

LE GEMELLE CRESCONO IN SALUTE: LA CONFISCA URBANISTICA TRA COSTITUZIONE, CEDU E DIRITTO VIVENTE

di Marco Bignami

SOMMARIO: 1. I termini della vicenda. – 2. Nasce il diritto vivente europeo. – 3. Le oscillazioni della Corte EDU sulla confisca urbanistica come occasione per la nascita del diritto vivente europeo. – 4. Conseguenze certe e conseguenze incerte in tema di diritto vivente europeo. – 5. Confisca e presunzione di non colpevolezza. – 6. Confisca e prescrizione del reato. – 7. Il caso Varvara alla prova della Costituzione. – 8. Il principio di sussidiarietà e le prospettive future.

1.I termini della vicenda

Intervenendo sul regime della confisca urbanistica a fronte delle garanzie offerte dalla CEDU¹, la Corte costituzionale attinge ad un duplice livello di riflessione. Per un verso apporta un nuovo tassello al mosaico cui hanno dato vita le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, evidenziandovi un elemento di flessibilità tanto vitale, quanto spesso trascurato dai più entusiasti propagatori del verbo delle Corti internazionali. Per altro verso, non manca di offrire spunti per una ricostruzione dell'istituto giuridico in questione, che, se ben valorizzati, possono senza dubbio attenuare le preoccupazioni, ben percepibili nelle pieghe delle decisioni di Strasburgo, nei confronti di uno strumento certo poderoso ai fini della tutela dell'integrità del territorio, ma potenzialmente esiziale nei riguardi di chi vi si trova soggetto senza alcuna effettiva responsabilità.

Tra l'uno e l'altro di tali ragionamenti, si erge il vasto, e per larga parte ancora incognito, territorio di confine tra diritto penale e diritto sanzionatorio amministrativo, posto in evidenza dalle recenti evoluzioni giurisprudenziali dedicate all'applicazione del principio del *ne bis in idem*².

1 In termini generali, A. Travi, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione, in *Giur. cost.* 2010, 2323; V. Manes, La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette", in *Cass. pen.* 2011, 534; A. Balsamo, Le misure di prevenzione patrimoniali, gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo e gli strumenti della collaborazione giudiziaria internazionale, in Balsamo, Contraffatto, Nicastro, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, 2010, 269 ss

2 Il riferimento è ovviamente alla sentenza Grande Stevens contro Italia del 4 marzo 2014, da cui si sono già originati incidenti di legittimità costituzionale (si veda, soprattutto, per la incisiva chiarezza,

A tutti questi profili si cercherà di dedicare qualche attenzione, non prima di avere sintetizzato la vicenda.

La fattispecie da cui ha preso le mosse la sentenza della Corte costituzionale è nota, e si trascina da lungo tempo. La confisca dei terreni oggetto di lottizzazione abusiva viene disposta dal giudice penale, unitamente alla sentenza che “accerta” il fatto (art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001).

La giurisprudenza di legittimità aveva costantemente ritenuto che in tal modo la giurisdizione operasse in via di supplenza rispetto al Comune, applicando una sanzione *amministrativa* volta a reintegrare il territorio, in danno di chiunque godesse della disponibilità del bene, e prescindendo da un accertamento di responsabilità nei suoi confronti.

A seguito della sentenza della Corte EDU Sud Fondi contro Italia del 20 gennaio 2009, il panorama è completamente mutato: una volta qualificata la confisca come “pena” ai sensi dell’art. 7 della Convenzione (e a quei sensi soltanto, poiché essa restava sanzione amministrativa sul piano interno: sentenza n. 239 del 2009 della Corte costituzionale), i giudici di Strasburgo hanno richiamato la magistratura italiana al dovere di esprimere un giudizio di colpevolezza, prima di disporre la misura. In verità, nulla di sconvolgente per l’ordinamento nazionale, ove l’imputabilità, pur senza godere della garanzia dell’art. 27 Cost. (ad. esempio, ordinanza n. 434 del 2007), resta pur sempre il principio cardine dell’illecito amministrativo depenalizzato dalla legge n. 689 del 1981. Non vi era perciò alcuna contraddizione logica nell’esigere che il giudice penale verificasse la responsabilità, prima di disporre la confisca con la sentenza accertativa della lottizzazione; né ve ne era nel continuare a ritenere che tale attività non necessitasse di una formale condanna, ma fosse conciliabile con una pronuncia in rito (ad esempio, per prescrizione del reato), purché assistita dalla verifica di cui si è detto.

Nell’odierno incidente di legittimità costituzionale, i giudici *a quibus* hanno creduto l’opposto, a seguito della sopraggiunta sentenza EDU Varvara contro Italia del 29 ottobre 2013. Qui la Corte europea avrebbe ravvisato una violazione dell’art. 7 della CEDU perché la confisca era stata inflitta unitamente ad una sentenza dichiarativa della prescrizione. La “pena”, tale in quanto così autonomamente qualificata a Strasburgo, avrebbe richiesto di essere applicata solo con una condanna in senso proprio, nonostante la natura amministrativa conferita alla sanzione dal diritto nazionale.

Mentre il Tribunale di Teramo aveva chiesto di adeguare la legge italiana a simile principio, la Corte di Cassazione vi aveva reagito contro, reputandolo in conflitto con superiori esigenze costituzionali di salvaguardia dell’ambiente, della salute e della funzione sociale della proprietà.

La Corte ha trovato una terza via, che non dà soddisfazione a nessuno dei due rimettenti. La decisione, pur assai articolata, ruota su due cardini: a) la sentenza

l’ordinanza della V sezione penale della Cassazione depositata il 15 gennaio 2015, disponibile in questa Rivista).

Varvara non ha il significato attribuitole dai giudici *a quibus*, posto che con essa il giudice europeo ha soltanto ribadito che la sanzione non può trovare applicazione senza previo accertamento della responsabilità; b) quand'anche quella pronuncia avesse il significato or ora negato, in ogni caso essa non vincolerebbe il giudice nazionale, in quanto innovativa, episodica, scarsamente coerente con il più ampio quadro della giurisprudenza europea.

