



4/2017

CONFISCA SENZA CONDANNA E PRESCRIZIONE: IL FILO ROSSO DEI CONTROLIMITI

di Letizia Valentina Lo Giudice

Abstract. *La confisca urbanistica costituisce ancora oggi un enigma dalla natura incerta e dai contorni nebulosi. In questo lavoro si ripercorreranno le tappe principali che hanno interessato la misura prevista all'art. 44 comma 2 D.P.R. 380/01: dalla nascita nel diritto amministrativo, all'evoluzione nell'applicazione della Cassazione penale, passando per il dibattito sulla ratio della prescrizione.*

Si giungerà così al funzionamento dei controlimiti e alle possibili soluzioni interpretative volte a preservare tanto i beni giuridici ambiente e territorio quanto i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

SOMMARIO: 1. Confisca urbanistica e prescrizione: il sottile intreccio delle divergenti istanze sovranazionali. – 2. La giurisprudenza italiana prima del caso c.d. *Punta Perotti*. – 3. Due casi decisivi: *Sud Fondi srl c. Italia*. – 4. *Segue*: *Varvara c. Italia*. – 5. La sentenza costituzionale n. 49/15. – 6. Confisca e controlimiti: le possibili soluzioni interpretative.

1. Confisca urbanistica e prescrizione: il sottile intreccio delle divergenti istanze sovranazionali.

Obiettivo del presente lavoro è quello di fornire una ricostruzione in chiave storico-giurisprudenziale delle principali tappe che hanno interessato la disciplina della confisca urbanistica¹, in attesa della decisione della *Grand Chambre* investita della

¹ Prevista dall'art. 44, comma 2, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) ove si dispone 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". Si tratta di un istituto da sempre controverso, sulla cui compatibilità con i principi espressi dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'uomo si è più volte espressa la Corte di Strasburgo: Corte EDU, 20 gennaio 2009, caso *Sud Fondi srl e altre 2 c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3504 ss., con nota di A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*; al riguardo, v. anche F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1540 ss. si v. anche Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1392 ss., con nota di A. BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*,

questione circa la possibilità di disporre tale misura ablatoria anche in assenza di un pieno accertamento della responsabilità personale dei soggetti coinvolti. A seguito dell'intervento della Corte Costituzionale con sentenza n. 49 del 2015², ci si chiede se i criteri enunciati in materia dal Giudice delle leggi possano effettivamente trovare un riscontro positivo da parte dei giudici d'oltralpe.

L'acceso dibattito, attualmente in corso tra studiosi ed interpreti, vede come protagonista l'applicazione che la giurisprudenza di legittimità ha fatto dell'art. 44 comma 2 DPR 380/01, in particolare alla luce della configurazione di questa specifica misura ablatoria – da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo – quale sanzione penale³, in quanto tale coperta dall'art. 7 CEDU; e l'eventualità che possa essere disposta mediante una pronuncia giudiziale recante una forma diversa dalla vera e propria condanna. A questa qualificazione di matrice sovranazionale, si aggiunge – specie dopo la sentenza sul *caso Varvara* – la necessità di trovare un equilibrio nel bilanciamento tra il rispetto della presunzione di innocenza al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 6 par. 2 Cedu) e l'interesse statale alla prevenzione e repressione di fenomeni di lottizzazione abusiva, lesivi di interessi costituzionalmente garantiti (art. 2, 9 32, 41, 42 Cost.).

Seguendo il *fil rouge* del bilanciamento di interessi, più volte utilizzato per assicurare il contrasto dei fenomeni di lottizzazione abusiva – anche al di là del ciclo vitale del processo penale – si giunge all'operatività dei c.d. *controlimiti*, più volte invocati dagli interpreti per ostacolare il *simul stabunt simul cadent* intercorrente tra la confisca, poiché qualificata come pena, ed il processo. Controlimiti che segnano, altresì, il ponte interdisciplinare tra il problema della confisca urbanistica *post Varvara* e quello

in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1396 ss.; F. MAZZACUVA, [La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU](#), in *questa Rivista*, 5 novembre 2013.

² Corte Cost., 26 marzo 2015 n. 49, in *questa Rivista*, 30 marzo 2015. Per un commento a tale decisione, tra gli altri, D. PULITANÒ, [Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015](#), *ivi*, 2, 2015, pp. 318 ss.; F. VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope \(Osservazioni a primissima lettura su Corte Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione\)](#), *ivi*, 2, 2015, pp. 333 ss.; G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 411 ss.

³ Sulla dibattuta natura della confisca urbanistica, si vedano, tra gli altri, C. F. GROSSO, *Abusi edilizi: il nodo delle sanzioni penali*, in AA. VV., *Sanzioni e sanatoria nella nuova urbanistica*, Padova, 1985, pp. 50 ss.; G. FIANDACA, G. TESSITORE, *Diritto penale e tutela del territorio*, in AA. VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, pp. 86 ss.; S. VINCIGUERRA, *Appunti in tema di lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. It.*, 2005, II, pp. 1912 ss.; C. ANGELILLIS, *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame di CEDU e Corte Costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2009, pp. 2566 ss.; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2004, pp. 331 ss.; M. TRAPANI, voce *Confisca*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, pp. 955 ss.; V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte Costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. Pen.* 2011, pp. 534 ss.; F. VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope \(Osservazioni a primissima lettura su Corte Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione\)](#), *cit.*, pp. 333 ss. In particolare, quest'ultimo Autore afferma, a proposito della confisca urbanistica, che si tratti di "sanzione della cui natura penale ormai nemmeno la Corte Costituzionale più dubita", p. 336. In giurisprudenza, *Cass. pen.*, sez. III, 24 ottobre 2008 (dep. 17 novembre 2008), n. 42741, *Silvioli*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2564, con nota di C. ANGELILLIS, *Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti*, pp. 2566 ss.

della prescrizione italiana⁴ a seguito dell'interpretazione fornita dalla Corte Giustizia dell'Unione Europea, nel caso *Taricco*⁵, successivamente, dai giudici nazionali intervenuti sul punto.

Da ultimo, sull'argomento è intervenuta la Corte Costituzionale (ordinanza n. 24 del 2017⁶) accogliendo i rilievi mossi dalla Corte d'Appello di Milano⁷ e dalla Corte di Cassazione⁸, inviando alla CGUE un avviso bonario di applicazione dei controlimiti⁹ sotto le collaborative spoglie del rinvio pregiudiziale.

Sebbene il nucleo della questione recentemente affrontata dalla Corte Costituzionale – all'esito delle summenzionate istanze di intervento – attenga ad una prospettiva di segno opposto¹⁰ rispetto alle esigenze emerse nell'interpretazione della confisca urbanistica *ex art. 44 DPR 380/01*, è nell'enucleazione *tranchant* della natura della

⁴ S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, Bologna, 2009, pp. 53 ss.; F. VIGANÒ, [Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2013, p. 18 ss.; V. MANES, [La 'svolta' Taricco e la potenziale sovversione di sistema: le ragioni dei controlimiti](#), in questa *Rivista*, 6 maggio 2016, pp. 9 ss.; C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, pp. 339 ss. Sui controlimiti cfr. A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei, in Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso - G. Illuminati - R. Sicurella - S. Allegrezza, Giuffrè, 2013, pp. 252 ss.

⁵ Grande Sezione, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 8 settembre 2015, C-105/14, *Ivo Taricco e altri.*, in questa *Rivista*, 14 settembre 2015, con commento a cura di F. VIGANÒ, [Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia](#); sul puntosi v. anche C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 1, pp. 419 ss.; V. FAGGIANI, *"Iuspuniendi" europeo "v." controlimiti. Riflessioni a margine del caso "Taricco"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, fasc. 2-3, pp. 509 ss.; F. FALATO, *"Garantismo": diritto e diritti nel "dialogo" tra Corte e Corte. A proposito della sentenza Taricco*, in *La Giustizia penale*, 2016, fasc. 1-3, pp. 41 ss.; F. ROSSI, *L'obbligo di disapplicazione "in malam partem" della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti. La problematica sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc.1, pp. 376 ss.; G. CIVELLO, *Il "dialogo" fra le quattro corti: dalla sentenza "Varvara" (2013) della CEDU alla sentenza "Taricco" (2015) della CGUE*, in *Arch. pen.*, 2015, fasc. 3, pp. 783 ss.

⁶ Pres. Grossi, Red. Lattanzi, ud. 23.11.2016, in *Giur. pen.* (www.giurisprudenzapenale.com), 26 gennaio 2017.

⁷ Corte d'Appello di Milano, Sez. II Penale, Ordinanza 18 settembre 2015, (Pres. Maiga, Est. Locurto), in questa *Rivista*, 21 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, [La prima sentenza della cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi Ica](#).

⁸ Cass. pen., Sez. III, ordinanza n. 28346, 3 marzo/ 8 luglio 2016, (Pres. Grillo, Est. Ricciardi, Ric. Cestari), 15 luglio 2016, in questa *Rivista*.

⁹ Soluzione auspicata dai giudici *a quibus* allo scopo di impedire l'ingresso nel nostro sistema di un'interpretazione comunitariamente orientata delle norme interne in tema di prescrizione che si tradurrebbe in un'applicazione in *malam partem* dei principi di derivazione sovranazionale. Circa le divergenti reazioni registratesi in dottrina relativamente alla pronuncia della Corte Costituzionale si vedano i contributi di A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte Cost. n. 24 del 2017)*, in *La Consulta online*, 2017, fasc. 1, pp. 81 ss.; C. CUPELLI, [La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia](#), in questa *Rivista*, 30 gennaio 2017; O. POLLICINO - M. BASSINI, [When Cooperation Means Request for Clarification, or better for "revisitation"](#), *ivi*, 30 gennaio 2017; V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco" \(note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017\)](#), *ivi*, 13 febbraio 2017; M. CAIANIELLO, *identitario?*, *ivi*, 24 febbraio 2017.

¹⁰ Dilatazione del tempo dell'oblio e dunque estensione della punibilità (cfr. caso *Taricco*) contro esclusione della sanzione in assenza del superamento della presunzione di innocenza (cfr. caso *Varvara*).

prescrizione¹¹ operata dalla Consulta che si traggono gli spunti per comprendere la *ratio* e l'operatività dell'istituto nel sistema nazionale e la sua incidenza sugli accertamenti penali in corso di svolgimento.

Quanto alla confisca e alla sua possibile applicazione in assenza di condanna, nel corpo della presente rassegna si avrà modo di constatare che il moto circolare della giurisprudenza ha condotto – da una primissima applicazione, risalente agli anni '80, che vedeva il giudice penale usurpatore di un potere ablatorio spettante unicamente al Sindaco – ad un ritorno al diritto amministrativo, agevolato dalle pronunce del Consiglio di Stato; resosi necessario per ostacolare la copiosa mole di lottizzazioni abusive, mai giunte a sentenza definitiva di condanna, a causa della prematura estinzione per prescrizione del procedimento penale che le aveva ad oggetto.

Nel 1965, con la sentenza della S.C. (*Santieri*)¹² si iniziò a far strada l'idea che la confisca *ex art.* 722 c.p. in materia di gioco e scommesse – fino ad allora pacificamente disposta anche a seguito di processo estinto – non potesse essere disposta senza condanna.

A cavallo tra la legge *Bucalossi* e la successiva legge 47/1985, la confisca per lottizzazione abusiva era considerata strumento ad appannaggio esclusivo della Pubblica Amministrazione, disposto a prescindere dall'esistenza di un accertamento penale. Solo negli anni '90, le Sezioni Unite *Carlea*¹³ affermarono che l'unica confisca obbligatoria esistente nel sistema – e prescindente le dinamiche del processo – fosse da individuare in quella prevista dall'art. 240 comma 2 n. 2 c.p. relativamente alle cose intrinsecamente pericolose, e non già nella confisca urbanistica. Tuttavia, questo moto garantista non durò a lungo, perché già a metà decennio iniziarono a farsi strada opposti orientamenti – concernenti la sicura possibilità di disporre la confisca per lottizzazione abusiva anche a seguito di estinzione del procedimento per prescrizione – sfociati poi nella sentenza *Todesco*¹⁴ che ha dato il *la* ad una stagione di applicazione in *malam partem* del regime delle confische, placatasi – seppur momentaneamente – solo con le Sezioni Unite *De Maio*¹⁵ del 2008.

In questo scenario si innestano le pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso *Sud Fondi s.r.l. c. Italia* e *Varvara c. Italia* e l'interpretazione di queste resa dalla Cassazione e dalla Consulta, nel tentativo di assicurare la repressione dei reati edilizi anche a costo di ignorare i moniti garantistici promananti dai giudici sovranazionali.

Sullo sfondo resta la percezione di un problema più radicale, che attiene ai rapporti tra l'ordinamento giuridico interno e i suoi interlocutori europei, e vede le corti

¹¹ Ord. 24/17 Corte Cost. par. 4: «istituto che incide sulla punibilità della persona» in quanto di carattere sostanziale e non processuale.

¹² Cass. Pen., Sez. IV, 24.02.1965 n. 374, *Santieri*, in *Giust. pen.*, 1965, fasc. 2, pp. 417 ss.

¹³ Cass. pen., Sez. Un., 25.03.1993, in *Giur. it.*, 1994, fasc. II, pp. 575 ss.

¹⁴ Cass. pen., Sez. I, 25.09.2000, *Todesco*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 1701 ss., con nota critica a cura di G. MELILLO, *Estinzione del reato e confisca di cose diverse da quelle oggettivamente criminose, ovvero di mai sopiti contrasti giurisprudenziali*.

