

Osservatorio sulle fonti

LA “CONFISCA IN ASSENZA DI CONDANNA” TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: UN NUOVO CAPITOLO DEL DIALOGO TRA LE CORTI

di *Deborah Russo*¹

1. Introduzione

Un recente “botta e risposta” tra la Corte europea dei diritti dell’uomo e la terza sezione penale della Corte di Cassazione ha riportato alla ribalta la questione della legittimità dell’applicazione della sanzione della confisca per lottizzazione abusiva in assenza di una sentenza di condanna. Con l’ordinanza n. 20636 del 30 aprile 2014, la Corte di Cassazione ha infatti nuovamente rimesso alla Corte costituzionale la questione della legittimità costituzionale dell’art. 44, comma 2, del DPR n. 380 del 2001 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), come di recente interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Varvara c. Italia*. L’ordinanza censura la violazione degli articoli 2, 9, 32, 41, 42, 117, comma 1, Cost., affermando che il paesaggio, l’ambiente, la vita e la salute costituiscano valori costituzionali fondamentali cui riconoscere prevalenza nell’ordinamento nazionale nel bilanciamento con il diritto di proprietà².

La Suprema Corte è giunta all’emanazione dell’ordinanza dopo aver confermato le statuizioni delle decisioni di merito - che avevano accertato la lottizzazione abusiva - e respinto la domanda dei ricorrenti di sostituire la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione con una sentenza di assoluzione.

Confermando la sentenza di non luogo a procedere per l’estinzione del reato, la Corte di Cassazione ha ritenuto di dover applicare la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite sui di essi, in conformità all’interpretazione letterale dell’art. 44, comma 2, del DPR n. 380 del 2001, secondo il quale la confisca consegue all’accertamento giudiziale della lottizzazione abusiva indipendentemente da una pronuncia di condanna, e salvo il caso di assoluzione per insussistenza del fatto. In particolare, la Suprema Corte ha confermato l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale la confisca deve essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, purché sia accertata la sussistenza della fattispecie penale sotto il profilo oggettivo e soggettivo e, segnatamente, l’esistenza di profili quanto meno di colpa per difetto di vigilanza dei soggetti gravati dalla misura.

Al contempo la Corte ha constatato che la propria interpretazione dell’art. 44, comma 2, del DPR n. 380 del 2001 risulta in contrasto con il più recente orientamento della Corte europea dei diritti dell’uomo che, nel caso *Varvara c. Italia*, sul quale ci si soffermerà nei paragrafi che seguono, in una situazione del tutto analoga a quella del caso

¹ Ricercatrice di Diritto internazionale, Università di Firenze.

² Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014 n. 20636.

Osservatorio sulle fonti

di specie, ha statuito la contrarietà della confisca al principio di legalità e alla tutela del diritto di proprietà, di cui rispettivamente agli articoli 7 della Convenzione europea e 1, primo protocollo della Convenzione europea³.

D'altra parte, essa ha escluso la possibilità di allinearsi all'interpretazione resa nella recente pronuncia della Corte europea poiché questa determinerebbe la violazione di alcune disposizioni costituzionali, quali, in particolare, quelle che tutelano il paesaggio, la vita e la salute delle persone e che rappresentano i valori costituzionali che presiedono all'esercizio del potere di pianificazione urbanistica. Secondo la Corte di Cassazione, infatti, la funzione di regolazione urbanistica non si esprime soltanto nella disciplina coordinata della edificazione dei suoli ma tende ad assicurare il governo del territorio, mirando a contemperare e realizzare le finalità economico-sociali essenziali della comunità locale e i diritti fondamentali della persona. In sostanza, secondo la Corte, l'interpretazione convenzionalmente conforme, nel precludere il ricorso alla confisca nonostante l'accertamento della lottizzazione abusiva, pregiudicherebbe la realizzazione di alcuni diritti fondamentali della persona, privando lo Stato di uno strumento essenziale al corretto governo del territorio.

A questo punto, la Suprema Corte ha dichiarato l'esistenza di un conflitto tra la norma che impone la confisca e i richiamati parametri convenzionali, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, insanabile in via interpretativa. Secondo la Corte, infatti, al giudice nazionale sarebbe preclusa, per un verso, la possibilità di procedere alla disapplicazione della norma interna incompatibile con la Convenzione europea, come acclarato dalle ormai celebri sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 che hanno limitato il potere di disapplicazione del giudice nazionale all'ambito dei rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea⁴. Per altro verso, sarebbe preclusa anche l'applicazione della norma interna, sia che la si legga in contrasto con l'interpretazione convenzionalmente conforme, poiché ciò violerebbe l'art. 117 Cost., sia che la si interpreti in conformità alla giurisprudenza della Corte europea, poiché in questo caso si violerebbero altre norme costituzionali, prevalenti nell'ordinamento nazionale rispetto alla tutela del diritto di proprietà.

In una situazione del genere non residuerebbe, secondo la Suprema Corte, altra soluzione se non quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale, rimettendo alla Corte costituzionale il compito di bilanciare gli interessi costituzionali in gioco e, segnatamente, per un verso, l'interesse a rispettare gli impegni internazionali e, per altro verso, la tutela del paesaggio, della vita e della salute delle persone.