Non sfugge che il primo argomento avrebbe potuto rivestire carattere dirimente, e non avrebbe avuto eco al di là del caso di specie. Se la Corte ha voluto sviluppare il secondo, che ha un respiro ben più profondo, ciò non può essere spiegato che con la volontà di apportare chiarezza su un profilo della relazione tra CEDU e ordinamento nazionale, che evidentemente suscitava preoccupazione per come di fatto veniva gestito dagli operatori giuridici. Pertanto, è su quest'ultimo che bisogna anzitutto porre lo sguardo.

2. Nasce il diritto vivente europeo

Si sa che un profluvio di giurisprudenza costituzionale, dando seguito alle sentenze gemelle del 2007, ha attribuito alla Corte EDU il compito di interpretare le disposizioni della Convenzione, con conseguente vincolo di ricezione in capo al giudice comune. Il punto è che quest'ultimo ha talvolta mostrato la tendenza a sbarazzarsi con fin troppa fretta del dovere di collaborare all'interpretazione del diritto, dal quale la Corte non aveva mai inteso sgravarlo, e al quale è del resto richiamato dall'art. 101, secondo comma, Cost.

Né si comprendeva come tale ultimo principio superprimario potesse venire del tutto sacrificato per ossequio ad una Corte costituita con un Trattato reso esecutivo con legge ordinaria, e quindi pur sempre collocato su un livello sub-costituzionale.

Ne è seguito che qualsivoglia *flatus vocis* dispensato da Strasburgo, magari con pronunce a sezione semplice relative ad ordinamenti giuridici ben distanti dal nostro, si è prestato ad evolvere in parola divina, adattata prontamente per estrapolarvi un qualche vincolante principio sovralegislativo.

Non è però così che funziona un sistema integrato di tutela dei diritti, ove la collaborazione del giudice nazionale (nel descrivere le peculiarità del proprio sistema giuridico e nell'assorbire la giurisprudenza europea tramite il filtro assiologico della Costituzione) si salda, nell'ambito della Corte internazionale, ad un processo formativo del diritto giurisprudenziale che è tutto in divenire, e dunque soggetto ad incertezze, ripensamenti, affinamenti indotti dall'approccio casistico alle vicende. Sia chiaro: questo è un punto di forza, e non di debolezza, perché il confronto dialettico, per di più condotto nelle forme razionali del processo, conduce alla fine, e pur a prezzo di iniziali tensioni, ad un equilibrio stabile e maggiormente condiviso, il solo capace di sottrarre il diritto fondamentale ad uno stato di precarietà.

È perciò con soddisfazione³ che chi scrive saluta l'applicazione al diritto europeo del concetto di diritto vivente, che il giurista di casa nostra sa apprezzare sia come espressione di *self-restraint* della Corte costituzionale verso i giudici comuni (si prende atto che la norma oggetto di giudizio ha assunto il significato che questi ultimi le hanno conferito), sia come sprone affinché, prima di adire il giudice costituzionale, si renda fertile il dibattito giurisprudenziale, e vi si innestino interpretazioni costituzionalmente orientate, con cui adeguare direttamente la legislazione ai principi superiori della Carta.

Alla nozione di diritto vivente pare infatti riferibile il richiamo, da parte della Corte, alla necessità che il vincolo interpretativo derivante dalle pronunce europee scaturisca da una giurisprudenza consolidata, benché la sentenza in commento abbia preferito non impiegare tale espressione, forse per evitare che essa ingenerasse equivoci con quella utilizzata per connotare, sul piano interno, il rapporto tra giudice costituzionale e giudici comuni.

Anche nel nostro caso, peraltro, si ha che il giudice nazionale è tenuto ad autolimitare i propri poteri interpretativi, derivanti dall'art. 101, secondo comma, Cost., solo in presenza di un indirizzo costante della Corte EDU, attraverso il quale la disposizione scritta finisce per germogliare una norma che vive nell'ordinamento, secondo i tratti conferiti da questa giurisprudenza.

Anche nel nostro caso, inoltre, prima che ciò accada è dunque aperto il confronto sul significato della CEDU, al quale il giudice comune può partecipare, aderendo o contestando le proposte che provengono dal rapporto dialettico tra le sezioni da cui è composta la Corte di Strasburgo.

Pur con i dovuti aggiustamenti, quindi, l'espressione può essere impiegata ai nostri fini, poiché ben confacente ad entrambi i profili, sopra segnalati, che la hanno resa fertile nel dibattito nazionale.

Il giudice italiano avrà all'inizio il timore di aver perso la bussola con cui aveva iniziato ad orientarsi, e troverà ingrato l'ulteriore compito di scandagliare la giurisprudenza europea alla ricerca del diritto vivente. Si potrà consolare, però, pensando che quella bussola subiva eccessive perturbazioni magnetiche, ed accorgendosi che, in ultima analisi, la Corte lo ha richiamato al ruolo di socio fondatore del sistema convenzionale di tutela dei diritti.

3. Le oscillazioni della Corte EDU sulla confisca urbanistica come occasione per la nascita del diritto vivente europeo

Il caso Varvara si prestava ottimamente al compito. Benché la Corte, per evidenti ragioni di galateo istituzionale, non abbia potuto sottolinearlo, non solo la decisione europea appariva fortemente criptica, e non scioglieva espressamente il nodo

³ M. Bignami, I poteri interpretativi del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali, in *Giur. Cost.* 2008, 616; id, *Costituzione, Cedu, Carta di Nizza e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it n. 1 del 2011

tra obbligo sostanziale di accertare la responsabilità, ed obbligo di adottare una formale pronuncia di condanna. Soprattutto, essa si poneva in aperta collisione con il precedente Sud Fondi, ripiegando su una posizione tradizionale, e restringendo fortemente la nozione di imputabilità verso il nucleo minimo della attribuzione del fatto all'autore, mentre negava la necessità dell'elemento psicologico (paragrafo 70, esattamente opposto al principio enunciato dal paragrafo 116 della decisione Sud Fondi).

