

CONFISCA URBANISTICA E PRESCRIZIONE: A STRASBURGO IL RE È NUDO

Nota a Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2013 (dep. 20 maggio 2014), n. 20636, Pres. Mannino, Est. Scarcella, Imp. Alessandrini e a.

Francesco Viganò

ABSTRACT

La terza sezione della Cassazione tenta, con l'ordinanza qui commentata, di ribellarsi alla Corte di Strasburgo, che nella sentenza *Varvara c. Italia* dell'ottobre 2013 ha ritenuto incompatibile con i diritti convenzionali l'applicazione della confisca dei terreni abusivamente lottizzati mediante una sentenza dichiarativa della prescrizione del reato. In particolare, la Cassazione invita la Corte costituzionale a impugnare l'arma dei 'controlimiti' ai vincoli discendenti dall'art. 117, comma 1 Cost., in nome dell'effettività tutela degli interessi – anch'essi costituzionalmente rilevanti – protetti dalla norma penale, i quali dovrebbero prevalere, nell'ottica della nostra S.C., rispetto alle ragioni di tutela del diritto di proprietà. Così facendo, la Cassazione fraintende tuttavia il senso della sentenza europea, che – in piena continuità rispetto ad altri precedenti – muove piuttosto dal riconoscimento che la confisca urbanistica è una vera e propria 'pena' dal punto di vista del diritto convenzionale, e che conseguentemente la sua inflizione presuppone una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato, per definizione assente in una pronuncia in cui l'imputato venga invece 'prosciolto' dall'accusa formulata a suo carico.

1.

L'ordinanza che qui brevemente si commenta rappresenta un esempio quasi scolastico delle difficoltà incontrate dalla nostra Suprema Corte nel comprendere il punto di vista della Corte europea dei diritti dell'uomo. Una difficoltà di comprensione, per il vero, favorita da una sentenza – *Varvara c. Italia*, dell'ottobre dello scorso anno¹ – supportata da una motivazione non del tutto perspicua, che forza entro l'alveo del principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU principi che avrebbero avuto la propria naturale collocazione nell'ambito del principio (processuale) della presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 CEDU, rendendo così non immediatamente afferrabile una *ratio decidendi* che dovrebbe invece apparire di cristallina evidenza: l'infissione di una pena presuppone una *dichiarazione di colpevolezza* dell'imputato consacrata in una *sentenza di condanna*, emessa in esito a un processo integralmente rispettoso delle garanzie convenzionali. *Ergo*, e specularmente, una pena non può essere infitta mediante una *sentenza di proscioglimento* dell'imputato, che non presuppone strutturalmente alcun accertamento della sua colpevolezza idoneo a ribaltare la presunzione della sua innocenza, imposta dall'art. 6 § 2.

2.

L'oggetto del contendere è la c.d. confisca urbanistica di cui all'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001 (t.u. edilizia), e cioè la confisca dei “*terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*”, che il giudice penale è tenuto a disporre con la “*sentenza definitiva [...] che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva*”.

Rinviando ad altro lavoro pubblicato sulla nostra *Rivista* per una più dettagliata ricostruzione storica², basti qui rammentare che la Cassazione considera la misura ablatoria in parola come *sanzione accessoria amministrativa* anziché come pena in senso proprio: qualificazione dalla quale una giurisprudenza incontrastata sin quasi alla fine dello scorso decennio aveva dedotto una serie di conseguenze di grande momento, tra cui *a)* l'applicabilità della misura in conseguenza del solo accertamento della *materialità* dei fatti di reato, indipendentemente dalla prova dell'elemento soggettivo; *b)* l'applicabilità della misura anche ai terzi di buona fede; e, infine, *c)* l'applicabilità della misura anche mediante la sentenza di non doversi procedere – in particolare – per intervenuta prescrizione, allorché il fatto di reato risulti comunque accertato dal giudice penale.

Questi granitici orientamenti subirono, peraltro, un duro colpo all'impatto con la giurisprudenza di Strasburgo, in particolare in conseguenza della decisione sull'ammissibilità³ (del 2007) e poi della sentenza sul merito⁴ (del 2009) nel caso *Sud Fondi c. Italia*, relativo al noto caso dell'“ecomostro” di Punta Perrotti. In quell'occasione la Corte europea qualificò infatti senza equivoci la confisca in parola come autentica “pena” agli effetti delle garanzie convenzionali, in puntuale (e probabilmente scontata) applicazione dei criteri di valutazione sviluppati a partire dalla celeberrima sentenza *Engel* – uno dei grandi *leading cases* della giurisprudenza di Strasburgo –, ove la Corte aveva rivendicato il proprio potere di valutare *autonomamente* se una data sanzione – comunque qualificata nell'ordinamento nazionale – costituisca o meno sanzione “penale”: con tutte le conseguenze che una tale qualificazione comporta nel quadro convenzionale in termini di rispetto dei principi del *fair trial* di cui all'art. 6 CEDU, del *nullum crimen* e dei suoi corollari di cui all'art. 7 CEDU, nonché delle garanzie del doppio grado di giurisdizione, del risarcimento in caso di errore giudiziario e del *ne bis in idem* (artt. 2, 3 e 4 Prot. 7 CEDU).

Nel caso di specie, gli argomenti per qualificare come sostanzialmente penale la confisca urbanistica erano, del resto, un autentico esercizio: una tale misura infatti – pur non qualificata espressamente come sanzione penale dal legislatore italiano – *a)* consegue a un *fatto costituente reato*, *b)* è irrogabile unicamente dal *giudice penale* in esito a un processo penale per i reati richiamati dall'art. 44, *c)* è particolarmente *affittiva* nei confronti del diritto di proprietà, e soprattutto *d)* ha un'evidente *finalità punitiva* nei confronti del trasgressore, colpendo non solo i manufatti abusivi (il che potrebbe essere coerente con una mera logica di ripristino dello *status*

¹ Corte EDU, II Sezione, sent. 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu*, 5 novembre 2013.