L'ordinanza induce a riflettere sul ruolo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione e nello sviluppo della tutela dei diritti fondamentali nel nostro ordinamento costituzionale e sull'incidenza che esso produrrà nella dinamica dei rapporti tra fonti nazionali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Non per caso questa occasione si prospetta in relazione ad una questione, quella della "confisca in assenza di condanna", che negli ultimi anni è stata al centro di un lungo dialogo tra i

³ CEDU, sent. 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

⁴ Corte Cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348 e 349.

Osservatorio sulle fonti

giudici nazionali, la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo e che ha visto le posizioni di questi giudici parzialmente avvicinarsi fino all'ultimo approdo, rappresentato dall'ordinanza in commento.

E' ancora presto per valutare se questa ordinanza sia destinata a segnare il punto di rottura del processo di armonizzazione interpretativa tra le diverse fonti sulla questione della "confisca senza condanna" oppure un nodo che la Corte costituzionale potrà sciogliere per rilanciare il dialogo tra le Corti. Per adesso ci si deve limitare a riflettere sulla coerenza della prospettazione della Suprema Corte con l'interpretazione dell'art. 117, comma 1, Cost., fornita dalla Corte costituzionale circa il rapporto tra le norme della Costituzione e quelle della Convenzione europea, come interpretate dalla Corte europea dei diritti umani. In particolare l'ordinanza riguarda un aspetto problematico del rapporto tra Convenzione europea e Costituzione, ossia quello del ruolo da assegnare al giudice comune come giudice del sistema convenzionale. Prima di concentrarsi su questo aspetto è però necessario ripercorrere brevemente le principali tappe del dialogo tra le Corti in merito all'applicazione della "confisca in assenza di condanna".

2. Le principali tappe del dialogo tra le Corti sulla questione della "confisca in assenza di condanna"

Nel nostro ordinamento l'istituto della confisca, ossia l'ablazione coattiva di beni appartenenti ad un soggetto e variamente collegati al compimento di un reato, costituisce uno strumento sanzionatorio utilizzato per reprimere diverse fenomenologie criminali ed è di conseguenza disciplinato secondo presupposti e condizioni eterogenee da varie disposizioni legislative⁵.

Il ricorso alla confisca come strumento di repressione del fenomeno degli abusi edilizi ha origine giurisprudenziale. Essa ha, infatti, costituito la reazione della giurisprudenza di merito al fenomeno della crescente speculazione edilizia degli anni settanta, spesso condotta in violazione delle norme e dei regolamenti urbanistici e nell'inerzia delle autorità amministrative competenti. Sebbene le leggi dell'epoca riservassero l'esercizio dei poteri ablatori al sindaco, l'esigenza di porre un freno ad un fenomeno in evidente espansione indusse i giudici di merito a sostituirsi all'autorità amministrativa in caso di inerzie valorizzando l'art. 240, comma 1, cp, e disponendo la confisca dei beni oggetto di lottizzazione abusiva come "prodotto" del reato.

Questo sviluppo giurisprudenziale fu però ostacolato dalla Corte di Cassazione che si dimostrò nettamente contraria all'utilizzazione in sede di giudizio penale di uno strumento riservato all'autorità amministrativa⁶.

⁵ Per riferimenti sulla confisca in generale si vedano *ex multis*: V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981, p. 385, G. GRASSO, *Sub art 240* in Romano, Grossi, Padovani (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1994; G. GATTA, *Sub art 240*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, 1999; S. FURFARO, *La confisca*, in *Dig. pen. aggiorn.* 2005, p. 202.

⁶ *Ex multis*, Cass. Pen. sez. III, 24 marzo 1972 in *Riv. it. proc. pen.* 1972, p. 831.

Osservatorio sulle fonti

La questione fu poi risolta dal legislatore con l'introduzione dell'art. 19 della legge 47 del 1985, oggi trasfuso nell'art. 44 del DPR 380 del 2001 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) che stabilisce: "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".

Nell'interpretazione della giurisprudenza questa norma ha configurato una sanzione amministrativa accessoria reale a carattere obbligatorio (si legge infatti "la sentenza...dispone") che deve essere comminata indipendentemente dall'emanazione di una sentenza di condanna nei confronti di tutti i proprietari dei terreni lottizzati e delle opere ivi edificate, ancorché imputati prosciolti o terzi in buona fede. Questa qualificazione si ricava dalla lettera della norma che non esige la responsabilità per il reato, ma soltanto l'accertamento che vi sia stata lottizzazione abusiva ed esprime l'intento del legislatore di rafforzare il rispetto delle finalità della disciplina urbanistica e degli interessi pubblici fondamentali ad essa sottesi rispetto ad un fenomeno in crescita esponenziale, assegnando al giudice penale compiti ulteriori rispetto a quelli meramente sanzionatori in sostituzione dei poteri normalmente spettanti all'autorità amministrativa⁷. E, difatti, come risulta dall'art. 30, comma 8, del DPR n. 380 del 2001 spetta in via principale all'autorità amministrativa procedere alla sospensione della lottizzazione dei terreni a fine edificatorio avviata in assenza di autorizzazione amministrativa (o su autorizzazione amministrativa rilasciata *contra legem*) e, dopo 90 giorni, all'acquisizione dei terreni al patrimonio del Comune.