In verità, un simile mutamento di rotta non poteva che suscitare sconcerto, posto che proprio sulla base di Sud Fondi i giudici italiani, e la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 239 del 2009), erano senza esitazioni corsi ai ripari, immediatamente adeguando in via interpretativa la legislazione interna alla volontà della Corte europea. In fin dei conti, la Varvara, interpretata al modo dei giudici rimettenti, finiva per rimpiazzare una garanzia di sostanza (l'accertamento della responsabilità a titolo di dolo o colpa) con un pannicello formale (il titolo costituito dalla condanna penale per fatto addebitabile, pur in difetto dell'elemento soggettivo).

Nonostante ciò, i giudici comuni avevano subito il fascino ipnotico della sede europea⁴, e la Cassazione era giunta ad incorporare nell'ordinamento in via interpretativa una regola, che la stessa Suprema Corte al contempo giudicava irrimediabilmente e gravemente viziata di incostituzionalità.

I tempi erano perciò maturi, perché fosse esplicitato che il vincolo ermeneutico opera solo a fronte di diritto vivente. Ci si potrebbe chiedere allora perché la Corte non abbia seguito questa via con la sentenza n. 239 del 2009, con la quale si avallò la *assoluta novità*⁵ arrecata dalla sentenza Sud Fondi, quanto all'obbligo di punire, in forza dell'art. 7 CEDU, solo in presenza di un legame intellettuale (coscienza e volontà) che renda responsabile l'agente.

Secondo chi scrive, non vi è solo che le circostanze debbono sedimentare, prima che la giurisprudenza evolva. Piuttosto, è chiaro che il principio enunciato da Sud Fondi andava alla Corte più che bene, venendo a preservare l'interesse, del tutto degno di rispetto, del terzo di buona fede avente causa dal lottizzatore abusivo, altrimenti destinato a soccombere innanzi alla pretesa ablativa dello Stato. In tal modo, si superava l'anomalia di una grave sanzione amministrativa sottratta al principio di responsabilità personale. Principio che, pur non costituzionalmente garantito dall'art. 27 Cost., agisce pur sempre quale clausola generale nello statuto dell'illecito amministrativo. Esattamente opposta l'azione di Varvara, se letta insieme ai rimettenti, con la sua pretesa di ignorare la sostanza degli accertamenti di responsabilità, a favore della dimensione formale propria della condanna. E con l'effetto di destinare a carta straccia le sanzioni comminabili a persone palesemente colpevoli (tale era, ad esempio, l'imputato contro cui procedeva il Tribunale di Teramo, secondo quanto riferisce lo stesso rimettente), ma graziati da una pressoché inevitabile prescrizione del reato.

⁴ Cass. pen. n. 24860 del 2014; id. n. 23965 del 2014

⁵ Nel senso opposto, oltre la sentenza Varvara, possono ricordarsi i casi Salabiaku contro Francia del 7 ottobre 1988, Janosevic contro Svezia del 23 luglio 2002 e Valico contro Italia (ric. 70074 del 2001).

4. Conseguenze certe e conseguenze incerte in tema di diritto vivente europeo

L'ultimo accidentale rilievo mette in luce un tratto sistemico, che attende ulteriore indagine.

La nozione di diritto vivente europeo comporta alcune conseguenze certe:

a) il giudice interno, che *non condivide* quanto affermato innovativamente da una sezione semplice della Corte di Strasburgo, *non è tenuto* ad interpretare la legge italiana in conformità al principio di diritto ricavabile da tale pronuncia. Ciò può accadere, ad esempio, perché esso non si adatta alle peculiarità dell'ordinamento nazionale, o anche perché, nel caso concreto, risultino sfuggiti al collega europeo profili che appaiono invece decisivi per decidere. Nel caso Varvara, ad esempio, non emerge in alcun modo che la difesa svolta dal Governo italiano avesse messo in luce le caratteristiche proprie della sentenza dichiarativa della prescrizione, ovvero che essa può contenere un pieno accertamento di responsabilità. È un tratto del nostro sistema tutt'altro che intuitivo, non percependo il quale appare effettivamente bizzarro che si possa subire una sanzione, nonostante il carattere in mero rito della pronuncia giudiziale di non doversi procedere;

b) a maggior ragione, il giudice comune, ove ravvisi un contrasto non risolvibile in via ermeneutica tra la legge nazionale e il principio della giurisprudenza EDU in attesa di consolidamento, che egli *con certezza non condivide, non potrà* impugnare la prima innanzi alla Corte costituzionale in forza dell'art. 117, primo comma, Cost., poiché la norma interposta (ovvero, il diritto della Convenzione per come vive nella giurisprudenza europea) non si è ancora consolidata, ed anzi quel giudice ritiene che essa non sia deducibile dalla disposizione CEDU;

c) ove il nostro giudice ritenga che quel principio di diritto configli con la Costituzione, *gli è fatto obbligo* di ripudiarlo, senza sollevare a tal fine incidente di legittimità costituzionale contro la legge di adattamento della Convenzione. Infatti, in difetto di diritto vivente, si tratta solo di scartare dal mazzo delle possibili opzioni interpretative della CEDU una norma la cui definitiva formazione è sbarrata sul piano interpretativo dalla contrarietà alla Costituzione. Da qui, nel caso deciso dalla Corte con la sentenza che si annota, l'inammissibilità della questione proposta dalla Corte di Cassazione;

d) naturalmente, ove si sia invece manifestato diritto vivente, il meccanismo torna a girare in senso contrario: *obbligo* di interpretazione convenzionalmente conforme; *obbligo* di rimuovere la norma interna incompatibile, e non adeguabile in via ermeneutica, attraverso l'incidente di legittimità costituzionale; *obbligo* di risolvere l'antinomia tra la norma CEDU e la Costituzione, impugnando la legge di adattamento della Convenzione, che ha dato ingresso alla prima.