² Cfr. A. GALLUCCIO, *Confisca “urbanistica” e legittimità costituzionale: cosa cambia dopo Varvara?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2014; ma cfr. anche la puntuale ricostruzione compiuta di recente da E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, 2012, p. 39 ss.

³ Corte EDU, Seconda sezione, dec. 30 agosto 2007, ric. n. 75909/01.

⁴ Corte EDU, Seconda sezione, sent. 20 gennaio 2009, ric. n. 75909/01.

quo ante), ma anche i *terreni ineditificati*.

Sulla base di tale qualificazione, la Corte europea ritenne – nel caso *Sud Fondi* – che la giurisdizione penale italiana avesse violato le garanzie di cui all'art. 7 CEDU, disponendo la confisca dei terreni e dei manufatti nonostante l'avvenuta assoluzione (per difetto di elemento soggettivo) degli imputati, che la Cassazione aveva ritenuto versassero in una situazione di errore inevitabile sulla legge penale, ai sensi dell'art. 5 c.p. come risultante dalla sent. 364/1988 della Corte costituzionale. Una sanzione "penale" – questa l'ovvia conclusione della Corte europea – non può essere irrogata con una sentenza di assoluzione, nella quale si riconosca che il precepto era *ex ante* inconoscibile per i suoi destinatari: il *nullum crimen* sancito dall'art. 7 CEDU richiede che la norma penale sia formulata in modo da rendere ragionevolmente prevedibile per il cittadino la possibilità di essere assoggettato alla pena – confisca dei terreni compresa. Conseguentemente, anche il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU) dei titolari dei terreni e dei manufatti confiscati fu ritenuto dalla Corte essere stato illegittimamente compresso dalla giurisdizione penale italiana: con annessa liquidazione – in separato giudizio – di danni milionari, a spese del contribuente italiano, in favore degli imputati assolti dalla Corte di cassazione⁵.

3.

Nel successivo caso *Varvara*, dell'ottobre 2013, la Corte europea si trovò ad affrontare la questione – non esattamente coincidente con quella decisa in *Sud Fondi* – se violasse o meno le garanzie convenzionali l'applicazione della confisca urbanistica non più mediante una sentenza di assoluzione (come nel caso *Sud Fondi*), bensì mediante una sentenza di *proscioglimento* per intervenuta prescrizione. Una ben sottile distinzione, dal punto di vista di osservatori stranieri, non avvezzi alle bizantinerie che costituiscono il pane quotidiano nell'ordinamento italiano, e per i quali l'unico dato rilevante rischiava di essere proprio l'assenza di una sentenza di condanna contenente un'inequivoca affermazione di colpevolezza dell'imputato, idonea come tale a supportare l'infrazione della pena rappresentata dalla confisca.

Ed infatti: ribadita (con il solo dissenso del giudice Pinto de Albuquerque⁶, autore di un'articolata opinione che sottolinea la necessità di un complessivo ripensamento della giurisprudenza della Corte in materia di confisca) la qualificazione della misura come sanzione "penale" ai fini della Convenzione e dei suoi protocolli, la Corte ritenne anche in questo caso violato il *principio di legalità in materia penale* di cui all'art. 7 CEDU, in tale violazione risultando assorbito il profilo di violazione – pure dedotto dai ricorrenti – dei principi del *fair trial* di cui all'art. 6 CEDU; e ritenne, conseguentemente, violato pure il *diritto di proprietà* di cui all'art. 1 Prot. 1 CEDU, in conseguenza dell'avvenuta compressione del diritto medesimo ad opera di una sanzione penale illegittimamente applicata⁷.

Per quanto concerne specificamente la violazione dell'art. 7 CEDU, la Corte osservò anzitutto che, a fronte dei principi generali dell'ordinamento italiano (desumibili in particolare dall'art. 240 c.p.) che subordinano l'applicazione della confisca alla sentenza di condanna, la disposizione di cui all'art. 44 t.u. edilizia era stata oggetto di un'inammissibile interpretazione estensiva, in pregiudizio dell'imputato, da parte della giurisprudenza italiana. Anche a prescindere però da tale argomento (invero discutibile, stante la peculiare formulazione dell'art. 44, che non parla di sentenza "di condanna", bensì di "sentenza definitiva che accerta" la lottizzazione abusiva, fornendo così un qualche appiglio testuale alla tesi della Cassazione), le ragioni essenziali della decisione si collocano sul piano dei principi: "*l'on ne peut pas non plus concevoir un système où une personne innocente ou, en tout cas, sans aucun degré de responsabilité pénale consignée dans un verdict de culpabilité subisse une peine*" (§ 67).

La Corte giunge a tale conclusione attraverso una lettura sistematica di più disposizioni

⁵ Corte EDU, sez. II, sent. 10 maggio 2012, ric. n. 75909/01, *Sud Fondi* e altri c. Italia, in *Dir. pen. cont.*, con nota di L. BEDUSCHI, *Confisca degli "ecomostri" di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparazione*, 16 maggio 2012.

⁶ Il quale si dichiara invece convinto della natura puramente amministrativa della confisca in parola, dissentendo così anche rispetto alla valutazione compiuta dalla Corte in *Sud Fondi*.