¹⁵ Cass. pen., Sez. Un., 10.07.2008 n. 38834, *De Maio*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1392, con nota di P. IELO, *Confisca e prescrizione: nuovo viaggio delle Sezioni unite*.

nazionali fare fronte comune non soltanto ogni qual volta da una pronuncia sovranazionale possa derivare un pericolo per i diritti fondamentali di rango primario tutelati dalla Costituzione; ma anche nell'ipotesi – quale è quella della confisca urbanistica – in cui la miglior tutela esistente si trovi in una fonte diversa dalla Carta dei diritti repubblicana, giungendo sino all'elaborazione di articolate tesi giurisprudenziali pur di non ammettere che forse, talvolta, la sanzione deve essere abbandonata.

2. La giurisprudenza italiana prima del caso c.d. Punta Perotti.

La *querelle* relativa alla possibilità di disporre la confisca in assenza di condanna ha origini profondamente radicate nel tempo.

Negli anni '80, sotto la vigenza della legge *Bucalossi* (l. 28 gennaio 1977 n. 10) l'idea che un giudice penale potesse disporre un provvedimento ablatorio – in presenza di opere eseguite in difformità rispetto agli strumenti urbanistici ovvero in assenza di concessione – rappresentava un'eventualità bizzarra, talvolta persino illegittima.

Difatti, la legge demandava all'Autorità amministrativa, nella persona del Sindaco, il compito di reprimere i fenomeni di lottizzazione abusiva, mediante lo strumento ripristinatorio della demolizione e – solo in caso di prolungata inottemperanza – dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dei manufatti illegittimamente realizzati¹⁶.

L'allora art. 17, dedicato alle *sanzioni penali*, si apriva con una clausola di riserva: «salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni previste dal precedente articolo 15», prevedendo l'arresto fino a sei mesi e l'ammenda fino a 5 milioni di lire nel caso di opere eseguite in totale difformità o in assenza di concessione ovvero nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio in violazione delle disposizioni di cui all'art. 28 l. 17 agosto 1942 n. 1105, aggiungendosi alle sanzioni comminate dall'autorità amministrativa *ex art. 15 l. 10/77*.

Dall'accertamento penale di tali condotte poteva derivare, poi, l'applicazione della confisca facoltativa *ex art. 240 comma I c.p.* relativamente ai beni costituenti il prezzo o il profitto del reato; nello specifico le opere oggetto di lottizzazione abusiva.

Sulla scorta di questo assetto normativo, la giurisprudenza del tempo riteneva che, da parte del giudice, in prima battuta, fosse «*inapplicabile la confisca dell'immobile costruito in violazione della legge urbanistica, perché incompatibile con il meccanismo delle sanzioni amministrative e delle scelte discrezionali attribuite all'autorità comunale*»¹⁷.

Analogamente, sul versante della normativa antisismica, si escludeva che l'art. 219 c.p.p. – nel testo allora vigente, relativo al potere della polizia giudiziaria di adottare le misure volte ad impedire che il reato fosse portato a conseguenze ulteriori, e dunque a disporre il sequestro propedeutico alla confisca – potesse essere utilizzato «*dal giudice*

¹⁶ Legge 28 gennaio 1977 n. 10, art. 15 comma 3: «Le opere eseguite in totale difformità o in assenza della concessione debbono essere demolite, a cura e spese del proprietario, entro il termine fissato dal sindaco con ordinanza. In mancanza, le predette opere sono gratuitamente acquisite, con l'area su cui insistono, al patrimonio indisponibile del comune...».

¹⁷ Cass. pen., 20.05.1980 (*Braccacini*), in *Riv. Pen.*, 1981, pp. 412 ss.

al fine di esercitare un potere discrezionale, quale la demolizione e la confisca di una costruzione abusiva, riservata alla competenza esclusiva della p.a.; in materia edilizia quando il legislatore ha voluto attribuire alla autorità giudiziaria la competenza ad ordinare la demolizione delle opere abusive lo ha espressamente disposto¹⁸».

Soltanto qualche coraggioso pretore¹⁹ si spingeva fino al punto di ritenere concorrente la potestà punitiva del giudice penale e della Pubblica Amministrazione, ammettendo la possibilità che nelle more dell'impugnazione della sentenza di condanna (comprensiva di misura ablatoria) fosse possibile per il Comune disporre l'acquisizione delle opere abusive.

In particolare si sosteneva che *«entrambe le misure sanzionatorie, sia quella della confisca penale che quella amministrativa, possono abbattersi sulla medesima opera abusiva non essendovi tra esse incompatibilità; la confisca amministrativa può infatti, aggiungersi alla confisca già disposta dal giudice, con la conseguenza che, anche se la sentenza in sede penale sia impugnata, niente impedisce al sindaco di disporre, a sua volta, la confisca amministrativa con la conseguente devoluzione dell'opera abusiva al patrimonio indisponibile del comune e l'immediata destinazione ad usi pubblici, stante l'immediata esecutorietà degli atti amministrativi»*. Tuttavia anche nei cuori più impavidi rimaneva ferma l'idea che se vi era un potere prevalente, quello era il potere amministrativo.

Questo sottile spiraglio da parte della giurisprudenza di merito rimaneva comunque un episodio sporadico, poiché la Cassazione si manteneva ben salda alla stretta interpretazione delle sfere di competenza, valutando illegittima la confisca disposta dal giudice penale in quanto incompatibile con il corretto esercizio dei poteri per legge attribuiti esclusivamente al sindaco²⁰, poiché spettava unicamente a questi *«il potere di disporre la confisca delle opere costruite in violazione della legge urbanistica»²¹*.

Qualche anno dopo, il legislatore – resosi conto della possibile sovrapposizione tra interventi dell'amministrazione e dell'autorità giudiziaria – approvò la legge 28 febbraio 1985 n. 47, il cui articolo 19, rubricato *confisca dei terreni* espressamente stabiliva *«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»*.

Questa aperta legittimazione all'esercizio del potere ablatorio in sede penale, tuttavia, non si poneva il proposito di ampliare la potestà del giudice, ma solo di avallare la possibilità che questi esercitasse in via meramente sostitutiva un potere posto in capo alla Pubblica Amministrazione.

A confermare tale circostanza è il dato letterale: solo al successivo art. 20 si parla di sanzioni penali, riproducendo – con qualche lieve incremento sanzionatorio – il medesimo assetto contravvenzionale già previsto dalla legge *Bucalossi*.

Sotto la vigenza della legge n. 47 del 1985 iniziò a maturarsi la convinzione che la confisca urbanistica fosse misura obbligatoria da applicare in presenza – anche solo – del mero accertamento materiale dell'avvenuta lottizzazione abusiva.

¹⁸ Cass. pen., 4.07.1980 (*Marchese*), in *Riv. Pen.*, 1981, pp. 88 ss.

¹⁹ Pret. Napoli, 29.09.1980 (*AlfèCuomo*), in *Riv. Giur. Edil.*, 1981, fasc. I, pp. 330 ss.

²⁰ *Ex multis*, Cass. pen., 20.05.1980 (*Cundari*), in *Giur. It.*, 1982, fasc. II, pp. 18 ss.

²¹ Cass. pen., 2.06.1980 (*Casalini*), in *Riv. Pen.*, 1981, pp. 332 ss.

Conseguentemente – e a differenza dell’ordine di demolizione di cui all’art. 7 l. 47/85²², che presupponeva la necessaria condanna²³ – le vicende del processo penale spiegavano un effetto del tutto influente sull’applicazione della misura. In particolare, si sosteneva che «*la formulazione legislativa dell’art. 19 l. 28 febbraio 1985, n. 47 e la differente terminologia usata rispetto all’ipotesi di cui all’art. 7 ult. comma stessa legge, lasciano intendere che, mentre la demolizione presuppone la condanna, la confisca di cui al detto art. 19 prevede solo, quale presupposto, la esistenza effettiva della lottizzazione, prescindendo da ogni altra considerazione e rilievo, e con esclusione solo della ipotesi di insussistenza del fatto*». Di qui la convinzione che – anche in presenza di proscioglimento²⁴ – il giudice fosse comunque tenuto a disporre la misura ablatoria.

Inoltre, essendo la confisca *ex art. 19* provvedimento amministrativo disposto in via di supplenza²⁵ dal giudice penale nell’esercizio di un potere-dovere soltanto prestatogli, qualora fosse successivamente intervenuta concessione in sanatoria delle opere costruite sul terreno abusivamente lottizzato, sarebbe sorto – in capo al giudice dell’esecuzione – il dovere di revocare la confisca disposta in sede di condanna, essendo questa divenuta incompatibile con una successiva e prevalente valutazione dell’autorità amministrativa²⁶.

Nello stesso decennio il dibattito degli interpreti si estese all’ammissibilità di altre forme di confisca in assenza di condanna e, tra queste, si riaprì l’indagine sulla confisca relativa alla contravvenzione di cui all’art. 722 c.p. in materia di gioco d’azzardo²⁷. In particolare, ci si interrogava sulla possibilità che il provvedimento ablatorio potesse essere disposto anche in caso di intervenuta amnistia, nonché sul limite alla cognizione del giudice a seguito della declaratoria di estinzione del reato.

²² Cass. pen. Sez. VI, 13.11.1992 (Ferrari) «*in tema di reati edilizi, l’art. 7 ultimo comma, l. 28 febbraio 1985 n. 47, prevede che il giudice con la sentenza di condanna per il reato di cui all’art. 17 lett. b) l. 28 gennaio 1977 n. 10, come modificato dall’art. 20 l. n. 47 del 1985, ordina la demolizione delle opere stesse se non sia stata altrimenti eseguita; pertanto il giudice penale, al quale la legge attribuisce in via eccezionale un potere di natura amministrativa, deve limitarsi, una volta accertata la violazione del citato art. 20, ad ordinare la demolizione dell’edificio abusivo, secondo una interpretazione non estensiva della norma, trattandosi di un potere normalmente riservato all’autorità amministrativa*», in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, fasc. 7, pp. 72 ss.

²³ Si v. Cass. pen., Sez. III, 8.02.1994 n. 4954, in *Cass. Pen.*, 1995, pp. 381 ss.

²⁴ Purché non in caso di proscioglimento per insussistenza del fatto-reato, si v. Cass. pen. Sez. III, sentenza n. 16483 12.11.1990 (Licastro), in *Giur. It.*, 1991, fasc. II, pp. 118 ss.; Cass. pen., Sez. III, 30.04.1994, in *Cass. Pen.*, 1995, pp. 306 ss.; Cass. pen., Sez. III, 28.09.1995, in *Cass. Pen.*, 1997, pp. 145 ss.; Cass. pen., Sez. III, 13.07.1995, in *Giust. Pen.*, 1996, fasc. II, pp. 350 ss.

²⁵ Cass. pen., Sez. III, 15.10.1997 (Pres. Giammanco, Est. Onorato, Ric. Sapuppo), con nota a cura di A. FERRARO, *Lottizzazione abusiva: consumazione e prescrizione del reato*, in *Urb. e app.*, 1998, fasc. II, pp. 202 ss.

²⁶ Che tuttavia non comportava *ex post* la conformità dell’operazione edilizia, poiché «*la concessione in sanatoria [...] legittima soltanto l’opera realizzata, non comportando altresì una valutazione di conformità della lottizzazione alla pianificazione urbanistica generale*»: cfr. A. FERRARO, *Lottizzazione abusiva: consumazione e prescrizione del reato*, *op. ult. cit.*; si vedano anche Cass. pen., Sez. III, 21.04.1989, in *Riv. Pen.*, 1990, pp. 172 ss.; Cass. pen., Sez. III, 23.09.1987, in *Riv. Pen.*, 1988, pp. 1105 ss.

²⁷ Di recente, in relazione anche alla confisca *ex art. 322 ter c.p.*, si è espressa la Suprema Corte, Cass. pen. Sez. Un., sentenza n. 31617 del 21 luglio 2015, *Lucci*, in *C.E.D. Cass.*, n. 264436; per un commento a questa pronuncia si v. F. G. CAPITANI, *Le Sezioni Unite: la confisca sopravvive alla causa estintiva del reato, purché ci sia già stata condanna e si tratti di confisca diretta*, in *Diritto e Giustizia*, 2015, fasc. 29, pp. 44 ss.

Il nucleo essenziale della questione atteneva all'esistenza di due contrapposti orientamenti creatisi sull'interpretazione dell'art. 240 c.p., i cui effetti si riverberavano sulla disciplina di tutte le altre forme di confisca.

Secondo la tesi minoritaria²⁸, la condanna non costituiva elemento necessario ai fini della confisca, per due ordini di ragioni: il primo fondato sulla lettura dell'art. 236 comma 2 c.p.²⁹ che sottrae la confisca dall'ambito di applicazione dell'art. 210 c.p.³⁰ che, a sua volta, enuncia il principio in base al quale l'estinzione del reato fa cessare l'esecuzione e l'applicazione delle misure di sicurezza; il secondo, poggiato sull'uso dell'avverbio «*sempre*» all'art. 240 comma 2 c.p., che è stato interpretato come fondante l'obbligatorietà *tout court* della confisca, anche a prescindere dalla condanna.