Fin qui, tutto chiaro. Ma che accade se il giudice nazionale *condivide con decisione* l'episodico ed originale principio desunto dalla pronuncia di una sezione semplice di Strasburgo, magari in fiera solitudine rispetto ad una corrente giurisprudenziale di verso opposto (e dunque neppure ha quel dubbio che dovrebbe consigliare prudenza nell'adeguarsi)? Si sarebbe potuto trattare, ad esempio, della necessità che la "pena"

garantita dall'art. 7 CEDU esiga la colpevolezza dell'agente. Anzi, di ciò si è effettivamente trattato, quando la Corte costituzionale, con la già ricordata sentenza n. 239 del 2009, ha dato il via libera al principio così repentinamente enunciato a Strasburgo nel caso Sud Fondi.

Se la vicenda si svolge in una dimensione meramente interpretativa, non vi è difficoltà: la legge interna sarà conformata quanto basta per lanciare nel dibattito giuridico nazionale una nuova proposta di diritto vivente e si vedrà, come al solito, se essa avrà o no successo. Se, invece, la disposizione italiana è refrattaria all'interpretazione convenzionalmente orientata, e non resta che la via dell'incidente di legittimità costituzionale, la cosa si fa meno chiara.

Vi è infatti da chiedersi se possa esservi questione incidentale basata sull'art. 117, primo comma, Cost. in difetto di una "vivente" norma interposta. Ovvero, in altri termini, se la Corte costituzionale possa a sua volta fare a meno del diritto vivente di Strasburgo, ed accontentarsi del diritto (ancora) in formazione, o persino del diritto "dissenziente".

In effetti, dal punto di vista logico, se il punto sta nel bilanciare i poteri interpretativi assicurati dall'art. 101, secondo comma, Cost. alla giurisdizione nazionale da un lato, con l'esigenza di univoca e stabile interpretazione dei diritti facente capo alla Corte europea dall'altro lato, non dovrebbero esservi ostacoli a proporre una questione di costituzionalità basata su una norma interposta, sulla cui vigenza e sul cui contenuto stavolta le "parti" vanno d'accordo.

In tal modo, tuttavia, la Corte costituzionale si trova innanzi ad una scelta perlomeno spiacevole: se prende per buona la norma interposta, accontentandosi della convergenza di posizione tra il rimettente ed il cavaliere solitario di Strasburgo, rischia di vanificare quanto di buono ottenuto con la odierna pronuncia, perché adegua definitivamente l'ordinamento interno ad un principio per nulla stabile, ed anzi ben suscettibile di non trovare conferma nella successiva giurisprudenza europea. Ove, invece, come pare decisamente preferibile, la Corte rivendichi a sé il medesimo potere interpretativo sulle disposizioni CEDU che ha voluto in prima battuta conferire ai giudici comuni, le sarà consentito dichiarare inammissibile od infondata la questione per erroneità del presupposto interpretativo avente ad oggetto la norma interposta. In questo modo, però, il nostro giudice costituzionale entra in competizione interpretativa con la Corte europea, e con le sezioni da cui essa è composta, pur dopo avere più volte affermato, anche in una chiave di buoni rapporti di vicinato tra Corti, che le è invece "precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo" (sentenza n. 311 del 2009). Vi è certamente il "margine di apprezzamento" esercitabile su tale interpretazione, che consente di "tener conto delle peculiarità del nostro ordinamento" (ad esempio, sentenza n. 236 del 2011): ma esso, almeno allo stato, serve ad adeguare al caso italiano un'interpretazione certa, e non a scegliere tra interpretazioni divergenti nell'ambito della stessa Corte europea.

L'alternativa a questo bivio sta nel giudicare inammissibili le questioni di costituzionalità fondate su norme interposte, di origine convenzionale, ancora prive dei galloni del diritto vivente. In questa prospettiva, la legge nazionale mostrerebbe una particolare capacità di resistenza rispetto alla Convenzione, perché le si piegherebbe

solo una volta che quest'ultima si sia assestata su principi sufficientemente stabili. In difetto di ciò, verrebbe formalmente a mancare la norma interposta su cui poggiare la questione di costituzionalità, ovvero il diritto della CEDU per come esso vive nelle consolidate pronunce della Corte di Strasburgo. L'intervento di quest'ultima opererebbe in via privilegiata attraverso la risoluzione di casi concreti, e si evolverebbe a fonte giurisprudenziale del diritto, con efficacia generale quanto all'impatto con la legge della Repubblica, solo una volta maturata una statura adeguata.

Si tratterebbe così di prendere davvero sul serio il carattere eminentemente giurisprudenziale della Convenzione, al di là degli scarni ed inappaganti enunciati linguistici da cui è composta, fino al punto da ritenerli privi di rilievo, se non accompagnati dalla forza propria di una consolidata applicazione giudiziale.

Anche questa via, che soddisfa esigenze di gradualità nella crescita dell'ordinamento e di equilibrio nel rapporto tra Corti, pone un prezzo: sul piano sistematico, segna un definitivo abbandono del carattere scritto del diritto sovranazionale affidato alle cure di una Corte regolatrice; né, tornando all'art. 101 Cost., si vede perché debba precludersi al giudice comune di aderire ad un indirizzo minoritario della giurisprudenza europea, conferendole il suo contributo attraverso l'incidente di legittimità costituzionale. Quanto all'opportunità, non è poi detto che l'intervento della Corte costituzionale non possa rivelarsi particolarmente benefico proprio quando è ancora in corso il dibattito circa il significato da attribuire alle norme della CEDU. Per ricorrere ad un solo esempio, ammesso e non concesso che non origini ancora diritto vivente il principio del *ne bis in idem* tra sanzione penale e sanzione penal (CEDU)-amministrativa (Italia) tratto dalla sentenza Grande Stevens, non è irragionevole l'auspicio che la nostra Corte fin da subito assuma posizione su un tema di tale delicatezza.