Si tratta, pertanto, di un apparato sanzionatorio caratterizzato dall'esercizio del potere amministrativo, rafforzato in caso di inerzia della pubblica amministrazione, dall'intervento in via suppletiva del giudice penale.

Per questo motivo per molto tempo la giurisprudenza di legittimità ha applicato la sanzione della confisca sulla base della mera sussistenza materiale del fatto della lottizzazione abusiva a prescindere dal giudizio di colpevolezza dei proprietari dei beni confiscati⁸.

Questo orientamento ha procurato all'Italia la prima condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Sud Fondi srl*, più noto come caso dell' "ecomostro" di Punta Perotti⁹. In quel caso, infatti, la Corte di Cassazione aveva assolto i proprietari delle opere costruite sui terreni lottizzati per l'insussistenza dell'elemento della colpevolezza, avendo considerato che essi versassero in una situazione di "ignoranza inevitabile" del diritto applicabile, tenuto conto del quadro incerto della legislazione regionale e del rilascio delle autorizzazioni edificatorie.¹⁰ La sentenza di assoluzione aveva comportato l'applicazione della confisca dei terreni. I ricorrenti avevano dunque lamentato davanti alla Corte europea l'illegittimità della confisca con riferimento agli articoli 7

⁷ M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1687.

⁸ Vedi, ad esempio, Cass. Pen., sez. III, 23 dicembre 1997, n. 3900.

⁹ CEDU, sent. 20 gennaio 2009, causa *Sud Fondi srl c. Italia*. Per un approfondimento critico del contenuto della sentenza si rinvia a: E. SCISO, *Punta Perotti a Bari: ancora una condanna per confisca da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 487 ss.

¹⁰ Cass. Pen., sez. III, 29 gennaio 2001, n. 11716.

Osservatorio sulle fonti

della Convenzione europea, che sancisce il principio di legalità, e 1, primo protocollo della Convenzione europea, che tutela il diritto di proprietà.

Con una prima decisione del 2007, la Corte di Strasburgo ha statuito sull'ammissibilità dei ricorsi contro l'Italia, qualificando la misura delle confisca come sanzione penale la cui legittimità deve essere valutata ai sensi dell'art. 7 della Convenzione europea. La Corte europea ha infatti sempre rivendicato la propria autonomia nel definire una data misura come "pena" a prescindere dalla qualificazione attribuita nell'ordinamento dello Stato interessato, avvalendosi di parametri, quali la natura, la finalità, gli effetti afflittivi-punitivi etc.- funzionali allo svolgimento del proprio ruolo di giudice dei diritti fondamentali¹¹. Nel caso di specie, la Corte europea ha ritenuto che la confisca non tendeva alla riparazione pecuniaria di un danno ma mirava a punire per prevenire la reiterazione dell'illecito (come risultava dalla circostanza che l'85% dei terreni confiscati non fosse edificato e pertanto dall'assenza di un pericolo ambientale) e doveva pertanto essere qualificata come una sanzione penale.

Nel 2009 la Corte europea ha accolto i ricorsi, giudicando che il principio di legalità dei reati e delle pene vieta l'applicazione della legge penale in maniera estensiva a pregiudizio dell'imputato e impone che la legge sia formulata in termini chiari e in modo da rendere prevedibile la responsabilità penale e l'irrogazione della pena. Nel caso di specie, invece, il quadro legislativo risultava incerto e rendeva impossibile la previsione della confisca. L'illegittimità della misura derivava inoltre dalla circostanza che l'applicazione della confisca risultava scollegata dall'accertamento della responsabilità penale dei proprietari dei beni. Inoltre, secondo la Corte europea, il carattere arbitrario della confisca disposta dal giudice aveva determinato anche un'ingerenza ingiustificata nel diritto di proprietà dei ricorrenti in violazione dell'art. 1, primo protocollo della Convenzione europea.

A seguito della sentenza della Corte europea, la Corte di Cassazione ha riconosciuto, con sentenza dell'11 maggio 2010, la legittimazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri a chiedere la revoca della confisca urbanistica. Tuttavia, le imprese costruttrici hanno presentato un ulteriore ricorso alla Corte europea lamentando l'insufficiente riparazione del danno e invocando un'equa soddisfazione, ai sensi dell'art. 41 della Convenzione europea. Pronunciandosi su quest'ulteriore ricorso, la Corte di Strasburgo ha nuovamente accolto, con sentenza del 10 maggio 2012, le istanze dei ricorrenti, riconoscendo che la restituzione dei terreni avesse costituito un risarcimento solo parziale, anche perché gli edifici ivi edificati erano stati demoliti, e ha condannato l'Italia a versare alle ricorrenti 49 milioni di euro a titolo di equa soddisfazione, ingiungendo al governo italiano di rinunciare alle domande giudiziali di rimborso dei costi di demolizione e di riqualificazione dei terreni.

