *La Corte Europea e la "confisca senza condanna"*, cit.

³⁰ Così, V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1259 ss.

³¹ Il nuovo articolo 578-bis del codice di procedura penale, come introdotto dal d.lgs. 1° marzo 2018, n. 68, prevede che «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».

Parimenti, all'art. 12-sexies, d.l. n. 306/1992 convertito in l. n. 356/1992, è stato aggiunto il nuovo comma 4-septies, così recitante «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».

³² Cass. sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1384, con nota di F. Lumino.

accertamento sostanziale nel merito della responsabilità del soggetto, unico baluardo all'applicazione di una confisca in caso di prescrizione era rimasta la natura prettamente afflittiva della misura patrimoniale.

È noto, infatti, che le sezioni unite della Corte di cassazione, in conformità al *dictum* della sentenza Varvara, ammettevano la confisca del prezzo e del profitto del reato (in materia di corruzione), trattandosi di una misura ripristinatoria non avente natura di sanzione penale, ma di misura di sicurezza, avendo cura di specificare che il diritto all'oblio dell'imputato opera solo «*ai fini dell'applicazione della pena*». La medesima pronuncia escludeva di converso la confisca "per equivalente" in presenza di sentenza di prescrizione, e correlativo accertamento di responsabilità contenuto in una condanna, stante che questo particolare archetipo ablativo, coinvolgendo una porzione del patrimonio che in sé non presenta alcun elemento di collegamento col reato, assolve «*una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza*»³³.

Alla luce del mutato indirizzo europeo, la giurisprudenza di legittimità (o meglio la *law in action*), fino a oggi conformatasi agli insegnamenti della Corte europea, dovrebbe prendere atto del mutato quadro di riferimento e ritenere ammissibile anche la confisca "penale" (si pensi alla confisca *ex art. 322-ter* del prezzo o profitto per equivalente ovvero, esemplificativamente, al caso della confisca per il reato di cui all'*art. 171-ter*, l. n. 633/41³⁴) ordinata a seguito di una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, purché in presenza di una sentenza di condanna (nel senso sostanziale) rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare.

Non desterà stupore, dunque, un'eventuale pronuncia interna che giungesse ad affermare che le confische riconducibili agli archetipi di matrice penalistica possano applicarsi pur in presenza di una decisione di non doversi procedere per intervenuta prescrizione, purché vi sia stato un accertamento circa la sussistenza dell'elemento oggettivo e soggettivo. Se infatti alla confisca edilizia deve essere attribuita una natura penale ed essa può applicarsi legittimamente in caso di prescrizione, nel pieno rispetto delle garanzie europee, non si vede il motivo perché il medesimo ragionamento non possa farsi per tutte le altre ipotesi di confisca "etichettate" sul piano interno come penali. Gli effetti favorevoli della prescrizione e il correlativo diritto all'oblio resterebbero, dunque, confinati alle pene in senso stretto e alle misure di sicurezza personali.

Il regime giuridico della confisca penale in rapporto alle declaratorie di estinzione del reato per prescrizione/amnistia potrebbe dunque allinearsi a quello previsto all'*art. 578 c.p.p.* per le statuizioni civili (addirittura superando lo sbarramento del giudicato formale in primo grado). In breve: gli scenari giurisprudenziali futuri inerenti gli archetipi di confisca penale potrebbero garantire alla misura patrimoniale un'immunità agli effetti della prescrizione.

* * *

B) I profili processuali – *Procedural aspects*

(di ANTONINO PULVIRENTI)

La decisione in commento, nel chiarire che la legittima applicazione di una pena sostanzialmente intesa richiede non già una sentenza "formale" di condanna, bensì un provvedimento giurisdizionale accertativo, in concreto, della penale responsabilità, pone talune questioni giuridiche di matrice processuale. Anzitutto, l'Autore, muovendo dalla non compiutezza delle argomentazioni svolte dalla Grande Camera, analizza le possibili ricadute sulla normativa interna in merito al *minimum* probatorio e alle regole di giudizio richiesti per la suddetta pronuncia. Successivamente, l'attenzione ricade sull'affermazione, da parte dei giudici europei, della incompatibilità con la presunzione d'innocenza dell'accertamento incidentale di colpevolezza compiuto dalla Corte di cassazione. Frizione quest'ultima, che derivante dall'assenza nel giudizio di legittimità di pieni poteri di accertamento, sollecita la ricerca di soluzioni idonee a garantire l'adeguamento della disciplina nazionale al *dictum* della Grande Camera.

³³ Cass. Sez. Un., 26 giugno 2015, cit.

³⁴ Cfr. Cass. sez. III, 28 settembre 2017, n. 52434, laddove, constatato che il giudizio di merito non si è concluso con una sentenza di condanna e preso atto del carattere sanzionatorio della misura, la ritiene inapplicabile *sub specie*.

The decision in comment, in clarifying that the legitimate application of a penalty substantially understood requires not a “formal” judgment of conviction, but a judicial review, specifically, of the criminal liability, poses certain legal issues of procedural origin. First of all, the Author, moving from the non-completeness of the arguments made by the Grand Chamber, analyzes the possible effects on the internal regulations regarding the minimum evidence and the rules of judgment required for the aforementioned pronouncement. Subsequently, the attention debates about the affirmation, by the European courts, of the incompatibility with the presumption of innocence of the incidental assessment of guilt made by the Court of Cassation. This last one, which derives from the absence of full assessment powers in the judgment of legitimacy, solicits the search for suitable solutions to guarantee the adaptation of the national regulations to the dictum of the Grand Chamber.

L'ANTIFORMALISMO DELLA CONDANNA E DEL PROCEDIMENTO NECESSARI PER L'APPLICAZIONE DELLA CONFISCA PENALE

La Corte europea, così come in un recente passato aveva elaborato un «concetto antiformalistico» di materia penale³⁵, rinvenendo la natura di pena nella confisca applicabile in conseguenza del reato di lottizzazione abusiva³⁶, adesso, muovendosi in linea con una precedente statuizione del nostro Giudice delle leggi³⁷, ha aderito a un concetto, altrettanto informale, di «sentenza di condanna». O, meglio, di quel provvedimento giudiziale che, vertendosi per l'appunto in materia penale, è condizione imprescindibile perché si possa applicare a un soggetto una sanzione penale. Muovendo dal presupposto dell'estrema eterogeneità tipologica delle sentenze penali, la Corte di Strasburgo ha sottolineato come quel che rileva non è la formale ascrivibilità della dichiarazione giudiziale al *genus* “condanna”, bensì il fatto che il provvedimento giurisdizionale, quale che sia la sua denominazione, contenga un concreto accertamento sulla responsabilità, il quale, a sua volta, sia stato effettuato sulla base di un procedimento “equo”³⁸.