Secondo la tesi maggioritaria³¹, invece, si riteneva che il richiamo operato dall'art. 240 c.p. agli artt. 210 e 236 c.p. non fosse significativo, proprio in virtù del fatto che lo stesso art. 240 c.p. pone – quale presupposto per l'applicazione della misura – l'intervenuta condanna. In più, gli articoli 210 e 236 c.p. si limitano a dettare una disciplina generale per le misure di sicurezza, applicabili – in quanto compatibili – con le peculiari regole dei singoli istituti. Ne deriva che, in caso di contrasto tra disciplina generale e specifica, ovviamente a prevalere dovrà essere la *lex specialis*. L'interpretazione attribuita all'inciso «*sempre*» è, secondo questa tesi, volta a riconoscere la totale assenza di discrezionalità per il giudice in presenza dei requisiti previsti *ex lege*, poiché – per quei determinati tipi di beni – il giudizio circa la loro pericolosità è già stato espresso a monte dal legislatore. Inoltre, per disporre la confisca non sono necessari onerosi accertamenti da parte del giudice sul quale incombe la declaratoria di prescrizione, in quanto il n. 2 comma 2 art. 240 porta già in sé una valutazione circa la pericolosità intrinseca di quei beni e impone la loro confiscabilità a prescindere dalla condanna.

Aderendo alla tesi minoritaria, la giurisprudenza degli anni '80, argomentava affermando che l'art. 722 c.p. secondo alinea, prevedendo che «*è sempre ordinata la confisca del denaro esposto nel giuoco e degli arnesi ed oggetti ad esso destinati*»³², fosse da interpretare

²⁸ Cass. pen., sez. II, 25.05.2010 n. 2161; Cass. pen., sez. I, 25.09.2000 (*Todesco*), in *Cass. Pen.*, 2002, pp. 1701 ss.; Cass. pen., sez. I, 19.01.1976 (*Focaccia*), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, pp. 334 ss.; Cass. pen., sez. IV, 24.02.1965 (*Santieri*), in *Giust. pen.*, 1965, fasc. 2, pp. 417 ss.; Cass. pen., sez. I, 10.11.1965 (*Davascio*), in *Giust. pen.*, 1966, fasc. 2, pp. 1064 ss.; in dottrina si vedano V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. III, pp. 391 ss.; M. ROSSETTI, *Morte dell'imputato o del condannato*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, 1994, pp. 198 ss.

²⁹ Che espressamente esclude per la confisca *ex art. 240 c.p.* l'applicabilità dell'art. 210 c.p.

³⁰ Norma che esclude la possibilità di disporre misure di sicurezza in caso di estinzione del reato.

³¹ G. MELILLO, *Estinzione del reato e confisca di cose diverse da quelle oggettivamente criminose, ovvero di mai sopiti contrasti giurisprudenziali*, cit., pp. 1702 ss.; D. GULLO, *La confisca*, in *Giust. pen.*, 1981, fasc. 2, pp. 46 ss.; A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, pp. 47 ss.; M. ROMANO, *Sub art. 150*, in *Romano-Grasso-Padovani (a cura di), Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, 1994, pp. 19 ss.; G. GRASSO, *Sub art. 240*, in *op. ult. cit.*, pp. 528 ss.; in giurisprudenza si vedano Cass. pen., Sez. Un., 25.03.1993 n. 5, (*Carlea*), in *Giur. it.*, 1994, fasc. 2, pp. 575 ss.; Cass. pen., sez. VI, 19.02.2008 n. 27043, (*Console*), in *Riv. pen.*, 2008, fasc. 10, pp. 1025 ss.; Cass. pen., Sez. Un., 10.07.2008 n. 38834, (*De Maio*), in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1392 ss.

³² Non va trascurata la circostanza che l'art. 722 c.p. si componga di un unico comma il cui *incipit* è «*la condanna per alcune delle contravvenzioni previste dagli articoli precedenti importa la pubblicazione della sentenza*», dato che fa emergere come la volontà del legislatore fosse quella di indicare come presupposto di base, tanto

anch'esso come previsione di una confisca obbligatoria, alla stregua di quella prevista dal comma 2 n. 2 del 240 c.p. A dirimere il contrasto furono le Sezioni Unite nella sentenza *Carlea*³³, affermando che l'unico ruolo svolto dalle norme di cui agli artt. 236 comma 2 c.p. e art. 210 c.p. sia quello di dettare una disciplina generale in tema di misure di sicurezza personali, e non anche di determinare un regime derogatorio nell'applicazione dell'istituto della confisca che, godendo di una propria disciplina specifica, mai potrebbe mutare i propri tratti distintivi (applicandosi in assenza di condanna) quando una condanna è presupposto espressamente richiesto dal legislatore per la sua operatività. Né diversamente si potrebbe opinare creando un parallelismo tra l'art. 722 c.p. e l'art. 240 comma 2 n. 2 che contempla un'ipotesi di confisca obbligatoria in ragione della natura intrinsecamente pericolosa «*delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna*». Ciò, *a fortiori*, sulla base dell'analisi letterale della disposizione, dalla quale emerge che quando il legislatore ha voluto indicare un caso di confisca senza condanna, lo ha fatto espressamente³⁴; viceversa, nulla è stato prescritto e nulla di ultroneo si può trarre dalla disposizione, specie in virtù dell'operatività del divieto di analogia *in malam partem*.

A tal proposito, si richiama la pertinente valutazione espressa dalle SS.UU. in tempi più recenti³⁵, secondo cui «*l'avverbio sempre è finalizzato solo a contrapporre la confisca obbligatoria alla confisca facoltativa, ma non la confisca in presenza o in assenza di condanna*».

Sul versante processuale non va dimenticato, poi, che la pronuncia con la quale si dichiara estinto il reato implica³⁶uno sbarramento anche nell'attività istruttoria che il

per la pubblicazione della sentenza quanto per l'applicazione della confisca, proprio la pronuncia di una condanna. In questo senso, si veda un risalente orientamento della S.C., Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 374 del 24.02.1965, (*Santieri*), cit.

³³ Cass. pen., Sez. Un., 25 marzo 1993, n. 5, in *Giur. it.*, 1994, II, pp. 574 ss.

³⁴ Per un approfondito esame della questione, si v. 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.*, fasc. 4, 2010, pp. 1672 ss.

³⁵ [Cass. pen., Sez. Un., 26.06.2015 n. 31617 \(dep. 21.07.2015\), Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. Lucci](#), in questa *Rivista*, 30 luglio 2015. Tale pronuncia ripercorre in modo dettagliato l'evoluzione giurisprudenziale della confisca, per rendere le proprie conclusioni con riferimento alla misura di cui all'art. 322 *ter* e ai limiti alla cognizione del giudice a seguito dell'estinzione del procedimento. Si riporta uno dei principi di diritto enunciati: «*il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240, comma 2, n.1, c.p., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322 *ter* c.p., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato*», in *Guida al Diritto*, 2015, fasc. 38, pp. 88 ss.

³⁶ Malgrado anche questo dato non sia pacifico in dottrina: cfr. M. BIGNAMI, [Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, Cedu e diritto vivente](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2015, p. 288 ss. Analogamente, in giurisprudenza si sono registrati interventi di segno opposto: si v. Cass. pen., Sez. Un., 25.03.1993 n. 5 (*Carlea*, nella quale l'art. 129 c.p.p. si pone quale limite invalicabile all'accertamento penale), *contra* Cass. pen., Sez. Un., sentenza n. 38834 del 10.07.2008 (*De Maio*, nella quale si sostiene che la legge penale processuale prevede ampi poteri di accertamento in capo al giudice che rilevi la sussistenza di una causa estintiva del reato).

giudice è tenuto a compiere: una cosa è protrarre l'accertamento giudiziale fino al reperimento di tutti gli elementi idonei a valicare e soddisfare la presunzione di innocenza al di là di ogni ragionevole dubbio, altra è doversi limitare a constatare che determinati beni siano, di per sé stessi, assolutamente pericolosi e dunque vietati, disponendone la confisca.

Sulla scorta di tale ultima osservazione, l'ingranaggio delle norme codicistiche sembra funzionare in modo scervo da vizi logici e porta a ritenere che vi sia una sola ipotesi conclamata di «confisca senza condanna»³⁷: quella contemplata dall'art. 240 comma 2 n. 2 c.p.

Tuttavia non va taciuto che nel corso degli anni la S.C. abbia tenuto degli orientamenti oscillanti, talvolta discostandosi dalla via maestra tracciata dalla sentenza *Carlea* e avallando casi di confisca in presenza della declaratoria di estinzione del reato³⁸.

Ciò era avvenuto – solo due anni dopo – in occasione della sentenza n. 10061/95³⁹, nella quale aveva sostenuto quale unico presupposto applicativo della misura ablatoria «l'accertata effettiva esistenza della lottizzazione, prescindendo da ogni altra considerazione e con esclusione solo dell'ipotesi di insussistenza del fatto⁴⁰» operando un raffronto con l'art. 7 t.u. edilizia concernente l'ordine di demolizione, che espressamente richiede una condanna per il reato edilizio. Questo in ragione della già menzionata convinzione – profondamente radicata in dottrina e giurisprudenza sotto la vigenza della legge n. 47/85 – che tale strumento avesse natura amministrativa⁴¹ e la sua applicazione fosse deputata al giudice penale solo in via di supplenza rispetto all'Amministrazione⁴².

³⁷ Cfr., per tutti, M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, cit., V. MANES, [La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in questa Rivista, 13 aprile 2015. M. BIGNAMI, [Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, Cedu e diritto vivente](#), in questa Rivista, cit.; D. PULITANÒ, [Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015](#), cit.

³⁸ Cass. Pen., Sez. I, sentenza n. 5262 del 25.09.2000, *Todesco et al*; Cass. Pen. Sez. I, sentenza n. 2453 del 4.12.2008, *Squillante*; Cass. Pen., Sez. II, sentenza n. 32273 del 25.05.2010, *Pastore*; Cass. Pen., Sez. II n. 39756 del 5.10.2011, *Ciancimino*.

³⁹ Cass. Pen., Sez. III, sentenza n. 10061 del 13.07.1995, nella quale si affermava che: «La confisca prevista dall'art. 19 l. n. 47/1985 si applica tutte le volte in cui sia stato accertato il reato di lottizzazione abusiva ed, a differenza dell'ordine di demolizione ex art. 7 l. cit., non è necessaria una sentenza di condanna per la sua irrogazione».

⁴⁰ Cass. Pen., Sez. III, sentenza n. 10061 del 13.07.1995, in *Cass. Pen.* 1997, pp.195 ss.

⁴¹ La giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina – almeno sino a qualche anno fa – qualificavano la misura come «sanzione amministrativa accessoria reale»: Tribunale di Roma, 17.04.1985, in *Giur.it.*, 1987, fasc. II, pp. 121 ss.; Cass. pen., sez. III, 7.07.2004 (dep. 4.10.2004), n. 38730, *Vittorioso*, in *Giur.it.*, 2005, pp. 1911 ss.; Cass. pen., sez. III, ud. 2.03.2011, n. 6267. In dottrina, S. VINCIGUERRA, *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, cit., pp. 1912 ss.

⁴² Si è osservato, in tempi più recenti, che una sanzione amministrativa identica sia già presente all'art. 30 comma 8 DPR 380/01, che ne dispone l'applicazione direttamente da parte della Pubblica Amministrazione nell'ambito dei suoi poteri coercitivi. Non si spiega, dunque, per quale ragione il legislatore dovrebbe avere inteso creare un duplicato dell'art. 44 del medesimo testo unico. Inoltre, tale interpretazione non convince, specie perché la disposizione è rubricata «sanzioni penali», sul punto si v. S. VINCIGUERRA, *Appunti in tema di lottizzazione abusiva e confisca*, cit., pp. 1913 ss.

Nel 2000 con il caso *Todesco*⁴³ la S.C. è giunta sino ad ammettere la possibilità di disporre la confisca del prezzo del reato anche nell'ipotesi di reato estinto per morte del reo; assumendo l'impossibilità per gli eredi di chiederne la revoca in quanto non titolari *iure haereditario* di alcun diritto, proprio in virtù del fatto che la confisca nei confronti del padre aveva fatto venire meno dal suo patrimonio – rendendo dunque impossibile la trasmissione nei confronti dei figli – il diritto di proprietà sul bene.

Nel decennio successivo, ferma questa interpretazione della confisca urbanistica, intervennero le Sezioni Unite con la sentenza resa nel caso *De Maio*. La pronuncia – pur muovendo dalle stesse conclusioni cui le SS.UU. erano approdate nel caso *Carlea* – enunciava in punto di diritto sostanziale, con piglio netto e senza titubanze, che la misura ablatoria non può essere disposta in assenza di condanna e che, uniche ipotesi di confisca disposta senza formale condanna, andassero ravvisate esclusivamente nell'art. 240 comma 2 n. 2 c.p., nell'art. 44 comma 2 DPR 380/01 (in materia urbanistica) e nell'art. 301 DPR 43/73 (in tema di contrabbando).

Circostanza *sui generis*, specie in considerazione del fatto che con l'entrata in vigore del DPR 380/01 gli articoli 19 e 20, dedicati rispettivamente alla confisca e alle sanzioni penali, sono confluiti in un'unica norma: l'art. 44 comma 2⁴⁴; e che dunque, sul fronte letterale, l'indicazione circa la natura dello strumento ablatorio è stata fornita – non si sa quanto scientemente – dallo stesso legislatore.