2.1. L'interpretazione convenzionalmente orientata della Corte di Cassazione e la sentenza della Corte costituzionale n. 239 del 2009

¹¹ Cfr., ad esempio, CEDU, sent. 10 marzo 1980, *König c. Alle magne*.

Osservatorio sulle fonti

Nel 2008, in seguito alla prima pronuncia della Corte europea nel caso *Sud Fondi srl.*, la Corte di Cassazione ha sperimentato un significativo tentativo di interpretazione convenzionalmente orientata, modificando il proprio orientamento giurisprudenziale¹².

Pur avendo mantenuto, in base al principio dell'autonomia nella qualificazione degli istituti, la qualificazione della confisca come sanzione amministrativa, la Corte di Cassazione ha per la prima volta affermato l'esigenza di assicurare il rispetto dei principi generali dettati dalla legge 689 del 1981 sul procedimento amministrativo che, tra l'altro, esige che la sanzione sia comminata in presenza di "un'azione o omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa"¹³.

Per questa via la Corte di Cassazione è giunta ad affermare che la sanzione della confisca per accertata lottizzazione abusiva non possa applicarsi nei confronti di soggetti incolpevoli o di terzi in buona fede, accogliendo in sostanza il principio di diritto affermato dalla Corte europea nel caso *Sud Fondi srl.*

Essa ha così inaugurato l'indirizzo giurisprudenziale che ha interpretato l'art. 44, comma 2, del DPR 380 del 2001 nel senso che esso richieda l'emanazione di una sentenza che accerti il compimento del reato di lottizzazione abusiva e che lo riconduca anche sotto il profilo soggettivo alla persona che subisce la confisca, escludendo che essa possa essere disposta in caso di assoluzione degli imputati.

Nel 2009 la Corte costituzionale ha avallato questo orientamento, considerandolo un esempio virtuoso di interpretazione conforme e di dialogo tra le Corti¹⁴. La Consulta si è pronunciata infatti sul rinvio della Corte di Appello di Bari che, in seguito alla decisione della Corte europea nel caso *Sud Fondi srl.*, aveva sollevato la questione della legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del DPR 380 del 2001 per violazione degli articoli 3, 25, comma 2 e 27, comma 1, Cost.¹⁵

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile per difetto di motivazione sulla rilevanza della questione a causa dell'insufficiente descrizione degli elementi essenziali della fattispecie relativi, ad esempio, all'accertamento del reato di lottizzazione abusiva e alla precisazione della posizione dei soggetti colpiti dalla confisca. Ma, soprattutto, la Consulta ha lamentato il mancato tentativo da parte della Corte di Appello di Bari di procedere all'interpretazione convenzionalmente conforme, nonostante la formulazione letterale della disposizione impugnata, in sé, non precludesse un siffatto tentativo. La Corte costituzionale ha affermato infatti che qualora si presenti un apparente contrasto fra una norma nazionale e una disposizione della Convenzione europea come interpretata dalla Corte di Strasburgo, il giudice nazionale dovrà risolvere il problema in via interpretativa prima si sollevare la questione di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost.

Pertanto, secondo la Consulta, spetta principalmente agli organi giurisdizionali comuni l'opera interpretativa dell'art. 44, comma 2, del DPR n. 380 del 2001 che sia resa

¹² Cass. Pen., sez. III, 24 ottobre 2008, n. 1105.

¹³ Art. 3 della legge 689 del 1981.

¹⁴ Si veda il commento di E. SCISO, *Il principio dell'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la confisca per lottizzazione abusiva*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 131 ss.

¹⁵ Corte Cost., sent. n. 239 del 16 luglio 2009.

Osservatorio sulle fonti

necessaria dalle decisioni della Corte europea e solo qualora l'adeguamento interpretativo risulti impossibile o produca esiti di dubbia legittimità costituzionale, la Corte costituzionale potrà essere investita della questione di legittimità costituzionale del diritto nazionale in rapporto all'art. 117, comma 1, Cost.

La Corte costituzionale ha così attribuito al giudice comune un ruolo centrale e decisivo nel dialogo tra le Corti. Tuttavia la sentenza n. 239 del 2009 non ha esplicitato un aspetto che sembra implicito nel ragionamento della Corte costituzionale, ossia che il giudice comune debba non soltanto assicurare l'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme nazionali, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche presiedere al contemperamento tra l'esito di tale operazione interpretativa e le norme costituzionali che garantiscono altri diritti fondamentali, fornendo una soluzione che risulti in armonia con il complessivo assetto dei valori e dei principi dell'ordinamento costituzionale.

2.2. La sentenza “*Varvara c. Italia*” della Corte europea dei diritti dell'uomo

Lo scorso 29 ottobre 2013 la Corte europea dei diritti umani è tornata sul problema della legittimità della confisca urbanistica in assenza di condanna, pronunciando una sentenza nei confronti dell'Italia, che è divenuta definitiva lo scorso 25 marzo 2014¹⁶.

La nuova condanna trae origine dal perdurante scollamento tra la soluzione accolta dalla Corte di Cassazione sulla scia della sentenza resa nel caso *Sud Fondi srl.* e quella affermata dalla Corte di Strasburgo circa la qualificazione in termini di pena o di sanzione amministrativa della confisca.