⁷ Sulla violazione dell'art. 1 prot. 1 della Convenzione concorda anche il giudice Pinto de Albuquerque, sulla base però del carattere *sproporzionato* dell'ingerenza della misura con il diritto di proprietà dei ricorrenti nel caso di specie. Sottolinea in particolare il giudice come la misura – adottata in esito a una lunghissima vicenda giudiziaria, in cui era stata più volte affermata la legittimità della lottizzazione effettuata dagli imputati, rispetto alla quale la stessa sovrintendenza per i beni ambientali aveva escluso ogni impatto negativo sull'integrità del patrimonio forestale – abbia finito per colpire per oltre il 90% terreni ineditificati.

convenzionali, tra cui il principio cruciale della presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2: *“le rapprochement de l'article 5 § 1 a) avec les articles 6 § 2 et 7 § 1 montre qu'aux fins de la Convention il ne saurait y avoir 'condamnation' sans l'établissement légal d'une infraction – pénale ou, le cas échéant, disciplinaire”* (§ 69). E ancora: *“la logique de la 'peine' et de la 'punition', et la notion de 'guilty' (dans la version anglaise) et la correspondante notion de 'personne coupable' (dans la version française), militent pour 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. A défaut de quoi, la punition n'aurait pas de sens (Sud Fondi et autres, précité, § 116). Il serait en effet incohérent d'exiger, d'une part, une base légale accessible et prévisible et de permettre, d'autre part, une punition quand, comme en l'espèce, la personne concernée n'a pas été condamné”* (§ 71).

Vale la pena di tradurre letteralmente quest'ultima affermazione: sarebbe incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, d'altra parte, una punizione quando, come nella specie, la persona interessata non sia stata condannata.

Di talché, l'inevitabile conclusione: *“dans la présente affaire, la sanction pénale infligée au requérant, alors que l'infraction pénale était éteinte et que sa responsabilité n'a pas été consignée dans un jugement de condamnation, ne se concilie pas avec les principes de légalité pénale que la Cour vient d'expliciter et qui font partie intégrante du principe de légalité que l'article 7 de la Convention commande d'observer. Dès lors, la sanction litigieuse n'est pas prévue par la loi au sens de l'article 7 de la Convention et est arbitraire”* (§ 72).

Alla luce di tali passaggi, la logica della decisione appare trasparente: se la confisca urbanistica è una “pena” ai sensi della Convenzione, allora essa *potrà essere applicata soltanto nei confronti di una persona “dichiarata colpevole”*, e dunque nei confronti di una persona *condannata* in esito a un giudizio penale: non già nei confronti di una persona *prosciolta* dalle accuse per intervenuta *prescrizione* del reato.

La Corte inquadra tale principio – sotteso del resto anche alla *ratio decidendi* nel caso *Sud Fondi*, nel quale pure si discuteva di una confisca applicata in assenza di una sentenza di condanna – nell'alveo dell'art. 7 CEDU, valorizzando in particolare l'inciso “persona colpevole” contenuta nel testo francese. Ma, a ben guardare, la ragione della contrarietà alla Convenzione di una confisca in assenza di sentenza di condanna sta tutta nei *principi dell'“equo processo” di cui all'art. 6 CEDU*, e segnatamente nel principio, consacrato nel secondo comma di tale disposizione, secondo cui “ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata”, laddove per “legalmente accertata” la Corte intende in esito a un processo integralmente rispettoso delle garanzie di cui ai paragrafi 1 e 3, che si concluda – per l'appunto – con una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato.

4.

Contrariamente all'opinione espressa recentemente da un pur attento osservatore⁸, la sentenza *Varvara* non segna sotto questo profilo alcuna “discontinuità” rispetto alla giurisprudenza della Corte. Come una perspicua (e ignorata) dottrina aveva da tempo sottolineato⁹, il principio secondo cui è contrario alle garanzie convenzionali (e segnatamente all'art. 6 § 2) applicare una confisca con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione era stato già affermato dalla Corte sin dal 2008 nel caso *Paraponiaris c. Grecia*¹⁰. In quell'occasione, la camera d'accusa della Corte d'appello greca competente aveva pronunciato sentenza di non doversi procedere, appunto, in ragione dell'ormai maturata prescrizione; ma, avendo comunque ritenuto “obiettivamente accertato” il reato di contrabbando contestato all'imputato, aveva applicato nei suoi confronti una sanzione pecuniaria di importo pari ai beni oggetto di contrabbando, di cui era stata impossibile la confisca diretta – e dunque gli aveva applicato una sanzione pecuniaria che l'osservatore italiano definirebbe a tutti gli effetti come una confisca per equivalente. I giudici di Strasburgo furono, in quell'occasione, perentori: *“la Cour note que nonobstant la fin des poursuites pénales engagées contre le requérant, celui-ci fut pourtant qualifié comme ayant 'objectivement' commis l'infraction dont il était accusé et écopa d'une peine pécuniaire. La Cour peut difficilement saisir la portée des termes utilisés ci-dessus, qui opèrent une distinction,*

⁸ A. BALSAMO, *La Corte europea e la “confisca senza condanna per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. IV, p. 1395 ss.

⁹ M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1691 ss.

¹⁰ Corte EDU, *Prima sezione, sent. 25 settembre 2008, Paraponiaris c. Grecia, ric. n. 42132/06.*

à ses yeux artificielle, entre un constat de culpabilité et un constat de perpétuation 'objective' d'une infraction. En effet, la Cour n'aperçoit pas comment elle pourrait ne pas considérer le raisonnement de la chambre d'accusation comme étant assimilable à une déclaration de culpabilité et donc incompatible avec le respect de la présomption d'innocence" (§ 33).

L'infrazione di una pena pecuniaria – come sono, a tutti gli effetti, la confisca per equivalente e, per le considerazioni poc'anzi svolte, la stessa confisca urbanistica – presuppone insomma necessariamente una formale dichiarazione di colpevolezza, che solo una sentenza di condanna può esprimere.

5.

Con l'ordinanza che qui si commenta, la terza sezione della Cassazione – dopo aver compiuto vari passi, in questi ultimi anni, nella direzione di un progressivo avvicinamento alle posizioni espresse dai giudici di Strasburgo¹¹ – si ribella apertamente a questi principi, sollecitando addirittura la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti' evocati nelle sentenze gemelle n. 348 e 349/2007, rispetto al principio del rispetto degli obblighi discendenti dalla Convenzione consacrato nell'art. 117 co. 1 Cost.