3. Due casi decisivi: *Sud Fondi srl c. Italia*.

La convinzione circa la possibilità di disporre una confisca *ex art. 44 comma 2 DPR 380/01* in assenza di condanna ha posto le basi per il *casus belli* che ha portato alla pronuncia della Corte di Strasburgo nella vicenda *Sud Fondi srl c. Italia*⁴⁵ (o c.d. *Punta Perotti*⁴⁶). Ciò che rileva, ai fini della presente trattazione, è che, nel caso citato, la Corte di Cassazione, stabilendo che i piani di lottizzazione e i permessi di costruire rilasciati dall'Amministrazione erano illegali, assolse gli imputati rilevando che non potesse essere loro attribuita né colpa né intenzione di commettere i fatti delittuosi, giacché essi avevano commesso un «errore inevitabile e scusabile» nell'interpretazione di disposizioni regionali «oscuere e mal formulate» che interferivano con la legge nazionale.

⁴³ Cass. pen., sez. I, 25.09.2000 n. 5262, *Todesco e altri*, in C.E.D. Cass., n. 220007.

⁴⁴ Art. 44 comma 2, DPR 380/01: «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. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari».

⁴⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II – 20.01.09, *Sud Fondi srl e altre 2 c/Italia*, si veda A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea*, in Cass. pen., 2008, fasc. 9, pp. 3504 ss.

⁴⁶ Dal nome della zona costiera sulla quale insisteva il complesso oggetto della lottizzazione abusiva: Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, sent. 20 gennaio 2009, cit.. Per un'analisi delle affermazioni contenute nella sentenza sul principio di colpevolezza cfr. F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in Dir. pen. proc., 2009, pp. 1540 ss.

Con la medesima pronuncia, la S.C. ordinò la confisca di tutte le costruzioni e dei terreni facendo riferimento alla propria giurisprudenza, secondo la quale l'applicazione dell'articolo 19 legge n. 47/1985⁴⁷ rivestiva natura obbligatoria in caso di accertamento oggettivo del reato di lottizzazione abusiva, e la relativa misura andava disposta anche in assenza di una condanna penale nei confronti dei costruttori.

La Corte Europea, con una descrizione puntuale degli accadimenti e delle questioni di diritto sottese, partendo dall'assunto che la misura prevista dall'art. 44 comma 2 DPR 380/01 rivesta senz'altro carattere penale⁴⁸, ha rilevato che questa vada assoggettata al principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 7 par. 1 CEDU, dal quale discende la necessità che la legge penale ed il diritto giurisprudenziale⁴⁹ siano informati ai criteri di *accessibilità* e *prevedibilità* declinati nel senso della possibilità per il soggetto agente di valutare *ex ante* le conseguenze della propria condotta, sia avuto riguardo alla possibilità di commettere un reato che alla circostanza di subire una specifica sanzione.

Il passo decisivo nella sentenza *Sud Fondi srl c. Italia* si ha nel momento in cui, per la prima volta, la Corte di Strasburgo ha fatto menzione del principio di colpevolezza⁵⁰, ritenendolo senz'altro compreso, seppur non espresso, nelle garanzie dell'art. 7 CEDU, specificando che, perché si possa punire, è necessario ravvisare «*un legame di natura intellettuale «coscienza e volontà» che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato»*⁵¹.

In più, con riferimento alla tutela del diritto di proprietà, prevista all'art. 1 Protocollo Addizionale n. 1 CEDU, la Corte ne ha ribadito la natura di diritto fondamentale e i limiti entro cui un'ingerenza statale possa essere consentita, ossia rispettando l'art. 7 CEDU (come appena definito) e rifuggendo qualsiasi forma di arbitrarietà⁵². Partendo da questo assunto, il giudice europeo ha concluso affermando

⁴⁷ Antesignano dell'art. 44 comma 2 DPR 380/01, poi unito all'art. 20 (rubricato "sanzioni penali") confluito nell'art. 44 comma 1.

⁴⁸ Non si cita più il caso *Engel e altri c. Olanda (Grande Camera, 8.06.1976)* e i criteri in questo enunciati, ma si fa riferimento al più recente caso *Welch c. Regno Unito 1995*, nel quale la Corte ha avuto modo di esplicitare gli indici in presenza dei quali si possa identificare il carattere penale di una misura. In particolare questi sono da individuare: nella consequenzialità dell'adozione della misura rispetto alla condanna per un reato; nella natura e nello scopo della misura; nella qualificazione operata dal diritto interno; nelle relative procedure di applicazione ed esecuzione; infine, nel grado di afflittività che la connota.

⁴⁹ Nel termine *law*, in ragione dell'appartenenza della Corte al sistema di *common law*, si fa rientrare anche il diritto di creazione giurisprudenziale. Sul punto si v. par. 108 sent.: «*La nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, tra le quali quelle dell'accessibilità e della prevedibilità»*.

⁵⁰ Per tutti, M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera - N. Mazzacuva - M. Pavarini - M. Zanotti, I, Torino, 2006, pp. 214 ss.

⁵¹ Par. 116 sent. *Sud Fondi srl c. Italia*. Nel passaggio immediatamente successivo, la Corte specifica che «*in caso contrario, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o colei che ne è vittima»*.

⁵² Par. 136, sent. cit.

che senz'altro la confisca disposta nei confronti degli imprenditori italiani era stata applicata in violazione del diritto di proprietà (art. 1 Protocollo n. 1), ed ha puntualizzato che l'equilibrio che dovrebbe regnare tra interessi della collettività e tutela dei diritti fondamentali dei singoli deve comportare un rapporto ragionevole di proporzionalità tra mezzi impiegati e scopo perseguito, rapporto non ravvisato nel caso di specie⁵³.

In chiusura⁵⁴, la Corte ha rilevato, con una conclusione amara, come sia da ritenere paradossale che il Comune di Bari, responsabile di aver accordato dei permessi di costruire illegali, fosse poi divenuto il proprietario dei beni confiscati a seguito del provvedimento ablatorio, un po' ricordando il materno insegnamento lasciato al nostro paese in tema di accessione invertita e occupazione acquisitiva⁵⁵, in base al quale *da un delitto non può mai nascere un diritto*⁵⁶.

Forse quest'ultimo insegnamento non è riuscito a far breccia nel nostro tessuto ordinamentale, ma senz'altro il ritorno alla ribalta del principio di colpevolezza⁵⁷ ha convinto gli interpreti ad uniformare le proprie decisioni alla richiesta di quegli *standard* minimi – sussistenza dell'elemento oggettivo e soggettivo del reato – al di sotto dei quali non si può scendere, se non correndo il rischio di violare la stessa Carta Costituzionale.

L'unico autorevole interprete rimasto pervicacemente avviluppato alla natura amministrativa della confisca urbanistica, nel tentativo di salvarne la compatibilità

⁵³ Par. 137-138, sent. cit.

⁵⁴ Par. 141, sent. cit.

⁵⁵ *Ex multis*, Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Carbonara & Ventura c. Italia*, 30 maggio 2000; *Scordino c. Italia*, 15 e 29 luglio 2004; *Acciardi c. Italia*, 19 maggio 2005. Su questo tema si vedano, in tempi più recenti, i contributi di F. REGA, *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, in *Resp. civ. e previd.*, 2015, fasc. 5, pp. 1504 ss.; R. PARDOLESI, *Espropriazione per pubblica utilità: occupazione d'urgenza ed assenza di decreto di esproprio. Diritto alla restituzione del bene immobile*, in *Il Foro it.*, 2015, fasc. 1/3, pp. 4 ss.; C. BENETAZZO, *L'acquisizione "sanante" tra principio di legalità e nuove frontiere della responsabilità: gli spunti provenienti dall'U.E.*, in *GiustAmm.it*, 2014, fasc. 9, pp. 43 ss.; IDEM, *Occupazione "espropriativa", acquisizione "amministrativa" e usucapione come rimedio "alternativo" all'applicazione dell'art. 42-bis del d.P.R. n. 327 del 2001: ambito e limiti dei poteri cognitori del giudice amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, fasc. 1/1, pp. 29 ss.

⁵⁶ Corsivo nostro.

⁵⁷ Specie per l'attenzione da sempre posta dalla Corte Costituzionale sul tema in questione: per tutte Corte Cost. 24.03.1988, n. 364, in *Riv.it. dir. e proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*; Corte cost. 13.12.1988 n. 1085, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, pp. 289 ss.; sul punto, per un approfondimento si vedano G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale (Parte generale)*, VII ed., Bologna, 2014, D. FERRATO, *La "responsabilità penale personale" nelle sentenze della corte costituzionale*, in *Temi*, 1974, fasc. 3-4, pp. 264 ss.; M. SINISCALCO, *I principi del sistema penale e la costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, fasc. 4, pp. 1121 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale*, in *Foro it.*, 1988, pp. 1385 ss.; D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss.; G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione (Suggerimenti teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di "riconoscibilità" dell'illecito penale)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, fasc. 1, pp. 21 ss.; F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, fasc.1, pp. 223 ss.; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, fasc. 3, pp. 863 ss.; L. RISICATO, *Error aetatis e principio di colpevolezza: un perseverare diabolicum?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, fasc. 2, pp. 584 ss.

rispetto alla CEDU e al contempo consentire di disporre la misura anche in caso di mancata condanna, è stato il giudice di legittimità⁵⁸.

Senonché, l'intenzione di allinearsi quanto più possibile ai dettami della Corte europea non aveva tenuto conto dell'esistenza di un ulteriore elemento di frizione, stavolta – a differenza del rispetto dei requisiti minimi per l'attribuzione di responsabilità – difficilmente sormontabile: l'istituto della prescrizione⁵⁹.

A tal proposito, la giurisprudenza della Corte Costituzionale si era sempre posta in termini possibilistici relativamente all'ipotesi che una sentenza di proscioglimento per prescrizione, pur non applicando una pena, potesse contenere un accertamento in ordine alla responsabilità dell'agente e all'attribuibilità allo stesso del fatto di reato⁶⁰.

Secondo la Cassazione, ai fini della disposizione di una confisca urbanistica in caso di reato estinto per prescrizione, a far da spartiacque tra la legittimità o l'incompatibilità della misura sarebbe stato il momento dell'esercizio dell'azione penale⁶¹. Di conseguenza, solo la confisca disposta a partire dall'udienza preliminare poteva ritenersi ammissibile⁶².

4. Segue: *Varvara c. Italia*.

Nel solco di questo scenario dominava l'idea che in presenza di accertamento della responsabilità personale di un soggetto, a prescindere dalla formale denominazione di una pronuncia giudiziale definitiva, fosse possibile comminare una confisca urbanistica. Difatti si assumeva che «il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente “condannato”, in quanto detta sanzione ben può essere disposta

⁵⁸ Cass. pen. Sez. III, sentenza n. 36844 del 9.07.2009, *Contò*, in *C.E.D. Cass.* n. 244923; Cass. pen., Sez. III, sentenza n. 397153 del 6.10.2010.

⁵⁹ A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 679 ss.; P. PISA, *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, pp. 78 ss.

⁶⁰ Corte Cost. sentenza n. 85 del 4 aprile 2008, in *Giur. cost.* 2008, fasc. 2, pp. 1032 ss.: «posto che la categoria delle sentenze di proscioglimento non costituisce un genus unitario, ma abbraccia ipotesi eterogenee, quanto all'attitudine lesiva degli interessi dell'imputato, dal momento che, accanto a pronunce ampiamente liberatorie, vi sono anche sentenze che, pur non applicando una pena, comportano, in diverse forme e gradazioni, un sostanziale riconoscimento della responsabilità, o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato [...]».

⁶¹ *Ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 6.10.2010 n. 5857, in *C.E.D. Cass.* n. 249516.

⁶² Sul punto, un orientamento opposto e risalente della Corte Europea. Si v. per tutti Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sez. I 25.09.08, *Paraponiaris c. Grecia*, sul caso di un cittadino greco accusato di contrabbando di prodotti petroliferi poi prosciolti per prescrizione, cui veniva inflitta una sanzione pecuniaria di € 54.000, a titolo di confisca per equivalente dei beni oggetto del contrabbando, poiché dall'istruttoria risultava comunque che l'imputato avesse oggettivamente commesso il reato. La legge ellenica interpretava il requisito della condanna in modo molto ampio, tale da ricomprendervi anche i proscioglimenti per prescrizione. La Corte Europea ha ritenuto la misura in contrasto con il principio del giusto processo e in particolare con la presunzione di innocenza, specie in ragione del fatto che la prescrizione era intervenuta in udienza preliminare all'esito della quale l'unico provvedimento richiesto al giudice è il rinvio al giudizio e non anche l'applicazione di una sanzione. Ancora, la Corte ha rilevato la violazione del diritto di difesa affermando che l'imputato non aveva avuto occasione di difendersi in modo pieno nel corso di una udienza pubblica dibattimentale.

allorquando sia stata comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo) anche se per causa diversa, quale è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore e alla inflizione della pena»⁶³.

Stante questa interpretazione, la Corte Europea dei diritti dell'uomo è intervenuta nuovamente, ulteriormente specificando (e restringendo) i limiti entro cui l'ingerenza statale è considerata non arbitraria.

Nel caso *Varvara c. Italia*⁶⁴, il giudice di Strasburgo ha apposto un ulteriore paletto alla possibilità di disporre misure ablatorie in caso di proscioglimento per estinzione del reato, condannando ancora una volta l'Italia per violazione dell'art. 7, 6 par. 2, 1 Protocollo Addizionale n. 1 CEDU.