Vi è poi la soluzione mediana, il cui difetto è un certo grado di arbitrarietà: la Corte potrebbe reputare ammissibili questioni basate su una norma interposta che ancora non "vive" pienamente nella giurisprudenza di Strasburgo, e attenersi alla politica di dichiararle *di regola* infondate proprio per tale motivo, salvi i casi del tutto peculiari in cui quella norma risponda ad esigenze di tutela avvertibili fin da subito come prioritarie, e a cui non si frappongono opposti interessi costituzionali. Questo, con un apprezzamento che, al di là dei parametri evocati in causa, difficilmente potrà esulare dalla coincidenza del ragionamento proposto dal rimettente con argomenti di diritto costituzionale "nazionale". Il significato della CEDU, all'inizio fluido, assume consistenza o per mezzo del diritto vivente, ovvero per effetto della convergenza tra Corti verso una condivisa sensibilità sul contenuto "minimo" dei diritti fondamentali dell'uomo, eventualmente innescata dal profilo di compatibilità convenzionale colto dal rimettente.

Come si vede, si tratta di opzioni di lata discrezionalità giudiziaria, tra cui la sentenza in commento non necessitava di scegliere, poiché il Tribunale di Teramo, agganciandosi all'isolata pronuncia Varvara, non solo la aveva equivocata, ma si era erroneamente convinto di esserne vincolato.

La Corte si mostra però consapevole del problema, quando osserva che "*in linea di massima*" oggetto della questione di costituzionalità è il diritto vivente formatosi a

Strasburgo. Resta ancora da vedere come saranno gestite le eccezioni a tale regola, pur nella consapevolezza che esse non dovrebbero manifestarsi frequentemente, posto che verosimilmente, in attesa di diritto vivente, il giudice italiano avrà la tendenza ad interpretare secondo un asse valoriale comune Costituzione e CEDU, evitando di dedurre dalla seconda vincoli che non sono avvertibili in forza della prima.

5. Confisca e presunzione di non colpevolezza.

Si dovrà poi verificare se la giurisprudenza europea sulla italica confisca urbanistica evolverà ulteriormente, fino a far coagulare in diritto vivente magari proprio quella regola che i rimettenti hanno colto nella sentenza Varvara, e che la nostra Corte ha invece negato vi fosse contenuta. Qui il ragionamento del giudice costituzionale, al di là dei riferimenti al testo oggettivamente ambiguo della pronuncia europea, è chiaramente mosso dagli argomenti tipici dell'interpretazione conforme, che sono spesi sia all'interno della logica della Convenzione, sia all'esterno di essa, Costituzione alla mano.

I primi tornano ora, come è naturale, nella disponibilità della Corte europea, che potrebbe pronunciarsi con la voce della Grande Camera. E' quindi importante, se si vogliono ben difendere le ragioni del nostro ordinamento in quella sede, che sia messo bene in chiaro il contenuto di accertamento della responsabilità, che la sentenza dichiarativa della prescrizione può recare con sé.

A parere di chi scrive, la Corte costituzionale coglie nel segno, quando ritiene che sia quest'ultimo il profilo che interessa al giudice europeo. La fattispecie concreta ha indotto la nostra Corte a concentrare l'attenzione sull'art. 7 della CEDU, ma (come si evince dal riferimento comunque operato al caso Minelli contro Svizzera) è chiaro che analoga asserzione è ritenuta valida con riguardo all'art. 6, comma 2, della Convenzione.

Non è difficile dimostrarlo in questa sede: la giurisprudenza di Strasburgo, formatasi sulla presunzione di non colpevolezza affermata dall'art. 6, comma 2, della CEDU, ha costantemente ignorato la forma della pronuncia (del resto, soggetta per forza di cose ad una estrema mutevolezza, a causa delle eterogeneità degli ordinamenti soggetti alla vigilanza della Convenzione) per verificare invece se la sanzione sia discesa da un'effettiva attribuzione di responsabilità.

In senso contrario, si è ricordato⁶ il caso Paraponiaris contro Grecia del 6 aprile 2009. In quest'occasione, al ricorrente, prosciolto in fase istruttoria per prescrizione, era stata inflitta una sanzione pecuniaria basata sul fatto che si era "oggettivamente constatato" (paragrafo 7) un fatto di contrabbando. La Corte europea ritiene violato l'art. 6, comma 2, CEDU, poiché, nonostante la prescrizione, si reputò che egli aveva commesso "oggettivamente" l'illecito, con una distinzione "artificiale" tra il giudizio di colpevolezza ed il giudizio di *perpètration "objective" d'une infraction* (paragrafo 33). Il

6 M. Panzarasa, Confisca senza condanna? in Riv. it. dir. e proc. pen. 2010, 1691; [F. Viganò, Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo, ora in Dir. pen. cont., Riv. trim. 3-4 2014, 277 ss](#)

Governo greco si era infatti difeso, sottolineando che la sanzione non si era accompagnata ad alcun giudizio di responsabilità personale (paragrafo 29).

Anche in questo caso, quindi, è verosimile reputare che la Corte europea non abbia censurato l'astratta ipotesi di applicare la sanzione in sede di proscioglimento per prescrizione, ma si sia limitata a verificare che, con quella prescrizione antecedente al giudizio, era mancato in radice ogni accertamento sulla responsabilità personale.

Del resto, è a simile *ratio* che deve ispirarsi il giudizio circa l'osservanza della presunzione di non colpevolezza. Nel caso Geerings contro Paesi Bassi del 1 giugno 2007, la Corte europea ha ravvisato una violazione dell'art. 6, comma 2, poiché la confisca era seguita ad una pronuncia di assoluzione. In tali casi, prosegue la Corte, la sola formulazione di dubbi sulla innocenza da parte delle autorità pubbliche, in altri sedi, lede la presunzione di innocenza, poiché la colpevolezza "*non è stata legalmente accertata*" (paragrafo 50). Ancora una volta, dunque, non pare questione di titolo (la sentenza di condanna), quanto di sostanza (l'accertamento della responsabilità).