Una tale equiparazione si iscrive perfettamente nell'usuale logica decisoria della Corte europea, volta a tutelare il “nucleo forte” delle garantigie convenzionali, così che le stesse possano essere protette in modo effettivo e non semplicemente “cartolare”³⁹. Proprio per ciò quel che emerge preminentemente, nella decisione in commento, non è tanto l'affermazione secondo cui un accertamento e un procedimento devono necessariamente precedere l'applicazione della pena (sostanzialmente intesa), quanto la

³⁵ Cfr. V. Manes, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2204. Nel § 210 della sentenza in commento, la Corte richiama la propria giurisprudenza sul concetto di «pena» contenuto nell'art. 7 Cedu, rammentando come esso abbia una portata autonoma, giacché «per rendere efficace la tutela garantita da questa norma, la Corte deve rimanere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una particolare misura costituisca in sostanza una “pena” nel senso di tale articolo».

³⁶ Il riferimento, ovviamente, è alla sentenza C. edu, sez. II, Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia, 20 gennaio 2009, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3504, con nota di A. Balsamo, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*. Sul contenuto di tale decisione, si rinvia, tra gli altri, a F. Mazzacuva, *Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540. La nozione di pena recepita nella “sentenza Sud Fondi” è poi stata ribadita nella sentenza C. edu, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1392, con nota di A. Balsamo.

³⁷ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1623. Per un approfondimento della sentenza si rinvia a V. 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 s. Sottolinea come i giudici di Strasburgo sembrano essere stati «sollecitati» dalla suddetta pronuncia costituzionale anche 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 *Dir. pen. cont.*, n. 7/8, 2018, p. 226.

³⁸ In tal modo, la decisione in rassegna si sarebbe discostata da quanto precedentemente affermato in C. edu, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, cit. Questa almeno è l'opinione prevalente (v., tra i tanti, A. Galluccio, *Confisca senza condanna*, cit., 226; in giurisprudenza, Cass., sez. I, 20 gennaio 2015, n. 7860, in *CED Cass.*, n. 262759), non condivisa da Corte cost., n. 49/2015, cit., secondo cui trarre dalla sentenza Varvara un significato di sentenza di condanna circoscritto alla dichiarazione formale di colpevolezza costituisce un «frintendimento», dovuto al fatto che, pur in presenza di espressioni dal significato non immediatamente percepibile, si omette di «collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione». Il «lessico ondivago» utilizzato dalla Corte europea nella “sentenza Varvara” è evidenziato da V. Mongillo, *La confisca senza condanna*, cit., p. 423: nella stessa pronuncia si parla «talora di *condamnation* (§ 60-61), *verdict de culpabilité* (§ 67), *personne condamnée* (§ 71), *jugement de condamnation* (§ 72), e talaltra, più genericamente, di *constat* (§ 67, 69) o *déclaration de responsabilité* (§ 71)».

³⁹ Logica non a caso richiamata nel § 216 della sentenza: «è fondamentale che la Convenzione sia interpretata e applicata in modo da rendere le tutele concrete ed efficaci, e non teoriche ed illusorie».

specificazione in ordine al contenuto minimo che il primo deve avere e ai parametri minimi che il secondo deve rispettare. Specificazioni minimali che, però, come si dirà successivamente, non si sono poi evolute in elaborazioni concettuali compiute e facilmente intelleggibili⁴⁰.

Sotto il primo profilo, la decisione, ribadendo la tesi già esposta nella “sentenza Sud Fondi”, puntualizza come il principio di legalità penale esige che l’accertamento presupposto della pena riguardi non soltanto «l’elemento oggettivo del reato», ma anche l’esistenza di un «legame di natura intellettuale» (*mental link*) tra detto elemento e «la persona che ne è considerata l’autore». Assunto che, secondo i giudici di Strasburgo, non si rinviene testualmente nell’art. 7 Cedu, ma è da questo inevitabilmente postulato sul piano logico. Anche in questo caso il ragionamento non è innovativo, posto che la Corte si limita a “rispolverare” quanto elaborato nella “sentenza Sud Fondi”, i cui passaggi peraltro richiama letteralmente: «la logica della pena e della punizione, così come la nozione di “guilty” (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di “*personne coupable*” (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell’articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell’autore materiale del reato. In caso contrario la pena non sarebbe giustificata»⁴¹.

Sotto il secondo profilo (quello strettamente procedimentale), la Corte “spezza” esplicitamente il nesso pena-procedimento penale, affermando senza remore che l’art. 7 Cedu «non esclude la possibilità per le autorità nazionali di imporre “pene” mediante procedure diverse dai procedimenti penali nel senso del diritto nazionale»⁴², assumendo rilevanza, piuttosto, che la «dichiarazione di responsabilità penale (...) derivi da un procedimento che soddisfi le esigenze dell’articolo 6»⁴³. A tal fine – precisa la Corte – non è necessario che all’applicabilità dell’art. 7 Cedu corrisponda sempre la «criminalizzazione» della relativa procedura, rientrando nell’esercizio del «potere discrezionale» degli Stati stabilire che la pena «sia imposta in primo luogo da un’autorità amministrativa» tramite un «procedimento di natura amministrativa»⁴⁴. Assunto che trova il suo completamento nell’ideale collegamento con l’elaborazione che del medesimo principio aveva già fatto la seconda sezione della Corte nella sentenza Grande Stevens c. Italia, non a caso espressamente richiamata dalla Grande Camera⁴⁵: se affidare a un’autorità amministrativa il compito di perseguire e reprimere una violazione inerente alla materia penale non è incompatibile con la Convenzione, occorre tuttavia che agli interessati sia riconosciuto il potere di «impugnare qualsiasi decisione adottata in questo modo nei loro confronti dinanzi a un tribunale che offra le garanzie dell’articolo 6»⁴⁶.