La nota innovativa, in questa pronuncia, è data dalla comparsa, per la prima volta in questo filone giurisprudenziale, del principio della presunzione di innocenza previsto all'art. 6 par. 2 della Convenzione⁶⁵. Il giudice europeo deve aver ritenuto che il canone della personalità della responsabilità penale non fosse sufficiente ad arginare la tendenza degli interpreti nazionali a disporre la confisca urbanistica ogni volta che una sentenza – di qualunque contenuto, eccettuato quello pienamente assolutorio – presentasse il crisma della definitività⁶⁶.

Questa volta, l'ipotesi di lottizzazione abusiva presa in considerazione dai giudici italiani è andata incontro ad una vera e propria odissea processuale, comprendente ben due annullamenti con rinvio da parte della S.C. e, in ultimo, una pronuncia definitiva in appello (all'esito del secondo rinvio) attestante l'estinzione del reato per prescrizione con applicazione della misura ablatoria.

L'iter motivazionale seguito dalla Corte Europea ha preso le mosse dalle riflessioni già svolte nel caso *Sud Fondi srl*, per poi utilizzare le conclusioni rassegnate in punto di rispetto dell'art. 7 CEDU come presupposto per analizzare la parallela violazione del principio della presunzione di innocenza. In particolare, nel richiamare la normativa vigente nell'ordinamento italiano, il giudice europeo ha affermato che la prescrizione nel diritto interno, estinguendo il reato, impedisce l'applicazione della pena, citando a proposito una pronuncia della Corte Costituzionale⁶⁷.

⁶³ Cass. pen., Sez. III, 30.04.2009, n. 21188, in *C.E.D. Cass.*, n. 243630.

⁶⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 29 ottobre 2013, ricorso n. 17475/09, caso *Varvara c. Italia*. G. CIVELLO, *La sentenza Varvara contro Italia non "vincola" il giudice italiano: dialogo tra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 2; A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: questione di costituzionalità o di sfiducia verso il sistema?*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 2; D. RUSSO, *La "confisca in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2015.

⁶⁵ L'argomento basato sull'art. 6 CEDU da parte della Corte sarebbe stato, secondo parte della dottrina, molto più appropriato e lineare rispetto ad un'interpretazione quanto meno forzata dell'art. 7 CEDU. Cfr. F. VIGANÒ, [Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo](#), cit.

⁶⁶ Par.60 sent. cit.: «Anzitutto, la Corte osserva che ai sensi della norma applicabile (paragrafo 30supra), la confisca delle opere abusive nonché dei terreni lottizzati abusivamente è autorizzata quando i giudici penali hanno accertato con una «sentenza definitiva» che la lottizzazione è abusiva, ma il testo non precisa che la «sentenza definitiva» deve essere una decisione di condanna».

⁶⁷ La n. 85 del 2008 Corte Cost., cit.

Invero, nella sentenza da ultimo menzionata, non è dato ravvisare una preclusione di tal genere.

La Consulta, anzi, ha in quel caso, fornito un'argomentazione di senso contrario rispetto a quanto volesse dimostrare la Corte Europea: «la categoria delle sentenze di proscioglimento [...] comprende, difatti, sentenze 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»⁶⁸.

Quel «pur non applicando la pena» utilizzato dal giudice europeo per fondare un generale divieto di applicare pene per reati prescritti, in realtà, nel caso dell'art. 44 comma 2 DPR 380/01 si poneva – nell'ottica nazionale – come un via libera alla possibilità di ricondurre determinati effetti al proscioglimento (ad esempio effetti risarcitori nei confronti delle parti civili nel procedimento), purché in presenza di una sentenza definitiva, di un accertamento dell'avvenuta lottizzazione abusiva e della sua attribuzione soggettiva all'autore del reato.

Al di là di questo equivoco di fondo, la Corte Europea, nel ribadire che nessuno possa essere punito per un reato che non sia previsto dalla legge o sottoposto ad una pena che non fosse prevedibile ex ante, ha aggiunto: «un'altra conseguenza di fondamentale importanza deriva dal principio di legalità nel diritto penale: il divieto di punire una persona se il reato è stato commesso da un'altra⁶⁹». Questo concetto, seppure immanente al sistema e sempre operante in presenza di un accertamento penale, meritava forse di essere sviluppato in modo più lineare e senza forzature. Specie perché ha ommesso di descrivere il passaggio precedente a questa enunciazione⁷⁰: se è vero che il procedimento penale si è concluso in assenza di una condanna e di un accertamento congruo circa l'attribuibilità del fatto al “reo”⁷¹prosciolto, lo stesso fatto ben potrebbe essere stato commesso da un altro: è pertanto illegittimo applicare la confisca nei confronti di un soggetto se permane il dubbio che la lottizzazione abusiva possa essere stata realizzata da un terzo.

Tralasciando questa personale interpretazione attribuita da chi scrive alle intenzioni della Corte, quest'ultima ha, poi, specificato che il rispetto dell'art. 7 CEDU importa, altresì, l'esigenza di avere leggi chiare e precise che consentano a ciascuno di stabilire cosa sia permesso e cosa vietato. Tale necessità è strettamente collegata all'esigenza di non punire coloro che non siano responsabili perché il fatto è attribuibile ad un terzo⁷².

⁶⁸ Corte Cost. sent. cit., par. 5.1 cpv 4.

⁶⁹ Par. 63, sent. *Varvara*, cit.

⁷⁰ Sebbene gli interpreti abbiano comunque colto la logica impiegata dal giudice europeo: per tutti si v. G. PIERRO, *Confisca per lottizzazione abusiva e sentenza di non doversi procedere per prescrizione del reato in attesa della pronuncia della Grande Camera*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, fasc. 3, pp. 397 ss.

⁷¹ Virgolette di chi scrive, usate per descrivere il caso dell'imputato il quale deve essere presuntivamente ritenuto innocente fino al giudizio di legittimità, cui probabilmente non arriverà mai per effetto della prescrizione che ne determinerà il proscioglimento e, dunque, solo formalmente, l'innocenza.

⁷² Par. 66, sent. *Varvara*, cit.

Terza conseguenza discendente dal principio di legalità, a detta della Corte, è inoltre l'impossibilità di concepire un sistema in cui una persona subisca una pena senza che la sua responsabilità penale sia stata accertata in una sentenza di colpevolezza.

E sulla nozione di «sentenza di colpevolezza» non v'è certo unanime condivisione: basti pensare a quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella pluricitata sentenza n. 85/08.

Certo è che, se un mutamento di tendenza c'è stato, questo non è attribuibile alla giurisprudenza nazionale, che sul punto è sempre stata granitica. La S.C., con la recente sentenza n. 45428/16⁷³, non ha mancato di ricordare che in un caso risalente, *Minelli c. Svizzera* (25 marzo 1983), la Corte Europea aveva escluso di poter giudicare in toto la legittimità di una legislazione nazionale in materia di soccombenza alle spese del giudizio in relazione alla sola natura in rito della pronuncia resa nei confronti di un soggetto prosciolto per prescrizione.

Probabilmente quel precedente era stato il frutto di un approccio ancora timido e defilato da parte dei giudici di Strasburgo, ma a rigore, stante la prorompente portata dell'art. 6 par. 2 CEDU, il mancato esperimento di un accertamento penale per tutti i gradi di giudizio e la mancata pronuncia di una sentenza formale di condanna avrebbe dovuto condurre a non compensare le spese del giudizio. Invece la Corte, in quel caso, stabilì che fossero da restituire al ricorrente solo le spese maturate a partire dal periodo in cui la Corte di Assise svizzera avrebbe potuto rilevare l'incombenza della prescrizione sul processo in corso, ripartendo le spese⁷⁴.

Un po' come dire che il ricorrente dovesse essere inteso colpevole e meritevole di soccombenza alle spese per buona parte del procedimento, salvo poi diventare pienamente innocente nell'ultima udienza utile prima della declaratoria di prescrizione.

5. La sentenza costituzionale n. 49/15.

Dal canto suo la Corte Costituzionale, nel recepire l'insegnamento dei giudici d'oltralpe, ha inteso fornire una propria lettura della pronuncia resa a Strasburgo. Le ragioni espresse appaiono contenitive e malcelano il timore di cedere troppo spazio ai colleghi europei, in un campo, quello penale, estremamente delicato e peculiare rispetto ai sistemi vigenti negli altri Stati parte⁷⁵.

L'intervento del Giudice delle leggi si è reso necessario in relazione alle due distinte ordinanze mediante le quali tanto la Sez. III della Corte di Cassazione quanto il

⁷³ Cass. pen., sez. III, 24.05.2016, n. 45428, in *Guida al diritto*, 2016, fasc. 46, pp.105 ss.

⁷⁴ Par. 48, sentenza Corte Europea dei diritti dell'uomo, 25 marzo 1983, n. 62, *Minelli c. Svizzera*.

⁷⁵ Nella recentissima ordinanza n. 24 del 2017, la Corte Costituzionale, nel sollevare rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di disapplicazione di norme penali più favorevoli, non ha mancato di rilevare come, al netto del processo di integrazione europea, permangono doverosamente delle diversità che caratterizzano ciascun ordinamento, e che ne fondano l'identità. Si riporta un brano dell'ordinanza: «la legittimazione [...] e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo [...] nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro».

Tribunale di Teramo hanno sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 44 comma 2 D.P.R. 380/01: la prima per contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost. in riferimento agli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117 primo comma Cost., nella parte in cui, in forza dell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, tale disposizione «non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi»⁷⁶; il secondo per contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost. quale fonte interposta rispetto all'art. 7 CEDU – nell'interpretazione dello stesso fornita nel *caso Varvara* – in relazione all'interpretazione che il diritto vivente nazionale ha dato alla confisca urbanistica, consentendo di disporla anche in caso di estinzione del reato per prescrizione.

In particolare la Corte di Cassazione ha messo in evidenza tre aspetti fondamentali: la compatibilità della confisca urbanistica – come applicata dal diritto vivente nazionale – con il principio di legalità *ex* art. 25 Cost.; la preminenza dei beni giuridici vita, salute, ambiente, paesaggio e territorio rispetto al diritto di proprietà che nel nostro ordinamento assume carattere recessivo nelle ipotesi previste dalla legge; la copertura costituzionale della pianificazione territoriale che informa la disciplina in tema di lottizzazione abusiva. Tra l'altro, in quest'occasione, la S.C., pur essendo rimasta l'ultimo giudice in Italia ancora di questo avviso, ha ribadito la natura amministrativa della confisca prevista all'art. 44 comma 2 DPR 380/01, probabilmente, nella speranza di ottenere un avallo da parte del giudice costituzionale. Tuttavia questo non è avvenuto, sebbene la sentenza n. 49/15 abbia enunciato numerosi principi idonei ad incontrare il favore del supremo rimettente.

Le posizioni diametralmente opposte assunte dai giudici *a quibus*⁷⁷ sono andate incontro, in modo assolutamente egualitario, ad una declaratoria di inammissibilità, ma non senza prima lasciare la possibilità alla Consulta di esprimere la propria opinione in ordine alla vicenda.

In breve, il motivo dell'inammissibilità di entrambe le questioni formulate, secondo la Corte Costituzionale, attiene all'errata individuazione della norma sospetta di illegittimità costituzionale: non si tratterebbe dell'art. 44 comma 2 t.u. edilizia e dell'interpretazione che ne vien data da questo o quel diritto vivente parallelamente formatosi, bensì della legge di esecuzione della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la n. 848 del 1955⁷⁸, che

⁷⁶ Testo virgolettato estrapolato dalla sentenza n. 49/15 Corte Costituzionale.

⁷⁷ La S.C. con un approccio di stampo nazionalistico, volto a consolidare il diritto vivente italiano sull'ammissibilità di una confisca in caso di estinzione del reato; il Tribunale di Teramo, senz'altro più disponibile nei confronti degli *input* sovranazionali, con una richiesta volta a censurare l'orientamento formatosi nella giurisprudenza di legittimità. Sul punto, in dottrina si è anche parlato di «*direzione autoritaria*» da parte della Corte di Cassazione: si v. D. PULITANÒ, [Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015](#), cit.

⁷⁸ Soluzione che avrebbe portato a conseguenze tutt'altro che lievi nei rapporti con il sistema del Consiglio d'Europa, specie in considerazione del fatto che, se anche il quesito fosse stato formulato nei termini dell'illegittimità della legge di esecuzione «*nella parte in cui...*», la portata *erga omnes* delle nostrane declaratorie di incostituzionalità ne avrebbe determinato la fine. Come efficacemente sostenuto da autorevole dottrina, in queste ipotesi «*cade la norma e cade però anche la disposizione che quella norma produce*»:

mediante la propria operatività occasiona l'ingresso di interpretazioni incompatibili con i principi costituzionali di rango primario.

Inoltre, ferma la non ammissibilità del quesito (mal) posto, la Corte di Cassazione – rea di aver motivato *per relationem* rispetto alla sentenza d'appello⁷⁹ l'asserita pienezza dell'accertamento effettuato circa la sussistenza dell'elemento oggettivo e soggettivo del reato di lottizzazione abusiva – si è resa destinataria di un rigetto espresso anche dal punto di vista della rilevanza. In particolare, il Giudice delle leggi ha affermato che, quand'anche la questione fosse stata sollevata sulla legge di esecuzione, sarebbe rimasta ferma la carenza motivazionale relativa all'accertamento pieno della mala fede dei terzi coinvolti e, dunque, l'applicazione della confisca non avrebbe potuto trovare alcun fondamento⁸⁰.