La Cassazione richiama anzitutto la propria recente giurisprudenza – sviluppata proprio allo scopo di adeguarsi ai principi fissati dalla Corte EDU in *Sud Fondi* – secondo cui “*la confisca dei terreni può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, purché sia accertata [...] la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verifichi l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere*” (p. 17).

Vi può essere, dunque, pieno accertamento del fatto di reato e della responsabilità dei soggetti nei cui confronti la misura viene ad incidere anche nell'ambito di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione; e ciò basta, secondo la Cassazione, a garantire la legalità della misura, dal punto di vista dell'ordinamento interno (a fronte di una norma che, ripetiamo, condiziona la confisca ad una sentenza definitiva del giudice penale che “accerta” il reato di lottizzazione abusiva) nonché dal punto di vista delle garanzie costituzionali, come declinate dalla sentenza n. 239/2008 della Corte costituzionale, la quale pure ha affermato – richiamando a sua volta un proprio precedente (la sent. n. 85/2008) – che “*fra le sentenze di proscioglimento ve ne sono alcune che pur non applicando una pena comportano, in diverse forme e gradazioni, un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo*”. Identico principio si evincerebbe altresì dalla legislazione europea, e in particolare dalla recentissima direttiva 2014/42/UE¹², che pure impone agli Stati membri l'obbligo di procedere, in talune circostanze, alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato in assenza di sentenza di condanna.

Ma il fulcro dell'ordinanza, sviluppato nelle sue quindici pagine finali, sta nell'assunto secondo cui il principio espresso nella sentenza *Varvara* – divenuto definitivo, e dunque vincolante per lo Stato italiano ai sensi dell'art. 46 CEDU, in seguito all'avvenuto rigetto dell'istanza di rinvio alla Grande Camera formulata dal governo italiano – si porrebbe esso stesso in contrasto con una serie di principi costituzionali, discendenti più in particolare dagli articoli 2, 9, 32, 41, 42 e, addirittura, 117 co. 1 in relazione a fonti internazionali diverse dalla Convenzione europea: norme tutte che “*impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà, ritenuto violato dalla sentenza Varvara con la condanna dell'Italia per contrasto con l'art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione e.d.u.*” (p. 23). La soluzione, insomma, di vietare al giudice penale italiano – il quale pure abbia “accertato” un fatto di lottizzazione abusiva, rispetto al quale sia decorso il termine di prescrizione – di procedere alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati comporterebbe un'*ingiustificata prevalenza attribuita al diritto di proprietà*, riconosciuto e tutelato nell'ordinamento costituzionale italiano soltanto nei limiti della sua “funzione sociale” (art. 41 Cost.), rispetto all'intera gamma di controinteressi, di rango prevalente nell'ottica costituzionale, sottesi alla normativa di cui è questione, determinandone così il loro definitivo sacrificio.

¹¹ Cfr., sul punto, la puntuale ricostruzione di A. GALLUCCIO, *Confisca “urbanistica”*, cit.

¹² In *Dir. pen. cont.*, con breve scheda illustrativa di M. MONTANARI, 5 maggio 2014.

Sulla base di tale assunto, la Cassazione – riconoscendosi evidentemente vincolata al rispetto dei principi espressi dalla Corte EDU in *Varvara* – rimette la questione alla Corte costituzionale, sollecitandola a prendere posizione essa stessa sulla contrarietà dell'obbligo convenzionale di adeguamento dell'ordinamento nazionale ai superiori principi costituzionali evocati, in attuazione del criterio – costantemente enunciato dalla Consulta sin dalle sentenze gemelle – secondo cui l'ordinamento italiano è sì vincolato all'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo, nei limiti però in cui tale interpretazione risulti compatibile con l'insieme dei principi costituzionali italiani.

Più in particolare, la Cassazione solleva “*questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU (sentenza Varvara) nel senso che la confisca ivi prevista non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi, per violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117, primo comma, Cost. – i quali impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà – in quanto la norma suddetta, come sopra interpretata, non tiene conto di tale bilanciamento, che deve essere sempre operato qualora siano in gioco opposti interessi costituzionalmente protetti, anche qualora gli uni trovino tutela nella Cedu e gli altri nella Costituzione italiana (v. Corte cost. n. 264 del 2012)*”.

6.

Così formulata, la questione si presta peraltro a qualche dubbio preliminare di ammissibilità, sotto il profilo della formulazione stessa del *petitum*. Il giudice remittente chiede alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità dell'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001 “*così come interpretato dalla Corte EDU*” in *Varvara*, quando invece la Corte EDU non ha mai inteso interpretare una norma di legge italiana, non essendo tra l'altro suo compito farlo. La Corte EDU ha piuttosto il compito di interpretare e applicare le (sole) norme della Convenzione e dei suoi protocolli al caso di specie sottopostole dal ricorrente; e nel farlo essa si limita a prendere atto dell'interpretazione data alle norme interne dai giudici nazionali, valutando poi se tale interpretazione sia compatibile con gli obblighi convenzionali. Il che è proprio ciò che avvenuto in *Varvara*, ove la Corte EDU ha ritenuto che il ‘diritto vivente’ italiano (e più in particolare l'interpretazione fornita dalla Cassazione italiana all'art. 44, che consente l'adozione della confisca anche nel contesto di una pronuncia di proscioglimento per prescrizione) fosse in contrasto con gli artt. 7 e 1 prot. 1 CEDU¹³.