Poste tali premesse, il percorso verso la condanna dell’Italia per il “trattamento” riservato ai ricor-

⁴⁰ Analoghe perplessità si rinvengono in G. De Marzo, *Confisca di immobili e lottizzazione abusiva (Osservazioni a Corte eur. diritti dell’uomo, 28 giugno 2018, Soc. Giem)*, in *Foro it.*, 2018, IV, p. 390, il quale rimarca che «le articolate valutazioni espresse dalla Corte europea, sia pure nella sua composizione più autorevole, non si prestano ad una lettura agevole sia nelle premesse interpretative, sia nelle implicazioni pratiche».

⁴¹ Così nel § 241 della sentenza, che, a sua volta, riporta il § 116 della sentenza Sud Fondi.

⁴² V. § 233.

⁴³ V. § 252.

⁴⁴ V. § 254.

⁴⁵ Un richiamo alla sentenza C. edu, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 129, proprio nella parte qui considerata, è contenuto anche nella sentenza Corte cost. n. 49/2015, cit., in un passaggio che la decisione in commento riporta integralmente (v. § 133).

⁴⁶ Così C. edu, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, cit., § 138. Nel paragrafo successivo la decisione citata prosegue affermando che «il rispetto dell’articolo 6» presuppone che «la decisione di un’autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni dell’articolo 6 sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione (Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro e Pfarrmeier c. Austria, sentenze del 23 ottobre 1995, rispettivamente §§ 34, 37, 42 e 39, 41 e 38, serie A nn. 328 A-C e 329 A C). Fra le caratteristiche di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione figura il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall’organo inferiore. In particolare esso deve avere competenza per esaminare tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto che si pongono nella controversia di cui si trova investito ...». La prospettiva di un “canale amministrativo” comunicante, per il tramite di un mezzo d’impugnazione, con il “canale processuale (penale)” non è però conciliabile con l’attuale assetto del nostro codice di rito, nel quale, piuttosto, le due attività sono nettamente distinte e separate, al punto che, in presenza di indizi di reato emergenti nel corso dello svolgimento di attività amministrative extraprocessuali (di tipo ispettivo o di vigilanza), deve subito procedersi con l’applicazione delle norme processuali penali, determinandosi, in caso contrario, l’inutilizzabilità degli atti compiuti (da ultimo, Cass., sez. III, 30 gennaio 2015, n. 7930, in *Fisco*, 2015, p. 1273).

renti destinatari di un provvedimento di confisca per lottizzazione abusiva è risultato sostanzialmente obbligato, tanto da consentire alla Corte di sottrarsi a ulteriori approfondimenti dei principi sopra enunciati, che, diversamente, sarebbero stati inevitabili.

Con la sola eccezione del “caso Gironda”, infatti, tutti i ricorsi decisi dalla sentenza in esame provenivano da persone giuridiche rimaste estranee ai procedimenti penali conclusi con la confisca delle loro proprietà immobiliari. In un caso (G.I.E.M. S.r.l.), la società ricorrente aveva subito la misura ablativa sol perché proprietaria di terreni inclusi nella convenzione di lottizzazione senza che la società stessa o i suoi rappresentanti fossero mai stati sottoposti a procedimento penale⁴⁷; in un altro (R.I.T.A. Sarda S.r.l. e Hotel Promotion Bureau S.r.l.), la società aveva subito la stessa misura all’esito di un procedimento penale instaurato, non direttamente nei suoi confronti, ma contro i suoi rappresentanti⁴⁸. La Grande Camera, quindi, non ha dovuto aggiungere specificazioni sui contenuti della sentenza di condanna e del procedimento giurisdizionale che, in questi casi, devono essere garantiti in ossequio al principio di legalità (art. 7) e alla sua connessa dimensione processuale (art. 6), essendosi potuta limitare a constatare come, a monte, nei confronti delle suddette società ricorrenti non fosse mai intervenuta una sentenza (né formale né sostanziale) dichiarativa della colpevolezza e non fosse mai stato instaurato un procedimento (anche non penale in senso stretto). Eppure, in una visione più ampia di quella delimitata dalla fattispecie concretamente decisa dai giudici della Corte, tali approfondimenti tematici sarebbero risultati molto utili, giacché avrebbero consentito all’interprete di enucleare dalla sentenza della Grande Camera dei veri e propri principi di diritto aventi, di fatto, portata generale e idonei, in futuro, a prevenire ermeneuticamente nuovi conflitti tra la disciplina interna in tema di confisca punitiva e la Convenzione europea.

LA SENTENZA SOSTANZIALE DI CONDANNA E LE PRESUNZIONI PROBATORIE

Un punto, ad esempio, che la decisione accenna ma – per le ragioni sopra dette – non esplica fino in fondo attiene ai profili probatori propri dell’accertamento incidentale sugli elementi oggettivi e soggettivi della lottizzazione abusiva, che il giudice è tenuto a effettuare nel caso in cui, sopravvenuta una causa estintiva di tale reato (prescrizione), debba ugualmente verificare l’applicabilità della confisca.

Si muove, correttamente, dallo stretto nesso che sussiste tra il principio sostanziale e quello processuale: l’esigenza di prevedibilità della norma penale, insita nell’art. 7 Cedu, e la conseguente «tutela del diritto di una persona di non essere sottoposta ad una pena senza che la sua responsabilità personale, compreso un nesso di natura intellettuale con il reato, sia stata debitamente accertata»⁴⁹, sottintende un legame funzionale con l’art. 6 § 2 della Convenzione, nella parte in cui (implicitamente, ma pacificamente) impone che l’accusato, in quanto presunto innocente, abbia il diritto all’ammissione delle prove finalizzate alla dimostrazione della propria discolorpa⁵⁰. Ciò riconosciuto, però, l’argomentare della Cor-

⁴⁷ Sul punto deve registrarsi l’evoluzione della giurisprudenza di legittimità, la quale, proprio alla luce di quanto stabilito nelle sentenze C. edu, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, cit., e Corte cost. n. 49/2015, cit., ha affermato che «l’applicazione della confisca al di fuori dei casi di condanna, nei confronti del terzo sul cui patrimonio la misura viene ad incidere, rimasto estraneo al procedimento penale, presuppone che siano riscontrabili quantomeno profili di colpa da parte del giudice dell’esecuzione nell’ambito del relativo procedimento». Tale procedimento «non contrasta con alcun principio costituzionale o convenzionale», giacché in esso sono assicurati il contraddittorio, il diritto di difesa, la presunzione di non colpevolezza (l’onere della prova grava sul pubblico ministero) e la pubblicità dell’udienza (in questi termini, Cass., sez. III, 24 maggio 2017, n. 32363, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1760). Da ultimo, anche il legislatore è intervenuto al fine di anticipare la tutela del terzo alla fase cognitiva. Dispone, infatti, il nuovo comma 1-*quinquies* dell’art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., così come introdotto dal d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, che «nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l’imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo».