La Corte Costituzionale, pur ribadendo la natura *sub-costituzionale* della Convenzione Europea, in una prospettiva che evoca la visione piramidale dei rapporti interordinamentali affermata con le sentenze gemelle del 2007⁸¹ (in teoria, superata con le gemelle *bis* del 2009⁸²) ricorda ai giudici rimettenti la vigenza dell'obbligo di interpretazione conforme⁸³ e la prevalenza della CEDU sulla legge ordinaria. Tuttavia, tale obbligo interpretativo, in Italia, può funzionare solo in quanto il risultato ottenuto da questo processo ermeneutico conduca a risultati compatibili con la Costituzione.

si v. A. RUGGERI, [Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno - A prima lettura di Corte Cost. n. 49 del 2015](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2015, p. 325 ss.

⁷⁹ *Rectius*, di non aver motivato.

⁸⁰ Corte Costituzionale, sent. 49/15, considerato in diritto par. 5: «*ai fini della motivazione sulla rilevanza della questione, invece, sarebbe stato necessario argomentare il raggiungimento della prova della responsabilità del terzo acquirente, perché, seguendo il ragionamento del rimettente, solo in tal caso vi sarebbe stata la necessità di applicare la contestata regola di diritto tratta dal caso Varvara. Nell'ipotesi opposta, al contrario, la confisca non avrebbe potuto essere disposta neppure in applicazione del "diritto vivente" che ha preceduto quest'ultima pronuncia della Corte EDU*».

⁸¹ Corte Costituzionale, sentenze 24 ottobre 2007, n. 348, 349. Sul punto, in dottrina, tra tanti si vedano A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2008, fasc. 3-4, pp. 651 ss.; C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte Costituzionale e Corti Europee ad una svolta*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, fasc. 1, pp. 1 ss.; R. DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» Edu nella prospettiva italiana*, in *Giur. Cost.*, 2009, fasc. 3, pp. 2191 ss.; A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, fasc. 1, pp. 125 ss.

⁸² Corte Costituzionale, sentenze 3 novembre 2009, n. 311, 317. In dottrina, per tutti O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte Costituzionale?*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 2009. Con le citate sentenze la Corte sembrava aver abbandonato la concezione gerarchico-piramidale dei rapporti tra le Carte dei diritti, in favore di una visione orizzontale (o circolare) dei predetti rapporti, sul punto A. RUGGERI, [Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno - A prima lettura di Corte Cost. n. 49 del 2015](#), cit.

⁸³ Obbligo che ha natura procedurale ed è sottoposto a determinati vincoli, come ricordato da G. MARTINICO, [Corti Costituzionali \(o Supreme\) e "disobbedienza funzionale" - Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto delle Convenzioni \(CEDU e Convenzione americana sui diritti umani\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2015, p. 303 ss.

Sulla scorta di tale premessa teorica, la Consulta si ritrae rispetto alla possibilità di pronunciarsi sulla corretta interpretazione da assegnare alla giurisprudenza *Varvara*, assumendo che l'ultima parola in ordine all'interpretazione e validità delle norme convenzionali spetta in via esclusiva ai giudici di Strasburgo.

Chiariti questi due passaggi, la Corte Costituzionale osserva che, in ogni caso – e malgrado l'erroneo convincimento dei rimettenti che hanno inteso come ineludibile l'obbligo di uniformarsi alla giurisprudenza CEDU in tema di confisca urbanistica (al contempo esprimendo dubbi circa la sua compatibilità rispetto alle norme costituzionali di diritto interno) – l'applicazione della misura ablatoria nei giudizi *a quibus* sarebbe stata disposta in violazione del diritto vivente invalso a livello interno, in base al quale, stante il principio espresso dall'art. 7 CEDU (pacificamente recepito), nessuna misura di carattere afflittivo può essere comminata in assenza di un pieno accertamento sulla responsabilità dei soggetti coinvolti.

E ciò a prescindere dal contenuto della sentenza e dalla sua qualificazione, poiché la pronuncia n. 49/15 nel concetto europeo di «sentenza di condanna» scorge non già un vincolo formale e di risultato identificabile con la sentenza di condanna *stricto sensu*, bensì un provvedimento giudiziale che, pur rilevando l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, contenga un accertamento pieno circa la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie, ed un'affermazione della responsabilità dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio.

Per inciso, nella recente sentenza n. 45428/16, citata nella superiore narrativa, il giudice di legittimità giunge all'annullamento senza rinvio dell'ordinanza che dispone confisca urbanistica e contestuale demolizione, non già in ragione dell'estinzione del reato e della pena, bensì in considerazione del fatto che tale estinzione sia intervenuta all'udienza preliminare.

Ad avviso della S.C., assimilando la lezione impartita dalla Corte EDU nel caso *Paraponiaris c. Grecia*⁸⁴, l'udienza preliminare è la sede in cui si valuta che le prove a carico raccolte dalla Procura siano idonee a sostenere l'accusa in giudizio; all'esito della stessa il giudice può emettere solo due tipologie di provvedimenti: sentenza di non luogo a procedere o decreto che dispone il giudizio (art. 424 c.p.p.), *tertium non datur*. In nessun caso al g.u.p. compete l'applicazione di una pena⁸⁵, dunque, si tratta di un limite afferente al potere di quel giudice e non anche alla maturità dell'assetto probatorio rispetto alla possibilità di dimostrare una colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio.

Certo è che l'udienza preliminare attiene ad una fase in cui ancora devono essere assunte le prove testimoniali; devono eventualmente essere svolte le consulenze tecniche

⁸⁴ Cfr. *supra*, nota 36.

⁸⁵ La presenza dei riti speciali nel nostro ordinamento consente di operare una deroga rispetto a questo principio, tutte le volte in cui, con il consenso dell'imputato, si decida di definire il procedimento allo stato degli atti, senza giungere sino al dibattimento. In queste ipotesi è lo stesso g.u.p. a disporre ed applicare la pena. Per qualche approfondimento sui riti speciali, si v. F. CORDERO, *Procedura Penale*, IX ed., Milano, 2012; R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale* a cura di G. Conso –V. Grevi –M. Bargis, Padova, Cedam, 2014, pp. 687 ss.; ID., *L'insostenibile lunghezza del processo penale e le sorti progressive dei riti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, fasc. 1, pp. 21 ss.; S. QUATTROCOLO, *Una recente pronuncia europea in tema di pubblicità delle udienze: brevi riflessioni a margine*, in *La Legislazione penale*, 2012, fasc. 2, pp. 447 ss.

che rilevino lo stato dei luoghi; l'imputato assistito dal proprio difensore deve ancora partecipare fattivamente alla formazione della prova sovrana – quella assunta nel contraddittorio tra le parti e nel corso di una pubblica udienza – in breve, devono ancora essere applicate tutte le garanzie che rendono, quale unico veicolo garantista della soppressione delle libertà individuali, la sentenza dibattimentale.

Potrebbe anche darsi che, in particolari circostanze fattuali, venga disposto incidente probatorio *ex art. 392 c.p.p.* relativamente all'escussione di un teste decisivo nell'accertamento dell'*iter* amministrativo seguito dagli imputati in data anteriore alla convenzione di lottizzazione, teste gravemente malato, per fare un esempio. Potrebbe, altresì, darsi che il p.m. ritenga necessario l'espletamento di una perizia sullo stato dei luoghi (soggetto ad alterazione) e che, per ragioni di speditezza tale attività sia anticipata alla fase delle indagini (art. 392 ult. comma c.p.p.). In questo caso, per quanto estremamente difficile a verificarsi, non si potrebbe rilevare l'insufficienza del quadro probatorio o la mancata formazione della prova nel contraddittorio delle parti. Si potrebbe solo eccepire che l'assunzione delle prove non sia avvenuta in pubblica udienza bensì a porte chiuse (art. 401 c.p.p.), sebbene chiunque si rechi sovente nelle aule penali sappia bene che quelle porte non sono mai interdette agli operatori del diritto.

Anche se l'art. 401 c.p.p. fosse diverso, sarebbe comunque impedito al g.u.p. di accertare un reato e disporre al contempo una pena, a meno di non trovarsi in presenza della voluta opzione, da parte degli imputati, di rinunciare a tutte le garanzie della fase successiva per ottenere una risposta rapida e meno dolorosa che ponga fine alla già penosa sottoposizione ad un procedimento penale. Tuttavia la Corte di Cassazione non sempre ha ragionato in questi termini, poiché, ad esempio, con sentenza n. 5857 del 2010 ha ammesso non soltanto che rientri tra i poteri del g.u.p. applicare la confisca, ma anche che questi possa effettuare ulteriori accertamenti anche a seguito dell'intervento della causa estintiva, purché questi siano funzionali all'irrogazione della pena. Per usare le parole della S.C. «*la confisca dei terreni o delle aree oggetto di lottizzazione abusiva può essere disposta anche con la sentenza di non luogo a procedere resa all'esito dell'udienza preliminare, attesa la natura di sanzione amministrativa accessoria e non di misura di sicurezza*»⁸⁶.

Ma questo approccio appartiene al periodo storico in cui ancora si riteneva che la confisca *ex art. 44 comma 2 DPR 380/01* fosse una sanzione amministrativa e, come tale, andasse applicata dal giudice penale solo in via di supplenza rispetto alla P.A.

Acclarato, dunque, che fino all'approdo in dibattimento non sia possibile operare un accertamento che possieda tutti i crismi della prova formata nel contraddittorio, si è distinto ulteriormente in dottrina in base al momento dell'intervento della causa estintiva del reato – tralasciando il fatto che estinguesse anche la pena – rispetto all'avanzamento dell'attività istruttoria già compiuta.

Saltando direttamente la fase delle questioni preliminari al dibattimento che, sulla base delle considerazioni finora svolte, chi scrive si sente di escludere per le stesse ragioni di cui all'udienza preliminare⁸⁷, qualora la causa estintiva sopravvenisse a

⁸⁶ Cass. pen., Sez. III, sentenza 6.10.2010 n. 5857, in CED Cass. n. 249516.

⁸⁷ In dottrina è ammesso che possa comunque avvenire, per tutti si v. M. BIGNAMI, [Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, Cedu e diritto vivente](#), cit.; contra F. VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope](#)

dibattimento in corso, si è ritenuto possibile, per il giudice, pronunciare sentenza di proscioglimento e contestualmente disporre la misura ablatoria.

In questi casi, solo la rinuncia⁸⁸ alla prescrizione da parte degli imputati potrebbe ragionevolmente condurre ad un esito diverso dall'applicazione della confisca, e questo, benché sia un pieno diritto dei soggetti sottoposti a procedimento penale – convinti di poter dimostrare la propria innocenza, decidano di proseguire il giudizio nella speranza di ottenere un'assoluzione piena – raramente viene esercitato, a causa delle incertezze connaturate all'evoluzione e agli esiti del processo⁸⁹, caratterizzato da una pluralità di interazioni soggettive di segno differente che non sempre conducono all'affermazione della giustizia sostanziale⁹⁰.

Non è in dubbio la circostanza che una sentenza di proscioglimento per intercorsa prescrizione sia una sentenza definitiva che possa soddisfare il requisito letterale richiesto dall'art. 44 comma 2 DPR 380/01. Non è neanche in dubbio il fatto che una sentenza siffatta possa contenere un congruo accertamento in ordine alla sussistenza del reato di lottizzazione abusiva e della sua riferibilità all'autore in termini di «adesione intellettuale». Potrebbe, però, destare qualche perplessità – ma non in Italia – la circostanza che tale accertamento di colpevolezza, approdato in primo grado, ma al di là di ogni ragionevole dubbio, possa essere sufficiente ai fini dell'art. 6 par. 2 CEDU, che richiederebbe, invece, il passaggio per tre gradi di giudizio⁹¹.

[\(Osservazioni a primissima lettura su Corte Cost., sent. 26 marzo 2015 n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione\)](#), cit.; M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, cit.

⁸⁸ Istituto introdotto con la sentenza della Corte Cost., 31.05.1990 n. 275: «È illegittimo, per violazione degli art. 3, 24 e 27 cost., l'art. 157 del codice penale nella parte in cui non prevede che l'imputato possa rinunciare alla prescrizione del reato», in *Giust. pen.*, 1990, fasc. I, pp. 239 ss.; C. GUGLIELMINI, *Prescrizione del reato e rinuncia: appunti in margine alla sentenza della Corte Costituzionale n. 275 del 1990*, in *La giustizia penale*, 1990, fasc. 11/01, pp. 339 ss.; P. P. RIVELLO, *La "rinunciabilità" della prescrizione dopo un recente intervento della Corte Costituzionale*, in *La legislazione penale*, 1990, fasc. 4/04, pp. 717 ss.

⁸⁹ Alcune perplessità in tema di rinuncia sono state espresse da B. MERCURI, *sub. art. 129*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, vol. I, Ed. III, Milano, 2007, pp. 930 ss.

⁹⁰ Si veda anche F. VIGANÒ, [Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo \(a proposito di Cass. Pen., Sez. III, 30 aprile 2014\)](#), cit.