Per spingere la Corte costituzionale ad azionare i ‘controlimiti’ – *rectius*, ad affermare con effetto *erga omnes* nell'ordinamento italiano che gli obblighi derivanti dalle citate disposizioni convenzionali, così come interpretati dalla Corte EDU, producono un risultato contrario alla Costituzione italiana – la terza sezione della Corte di cassazione avrebbe forse dovuto sollevare, piuttosto, questione di legittimità costituzionale *degli stessi articoli 7 e 1 prot. 1 CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Varvara, nonché dell'art. 46 CEDU* (dal quale discende, come è noto, la forza obbligatoria delle statuizioni della Corte per lo Stato soccombente) – disposizioni tutte incorporate nell'ordinamento italiano in forza della clausola di “piena e intera esecuzione” di cui legge n. 848/1955 – *nella parte in cui da tali disposizioni discende il divieto per il giudice penale italiano di procedere alla confisca dei terreni oggetto di lottizzazione abusiva con una sentenza dichiarativa della prescrizione, che abbia tuttavia accertato il fatto di reato ai sensi dell'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001*. Il quesito avrebbe avuto così anche formalmente ad oggetto il problema su cui la Cassazione intende chiamare in causa la Consulta: e cioè la compatibilità del divieto enucleato dalla Corte EDU in *Varvara* con l'insieme dei principi costituzionali evocati dalla stessa Cassazione quale parametri del giudizio di legittimità.

7.

A prescindere però dal problema della corretta formulazione del *petitum*, il nodo è – come anticipato – di sostanza: la presa di posizione della terza sezione, a mio sommo avviso,

¹³ Proprio sulla base di tale valutazione della Corte, il Tribunale di Teramo ha invece impostato una questione di legittimità in certo senso opposta e speculare dell'art. 44, assunto nel significato attribuitogli dal diritto vivente risultante dall'univoca giurisprudenza della Corte di cassazione, che consente al giudice di confiscare i terreni con la sentenza dichiarativa della prescrizione: significato del quale coerentemente il giudice *a quo* denuncia il contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, così come interpretato in *Varvara* (su tale questione, cfr. il citato contributo di A. GALLUCCIO, *Confisca “urbanistica”*, cit.).

frainde completamente il punto di vista della Corte europea, che non ha mai affermato, né in *Varvara* né altrove, che il diritto di proprietà – riconosciuto dall'art. 1 prot. 1 CEDU sia meritevole di una protezione prevalente rispetto ai controinteressi evocati dalla Cassazione.

La violazione del diritto di proprietà – nell'ottica, almeno, dei sei giudici di maggioranza del caso *Varvara* (giudice Raimondi compreso) – è la mera conseguenza dell'*illegittimità della sua inflizione mediante una sentenza di proscioglimento*, dal punto di vista dell'art. 7 CEDU (letto, come abbiamo rammentato, in combinato disposto con gli articoli 5 e 6 CEDU)¹⁴; mentre il solo giudice Pinto de Albuquerque, nella propria opinione di minoranza, ritiene illegittima in quanto (intrinsecamente) *sproporzionata* la confisca nel caso di specie. Il problema è, dunque, essenzialmente di carattere processuale: e sta – ripeto – nella difficoltà, per la Corte europea, di immaginare che un "accertamento" del fatto di reato (e della conseguente responsabilità degli imputati) possa essere compiuto in un provvedimento di *proscioglimento* dalle accuse, e comunque *diverso da una sentenza di condanna*.

A fronte di ciò, la strada che la Corte di cassazione avrebbe potuto logicamente imboccare – senza necessariamente chiamare in causa la Consulta – era quella di insistere nella propria consolidata giurisprudenza, cercando di persuadere i colleghi europei che, nell'ordinamento italiano, un *completo accertamento sulla commissione del reato e sulla responsabilità dell'imputato* (nonché dei terzi nei cui confronti la confisca venga disposta) *ben può essere compiuto anche nell'ambito di una sentenza dichiarativa della prescrizione del reato*.

Una simile impresa, tuttavia, non sarebbe stata per nulla agevole – come dimostra, del resto, l'insuccesso degli agenti nel governo italiano nel sostenere tale tesi di fronte alla Corte EDU, nel giudizio avanti alla seconda sezione e poi a sostegno della richiesta (respinta) di rinvio alla Grande Camera.

8.

Per cominciare, è vero che la possibilità di applicare una confisca senza condanna non è sconosciuta al panorama internazionale, ed è comunque ben nota nell'ordinamento italiano *sub specie* di misura di prevenzione patrimoniale; ma, proprio con riferimento alla confisca di prevenzione italiana, la Corte EDU ne ha sinora riconosciuto la legittimità affermandone la natura di misura meramente "preventiva"¹⁵, mentre nel caso della confisca in materia di lottizzazione abusiva la Corte EDU è ferma – con argomenti, si è visto, per nulla spregevoli – nel riconoscerne natura di autentica "pena", che come tale attrae su di sé l'intero impianto delle garanzie che la Convenzione e i suoi protocolli riservano alla materia penale: tra le quali la presunzione di innocenza *ex art. 6 § 2 CEDU*, e la conseguente necessità di una sentenza di condanna come presupposto per la sua inflizione.

L'argomento, speso dalla Cassazione, secondo cui il diritto dell'Unione europea prevede forme di confisca senza condanna, è poi pericolosamente scivoloso.

Anzitutto, e preliminarmente, gli obblighi fissati dal diritto derivato UE sono essi stessi soggetti ad una generale condizione di compatibilità con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea, che sono a loro volta principi generali del diritto UE (art. 6 TUE) e che costituiscono il contenuto minimo dei corrispondenti diritti riconosciuti dalla Carta (art. 52 § 3 CDFUE): sicché la legittimità al metro dei diritti fondamentali delle disposizioni della recentissima direttiva 2014/42/UE in materia di confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato resta ancora tutta da dimostrare, e potrebbe comunque essere contestata avanti alla Corte di giustizia.