⁴⁸ Situazione pienamente legittima se valutata in relazione all’ordinamento interno, posto che la lottizzazione abusiva, e i reati edilizi in genere, non rientrano nell’ambito di operatività della “responsabilità da reato degli enti”, così come delimitato dal d.lgs. n. 231/2001. Indirettamente, quindi, nella sentenza in rassegna si cela un monito rivolto al nostro legislatore ad ampliare tale ambito così da ricomprendervi tutte quelle ipotesi di reato il cui epilogo processuale può condurre all’applicazione di misure sanzionatorie (come la confisca) nei confronti delle persone giuridiche i cui legali rappresentanti siano autonomamente imputati. Tuttavia, anche in assenza di una tale estensione, il problema può ritenersi oggi parzialmente risolto in ragione dell’evoluzione giurisprudenziale e legislativa di cui alla nota precedente.

⁴⁹ V. § 244.

⁵⁰ Sull’art. 6 § 2 Cedu, v., *amplius*, M. Chiavario, *La presunzione d’innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*

te diviene “torbido”, in ordine sia al riparto dell’onere della prova sia allo *standard* probatorio che l’affermazione incidentale di colpevolezza deve raggiungere. Quelli che nella lettura unanimemente condivisa dell’art. 27, comma 2, Cost. sono corollari ineliminabili e rafforzativi della presunzione di non colpevolezza, qui sembrano trasformarsi in presidi molto più fluttuanti e manipolabili, quasi a voler giustificare la possibilità che, in nome di essi, la sentenza “sostanziale” di condanna assuma, rispetto alla sentenza “formale” di condanna, un rango qualitativo inferiore⁵¹. La Grande Camera, infatti, non esclude, anzi ammette espressamente che «*the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence*». Il che, dal punto di vista probatorio, si traduce nella possibilità di utilizzare, ai fini dell’affermazione giudiziale di responsabilità penale, delle «*presumptions of fact or of law*», sebbene – raccomanda la Corte – gli Stati siano tenuti, tendenzialmente, a prevedere tali paradigmi presuntivi «*within certain limits*»⁵². Limiti che, in relazione alla presunzione di innocenza, sono superati quando «*a presumption has the effect of making it impossible for an individual to exonerate himself from the accusations against him*». Siamo lontani, quindi, da una piena sovrapposibilità delle due tipologie di sentenza (formale e sostanziale), nonostante esse abbiano il medesimo oggetto (l’accertamento di tutti i presupposti della responsabilità penale) e, soprattutto, il medesimo effetto sanzionatorio (in entrambi i casi all’accertamento positivo consegue una pena). È questo, a nostro avviso, il profilo della decisione che più suscita perplessità, poiché da una Corte normalmente attenta a evitare che, attraverso l’uso delle “etichette”, le legislazioni statali finiscano per aggirare l’effettività di una tutela convenzionale, sarebbe stato lecito attendersi un *monito* piuttosto che un’*apertura* alla flessibilità delle garanzie. Proprio al fine di salvaguardare il nesso assiologico tra il principio di personalità della responsabilità penale e la presunzione di innocenza, la Corte europea avrebbe forse fatto meglio a subordinare tassativamente la compatibilità della condanna sostanziale comprensiva di confisca all’integrale e inderogabile applicazione delle regole di accertamento fissate dal codice di rito per l’ipotesi in cui la suddetta sanzione derivi da una dichiarazione formale di colpevolezza.

La sentenza, a dire il vero, non esclude espressamente un tale binomio e, anzi, in certi passaggi sembra quasi presupporlo. Ma, una motivazione così ambigua, che, da una parte, sottolinea il legame tra la facoltà statale di ordinare una pena senza sentenza formale di condanna e il dovuto rispetto alla presunzione di innocenza e, dall’altra, subito dopo, “apre” alla possibilità che, in questo stesso ambito, gli ordinamenti statali invertano l’onore della prova facendo uso di presunzioni in fatto e in diritto, presta il fianco a letture depressive delle garanzie convenzionali. Troppo “debole” il riferimento ai «*certain limits*» entro i quali gli Stati possono far uso delle presunzioni perché tale rischio sia scongiurato, anche in considerazione del fatto che, contestualmente, nulla si dice in ordine al *minimum* probatorio e alle regole di giudizio richieste per la sentenza di condanna sostanziale. Piuttosto, da quest’ultimo punto di vista, il “lasciapassare” della Corte alle presunzioni si presta nuovamente a una retrocessione qualitativa della suddetta tipologia di sentenza, facendo sì che l’uso, per l’appunto, di una mera presunzione esoneri il pubblico ministero dall’onere di fornire la prova d’accusa (non potendosi definire tale quella relativa al “fatto presuntivo”) e, conseguentemente, che alla mancanza o all’insufficienza della prova non consegua il proscioglimento dell’accusato.

dell’uomo, in *Giur. it.*, 2000, p. 5, e, nella duplice prospettiva (interna e convenzionale), il lavoro monografico di P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2009, oltre alla fondamentale analisi di G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1984. Le «scelte ideologiche» sottese alle diverse formule utilizzate nell’art. 27 Cost. e nell’art. 6 Cedu sono oggetto di puntuale disamina in V. Garofoli, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1168 s.

⁵¹ Sul rapporto tra la presunzione di innocenza come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e la Direttiva sulla medesima presunzione approvata nel 2016 dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell’Unione Europea, v. l’analisi di N. Canestrini, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2224, il quale, tra l’altro, sottolinea come nello *standard* convenzionale la «portata processuale» del suddetto principio comporta che «i giudici non debbano approcciare il caso con il pre-giudizio della fondatezza delle accuse, che l’onere della prova gravi sull’accusa (almeno di principio) e che il dubbio giovi sull’accusato». In tema, cfr. anche J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1835 s.