⁹¹ Sulle prime riflessioni in tema di presunzione d'innocenza si v. M. CHIAVARIO, *Assoluzione con formula dubitativa e presunzione di non colpevolezza al vaglio della corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1972, pp. 1326 ss.; ID., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, in *Riv. dir. internaz.*, 1974, fasc. 3, pp. 454 ss.; G. MICALI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato e l'art. 27 comma 2 della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1990, fasc. 4/01, pp. 734 ss.; P. P. RIVELLO, *La "rinunciabilità" della prescrizione dopo un recente intervento della Corte Costituzionale*, in *La legisl. pen.*, 1990, fasc. 4/04, pp. 717 ss.. Per uno studio sulla presunzione di innocenza nella prospettiva europea in tempi più recenti, si v. G. UBERTIS, *Principi di Procedura Penale Europea (Le regole del giusto processo)*, II Ed., 2009, Raffaello Cortina Editore, pp. 85 ss.; si vedano anche G. UBERTIS - F. VIGANÒ, *Corte europea dei diritti dell'uomo. Sguardo d'insieme (giugno-settembre 2015)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 4, pp. 2012 ss.; M. CATERINI, *Il diritto penale del nemico "presunto"*, in *Politica del diritto*, 2015, fasc. 4, pp. 635 ss.; V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: "nullum crimen sine confiscatione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 3, pp. 1259 ss.; O. MAZZA, *Scelte politiche "europee" e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, fasc. 3, pp. 775 ss.; V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma*

Tornando all'affermazione della Corte Costituzionale in ordine alla natura sostanziale del vincolo espresso a Strasburgo, appare corretto e fondato attribuire alla Corte Europea un approccio sostanzialistico nell'interpretazione degli istituti portati alla sua attenzione, ma non in questo caso. Difatti, a operare come sbarramento^{92a} questa "interpretazione dell'interpretazione" sono due principi cardine del nostro ordinamento: il principio del *favor rei* ed il divieto di analogia *in malam partem*. Il giudice di Strasburgo ha ammesso la possibilità di applicare una sanzione penale a condizione che questa discenda da una sentenza definitiva di condanna; interpretare estensivamente il concetto di "condanna" importa un'applicazione sfavorevole del *diktat* europeo da cui discende per il prosciolto un trattamento deteriore.

Ed, in ogni caso, quand'anche tale interpretazione estensiva fosse stata consentita dai principi costituzionali in materia penale, sarebbe intervenuto un ulteriore elemento ad ostare al raggiungimento dell'obiettivo perseguito (l'applicazione della confisca): la prescrizione⁹³ e conseguente estinzione del reato e delle pene.

Su questo punto, per quanto brillantemente il Giudice costituzionale abbia argomentato⁹⁴, rimane uno scoglio insormontabile rappresentato dalla funzione che l'istituto della prescrizione ha nel nostro ordinamento. La stessa Consulta, con la recentissima ordinanza n. 24 del 2017, ne ha rilevato la natura *sostanziale*⁹⁵, sottolineando anche la funzione a cui questo è preposto: «*si tratta infatti di un istituto che incide sulla punibilità della persona e la legge, di conseguenza, lo disciplina in ragione di una valutazione che viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale indotto da un certo reato e all'idea che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso*»⁹⁶.

Dopo aver pronunciato queste parole, seppure in un contesto diametralmente opposto, appare impossibile che la Corte Costituzionale possa, in un futuro, contraddire

penale" e la presunzione di innocenza, in *Giur. cost.*, 2015, fasc. 2, pp. 421 ss.; O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, fasc. 12, pp. 1401 ss.

⁹² Questa considerazione muove dall'assunto, derivato dalla *common law*, che il diritto giurisprudenziale europeo, come più volte affermato dalla Corte EDU (da ultimo *Sud Fondi srl c. Italia*, cit.), rientri nel concetto di "law" e sia soggetto, pertanto all'art. 7 CEDU ed ai suoi corollari.

⁹³ F. GALLUZZO, *Lottizzazione abusiva: la declaratoria della prescrizione preclude l'irrogazione della confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, fasc. 12S, pp. 57 ss.; F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 4, pp. 1384 ss.; G. PIERRO, *Confisca per lottizzazione abusiva e sentenza di non doversi procedere per prescrizione del reato in attesa della pronuncia della Grande Camera*, cit.; G. PANEBIANCO, *Il principio "nulla poena sine culpa" al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 3, pp. 1326 ss.

⁹⁴ Spostando l'attenzione sulla natura accertativa della pronuncia veicolante la declaratoria di prescrizione.

⁹⁵ Corte Cost., ordinanza n. 24 del 2017, par. 8: «*l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost. [...] La Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità*».

⁹⁶ V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco" \(note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017\)](#), cit.; O. POLLICINO - M. BASSINI, [When Cooperation Means Request for Clarification, or better for "revisitation"](#), cit.;

se stessa affermando che dall'intervento della prescrizione possa derivare l'applicazione di una pena.

Mentre in Lussemburgo il nostro supremo giudice ha orgogliosamente sguainato la spada a difesa dell'italianità⁹⁷ e del massimo livello di tutela, a Strasburgo – decontestualizzando l'espressione utilizzata da autorevole dottrina⁹⁸ – il re è nudo.

Last but not least, in chiusura la Consulta, probabilmente poco persuasa essa stessa della genuinità di quanto affermato con riferimento alla prescrizione, collegandosi al concetto della vincolatività della giurisprudenza europea in forza dell'obbligo di interpretazione conforme, gioca la carta ritenuta decisiva, affermando che è «*solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo*».

Dunque, una pronuncia legata alla concretezza della situazione che l'ha generata⁹⁹ non assurge al rango di precedente vincolante, se non è espressiva di un diritto consolidato o non si inquadra nel *genus* delle sentenze pilota¹⁰⁰. A parere della Corte Costituzionale, stante – per il momento – la natura isolata del caso *Varvara*, per preservare le esigenze di certezza del diritto ed evitare che un successivo mutamento della giurisprudenza europea, non ancora consolidatasi sul punto, possa sconvolgere la disciplina nazionale in tema di confisca urbanistica, bisogna concludere nel senso di non dare applicazione

⁹⁷ Una – libera – parafrasi del c.d. "tasso di diversità" menzionato dalla Corte Cost., ordinanza 24/17 cit. Al riguardo, si segnalano le considerazioni svolte da autorevole dottrina con riguardo al bilanciamento tra i due principi fondamentali del primato del diritto sovranazionale e del rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri. In particolare, l'autore rileva la tendenza della CGUE ad assicurare prevalenza al primo principio in danno del secondo, ma avverte, altresì, del fatto che l'identità costituzionale debba necessariamente essere valutata in un'ottica sistematica e non settoriale, il che porta all'attenuazione del contrasto tra i due principi sulla base della preminenza che deve essere accordata, invece, alla massimizzazione della tutela dei beni protetti complessivamente considerati: si v. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte Cost. n. 24 del 2017)*, cit.; su questo punto cfr. anche ID., *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: "i controlimiti")*, in *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali (Atti del Convegno del Dottorato di ricerca "Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'università di Ferrara. Ferrara, 7-8 aprile 2016)* a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, pp. 19 ss.

⁹⁸ F. VIGANÒ, [Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo \(a proposito di Cass. Pen., Sez. III, 30 aprile 2014\)](#), cit. p. 277 ss. Il riferimento dell'Autore era volto a censurare non già l'atteggiamento della Corte Costituzionale, bensì quello della Corte di Cassazione nel voler a tutti i costi propugnare la possibilità di applicare la confisca al reato prescritto, attraverso il ricorso ad argomentazioni pregevoli ma ugualmente inefficaci.

⁹⁹ Corte Cost., 22.07.2011, n. 236, in *Giur. Cost.*, 2011, fasc. 4, pp. 3021 ss.

¹⁰⁰ Corte Cost., sentenza n. 49/15: «*solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011)*».

al diritto vivente di matrice convenzionale ogni qual volta questo non possa essere interpretato in modo conforme a Costituzione¹⁰¹.

Questo enunciato ha destato particolare perplessità negli interpreti¹⁰², che hanno definito «inquietante¹⁰³» la prospettiva di affidare ai giudici comuni la possibilità di azionare essi stessi i *controlimiti* tutte le volte in cui un principio costituzionale fosse in palese contrasto con degli orientamenti emersi in ambito sovranazionale¹⁰⁴.

L'atteggiamento della Corte Costituzionale, nel tentativo di salvare una porzione di potestà punitiva statale e sfuggire dal vincolo interpretativo europeo, si è tradotto in un caso di disobbedienza funzionale¹⁰⁵. Tra gli indici sintomatici di questo atteggiamento si può ravvisare: l'aver, la Corte, individuato degli interessi *diversi* rispetto a quelli evidenziati dalla Corte EDU nella propria decisione¹⁰⁶, operando un bilanciamento che ne invertisse il risultato; l'aver posto in evidenza il *diverso* quadro fattuale che il giudice italiano doveva decidere rispetto ai fatti oggetto del caso deciso a Strasburgo; o ancora, l'aver riempito di contenuto *diverso* – rispetto a quanto fatto dalla Corte europea – i concetti valvola presenti nel sistema.

Qualunque fosse il risultato da perseguire, certo è che, in nessun caso il dialogo (orizzontale) tra Corti dovrebbe tradursi in un braccio di ferro sulla preminenza dell'uno o l'altro testo normativo, dovendo rimanere fermo, in quanto *Grundwert*¹⁰⁷, l'obiettivo del perseguimento della migliore tutela esistente.

6. Confisca e controlimiti: le possibili soluzioni interpretative.

¹⁰¹ Corte Cost., sentenza n. 49/15: «nel caso in cui sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale».

¹⁰² Per tutti, F. VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope \(Osservazioni a primissima lettura su Corte Cost., sent. 26 marzo 2015 n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione\)](#), cit.

¹⁰³ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*

¹⁰⁴ Tale idea, tuttavia, come si vedrà nel paragrafo successivo, non è priva di fondamento, sebbene, vada premesso che mal si concili con la questione della confisca per lottizzazione abusiva disposta in assenza di condanna.

¹⁰⁵ G. MARTINICO, [Corti Costituzionali \(o Supreme\) e "disobbedienza funzionale" - Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto delle Convenzioni \(CEDU e Convenzione americana sui diritti umani\)](#), cit.

¹⁰⁶ Questo è ciò che ha fatto la Corte di Cassazione, Sez. III, nell'ordinanza di rimessione alla Consulta, sottolineando la necessità di accordare tutela preminente ai beni vita, salute, ambiente, territorio rispetto alla proprietà tutelata dall'art. 1 Prot. Add. 1 CEDU, oggetto della sentenza *Varvara*.

¹⁰⁷ A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno - A prima lettura di Corte Cost. n. 49 del 2015*, cit. In particolare, l'autore afferma che «non può darsi alcun *prius* o *posterius* laddove si abbia a che fare con documenti normativi espressivi di diritti fondamentali», p. 329.

Tornando alla *vexata quaestio* dei controlimiti¹⁰⁸, sebbene sia una logica inusuale per la dottrina penalistica – abituata a porre l’attenzione sul risultato offerto dal sistema per la tutela della posizione dell’imputato al fine di risparmiare allo stesso qualsiasi limitazione che non sia strettamente conforme alle norme costituzionali che informano la materia penale – la soluzione offerta dalla Corte Costituzionale nella sentenza 49/15 (che deputa il giudice ordinario all’azionamento diretto dei controlimiti) è, in verità, ma con le dovute precisazioni, tutt’altro che impercorribile.

Prendendo le mosse da un approccio sostanzialistico¹⁰⁹ alla visione dei rapporti intercorrenti tra le Carte dei diritti – che vede ciascuna di esse impegnata nella ricerca dello standard di tutela più elevato da assicurare ai beni giuridici di volta in volta interessati – la dottrina giunge sino ad affermare che, ogni qual volta la soluzione prospettata da una norma convenzionale conduca a dei risultati contrastanti con la Costituzione italiana, il giudice debba operare una valutazione di irrilevanza della fonte europea rispetto alla soluzione del caso, pertanto, “disapplicando” la norma ritenuta in contrasto con i principi fondamentali espressi dal sistema nazionale, con effetti limitati al solo caso deciso.

Sarebbe senz’altro eclatante se la Consulta si esprimesse in termini di autorizzazione rispetto ad un sindacato diffuso della legittimità costituzionale della *law* di derivazione CEDU, operato direttamente dai giudici ordinari; ma d’altro canto, questa soluzione, per quanto pericolosa, potrebbe rivelarsi più mite rispetto all’ipotesi – paventata – di una declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione della Convenzione.

Inoltre, tale dichiarazione di irrilevanza potrebbe – come giustamente affermato dall’autore cui è riconducibile la presente teoria¹¹⁰ – rappresentare l’unico modo corretto

¹⁰⁸ E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali (Atti del Convegno del Dottorato di ricerca “Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali” del Dipartimento di Giurisprudenza dell’università di Ferrara. Ferrara, 7-8 aprile 2016)* a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, pp. 45 ss.; S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell’Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, *ivi*, pp. 177 ss.; A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: “i controlimiti”)*, *cit.*; P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, *ivi*, pp. 359 ss.; M. B. FORNACIARI, *Il principio di legalità penale tra il primato del diritto europeo ed i controlimiti, aspettando la Corte costituzionale*, in *La Giustizia penale*, 2016, fasc. 6/2, pp. 175 ss.; V. FAGGIANI, *“Ius puniendi” europeo “v.” controlimiti. Riflessioni a margine del caso “Taricco”*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, fasc. 2-3, pp. 509 ss.; A. BARGI, *Il singolare funambolismo interpretativo dei rapporti tra diritti dell’UE, diritto nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella sentenza “Taricco” della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2016, fasc. 4, pp. 327 ss.

¹⁰⁹ A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it.