La Corte costituzionale stessa ha poi citato la sentenza Minelli contro Svizzera del 25 marzo 1983, ove l'art. 6, comma 2, è stato reputato violato dalla decisione di accollare le spese del giudizio all'imputato, benché quest'ultimo avesse beneficiato della prescrizione. Qui il giudice europeo (paragrafo 34) sembrerebbe sostenere l'illegittimità di tale decisione, ogni volta che l'attribuzione delle spese "*dipenda da una valutazione circa la responsabilità dell'imputato*", sicché si potrebbe ipotizzare che venga fatto valere un elemento formale (l'assenza di una condanna), in luogo del criterio sostanziale circa l'accertamento della responsabilità. Tuttavia, il proseguito della motivazione (paragrafo 38) chiarisce, ancora una volta, che ciò che viene contestato al giudice svizzero è di avere espresso, ai fini del riparto delle spese, un giudizio meramente probabilistico circa la colpevolezza, ed in particolare (paragrafo 37) di non avere consentito l'esercizio del diritto di difesa in ordine all'imputazione. La responsabilità non è stata perciò accertata legalmente prima di ripartire le spese, e dunque la decisione relativa a queste ultime riflette un mero ed inaccettabile "*sentiment*" di colpevolezza.

Incompatibile con la presunzione di non colpevolezza è altresì il rifiuto di indennizzo a chi sia stato assolto dall'imputazione penale, se esso è basato su mere "*suspitions*", quand'anche esse siano state espresse dalla sentenza di assoluzione (sentenza Rushiti contro Austria del 21 marzo 2000): anche in questa ipotesi, si è trattato solo di escludere che formule dubitative di proscioglimento possano riverberarsi in danno dell'imputato, quando sono avviati procedimenti connessi ai fatti per i quali quest'ultimo è stato assolto.

Da ultimo (sentenza Melo Tadeu contro Portogallo del 23 ottobre 2014) si è escluso che una procedura sanzionatoria amministrativa possa reputare accertati fatti che erano stati invece esclusi in sede penale, con conseguente assoluzione dell'imputato: anche questo caso nulla aggiunge rispetto all'idea che la presunzione di non colpevolezza possa venire superata con congrua motivazione del giudice penale, seppur contenuta in sentenza dichiarativa della estinzione del reato, anche in vista dell'azione di altre autorità nazionali.

Insomma, paiono assodati⁷ due elementi: ai fini della Convenzione, una sanzione penale, coperta dagli artt. 6 e 7 CEDU, è compatibile con un esito processuale diverso dalla condanna; tuttavia, andrà espresso un giudizio di responsabilità a carico di chi subisce la “pena”.

6. Confisca e prescrizione del reato

A questo punto, la palla torna nel campo italiano: bisogna convincersi, e convincere, che la sentenza che dichiara il reato prescritto *può e deve* adeguatamente motivare sulla responsabilità di chi subisce la confisca urbanistica.

La nostra Corte ha avuto facile gioco nel rammentare che le tutele offerte dalla Convenzione sono di carattere sostanziale, sicché non ha importanza la forma con cui il processo è definito, ma l’effettività delle garanzie che esso ha offerto, quali condizioni preliminari per applicare una misura afflittiva.

Il processo penale, per tale verso, mostra tutta la disfunzionalità cronica da cui è afflitto, in una forma qui persino grottesca: esso, in ragione dei tempi che sono connaturati al rito accusatorio “all’italiana”, è implacabilmente eroso dall’azione distruttiva della prescrizione, ed è quindi strutturalmente inidoneo ad assolvere il compito precipuo di assolvere o condannare. Tuttavia, non appena si varca il confine del diritto penale, e gli si fa carico di surrogarsi all’amministrazione nell’applicare una misura sanzionatoria amministrativa, viene recuperata quella ineguagliabile capacità di indagare ed accertare i fatti, nel rispetto dei diritti, che ne resta caratteristica pregnante.

La Corte europea non ha ragione di lagnarsi di un tale effetto: l’attrazione nell’orbita penale degli illeciti ha segnato la nascita dello Stato di diritto, sottraendo i cittadini all’arbitrio dei procedimenti amministrativi di polizia⁸. Poi, è arrivata l’ondata della depenalizzazione, e si è trattato di conservare un fascio di tutele pur a fronte dell’illecito amministrativo. Con la confisca urbanistica, la garanzia riposa nelle mani della giurisdizione, seppure al di fuori del circuito della pena in senso proprio, ma alla ferrea condizione che la responsabilità venga accertata.

È invece il giudice italiano che viene sollecitato ad accettare un paradosso: il “suo” processo funziona meglio, per così dire, senza diritto penale. Vi sono attribuzioni che la legge può ritenere opportuno assegnarli, e al cui perseguimento debbono essere tese le energie della giurisdizione, nei limiti in cui gli strumenti processuali lo consentano. Resta il dovere, entro questi limiti, di verificare la responsabilità personale prima di applicare una sanzione “penale” ai fini della Convenzione.

Questo dovere suscita due rilievi critici, l’uno di carattere sostanziale, e l’altro di natura processuale.

⁷ Non si ricava nulla di differente dalle sentenze relative a procedure seguite ad archiviazione (ad es., Englert c. Germania del 25 agosto 1987) o dai casi di assoluzione (ad. es., Puig Panella c. Spagna del 25 aprile 2006), ovvero di procedimenti connessi (ad. es. Diamantides c. Grecia del 19 maggio 2005).

⁸ C.E. Paliero, voce Depenalizzazione, in Digesto delle discipline penalistiche 1989, 425

Sul piano sostanziale, la sentenza della nostra Corte, pur con un dispositivo di inammissibilità, ha il merito di richiamare ancora una volta l'interprete ad una verifica in concreto degli estremi dell'imputabilità del fatto sia all'autore della lottizzazione, sia al terzo avente causa, perlomeno a titolo di colpa⁹.