In secondo luogo, la Cassazione cita erroneamente a sostegno della propria tesi l'art. 5 della direttiva, che si riferisce ai c.d. poteri estesi di confisca (o, con terminologia più familiare all'interprete italiano, alla *confisca allargata*, prevista nel nostro ordinamento dall'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992) da esercitare nei confronti di persona comunque "*condannata*" per uno dei reati previsti dallo stesso art. 5.

Più conferente sarebbe stato allora citare l'art. 4, che pure subordina in linea di principio l'obbligo di procedere alla confisca al presupposto di una sentenza definitiva *di condanna*,

¹⁴ Letteralmente: "La Cour vient de constater que l'infraction par rapport à laquelle la confiscation a été infligée au requérant n'était pas prévue par la loi au sens de l'article 7 de la Convention et était arbitraire (paragraphe 72-73 ci-dessus). Cette conclusion l'amène à dire que l'ingérence dans le droit au respect des biens du requérant était contraire au principe de la légalité et était arbitraire et qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole no 1. Cette conclusion dispense la Cour de rechercher s'il y a eu rupture du juste équilibre" (§ 85).

¹⁵ Si vedano, in proposito, i precedenti citati nell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque più volte citata.

estendendo però al § 2 tale obbligo alle ipotesi in cui alla sentenza di condanna non si possa giungere in conseguenza della *malattia* e della *fuga* dell'imputato, "laddove sia stato avviato un procedimento penale per un reato che può produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o l'imputato avesse potuto essere processato". Tuttavia, la disposizione è evidentemente pensata per gli ordinamenti che non consentono il processo *in absentia* (segnatamente nelle ipotesi di malattia e fuga dell'imputato), e non menziona affatto l'ipotesi in cui il processo, svoltosi alla presenza dell'imputato, si concluda anticipatamente in conseguenza della prescrizione del reato; tant'è vero che, nella proposta originaria della Commissione¹⁶, la norma corrispondente (il vecchio art. 5) precisava espressamente che la possibilità di disporre la confisca concernesse i casi in cui "la malattia o la fuga dell'indagato o imputato prima dell'azione penale o dell'emissione della condanna non consenta di agire penalmente entro tempi ragionevoli e comporti il rischio grave che l'azione penale sia invalidata dalla prescrizione".

Come dire: occorre procedere alla confisca *prima che la prescrizione maturi*; dandosi così per scontato, da parte del legislatore europeo, che una volta maturata la prescrizione non sia più possibile procedere all'applicazione di alcuna sanzione, confisca compresa.

9.

Indipendentemente però dal conforto che possa o meno provenire dal diritto sovranazionale, la convinzione della Cassazione (condivisa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 239/2008) che il sistema processuale italiano consenta al giudice che pronuncia sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione di compiere un pieno accertamento sulla commissione del fatto e sulla responsabilità degli imputati (nonché dei soggetti colpiti dalla misura ablativa), nel rispetto di tutte le loro garanzie processuali riconosciute, tra l'altro, dall'art. 6 CEDU, appare quanto meno dubbia alla luce del diritto processuale vigente.

Il tema meriterebbe invero un più puntuale approfondimento da parte di chi, diversamente dal sottoscritto, possedesse specifiche competenze scientifiche in materia processuale, e certamente avrebbe meritato un maggiore approfondimento da parte della stessa Corte di cassazione. Ma qualche osservazione, magari un po' grossolana, può essere abbozzata già in questa sede¹⁷.

Concentriamo pure la nostra attenzione sulle sentenze pronunciate in sede dibattimentale, essendo evidente – anche alla luce della sentenza *Paraponiaris* poc'anzi citata – che la pronuncia di un g.u.p. di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione non possa strutturalmente contenere un accertamento pieno della responsabilità degli imputati, in assenza di qualsiasi attività di acquisizione probatoria nel contraddittorio tra le parti. Ora, se la prescrizione matura già in primo grado *prima* dell'apertura della fase istruttoria, il giudice avrà certamente l'obbligo (ai sensi dell'art. 469 c.p.p. o, se del caso, dell'art. 129 c.p.p.) di dichiarare immediatamente la causa estintiva del reato, senza poter procedere all'acquisizione delle prove: con conseguente inesistenza, in questa ipotesi, di ogni "accertamento" sulla sussistenza del fatto e sulle relative responsabilità. Soltanto nella (assai più improbabile) ipotesi in cui la prescrizione dovesse maturare tra la chiusura dell'istruzione probatoria e la decisione, il giudice avrebbe effettivamente acquisito – nel contraddittorio tra le parti – le prove sulla cui base "accertare" fatto e relative responsabilità.

Affinché le garanzie convenzionali possano in tale ipotesi ritenersi pienamente rispettate, sarebbe però necessario che la sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione *ex* art. 531 c.p.p. sia corredata da una motivazione sull'*an* della responsabilità penale (allo standard dell'al di là di ogni ragionevole dubbio) in tutto e per tutto conforme ai requisiti di una vera e propria sentenza di condanna ai sensi dell'art. 533 c.p.p.; e contro tale sentenza il soggetto colpito dalla confisca dovrebbe poter proporre appello – ai sensi dell'art. 579 co. 3 c.p.p. – se del caso sollecitando la rivalutazione dell'intero materiale probatorio a sostegno dell'ipotesi accusatoria e delle allegazioni e prove della difesa sull'*an* della responsabilità penale, nei suoi elementi oggettivi e soggettivi, nonché dell'eventuale posizione dei terzi colpiti dalla confisca: *esattamente come se si trattasse di una sentenza di condanna*. Con ulteriore possibilità di un giu-

¹⁶ Parimenti pubblicata in questa Rivista, con note di A.M. MAUGERI, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, n. 2/2012, p. 180 ss, e di A. BALSAMO, *Il "Codice antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2012.