⁵² Sul tema cfr. A. Balsamo, *Il rapporto tra forme “moderne” di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3931, il quale sottolinea come per il rispetto dei predetti limiti «non risulta decisiva la struttura legale astratta della fattispecie in questione, bensì assume un rilievo determinante il concreto orientamento seguito dalla prassi applicativa. Il principio della presunzione di colpevolezza risulta, cioè, salvaguardato tutte le volte in cui i giudici interpretano le presunzioni normative astratte in modo da consentire all’imputato di confutarle»

È bene ribadire che i timori qui espressi potrebbero rivelarsi infondati in quanto basati più sul *non detto* che su affermazioni esplicite, così che, in futuro, la Grande Camera, se interpellata su questi specifici aspetti, potrebbe smentire le ipotesi sopra formulate e precisare che la possibilità di utilizzare le sentenze di condanna sostanziale per l'applicazione delle confische penali comporta necessariamente l'adozione del medesimo regime e dello stesso *standard* probatorio previsti per la dichiarazione formale di colpevolezza.

Potrebbe, ancora, obiettarsi che il "non detto" della Corte sia la logica conseguenza del suo essere, pur sempre, un giudice del caso concreto. Essa, in tal senso, bene avrebbe fatto a non occuparsi di tali temi, i quali, riferiti a fattispecie concrete nelle quali (ancor prima della sentenza) è totalmente mancato un «procedimento», sarebbero risultati ultronei ed esorbitanti le proprie competenze. L'assunto (al quale, del resto, anche noi abbiamo sopra fatto riferimento per ricostruire il percorso decisionale dei casi in esame) coglierebbe, però, solo parzialmente nel segno, poiché non si comprenderebbe per quali ragioni il medesimo *self restraint* non abbia indotto i giudici di Strasburgo ad astenersi da qualsivoglia considerazione sul rapporto tra le presunzioni probatorie e il procedimento finalizzato alla verifica sostanziale della responsabilità penale. A rigore, anche questo tema appare estraneo all'economia concettuale della decisione relativa ai casi delle società G.I.E.M, R.I.T.A. Sarda e Hotel Promotion Bureau, così che, in ultima analisi, il timore che le considerazioni sul punto effettuate dalla Corte non abbiano una valenza meramente didattica-ricognitiva, ma rappresentino delle, pur incomplete e incerte, indicazioni *de iure condendo* a noi non pare del tutto privo di fondamento.

De iure condito, tuttavia, la situazione sembra più rassicurante, posto che la nostra giurisprudenza di legittimità, nell'elaborare il proprio pensiero sul tipo di giudizio che, sopravvenuta una causa estintiva del reato, legittima una statuizione pregiudizievole ai danni dell'imputato, ha fissato, a beneficio di quest'ultimo, livelli di tutela più ampi di quelli, fin troppo essenziali, enucleabili dalla sentenza della Grande Camera. Ci riferiamo tanto alla giurisprudenza che si è occupata del risarcimento del danno ordinato dal giudice dell'impugnazione nei confronti dell'imputato che sia stato condannato in primo grado e il cui reato si sia, nel frattempo, prescritto; quanto a quella giurisprudenza che, sulla scia della sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale, ha sostanzialmente anticipato la Grande Camera interpretando l'art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001, nel senso che la confisca edilizia possa essere disposta anche con una sentenza che, essendo sopravvenuta una causa estintiva del reato, non dichiara, ma accerti, la colpevolezza dell'imputato.

Riguardo alla prima situazione, difatti, le Sezioni Unite, chiamate a interrogarsi sulla portata dell'art. 129 c.p.p., sono pervenute a una soluzione differenziata in base al fatto che la dichiarazione della causa estintiva sia o meno priva di conseguenze pregiudizievoli per l'imputato.

Le esigenze di economia processuale prevalgono soltanto in assenza di tali conseguenze, allorquando dovrà trovare applicazione la regola generale secondo cui, in presenza di una causa di estinzione del reato, il giudice è legittimato a pronunciare sentenza di assoluzione nel merito a condizione che «le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione del medesimo da parte dell'imputato e la sua rilevanza penale emergano dagli atti in modo assolutamente non contestabile». Con un tipo di attività, cioè, che deve appartenere «più al concetto di "constatazione", ossia di percezione "*ictu oculi*", che a quello di "apprezzamento"», tanto da risultare «incompatibile con qualsiasi necessità di accertamento o di approfondimento»⁵³. Per quanto di nostro interesse, quindi, nelle situazioni ora considerate il proscioglimento nel merito, sussistendo la contraddittorietà o insufficienza della prova, «non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità»⁵⁴.

Le priorità s'invertono, invece, quando la declaratoria *ex art.* 129, comma 2, c.p.p. interferisce con le

⁵³ Cass., S.U., 28 maggio 2009, n. 35490, in *CED Cass.*, n. 244274. Per completezza deve rammentarsi che nella stessa sentenza si precisa come il carattere di pregiudizialità della declaratoria di cause di non punibilità in ogni stato e grado del processo sia destinata ad arretrare, con conseguente "restituzione" al giudice della piena capacità cognitiva per scegliere la formula liberatoria più opportuna, nel rispetto delle legittime aspettative dell'imputato, allorquando quest'ultimo rinunci espressamente alla prescrizione. Un approfondimento della predetta sentenza e del relativo tema si trova in S. Beltrani, *Estinzione del reato e assoluzione nel giudizio di impugnazione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4106 s., e V. Rispoli, *La prevalenza tra assoluzione nel merito e declaratoria di non punibilità. Principi, casi ed ulteriori questioni*, in *Dir. giust. (web)*, 2009, p. 174.