Sul piano processuale, si pone il problema circa l'incompatibilità del giudizio di colpevolezza rispetto all'obbligo di immediata declaratoria di estinzione del reato per prescrizione¹⁰. Esso è però aggirabile per due motivi speculari. Anzitutto, è sufficiente osservare che, in linea di principio, se l'ordinamento non permette al giudice di ritenere provata la responsabilità, assai semplicemente quest'ultimo non applicherà la confisca. Ma ciò non può costituire un buon motivo per escludere la misura, quando invece essa si basa sul predetto accertamento.

In secondo luogo, come accenna la stessa Corte, le Sezioni Unite hanno affermato che il giudice penale può svolgere accertamenti *anche complessi*, pur in presenza di una causa estintiva del reato, se ciò è necessario al fine di applicare una misura inerente al processo penale, e che prescinde dalla condanna dell'imputato¹¹.

Non vi sono contraddizioni insuperabili rispetto all'obbligo di dichiarare d'ufficio in ogni stato e grado del processo il proscioglimento per sopraggiunta prescrizione (artt. 129, 469 e 531 c.p.p.), salvo sia evidente la ricorrenza di una causa di assoluzione. Con ciò, infatti, non si esclude affatto che la sentenza di mero proscioglimento, quanto all'imputazione penale, possa recare la dovuta motivazione con riguardo alla confisca del bene. È però necessario guardarsi da un errore logico, ove si cadrebbe nel ritenere che tale misura possa venire applicata, al pari del proscioglimento, ogni qual volta dagli atti non risulti una contraria evidenza. Tale criterio governa l'apprezzamento della responsabilità penale nella direzione del proscioglimento, ma non può venire esteso alla fase di inflizione della sanzione, sia pure amministrativa, per la quale, invece, permane l'obbligo di scansare la presunzione di non colpevolezza.

Il vero punto su cui discutere non cade tanto sul dovere di motivazione, *alla luce degli elementi acquisiti fino al momento in cui la prescrizione matura*, ma sull'eventuale compito del giudice penale di procedere nell'istruttoria, proprio al fine di assumere una decisione ponderata ai fini della confisca del bene.

Si tratterà, quindi, di decidere se l'ordinamento processuale penale, a fronte dell'obbligo di dichiarare immediatamente l'estinzione del reato per prescrizione (Cass. S.U. n. 35490/2009), imponga ai fini della confisca solo l'approfondita

9 Tra le molte, Cass. pen. n. 16694 del 2014; id., n. 51387 del 2013; id. n. 51710 del 2013; id. n. 25883 del 2013.

10 F. Viganò, *Confisca urbanistica* cit.

11 Oltre a S.U. n. 38834 del 2010, possono rammentarsi nello stesso ordine di idee Cass. n. 6261 del 2010, per la quale, in caso di possibile confisca, il giudice di appello "è tenuto a compiere un'approfondita valutazione del compendio probatorio" e Cass. n. 32273 del 2010, che, in caso di estinzione del reato, invita ad applicare l'art. 129 c.p.p., ma allo stesso tempo ad una "ben più pregnante valutazione delle analitiche risultanze processuali" ai fini della confisca.

valutazione del materiale probatorio fino a quel punto acquisito, ovvero gli consenta di esercitare ulteriori poteri istruttori, ad esempio escutendo i testi indicati dalle parti, o persino attivando il potere ufficioso di cui all'art. 507 c.p.p. Né è, quest'ultima, soluzione di particolare eccentricità, una volta incorporato nel processo penale un fine amministrativo di reintegra degli interessi pubblicistici connessi alla gestione del territorio. Certo, è necessario armarsi culturalmente per l'impiego del processo penale verso finalità che, pur connesse all'accertamento del reato, ne restano in ogni caso distinte qualitativamente.

Segue: volendo declinare l'argomento in ragione delle scansioni temporali del processo¹², si potrebbe osservare quanto segue:

a) se il reato di lottizzazione abusiva si prescrive prima dell'esercizio dell'azione penale, cessa la funzione di supplenza del giudice penale nei confronti della P.A., ed è escluso che possa essere l'autorità giudiziaria a disporre la misura ablativa (ad. es. Cass. 6 ottobre 2010, n. 5857);

b) se la prescrizione sopraggiunge dopo l'esercizio dell'azione penale, ma nel corso dell'udienza preliminare, è stato affermato che il GUP può, con la sentenza di non luogo a procedere, applicare la confisca, purché accerti reato e responsabilità, *anche avvalendosi dei poteri di integrazione probatoria d'ufficio previsti dall'art. 422 c.p.p.* (Cass. cit. n. 5857 del 2010). Il capo della sentenza concernente la confisca è ricorribile per Cassazione ex art. 428 c.p.p. ;

c) dopo il rinvio a giudizio, e prima dell'apertura del dibattimento, una valutazione del materiale probatorio acquisito potrà venire effettuata prima di pronunciare il proscioglimento anticipato per prescrizione ex art. 469 c.p.p. Resta incerto se sia ammesso l'esercizio di poteri istruttori ai fini della confisca, o persino se il giudice sia tenuto ad aprire il dibattimento, proprio allo scopo di verificare le condizioni per confiscare i beni lottizzati. Il capo della sentenza contenente la confisca è da reputar ricorribile in Cassazione ex art. 469 c.p.p.;

d) se si è giunti alla fase dibattimentale, il giudice penale dovrà tenere conto degli elementi acquisiti, e potrà svolgere accertamenti anche complessi sul materiale probatorio, prima di pronunciare sentenza di estinzione del reato (Cass. S.U. n. 38834 del 2008). Resta da vedere se, a tal fine, il giudice possa integrare ulteriormente la prova (come sembrerebbe suggerire la pronuncia della Cassazione n. 5857 del 2010, concernente analogo potere in udienza preliminare). Contro la confisca, all'imputato spetterà anche l'impugnazione ai sensi dell'art. 579, comma 3, c.p.p.