¹⁷ Per più articolati approfondimenti sul punto, cfr. ancora M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, cit., § 8.

dizio di cassazione contro l'eventuale conferma della statuizione in punto "accertamento" del reato e delle responsabilità, come se si trattasse – ancora una volta – di vere e proprie sentenze di condanna.

Una simile interpretazione 'convenzionalmente orientata' delle norme processuali sarebbe però impossibile nell'ipotesi, statisticamente assai frequente, in cui la prescrizione maturi *nelle more del giudizio di appello*, o di un giudizio di rinvio. Qui il giudice sarebbe vincolato a pronunciare immediatamente sentenza di non doversi procedere *senza poter decidere nel merito sull'impugnazione*, a differenza di quanto accade nell'ipotesi in cui l'appello abbia ad oggetto una sentenza di condanna e vi siano domande civili, sulle quali il giudice avrà l'obbligo di pronunciarsi – in forza però dell'espressa previsione di cui all'art. 578 c.p.p. – nonostante l'intervenuta prescrizione¹⁸. Con il risultato che la pronuncia del giudice di appello verrà qui semplicemente a *crystallizzare l'accertamento del fatto e delle responsabilità compiuto in primo grado*, tenendo così ferma la confisca già disposta, *senza che sia possibile alla Corte d'appello esaminare le (magari fondatissime) doglianze dell'imputato contro le valutazioni del tribunale sull'an della responsabilità penale*; e ciò a meno che non risulti – addirittura – *l'evidenza dell'innocenza dell'imputato*, che sola potrebbe prevalere rispetto alla causa estintiva, secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità.

Identico discorso vale per l'ipotesi in cui la prescrizione maturi nelle more del giudizio di cassazione: anche qui la Corte dovrà limitarsi a dare atto dell'intervenuta prescrizione, confermando però la confisca già disposta dai giudici di merito sulla base di accertamenti non più oggetto di scrutinio – nemmeno sotto il profilo della manifesta illogicità della motivazione – in sede di giudizio di legittimità, salvo anche qui il solo limite dell'evidenza dell'innocenza dell'imputato, che ne imporrebbe l'assoluzione con formula piena.

L'accertamento del fatto di lottizzazione abusiva su cui la confisca è fondata risulterebbe così – in tutti i casi in cui la prescrizione sia maturata dopo la sentenza di primo grado – *sottratto a tutti i successivi controlli di merito e di legittimità che il nostro sistema processuale ordinariamente prevede nei confronti di provvedimenti che infliggono sanzioni penali*.

Che le cose stiamo effettivamente in questi termini, lo dimostra proprio la concreta vicenda processuale sottoposta ora all'esame della Cassazione, nella quale i supremi giudici si sono semplicemente rifiutati di esaminare le doglianze degli imputati relativi ai vizi della motivazione della sentenza impugnata relativamente all'*an* della loro responsabilità, non potendo ravvisarsi nella specie né una "assoluta assenza della prova di colpevolezza a carico di ciascun imputato" né la "prova positiva della sua innocenza" (p. 13): ipotesi che sole avrebbero legittimato la Corte all'annullamento del provvedimento impugnato, in forza del costante insegnamento delle Sezioni Unite secondo cui "in presenza di una causa di estinzione del reato [...] non sono rilevabili in sede di legittimità vizi di motivazione della sentenza impugnata in quanto il giudice del rinvio avrebbe comunque l'obbligo di procedere immediatamente alla declaratoria della causa estintiva" (p. 17).

Non è davvero un caso allora – e il dato dovrebbe far riflettere – che nel caso di specie deciso dalla Cassazione *alcuni imputati abbiano rinunciato alla prescrizione*. La ragione di una tale del tutto anomala e 'innaturale' scelta processuale è evidente: quegli imputati erano ben consapevoli che solo rinunciando alla prescrizione avrebbero avuto la possibilità di difendersi compiutamente dalle accuse nell'intero arco del procedimento, e di ottenere così una pronuncia liberatoria nel merito che – sola – li avrebbe posti al riparo della confisca dei terreni. In assenza di tale rinuncia, la loro sorte sarebbe stata invece in partenza segnata: i terreni sarebbero stati confiscati sulla base dell'ultimo accertamento precedente alla maturazione del termine, accertamento contro il quale essi non avrebbero più avuto alcuna efficace possibilità di difesa nei gradi successivi del giudizio.

¹⁸ In senso difforme, cfr. peraltro Cass., Sez. III pen., 12 gennaio 2010, n. 6261, Pres. Lupo, Est. Franco, ove si estende analogicamente l'obbligo del giudice di appello di compiere un pieno accertamento sul fatto di reato nonostante l'intervenuta prescrizione ai fini della conferma della confisca disposta in primo grado (peraltro con riferimento a un caso di specie limite, in cui il giudice di appello aveva addirittura dato atto, in motivazione, della insufficienza e contraddittorietà della prova sul fatto), in deroga rispetto al principio generale enunciato nella nota pronuncia delle Sezioni Unite, 28 maggio 2009, Tettamanti, n. 35490. Laddove tale orientamento si consolidasse, i profili di frizione tra disciplina processuale e diritto convenzionale risulterebbero effettivamente ridimensionati, anche se probabilmente non del tutto superati, come la concreta vicenda sottoposta all'esame della Cassazione nel caso che qui si commenta dimostra (cfr. subito *infra* nel testo).

10.

Quest'ultima osservazione ci consente, d'altra parte, di evidenziare che il problema qui in discussione non è soltanto quello della piena garanzia di un "giusto processo" in relazione all'accertamento del fatto e delle responsabilità individuali quali presupposto della misura ablatoria; ma anche quello, squisitamente *sostanziale*, del significato della declaratoria di *prescrizione del reato* dal punto di vista dell'imputato.