Sebbene infatti la Corte di Cassazione abbia accolto, su sollecitazione della pronuncia resa nel caso *Sud Fondi srl.*, il principio secondo il quale l'accertamento del reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi oggettivo e soggettivo costituisce il presupposto indefettibile dell'irrogazione della confisca, la qualificazione come sanzione amministrativa ha impedito un pieno allineamento alla posizione della Corte europea. Infatti, la Corte di Cassazione ha considerato l'applicabilità della confisca anche ai casi in cui il reato sia estinto e il processo si chiuda con una sentenza di non luogo a procedere. Ciò perché la lettura fornita dalla Corte di Cassazione lasciava residuare uno spazio di agibilità per la confisca dei beni dell'imputato prosciolti per prescrizione del reato, purché l'applicazione avvenisse all'esito di un giudizio di merito che ne avesse accertato in linea di principio la responsabilità¹⁷. Tale spazio è stato ricavato cogliendo lo spunto contenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2008 che individuava tra le sentenze di proscioglimento alcune che, pur non applicando una pena, implicano un sostanziale riconoscimento della responsabilità o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato.

¹⁶ CEDU, sent. 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

¹⁷ C. ANGELILLIS, *Confisca in caso di prescrizione del reato: la parola alla Consulta*, in *Questione Giustizia*, 2014, reperibile su: <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=450>

Osservatorio sulle fonti

Sulla scia di questa considerazione, la Corte di Cassazione ha elaborato un'importante distinzione tra i casi in cui la sentenza di non luogo a procedere per estinzione del reato sia pronunciata in seguito all'esercizio dell'azione penale, nel qual caso il giudice dovrebbe applicare la confisca, e i casi in cui invece essa preceda l'esercizio dell'azione penale, precludendo la confisca.

Nel primo caso, infatti, il giudice ha cognizione degli elementi probatori prodotti dal p.m. e di quelli difensivi eventualmente versati in atti ai sensi degli artt. 391 bis ss. c.p.c., nonché della possibile attività di integrazione probatoria disposta d'ufficio e può pronunciare, nel contraddittorio così instaurato tra le parti, la confisca delle aree abusivamente lottizzate anche se poi, per una delle ragioni previste dall'art. 425 c.p.p., commi 1 e 3, prosciogla l'imputato. Vi può essere dunque quel sostanziale riconoscimento di responsabilità che giustifica l'irrogazione della sanzione.

Negli altri casi, invece, essendosi estinto il reato ancor prima dell'esercizio dell'azione penale, manca una fase in cui il giudice penale è chiamato a quell'accertamento del reato di lottizzazione abusiva che potrebbe giustificare l'esercizio del potere ablatorio.

Purtroppo nella sentenza *Varvara* non vi è traccia di questa distinzione, nonostante vi si legga che il governo italiano ha fatto osservare che la prescrizione fosse intervenuta dopo l'esercizio dell'azione penale¹⁸. Evidentemente la Corte europea non ha tenuto conto di questa precisazione e delle sue possibili implicazioni. Nella motivazione si legge che il principio di legalità, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea, impedirebbe sempre e comunque l'applicazione della confisca nei casi in cui il processo non si concluda con una sentenza di condanna dell'imputato. Costituirebbe infatti corollario del principio di legalità il divieto di interpretare la legge penale in modo estensivo a scapito dell'imputato e di punire una persona che non è stata giudicata responsabile del reato.

Pertanto, se è vero che gli Stati restano liberi, secondo la Corte, di stabilire, sia pure entro certi limiti e condizioni, che la responsabilità penale dipenda dal compimento di fatti che non sono ricollegabili mediante un nesso psicologico o morale alla persona che li ha compiuti, ad essi è in ogni caso vietato punire in assenza di una dichiarazione di responsabilità. La logica della pena, infatti, esige una pronuncia di condanna che comporti l'attribuzione del reato alla persona destinataria della pena¹⁹. Per questo motivo, essa ha giudicato che, nel caso di specie, la sanzione della confisca violasse il principio della legalità sancito dall'art. 7 della Convenzione europea e costituisse di conseguenza anche un'arbitraria ingerenza nel diritto di proprietà del ricorrente²⁰.

¹⁸ Ibidem, par. 49.

¹⁹ CEDU, sent. 29 ottobre 2013, par. 71.

²⁰ Secondo la Corte europea "il reato in relazione al quale è stata ordinata la confisca dei beni del ricorrente non era previsto dalla legge nel senso dell'art. 7 della Convenzione ed era arbitrario. Questa conclusione la induce a dichiarare che l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni del ricorrente era contraria al principio di legalità ed era arbitraria e che vi è stata violazione dell'art. 1 del Protocollo 1" (CEDU, sent. 29 ottobre 2013, par. 85). Sulla tutela del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione

Osservatorio sulle fonti

La motivazione risulta particolarmente concisa anche perché omette di considerare l'argomento, dirimente nella prospettiva della Corte di Cassazione, della configurabilità di una dichiarazione di responsabilità per il reato di lottizzazione abusiva a monte di alcune sentenze di non luogo a procedere per prescrizione del reato, inclusa quella relativa al ricorso *Varvara*. La prospettazione difensiva su questo punto è stata disattesa in assenza di qualsiasi argomentazione, nonostante proprio su di esso si sia appuntata la valutazione della responsabilità dell'Italia per la violazione del principio di legalità e del diritto di proprietà. Nella prospettiva del proficuo dialogo tra le Corti questo aspetto avrebbe probabilmente meritato un maggiore approfondimento.