⁵⁴ Esattamente in questi termini il «principio di diritto» enunciato da Cass., S.U., 28 maggio 2009, n. 35490, cit. Conf., Cass., sez. III, 19 settembre 2017, n. 56059, in *CED Cass.*, n. 272427 che, in applicazione di tale principio, ha ritenuto legittima la «manca acquisizione di documenti, allegati all'atto di impugnazione, da parte del giudice d'appello».

aspettative risarcitorie della parte civile (già accolte in primo grado dalla sentenza di condanna) e con il conseguente dovere del giudice d'appello di pronunciarsi, *ex art. 578 c.p.p.*, sull'azione civile. In questa ipotesi, il giudice deve «necessariamente compiere una valutazione approfondita dell'acquisito compendio probatorio, senza essere legato ai canoni di economia processuale che impongono la declaratoria della causa di estinzione del reato quando la prova della innocenza non risulti *ictu oculi*». La formula assolutoria nel merito deve prevalere «non solo nel caso di acclarata piena prova di innocenza, ma anche in presenza di prove ambivalenti», posto che nessun ostacolo può impedire «la piena attuazione del principio del *favor rei* con l'applicazione della regola probatoria di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p.»⁵⁵.

Relativamente, poi, alla giurisprudenza di legittimità che, anticipando, come detto, buona parte del percorso argomentativo della decisione in esame, ha riconosciuto la legittimità della confisca edilizia applicata con una sentenza (soltanto) accertativa degli elementi oggettivi e soggettivi della lottizzazione abusiva, rileva sottolineare che essa ha subordinato espressamente tale possibilità al fatto che la misura ablativa sia preceduta da un «pieno accertamento di responsabilità». Ciò che per la Cassazione, sulla base di una «interpretazione convenzionalmente conforme», rende, anche in questo caso, «recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato» e comporta la necessità di assicurare alla difesa «il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio». Il giudice, pertanto, non può «ritenersi esonerato dal compiere l'attività istruttoria sulla base delle prove richieste dalle parti o, in quanto assolutamente necessarie, disposte d'ufficio», giacché, diversamente, l'accertamento della responsabilità penale prodromico all'applicazione della confisca sarebbe compiuto «su basi probatorie parziali ed incomplete», tali «da vulnerare la presunzione d'innocenza nel suo significato più sostanziale»⁵⁶.

L'ACCERTAMENTO INCIDENTALE DI COLPEVOLEZZA CON L'APPLICAZIONE DELLA CONFISCA IN CASSAZIONE VIOLA LA PRESUNZIONE D'INNOCENZA

Considerazioni autonome merita il «caso Gironda». Come anticipato, il suddetto è il solo ricorrente contro il quale la confisca è stata ordinata all'interno di un procedimento penale. Nei suoi confronti, in particolare, il giudizio di primo grado per il reato di lottizzazione abusiva si concluse con una sentenza di non doversi procedere per prescrizione del reato più contestuale confisca del terreno e delle opere realizzate; in appello, con la riforma della decisione del Tribunale in sentenza di proscioglimento per insussistenza del fatto e conseguente annullamento della confisca; infine, in Cassazione, con l'ulteriore «riforma» della sentenza, questa volta *in peius*: annullamento senza rinvio della sentenza di non doversi procedere, declaratoria di prescrizione del reato e applicazione della confisca dei terreni. Qui, pertanto, la causa della violazione della presunzione d'innocenza non risiede nella mancanza di un procedimento né, tantomeno, nel difetto di una sentenza sostanzialmente accertativa della colpevolezza per il reato di lottizzazione abusiva, atteso che una tale verifica risulta essere stata compiuta una prima volta dal Tribunale e una seconda volta dalla Cassazione. Quel che, anche questa volta con una motivazione essenziale, la Corte europea dei diritti dell'uomo censura è la specifica sede processuale in cui il suddetto accertamento è stato effettuato ed è divenuto irrevocabile: «il ricorrente è stato dichiarato sostanzialmente colpevole dalla Corte di cassazione, nonostante il fatto che l'azione penale per il reato in questione fosse prescritta. Questa circostanza ha violato la presunzione di innocenza»⁵⁷.

Volendo tentare di comprendere se, al di là dell'applicazione fattane nel caso concreto, il pensiero della Corte contiene anche un'indicazione di carattere generale e, in caso affermativo, se questa è destinata ad avere riflessi sulla vigente disciplina codicistica, appare necessario prendere le mosse dalle specifiche doglianze del ricorrente, così come sintetizzate dalla stessa Corte europea: il «ricorrente fa rilevare che la Corte di cassazione non si è limitata a censurare l'errore di diritto commesso dal giudice di appello», bensì «sostituendosi irritualmente a quest'ultimo (...) ha constatato la presenza di tutti gli elementi necessari a configurare il reato di lottizzazione abusiva sia nel suo elemento oggettivo che in

⁵⁵ Così, in motivazione, Cass., S.U., 28 maggio 2009, n. 35490, cit. Conf., Cass., sez. IV, 11 aprile 2018, n. 20568, in *CED Cass.*, n. 273259, e Cass., sez. II, 23 maggio 2017, n. 29499, in *CED Cass.*, n. 270322.

⁵⁶ Cass., sez. III, 13 luglio 2017, n. 53692, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 786, con nota di M. Pascotto, *Confisca e prescrizione del reato di lottizzazione abusiva: i soliti nodi giurisprudenziali e i pericoli per la presunzione di innocenza*.

⁵⁷ V. § 317.

quello soggettivo». Nel dettaglio, il giudice di legittimità ha ricavato la prova decisiva della lottizzazione (il cambio di destinazione che l'imputato avrebbe apportato agli edifici già costruiti) «dalle dichiarazioni rese dai terzi e dai documenti inseriti nel fascicolo»⁵⁸.

A tali doglianze deve essere collegato il richiamo che, poco dopo, la Grande Camera fa alla giurisprudenza della Corte europea sull'art. 6 § 2 Cedu, per ricavarne, anzitutto, che lo «scopo generale» di tale principio «è quello di impedire che le persone che hanno beneficiato di un proscioglimento o di un'archiviazione siano trattate da pubblici ufficiali o da autorità pubbliche come se fossero effettivamente colpevoli del reato che era stato loro ascritto». E, ancora, che «senza la protezione destinata a far rispettare in ogni procedimento successivo una decisione di assoluzione o di archiviazione, le garanzie di un processo equo (...) rischierebbero di divenire teoriche e illusorie».