Qualunque sia la *ratio* che si voglia ascrivere alla prescrizione del reato, su un'affermazione almeno non può che registrarsi un universale consenso: l'avvenuta maturazione del termine prescrizionale segna il momento a partire dal quale, *secondo la valutazione del legislatore*, non sussistono più le ragioni che giustificano l'infrazione della pena nei confronti dell'imputato.

Ed allora, qualora si convenga con la Corte europea che la confisca urbanistica così come strutturata nell'ordinamento italiano deve essere qualificata come una "pena" ai sensi delle pertinenti disposizioni convenzionali – qualificazione dalla quale risulta difficile dissentire, a fronte quanto meno della sua pacifica estensibilità a terreni non edificati –, risulterà estremamente difficile, se non impossibile, spiegare ai nostri interlocutori europei che essa debba essere egualmente applicata *nonostante la maturazione della prescrizione del reato*, e cioè dopo il decorso del lasso di tempo che – secondo la valutazione dello stesso legislatore italiano – segna il *venir meno delle ragioni che giustificano l'infrazione di tutte le altre pene*. E ciò tanto più se si consideri che la confisca dei terreni è la *vera pena* per chi abbia commesso un fatto di lottizzazione abusiva, a fronte della natura poco più che cartacea delle pene detentive e pecuniarie formalmente comminate per un reato di natura contravvenzionale.

A Strasburgo, purtroppo, il re è nudo. La sottile retorica e le raffinate distinzioni della nostra giurisprudenza non valgono, avanti ai giudici europei, a difendere l'indifendibile: e cioè *l'infrazione di una pena per un reato che lo stesso ordinamento giuridico italiano ritiene estinto per prescrizione*, essendo ormai inutilmente trascorso il "tempo dell'oblio" legislativamente stabilito per quel medesimo reato.

11.

Ben comprensibili sono, naturalmente, i buoni propositi della terza sezione, preoccupata della tutela di valori collettivi di enorme rilevanza, calpestati da abusi edilizi attuate con la complicità di amministratori corrotti, che solo la magistratura penale sembra oggi in grado di combattere con un qualche grado di efficacia. Ma il bersaglio – individuato ora nella giurisprudenza della Corte europea – è a mio avviso sbagliato, così come sbagliata mi sembra la strategia adottata in questa occasione. Anche perché, quand'anche la Corte costituzionale ritenesse di seguire la Cassazione sulla strada impervia dei 'controlimiti', i giudici di Strasburgo conserverebbero pur sempre l'ultima parola, e finirebbero per condannare sistematicamente il nostro paese a risarcimenti pecuniari nei confronti di proprietari autori di scempi edilizi, con buona pace delle tasche di tutti noi contribuenti.

L'argomento della Cassazione è, in buona sostanza: la Corte europea ci obbliga irragionevolmente ad anteporre la tutela del patrimonio a quella del paesaggio, dell'ambiente, della stessa salute individuale. Ma così non è, come ho cercato sin qui di dimostrare: la Corte europea non solleva alcuna obiezione contro una tutela anche assai energica di questi beni; purché, però, vengano rispettate le garanzie fondamentali che presidono la materia penale, e in particolare quelle del processo equo di cui all'art. 6 CEDU, che hanno tra i loro essenziali corollari il principio della presunzione dell'innocenza dell'imputato, sino a che la sua colpevolezza non sia accertata – oltre ogni ragionevole dubbio – con una sentenza di condanna.

A fronte di una tale (sensatissima) pretesa, il ragionamento della nostra Corte di cassazione suona un po' come l'argomento di chi volesse affermare che questa o quella garanzia del 'giusto processo' applicata ai processi per omicidio (ad es., la garanzia del contraddittorio nell'assunzione della prova) antepone irragionevolmente il diritto alla libertà personale dell'imputato rispetto alle istanze di tutela del diritto alla vita, protetto dalle norme che incriminano l'omicidio. Un argomento, all'evidenza, inaccettabile: perché il rispetto dei principi del giusto processo è condizione imprescindibile della (pure sacrosanta) tutela dei beni giuridici attuata mediante la sanzione penale.

Ed allora, la soluzione al dilemma va cercata altrove. Se è vero, come è vero, che cinque anni non bastano per accertare in tre gradi di giudizio (e spesso oltre, tenendo conto dei gradi di rinvio) un reato di accertamento assai complesso come la lottizzazione abusiva; e se è vero, altresì, che cinque anni non sono affatto sufficienti a far calare l'oblio su *questo reato*, perché gli

scempi edilizi restano per decenni, e continuano a riempire di indignazione chi abbia a cuore le sorti del nostro martoriato paesaggio: allora la strada maestra non è quella – a dir poco tortuosa – di tentare, in via pretoria, di neutralizzare gli effetti della prescrizione, tenendo ferma la sanzione della confisca nonostante il proscioglimento dell'imputato, bensì quella – semplice e lineare – di mettere finalmente mano, sul piano legislativo, a una *riforma della prescrizione*, che si appalesa con sempre maggiore evidenza come uno dei più gravi fattori distorsivi del funzionamento del nostro sistema penale. Una riforma che, a livello generale, ci viene ormai sollecitata a gran voce anche dall'Unione europea (si vedano in proposito le recentissime [raccomandazioni del Consiglio UE al nostro Paese](#), che al punto n. 3 includono la riforma della prescrizione del reato tra gli obiettivi da raggiungere entro la fine dell'anno in corso) e che, con riferimento specifico alla materia qui in discussione, consentirebbe finalmente alla nostra giurisdizione penale – una volta che fossero rimodulati in maniera più ragionevole i termini prescrizionali per il reato di cui all'art. 44 – di assicurare il proprio cruciale apporto alla difesa del territorio, nel rispetto però delle irrinunciabili garanzie che circondano la materia penale.