¹¹⁰ A. RUGGERI, *Corte Costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, *Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su “Corte Costituzionale e sistema istituzionale”*, *Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, Pisa 4-5 giugno 2010*, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Torino, 2011, pp. 149 ss.. Stessa opera disponibile su http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/19_2010.pdf

di onorare i principi convenzionali, stante l'operatività dell'art. 53 Cedu¹¹¹, da cui discende il doveroso arretramento della Convenzione in presenza di un testo differente che garantisca alla medesima situazione una tutela più elevata.

Ed è questo punto che emerge nuovamente il vincolo derivante dagli artt. 25 e 27 Cost., per tutte le ragioni esplicitate nel precedente paragrafo.

Per dirla meglio, ipotizzando una confisca urbanistica non ancora equiparata pacificamente ad una sanzione penale, se la Corte di Cassazione – rimettente la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 44 comma 2 DPR 380/01 per contrasto con gli articoli 2, 9, 32, 41, 42 e 117 primo comma Cost. – avesse cercato un *escamotage* per aggirare l'art. 1 Protocollo Addizionale n. 1 CEDU ed accordare, così, preminenza alla tutela dei beni vita, salute, paesaggio e territorio, avrebbe potuto fare diretta applicazione dell'art. 53 CEDU, disapplicando le norme convenzionali a tutela del diritto di proprietà in virtù della prevalenza da attribuire alla funzione sociale che la proprietà privata assume nell'ordinamento italiano, collegandola ai doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost.¹¹² e dunque, anche, alla tutela dei beni di interesse pubblico garantiti dalle norme poste a presidio della pianificazione territoriale.

Ma all'applicazione di tale operazione ermeneutica, nel caso di specie, hanno operato come impedimento, in via principale, la qualificazione della confisca urbanistica in termini di pena *ex art. 7 CEDU* con conseguente assoggettamento della nozione di «sentenza definitiva» al principio della presunzione di innocenza (art. 6 par. 2 CEDU) e, in via indiretta, la disciplina generale della prescrizione ed il suo fondamento garantista¹¹³.

Come recuperare l'effettività della tutela di un quadro normativo che non consente, nemmeno se spinto fino alla più complessa e articolata delle letture

¹¹¹ Art. 53 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: «(Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti) nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi».

¹¹² Collegamento non inusuale nelle riflessioni espresse in tema di proprietà privata. Per tutte si v. Corte Cost., sentenza 14 marzo 2014, n. 50, par. 2, ritenuto in fatto: «Quanto alla pretesa violazione dell'art. 42 Cost. la difesa dello Stato sottolinea la funzione sociale della proprietà in stretto raccordo con l'art. 2 della Carta fondamentale, che impone a tutti i cittadini l'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà economica e sociale, che ben possono giustificare limiti al diritto di proprietà a fronte di interessi pubblici meritevoli di tutela». Questione di legittimità costituzionale poi ritenuta fondata e ammissibile, in *Giur. Cost.*, 2014, fasc. 2, pp. 1192 ss. In dottrina si vedano V. SCALISI, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, fasc. 3/01, pp. 221 ss.; A. VIGLIANISI FERRARO, *Il diritto di proprietà e la sua "funzione sociale" nell'ordinamento giuridico italiano ed in quello europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2016, fasc. 2, pp. 519 ss.; F. ZANOVELLO, «Diritto» di occupare e facoltà di escludere. Il rinnovato dibattito sulla «funzione sociale» della proprietà tra movimenti sociali e diritto europeo, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, fasc. 4/2, pp. 621 ss.; con particolare riferimento ai doveri di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* e alla gestione della proprietà, si v. F. SABATELLI, *Diritti economici e solidarietà ambientale. Spunti per una funzionalizzazione delle disposizioni costituzionali sui rapporti economici a fini ambientali*, in *Il Diritto dell'economia*, 2013, fasc. 1, pp. 211 ss.; R. ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contratto e impresa*, 2011, fasc. 4-5, pp. 1014 ss.; C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, fasc. 3, pp. 409 ss.

¹¹³ F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, cit.

sistematiche, di forzare i concetti sino al punto di optare per la tutela di un bene piuttosto che dell'altro?

La risposta, per quanto disarmante, è che – fortunatamente – non esiste alcuna chiave di lettura, né interna né sovranazionale, che consenta, in presenza di un procedimento penale, di sacrificare le tutele accordate all'imputato sull'altare del bene comune.

L'unica *chance* che si profila all'orizzonte, nel senso del recupero di una tutela efficace e persuasiva dei beni ambiente e paesaggio, passa attraverso un intervento legislativo¹¹⁴ che rimoduli la confisca urbanistica in modo da ricondurla nell'alveo del diritto amministrativo, ovvero, che agisca sul regime della prescrizione allo scopo di non frustrare le esigenze punitive statuali.

Con riferimento alla prima ipotesi – circa il ritorno della confisca urbanistica al diritto amministrativo – si rileva nella recente giurisprudenza dei T.A.R. e del Consiglio di Stato, la tendenza a fare massiva applicazione della misura ablatoria prevista per le ipotesi di cui all'art. 31 DPR 380/01 che – riguarda gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire o in totale difformità dallo stesso e – riproduce la stessa progressione sanzionatoria contemplata all'art. 30 per la lottizzazione abusiva, con la dirimente previsione aggiuntiva di un ordine di demolizione collocato a metà tra la sospensione lavori e l'acquisizione al patrimonio pubblico del manufatto difforme. La legge prevede che la totale difformità dell'opera dal permesso a costruire e dagli strumenti urbanistici sia sanzionata con provvedimento della P.A. che intima la sospensione dei lavori e la demolizione dei manufatti; trascorsi novanta giorni da quella determinazione senza che sia intervenuta la riduzione in pristino, l'area viene acquisita di diritto al patrimonio comunale. Parallelamente, il responsabile di tale abuso, risponde anche *ex art. 44 comma 1 lett. b) t.u. edilizia*, per le sanzioni penali ivi previste¹¹⁵. Secondo l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato¹¹⁶, si ha comunque lottizzazione abusiva materiale – e non costruzione in totale difformità – quando l'agente abbia dato luogo, mediante i propri interventi, al mutamento nella destinazione d'uso dei manufatti rispetto agli strumenti urbanistici; con la conseguenza che la sanzione da applicare andrà ravvisata nell'art. 44 comma 1 lett. b) e nel successivo comma 2 t.u. edilizia.

Questo perché «*il concetto di "opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia" dei terreni deve essere interpretato in maniera "funzionale" alla ratio della norma [...] che tende a garantire una ordinata pianificazione urbanistica, un corretto uso del territorio ed uno sviluppo degli insediamenti abitativi e dei correlativi standards compatibili con le esigenze di finanza pubblica*¹¹⁷».

¹¹⁴ Cass. pen., Sez. VI, sentenza 21.09.2016 (dep. 18 novembre 2016), n. 48954 :*“Nell'esercizio della sua discrezionalità, il legislatore può infatti stabilire termini di prescrizione più lunghi di quelli ordinari in rapporto a determinate circostanze criminose, che comportino una "resistenza all'oblio" nella coscienza comune, con proporzionale allungamento dei tempi necessari per pervenire alla sentenza definitiva (cfr. Corte cost. sent. n. 143 del 2014), in C.E.D. Cass. n. 268224”*.

¹¹⁵ Più lievi rispetto a quelle previste dalla lett. c) relativa ai casi di lottizzazione abusiva.

¹¹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 30.08.2016 n. 3721, in *Rivista del Notariato*, 2016, fasc. 5, tomo II, pp. 885 ss.

¹¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 7.06.2012 n. 3381, in *Riv. giur. edil.*, 2012, fasc. 3, pp. 802 ss.

Stante questa riconduzione delle difformità totali, ove incidenti sulla destinazione d'uso del bene e non del terreno, alle più gravi sanzioni penali previste per i casi di lottizzazione abusiva, in linea teorica dovrebbe derivare, per le ipotesi base previste dall'art. 31 DPR 380/01, un trattamento sanzionatorio più mite e l'esclusione dall'applicazione dell'art. 44 comma 2.

Tuttavia, data la concorrente competenza dell'amministrazione ad irrogare sanzioni ex art. 31 DPR 380/01, il responsabile della violazione si rende comunque destinatario di una confisca attraverso l'applicazione della misura derivante dall'inottemperanza all'ordine di demolizione previsto al comma 9 – reso giurisprudenzialmente imprescrittibile perché sottratto all'applicazione dell'art. 173 c.p.¹¹⁸ – che, ove non eseguito nel termine di novanta giorni, determina l'acquisizione gratuita del manufatto difforme al patrimonio comunale.

E a chiunque faccia notare ai giudici di Palazzo Spada che la confisca conseguente alla violazione dell'ordine di demolizione è anch'essa sanzione penale ex art. 7 Cedu, questi rispondono che «*tale sistema non presenta profili di criticità sul piano del rispetto dei principi costituzionali [...] sovranazionali [...] per la dirimente ragione che qui si parla di sanzioni in senso improprio, non aventi carattere "personale" ma reale, essendo adottate in funzione di accrescere la deterrenza rispetto all'inerzia conseguente all'ordine demolitorio e di assicurare ad un tempo la effettività del provvedimento di ripristino dello stato dei luoghi e la soddisfazione del prevalente interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio*»¹¹⁹.

Sembra essersi creato, a parere di chi scrive, un sistema binario, nel quale chi compie atti qualificabili come lottizzazione abusiva *tout court*, non essendo destinatario dell'ordine di demolizione – non previsto dall'art. 30 DPR 380/01 – beneficia dei principi affermati in tema di confisca urbanistica dai giudici sovranazionali e può essere destinatario della misura ablatoria solo se ed in quanto venga condannato con sentenza definitiva. Chi, di contro, realizzi un bene difforme dal permesso a costruire, in violazione dell'art. 31 t.u. edilizia, oltre a rispondere penalmente ex art. 44 comma 1 lett. a) e lett. b), si rende destinatario dell'ordine di demolizione, esponendosi al rischio – qualora negli esigui novanta giorni concessigli non riesca ad ottemperare – di vedere comunque confiscato il proprio manufatto, senza che alcuno dei principi espressi in *Varvara* possa intervenire in suo soccorso.

Siamo davvero sicuri di voler abbandonare le garanzie del processo penale lasciando i colpevoli alla sanzione amministrativa?

Quanto alla seconda ipotesi, relativa ad una complessiva riforma del sistema della prescrizione, la stessa Corte Costituzionale che nella sentenza 49/15 ha – di fatto – avallato l'applicabilità della confisca ex art. 44 comma 2 DPR 380/01 al reato prescritto ha, per un'insolita convergenza astrale, avuto il compito di rispondere a se stessa – in un altro caso e nel dialogo con un'altra Corte sovranazionale – poco più di un anno dopo.

¹¹⁸ Trib. Lecce, sez. I, 7.07.2015, in *Riv. pen.*, fasc. 10, pp. 901 ss., in questa ipotesi il giudice ordinario ha respinto un'istanza di estinzione dell'ordine di demolizione di manufatto abusivo, fondata sulle pronunce rese dalla Corte Edu nei casi *Sud Fondi s.r.l.* e *Varvara*.

¹¹⁹ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 20.10.2016 n. 4400, in *Foro Amministrativo*, 2016, fasc. 10, pp. 2354 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 15.04.2015 n. 1927, in *Foro Amministrativo*, 2015, fasc. 4, pp. 1113 ss.



4/2017

Nella richiamata ordinanza n. 24 del 2017, il Giudice delle leggi afferma che l'istituto della prescrizione riveste in Italia carattere sostanziale e dunque, come tale, è sottoposto al principio di legalità ed ai suoi corollari (ivi compreso l'art. 27, comma 2, Cost.). Di conseguenza, nessuna decisione giudiziale può spingersi sino al punto di creare un regime penale legale parallelo a quello istituito dal legislatore, in adesione ad un diritto vivente formatosi in sede diversa dal Parlamento, che (non goda dei tratti della sufficiente determinatezza e) violi il presidio garantistico della separazione dei poteri¹²⁰. E soprattutto, identificando la *ratio* della prescrizione nel venir meno dell'interesse statale alla repressione di un fatto per il quale è cessato l'allarme sociale che ne giustificava il bisogno di pena, la Corte Costituzionale ha inconsapevolmente impedito che alcuna ulteriore riflessione possa essere compiuta, poiché, allo stato dell'arte, l'ordinamento italiano riconosce quale «*principio supremo dell'ordine costituzionale [...] il principio di legalità in campo penale in relazione all'intero ambito materiale a cui esso si rivolge*»¹²¹, prescrizione e «sentenze definitive» comprese.

Nel caso dell'art. 44 comma 2 DPR 380/01, a ben guardare, la via maestra per il raggiungimento del *Grundwert* ci è stata mostrata dalla Corte Europea. Eppure non sarebbe stato necessario attingere alle fonti convenzionali per assicurare una garanzia effettiva alle posizioni degli imputati, poiché era già nel diritto interno che albergavano gli strumenti necessari ad accordare la migliore tutela ai soggetti coinvolti, e la Corte Costituzionale ne conosceva la collocazione.

¹²⁰ In questo caso il riferimento che la Corte Costituzionale volge nella direzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, va reindirizzato al diritto vivente formato dalla Corte di Cassazione in tema di confisca per lottizzazione abusiva.

¹²¹ Brano tratto dall'ordinanza n. 24 del 2017, liberamente adattato al caso della confisca urbanistica.