Nello stesso ambito argomentativo, la Corte ripercorre i precedenti inerenti al problema specifico dei poteri deliberativi esercitati, quale «giudice di ultimo grado», dalla Cassazione, affermando, in chiave riepilogativa, come sussista «un problema dal punto di vista dell'articolo 6 § 2 della Convenzione» allorquando «il giudice che pone fine al procedimento per prescrizione annulla contestualmente le decisioni di proscioglimento dei giudici di grado inferiore e si pronuncia sulla colpevolezza della persona interessata». La causa di ciò sembra riconducibile (la mancanza, nel testo della sentenza, di un simile collegamento eziologico rende doveroso esprimersi in termini dubitativi) a un'altra affermazione della Corte europea (ripresa, ancora una volta, dai suoi precedenti in materia): «la colpevolezza non può essere stabilita legalmente in un procedimento chiuso da una autorità giudiziaria prima che siano state prodotte le prove o che si sia svolto un dibattimento che avrebbe permesso a quest'ultima di decidere sul merito della causa»⁵⁹.

In altre parole, la sentenza sostanziale di condanna non è compatibile con la presunzione d'innocenza se è emessa in una fase del processo nella quale i profili fattuali della responsabilità penale non sono suscettibili di accertamento probatorio e nella quale, quindi, l'imputato non è messo nelle condizioni di rendere dichiarazioni o indicare prove a sua discolta. Certamente tale è, nel nostro sistema processuale penale, la fase del giudizio di legittimità, dove, com'è noto, la Cassazione, in ordine alle prove, effettua un esame di tipo ricognitivo, al limitato fine di valutare se esse non contraddicano la motivazione impugnata al punto da disarticolargli integralmente. Non rileva, a questi fini, che il provvedimento della Cassazione sia preceduto, da uno o più gradi di giudizio nei quali la condanna sostanziale e l'applicabilità della confisca siano stati oggetto di un pieno accertamento di merito e l'imputato abbia avuto la possibilità di difendersi provando. Nel caso Gironde, infatti, a evitare la violazione dell'art. 6 § 2 Cedu non è bastato il fatto che – come abbiamo già evidenziato – i requisiti oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione abusiva fossero già stati esaminati (con esiti divergenti) sia nel giudizio di primo grado sia nel giudizio di appello, essendo risultato determinante che, dopo l'esito pienamente assolutorio pronunciato dalla Corte di appello, la Cassazione, sulla base della (ri)valutazione delle prove preesistenti, abbia affermato *ex novo* la sussistenza del reato e, accertatane la prescrizione, abbia contestualmente disposto la confisca degli immobili⁶⁰.

Un ragionamento, questo, che, a ben vedere, non può sorprendere. Esso, infatti, appare coerente con quella condivisibile logica ermeneutica della Corte europea secondo cui, in linea di principio, le garanzie dell'equo processo non vivono *una tantum* all'interno di una fase del procedimento penale, bensì lo devono contrassegnare lungo tutto il suo decorso. Esse non rappresentano un *bonus* che l'ordinamento concede all'imputato e che questi deve essere abile a sfruttare entro un determinato termine, costituendo, invece, dei veri e propri elementi strutturali dell'attività alla quale si riferiscono e che, di conseguenza, devono sussistere tutte le volte in cui tale attività sia posta in essere. Già una volta, in tempi abbastanza recenti, il nostro sistema ha dovuto adeguarsi a tale modo di concepire la dimensione temporale delle garanzie processuali di ordine convenzionale, riconoscendo che il diritto dell'imputato di confrontarsi con le fonti dichiarative che lo accusano deve poter essere esercitato dal suddetto, non solo

⁵⁸ V. § 312.

⁵⁹ C. edu, sez. II, 28 ottobre 2003, Baars c. Paesi Bassi, in *www.coe.int*.

⁶⁰ Nella stessa direzione, M. Bignami, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *www.questionegiustizia.it*, 10 luglio 2018, secondo il quale dalla sentenza G.I.E.M. è estrapolabile il seguente principio di diritto: «l'applicazione della confisca urbanistica esige un accertamento della colpevolezza da parte del giudice del merito, che non può essere surrogato in sede di legittimità da una autonoma valutazione "sulle carte", in sede di impugnazione della sentenza di assoluzione». Cfr., anche A. Galluccio, *Confisca senza condanna*, cit., p. 228.

nel giudizio di primo grado, ma anche nelle fasi successive, allorché al giudice sia attribuito il potere di riesaminare il fatto e, sulla base di ciò, riformare *in peius* la sentenza⁶¹. Allo stesso modo, poiché è pacifica nella giurisprudenza della Corte europea l'affermazione secondo cui «l'articolo 6 § 2 disciplina l'intero procedimento penale, indipendentemente dall'esito del procedimento, e non l'unico esame del merito dell'accusa»⁶², deve ritenersi che la sentenza di condanna, anche solo "sostanziale", non può essere emessa se non a conclusione di un giudizio nel quale il "fatto" sia suscettibile di una nuova verifica probatoria e non solo di una rivalutazione cartolare. Alla luce della decisione in commento, deve, quindi, prendersi atto che la Cassazione, nel caso in cui giudichi viziata la motivazione di una sentenza assolutoria relativa al reato di lottizzazione abusiva per il quale sia intervenuta la prescrizione, non è legittimata ad annullare senza rinvio la sentenza procedendo autonomamente a un nuovo esame del fatto e all'applicazione della confisca (conclusione che, ovviamente, è destinata ad estendere i suoi effetti a tutti quei reati per i quali l'ordinamento ammette la compatibilità di una misura qualificabile come sanzione penale con la sopravvenienza di una causa estintiva del reato). Essa, per le ragioni sopradette è tenuta ad astenersi da qualsivoglia affermazione incidentale di sussistenza del fatto, la quale, unitamente alla verifica sull'applicabilità della confisca, deve essere rinviata a un giudice che, avendo pieni poteri di accertamento, possa far "rivivere" la dimensione probatoria della presunzione di innocenza (diritto dell'accusato di dimostrare la tesi a propria discolora).

UNA SOLUZIONE ERMENEUTICA?

Rimane da chiedersi se il vigente dato codicistico si presti a essere adeguato al suddetto principio per via ermeneutica o se l'allineamento del nostro ordinamento alla sentenza della Grande Camera implichi necessariamente che esso sia modificato per mano legislativa o, in difetto di ciò, espunto con intervento della Corte costituzionale.