3. L'obbligo dell'interpretazione convenzionalmente conforme e il margine di autonomia del giudice comune

Dopo aver ripercorso le tappe del travagliato dialogo tra le Corti sulla questione della "confisca in assenza di condanna", occorre soffermarsi sulle considerazioni svolte nell'ordinanza per valutare in che modo esse si inseriscono entro lo schema dei rapporti tra la Convenzione europea, letta alla luce della giurisprudenza della Corte europea, e le norme costituzionali, come esso è stato delineato nell'interpretazione dell'art. 117, comma 1, Cost. elaborata dalla Corte costituzionale a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007.

Come si è già anticipato, l'ordinanza muove dalla constatazione che l'interpretazione dell'istituto della confisca proposta dalla Corte europea nel caso *Varvara* non può essere accolta dal giudice nazionale perché impone una lettura della norma interna confligente con la tutela di altri diritti fondamentali di rango prevalente nel sistema costituzionale. In sostanza, Corte di Cassazione ha dichiarato di aver già sperimentato tutte le potenzialità dell'interpretazione convenzionalmente conforme e di esser giunta ad un punto estremo, oltre il quale ogni ulteriore sviluppo interpretativo determinerebbe effetti incompatibili con la Costituzione.

L'ordinanza, pertanto, descrive una situazione di *empasse*, determinata dall'impossibilità per il giudice nazionale tanto di garantire l'interpretazione convenzionalmente corretta alla luce della giurisprudenza della Corte europea, perché ciò determinerebbe una soluzione costituzionalmente illegittima, quanto di assicurare l'interpretazione conforme a Costituzione, perché ciò contrasterebbe con l'art. 117 Cost. L'unica soluzione sarebbe dunque rappresentata dall'intervento della Corte costituzionale, alla quale soltanto spetterebbe il compito di garantire una tutela sistemica, e non frazionata, dei valori coinvolti dalla norma censurata, segnando il punto di equilibrio nel bilanciamento tra interessi costituzionali potenzialmente confliggenti, quali, nel caso di specie, la tutela del diritto di proprietà, per un verso, e la tutela dei diritti alla vita, alla salute, al paesaggio, per altro verso.

europea si veda: M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003.

Osservatorio sulle fonti

E' legittimo chiedersi però se questa sia davvero l'unica possibilità che si presenti al giudice comune in casi del genere. L'ordinanza coinvolge, in effetti, una delle questioni più problematiche dell'inquadramento dei rapporti tra norme della Convenzione europea e norme costituzionali, quella del ruolo da assegnare alla giurisprudenza della Corte europea nel dialogo con il giudice nazionale²¹. Questo rapporto si è plasmato negli anni intorno alla teoria dell'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tale teoria è stata elaborata dalla Corte costituzionale su sollecitazione di alcune pronunce della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno affermato che la Convenzione europea deve essere interpretata il più possibile in conformità alla giurisprudenza e alla luce dei criteri ermeneutici espressi "dal suo giudice"²².

Portando alle estreme conseguenze questo principio, la Corte costituzionale ha valorizzato notevolmente il ruolo della giurisprudenza della Corte europea²³, giungendo ad affermare, nella sent. n. 349 del 2007, che la Convenzione europea "si applica in Italia e va garantita dalla Corte costituzionale così come interpretata 'dal suo giudice'" e che "al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma"²⁴.

Portando alle estreme conseguenze il principio del monopolio interpretativo delle norme della Convenzione europea da parte della Corte europea, la sent. n. 311 del 2009 ha precisato che alla stessa Corte costituzionale "è precluso sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve"²⁵. Inoltre, sottolineando un altro importante profilo, la sent. n. 317 del 2009 ha affermato che la Corte costituzionale non può "sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione"²⁶.

Il fondamento dell'interpretazione proposta dalla Corte costituzionale sembrerebbe da ricollegare all'art. 32 della Convenzione europea, che conferisce alla Corte europea la competenza ad interpretare ed applicare le norme della Convenzione europea. Tutta-

²¹ P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, p. 127.

²² CEDU, 27 marzo 2003, *Scordino c. Italia*.

²³ Si veda la critica secondo la quale la Corte costituzionale "va addirittura fuori misura quando afferma in modo categorico (e senza né nuances né distinguo) che per lei le sentenze della Corte di Strasburgo verrebbero senz'altro e per definizione a fare tutt'uno con la Convenzione" (L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 309).

²⁴ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 349, cit., punto 6.2 del "considerato in diritto".

²⁵ C. Cost. 26 novembre 2009, n. 311, punto 6 del "considerando in diritto".

²⁶ C. Cost. 4 dicembre 2009, n. 317, punto 7 del "considerando in diritto".

Osservatorio sulle fonti

via, questa norma non stabilisce l'obbligo per i giudici nazionali di interpretare la Convenzione europea in conformità alla giurisprudenza di Strasburgo, né prevede che il potere di interpretazione della Corte europea sia esclusivo. Certamente la Convenzione europea, come qualsiasi trattato internazionale, deve essere interpretato alla luce delle regole generali sull'interpretazione dei trattati e conformemente al proprio oggetto e scopo. In questa prospettiva occorre considerare che la Convenzione europea, istituendo un organo deputato al controllo esterno del rispetto della Convenzione, ha inteso dar vita ad un sistema tendenzialmente uniforme di tutela dei diritti fondamentali, che tuttavia stabilisce solo un livello minimo di protezione, lasciando agli Stati la facoltà di incrementarlo.

Alla luce delle norme della Convenzione europea e dello spirito del sistema convenzionale il potere dei giudici nazionali di interpretare e di applicare le norme della Convenzione europea non è, pertanto, da considerare escluso, ma sembra anzi presupposto, nella misura in cui il sistema tende alla massima espansione delle garanzie²⁷. Peraltro, la Corte europea non è vincolata al rispetto del proprio precedente per cui la giurisprudenza nazionale può influire positivamente sull'interpretazione della Corte di Strasburgo, inducendola ad arricchire e ad evolvere il proprio orientamento.

Nell'interpretazione dell'art. 117 Cost. fino ad oggi elaborata dalla Corte costituzionale non è chiaro, tuttavia, se ed in che termini sia configurabile un margine di autonomia nell'attività interpretativa del giudice comune. Il potere di discostarsi dall'orientamento della Corte europea per contemperare altri interessi costituzionali rilevanti nel caso concreto non è escluso, ma neanche affermato, nella rilevante giurisprudenza della Corte costituzionale²⁸.

La questione non è chiara anche perché la Corte costituzionale non ha sinora distinto tra l'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme derivante dal vincolo delle sentenze di condanna nel caso deciso in virtù dell'art. 46 della Convenzione europea, e il generale valore di precedente eventualmente riconducibile all'orientamento della Corte di Strasburgo²⁹.

Nel primo caso il margine interpretativo del giudice nazionale è certamente limitato. Eppure, anche in questo caso, l'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme trova un limite dinanzi al rischio che la norma convenzionale, come interpretata dalla Corte europea nel caso di specie, risulti in conflitto con altre norme costituzionali. E, infatti, a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007 la Corte costituzionale ha sempre negato il rango costituzionale delle norme della Convenzione europea, come interpretate

²⁷ Cfr. E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e l'art. 117 Cost, 1° comma, Cost.*, in *Rivista diritto internazionale*, 2009, p. 128 ss.

²⁸ Questo è stato infatti considerato uno dei problemi aperti dalle "sentenze gemelle" da P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 315.

²⁹ Cfr. A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del Diritto* (Annali, vol. IV), p. 389; E. MALFATTI, *Attorno al modello di "interpretazione convenzionalmente conforme" e di "verifica di costituzionalità della CEDU"*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, p. 325.

Osservatorio sulle fonti

dalla Corte europea, e le ha qualificate come norme interposte, riservandosi così la funzione di sottoporle al controllo di costituzionalità al fine di “evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un’altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione”³⁰. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo non è dunque considerata in questo caso come incondizionatamente vincolante ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Spetta alla Corte costituzionale effettuare il controllo di costituzionalità alla luce del ragionevole bilanciamento tra il vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, posto dall’art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli altri interessi tutelati dalla Costituzione. Peraltro, tale controllo da parte della Corte costituzionale dovrebbe esprimersi nell’esercizio di un margine di autonomia interpretativa, dato che l’espunzione dall’ordinamento della norma esecutiva del parametro convenzionale è impensabile per le conseguenze che ne deriverebbero sul piano dell’ordinamento internazionale³¹.

Nel secondo caso, invece, ossia quando l’obbligo di interpretazione conforme non deriva dall’esigenza di conformarsi ad una sentenza di condanna pronunciata tra le medesime parti e con lo stesso oggetto, il giudice nazionale dovrebbe godere di una più ampia autonomia interpretativa. E ciò soprattutto in un caso, come quello della sentenza *Varvara*, che, a differenza della sentenza *Scordino* dal quale era scaturita la sent. n. 349 del 2007, la Corte europea non ha accertato una situazione di “violazione sistemica e strutturale” dell’Italia nei confronti dei rilevanti parametri convenzionali. In un caso del genere, pertanto, al giudice comune dovrebbe essere possibile interpretare le norme interne tenendo conto non soltanto dell’orientamento della Corte europea dei diritti umani espresso in casi analoghi, ma anche degli interessi di rilievo costituzionale coinvolti nel caso concreto. Un’interpretazione rigida dell’obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme comprimerebbe eccessivamente l’attività interpretativa del giudice comune, fino a ridurla ad un’operazione quasi meccanica da compiere senza riguardo alle esigenze regolative del caso concreto e all’incidenza sugli altri interessi altrettanto rilevanti dell’ordinamento costituzionale.