A prima lettura, nell'art. 620, comma 1, lett. a), c.p.p., è presente un ostacolo letterale, stabilendo, la disposizione citata, che «la corte pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio (...) se il reato è estinto». Il dato codicistico, insomma, non sembra ammettere provvedimenti di natura interlocutoria, prevedendo che, in caso di prescrizione del reato (o di altra causa estintiva), l'epilogo sia pronunciato direttamente nel giudizio di legittimità.

L'ostacolo, però, non sembra insormontabile, anche in considerazione del fatto che già in passato la nostra Cassazione, alla ricerca di interpretazioni convenzionalmente orientate, ha "forzato" gli argini letterali dell'ermeneutica e, pur di colmare i vuoti di tutela determinati dalle pronunce della Corte europea senza attendere l'intervento correttivo del legislatore o la scure della Corte costituzionale, è intervenuta a soluzioni fortemente creative⁶³.

⁶¹ Il riferimento, evidentemente, è al tema della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. Istituto che, dapprima, è stato oggetto di una interpretazione convenzionalmente orientata (v. Cass., S.U., sez. 28 aprile 2016, n. 27620, in *CED Cass.*, n. 267487) e, successivamente, di una modifica legislativa finalizzata a recepirne le indicazioni (v. art. 603, comma 3-bis, introdotto dalla l. n. 103/2017).

⁶² C. edu, sez. III, 14 aprile 2009, Didu c. Romania, in *www.coe.int* (v. § 37: «La Cour ... jugé que l'article 6 § 2 régissait l'ensemble de la procédure pénale, indépendamment de l'issue des poursuites, et non le seul examen du bien-fondé de l'accusation»). Negli stessi termini, C. edu, sez. I, 21 settembre 2006, Pandey c. Belgio, *ivi*.

⁶³ A titolo esemplificativo, si pensi all'operazione di chirurgia ermeneutica intrapresa dalla Corte di cassazione sull'art. 625-bis c.p.p., il cui ambito operativo, sebbene testualmente circoscritto al ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, è stato esteso alle ipotesi in cui occorre rimediare alla modificazione della qualificazione giuridica del fatto avvenuta nel giudizio di legittimità senza preventiva informazione dell'imputato [(Cass., sez. II, 15 maggio 2013, n. 37413, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 845, con nota di A. Bigiarini, *Il caso Drassich dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*, e in *Giur. it.*, 2014, p. 177, con nota di F. Giunchedi, *Il giudice nazionale tra sistemi multivello ed interpretazione conforme (a proposito del caso Drassich)*]. Modalità, questa, ritenuta da C. edu, sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2194, contrastante con l'art. 6 § 1 e 3 Ced. Auspicando un intervento del legislatore, sembra propendere per la non adattabilità ermeneutica dell'art. 620 c.p.p. al nuovo principio di diritto convenzionale fissato nella sentenza in commento, M. Bignami, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica*, cit., secondo cui «allo stato attuale della normativa, non pare che la Cassazione, una volta rilevata la prescrizione, possa cassare la sentenza di merito con rinvio, ai soli fini di un rinnovato giudizio incidentale sulla colpevolezza (a meno di non optare per una problematica applicazione analogica dell'art. 622 c.p.p., che permette la prosecuzione del giudizio, dopo l'annullamento della sentenza in Cassazione, ai soli fini della decisione sull'azione civile risarcitoria *ivi* intentata)».

Occorre muovere da un presupposto, vale a dire che l'art. 620, comma 1, lett. a), c.p.p., è disposizione concepita in un contesto codicistico originario al quale è estraneo il binomio estinzione del reato-pena. Essa, quindi, non disciplina il rapporto tra la sentenza sostanziale di condanna e l'applicazione della pena/confisca semplicemente perché, *ab origine*, non riconosce paternità giuridica alla prima ed esclude che un reato prescritto possa ugualmente condurre a una conseguenza pregiudizievole annoverabile tra le sanzioni penali. Da qui, l'esigenza che, introdotto per via pretoria il suddetto binomio anche nel nostro ordinamento, il tenore della disposizione sia rivisitato, al fine di adattarne, fin dove possibile, il significato alla nuova realtà normativa⁶⁴. In tale direzione, potrebbe trovare spazio una lettura congiunta delle lettere a) e l) dell'art. 620 c.p.p., in virtù della quale il contenuto della seconda non configuri necessariamente una fattispecie processuale autonoma ma abbia, all'occorrenza, anche una "funzione integrativa" della fattispecie regolamentata alla lettera a). Più precisamente, le condizioni alle quali la lettera l) subordina, in via residuale, il potere della Cassazione di pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio, dovrebbero fungere da "limite" all'esercizio del medesimo potere in presenza di una causa estintiva del reato. Pertanto, la declaratoria di prescrizione del reato potrebbe essere pronunciata direttamente dal giudice di legittimità soltanto là dove la Corte «ritenesse di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto». Accertamenti la cui indispensabilità normalmente compete alla Cassazione verificare in ragione delle specificità del caso concreto, ma che nella situazione qui considerata risulterebbero sistematicamente incompatibili col giudizio di legittimità (per essere indissolubilmente legati alla esperibilità delle verifiche probatorie derivanti dalla presunzione di innocenza e, però, del tutto estranee alla fisionomia del suddetto giudizio), tanto da imporre automaticamente l'annullamento con rinvio della sentenza.

⁶⁴ Anche G. De Marzo, *Confisca di immobili e lottizzazione abusiva*, cit., p. 390, ritiene che nel caso in cui la Cassazione «dovesse cogliere un vizio motivazionale nella ricostruzione dei fatti nella sentenza che è giunta alla pronuncia di assoluzione ... si imporrebbe un annullamento con rinvio al giudice penale, nonostante l'intervenuta prescrizione». Se è vero, infatti, che «tale ipotesi è espressamente prevista solo nel caso dell'art. 578 c.p.p. (e con rinvio al giudice civile: art. 622 c.p.p.)», lo è anche «che non sembra ammissibile ipotizzare un vuoto di soluzioni processuali, una volta che si riconosca che fa legittimamente parte dell'ordinamento processuale la regola che impone l'accertamento della responsabilità, pur quando sia preclusa la formale condanna per l'intervenuta prescrizione».