Tale limitazione, peraltro, non è richiesta dal sistema della Convenzione europea, come è dimostrato dalla mancata previsione tanto del monopolio interpretativo della Corte europea, quanto dell’obbligatorietà *erga omnes* delle sentenze della Corte europea. Anzi, il sistema convenzionale è strutturalmente basato su un meccanismo di interpretazione e applicazione decentrata delle norme della Convenzione europea, nell’ambito del quale non soltanto non è escluso, ma è anzi auspicabile, il contributo del giudice comune. La Convenzione europea è infatti concepita dal suo stesso giudice come un “*living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions*”, ossia uno strumento destinato a vivere e ad evolversi in armonia con il muta-

³⁰ C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348, punto 4.7 del “considerando in diritto”.

³¹ La Corte costituzionale potrebbe semmai pronunciare una sentenza interpretativa di rigetto che attestasse “l’inidoneità momentanea” della norma convenzionale ad integrare il parametro e rilanciasse il dialogo tra le Corti. Così P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, cit., p. 317; A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, cit., p. 404.

Osservatorio sulle fonti

mento delle condizioni e delle esigenze politiche, sociali e culturali degli Stati contraenti³². Le spinte evolutive derivano principalmente dalle esigenze nascenti negli ordinamenti nazionali e dalla relativa tutela da parte dei giudici nazionali. Il dialogo aperto e costruttivo tra i giudici nazionali e la Corte europea, inteso anche come reciproca concessione di spazi, è essenziale allo sviluppo della tutela dei diritti fondamentali.

Alla luce di questi principi, in un caso come quello dell'ordinanza in commento, il giudice comune ben potrebbe scegliere autonomamente l'interpretazione della norma nazionale che permetta di assicurare il giusto temperamento tra i rilevanti parametri convenzionali, come interpretato dalla Corte costituzionale, e gli altri valori costituzionali in gioco, senza che vi sia l'esigenza di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Peraltro l'eventuale prossima entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, già aperto alla firma e alla ratifica degli Stati contraenti della Convenzione europea e sottoscritto dall'Italia il 2 ottobre 2013, non sembra limitare il ruolo del giudice nazionale. Il nuovo Protocollo, infatti, istituisce un meccanismo di rinvio pregiudiziale avente carattere meramente facoltativo³³ che, sebbene sia destinato a rafforzare il dialogo e la cooperazione tra i giudici nazionali di ultima istanza e la Corte europea dei diritti dell'uomo, prevede l'emanazione di un parere privo di valore giuridico vincolante per il giudice *a quo*³⁴.

4. Considerazioni conclusive

Se si rilegge l'ordinanza in commento alla luce dei principi che descrivono il ruolo del giudice comune nel sistema della Convenzione europea, si può dubitare che la sentenza della Corte europea nel caso *Varvara*, avendo oggetto e parti diverse da quelle del giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione, comportasse l'obbligo per il giudice nazionale di modificare il proprio precedente orientamento giurisprudenziale, accogliendo il ricorso e annullando la confisca. Solo in questo caso la Corte di Cassazione non avrebbe avuto altra scelta se non quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale per evitare l'applicazione di una decisione incompatibile con altri interessi di rilievo costituzionale.

Nel caso di specie, invece, la Corte di Cassazione avrebbe potuto confermare la propria precedente giurisprudenza, innanzitutto mantenendo ferma, in virtù del principio

³² CEDU, sent. 18 febbraio 1999, *Mattwes v. UK*, par. 39. D.SPIELMANN, M.TSIRLI (a cura di), *The European Convention on Human Rights as a Living Instrument: essays in honour of Christos L. Rozakis*, Bruxelles, 2011.

³³ L'art. 1, par. 1, del Protocollo n. 16 afferma: "Le più alte giurisdizioni di un'Alta parte contraente designate conformemente all'art. 10, possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli".

³⁴ L'art. 5 del Protocollo n. 16 afferma: "I pareri consultivi non sono vincolanti". Per un commento sul nuovo Protocollo si rinvia a: G. SATTÀ, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *La Comunità internazionale*, 2013, p. 773 ss.

Osservatorio sulle fonti

dell'autonomia riservata agli Stati nella qualificazione degli istituti, la qualificazione in termini di sanzione amministrativa della confisca per accertata lottizzazione abusiva. Ed, infatti, questa qualificazione, mantenuta dalla Corte di Cassazione anche in seguito alla sentenza *Sud Fondi srl.*, è conforme alla logica e alle finalità proprie di questo istituto nel contesto del TU in materia di edilizia.

Soprattutto la Corte di Cassazione avrebbe potuto confermare il proprio precedente orientamento, giustificando l'applicazione della confisca sulla base del contemperamento dell'interesse al rispetto del parametro convenzionale, come posto dall'art. 117, comma 1, Cost. con altri interessi protetti dalla Costituzione, quali la tutela del diritto alla vita, alla salute, all'ambiente salubre e al paesaggio. Non vi è ragione, infatti, per escludere che la Corte di Cassazione potesse procedere autonomamente a tale operazione interpretativa la quale del resto presuppone il bilanciamento degli stessi valori e interessi costituzionali di quella inaugurata dopo la sentenza *Sud Fondi srl.* e ormai consolidata e avallata dalla Corte costituzionale nella sent. 239 del 2009 come esempio di proficuo dialogo tra le Corti.