Segue: in ogni caso, pare opportuno sottolineare che, pur dovendo il giudice penale vincere la presunzione di non colpevolezza dell'imputato e di buona fede dei terzi, e motivare sulla responsabilità, comunque pare ultroneo, rispetto alla necessità di osservare la Convenzione, che sia imposta l'osservanza di *tutte le forme di garanzia*

12 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. proc. pen. 2014, 1672

*proprie del processo penale*¹³, anche con riferimento ai tre gradi di giudizio ed al regime delle impugnazioni, posto che si è pur sempre in presenza di una sanzione, ai fini interni, di carattere amministrativo, “veicolata” nel processo penale per convenienza, ma irrogabile anche dall’autorità amministrativa. Saranno invece necessarie le sole garanzie che rendono giusto il processo in base all’art. 6 CEDU.

In particolare, ai sensi dell’art. 2 del Protocollo addizionale n. 7 alla CEDU, sussiste in materia penale il diritto ad un doppio grado di giudizio, ma esso è soddisfatto anche dalla ricorribilità in Cassazione della sentenza di condanna (sentenza Krombach contro Francia del 13 maggio 2001). Ai fini del rispetto della CEDU, quindi, è sufficiente che la sentenza che dichiara la prescrizione, ma condanna alla confisca, possa divenire oggetto di tale ricorso, ciò che appare allo stato comunque garantito dal nostro ordinamento processuale.

Pertanto, qualora la prescrizione sopraggiunga dopo la sentenza di primo grado, l’osservanza della Convenzione imporrà uno scrutinio vertente sulla legittimità della confisca, anche per il caso che il reato sia nel frattempo estinto. Il giudice d’appello potrà concentrare la propria attenzione esclusivamente sui profili implicati dalla confiscabilità del bene abusivo, mentre la Corte di Cassazione, nelle cui mani il processo vada prescritto, a sua volta si occuperà del caso per decidere sulla conformità alla legge del solo capo della pronuncia di merito recante la misura ablativa.

7. Il caso Varvara alla prova della Costituzione

Veniamo ora agli argomenti di diritto costituzionale, che hanno indotto il giudice delle leggi a rifiutare la chiave di lettura della sentenza Varvara offerta dai rimettenti. È un tema importante, perché, per quanto improbabile, non si può escludere che la Corte europea alla fine finisca davvero per affermare definitivamente che la sanzione prevista dall’art. 7 CEDU, quand’anche sia amministrativa sul piano interno, debba comunque passare attraverso una formale pronuncia di condanna. Se, in altri termini, si dovesse manifestare diritto vivente sul punto, non sarebbe più eludibile l’alternativa tra l’adeguamento del nostro ordinamento a tale principio, se del caso attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, ovvero il ripudio di esso da parte della nostra Corte, incidendo sulla legge di adattamento della Convenzione.

La prima soluzione, inoltre, sembrerebbe rendere illegittimo lo stesso art. 30 del d.P.R. n. 380 del 2001, nella parte in cui attribuisce al Comune il potere amministrativo di confiscare le opere lottizzate. È vero che, in tal caso, è dato ricorso al giudice amministrativo. Ma la pronuncia di quest’ultimo non equivale a “condanna”, quanto invece a controllo giurisdizionale ai fini *dell’accertamento della responsabilità*, nella forma giurisdizionale ritenuta congrua dal legislatore nazionale. Né si capirebbe perché la *medesima* sanzione “criminale”, se inflitta nell’ambito di un procedimento penale, esiga il più elevato standard probatorio ed accertativo costituito dalla condanna, e possa

¹³ In questo senso, invece, pare orientato F. Viganò, *Confisca urbanistica* cit.

invece, se applicata da parte della P.A., accontentarsi dei ben più limitati strumenti di indagine propri del giudice amministrativo. Ben si comprende, perciò, la posta in gioco.

Segue: vi è da domandarsi, anzitutto, se un simile assetto normativo sia costituzionalmente censurabile sulla base degli argomenti prodotti dalla Cassazione, con la questione oggi dichiarata inammissibile.

Chi scrive ne dubita.

Il primo punto da enfatizzare è che qui la Cassazione pone un problema certamente complesso, non costringibile nella consueta retorica dello sviluppo senza limiti dei diritti fondamentali, i quali si accrescerebbero indefinitamente, grazie alla clausola della maggior protezione possibile (art. 53 della carta di Nizza e sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009). Difatti, benché lo stesso rimettente sembri muoversi in questa orbita, pare assai difficile isolare nella fattispecie un diritto fondamentale ed inalienabile dell'uomo concretamente leso a seguito del presunto primato assegnato dalla CEDU al diritto di proprietà.

Piuttosto, siamo nel campo del bilanciamento tra una situazione giuridica assistita da garanzia costituzionale, ed un complesso di valori, essenzialmente legati al controllo e all'assetto del territorio, i quali tuttavia si sintetizzano più adeguatamente nel concetto di interesse pubblico, a propria volta dotato di copertura costituzionale.

In sé, un fatto di lottizzazione abusiva stravolge la destinazione urbanistica di un fondo, ma non necessariamente intacca *in concreto* il diritto costituzionale soggettivo di un terzo alla salute e alla salubrità ambientale.

Certamente, ove venisse approfondito all'ennesima potenza il livello di scansione della fattispecie, sarebbe talvolta possibile reperire un fondo di essa che si estrinseca in un diritto soggettivo instabile a terzi, ma, in termini di *astratta valutazione delle scelte di bilanciamento* compiute dal legislatore, è piuttosto intuitivo che, adottando l'angolo prospettico dello stesso rimettente, si sia in definitiva in presenza di un conflitto tra il diritto di chi subisce la confisca e l'interesse pubblico a limitare questo diritto, ove esso abbia generato un assetto difforme dalle previsioni urbanistiche.

Tale pare in effetti la logica dell'importante sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2012 (il caso delle pensioni svizzere), che ha "respinto" un'interpretazione suggerita dalla Corte EDU nell'"interesse pubblico" (...) "*di garantire un sistema previdenziale sostenibile e bilanciato*", per mezzo di una "*attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*", tali da prevalere sul diritto soggettivo attribuito dalla Convenzione¹⁴. Anche qui, potremmo frazionare l'interesse pubblico tra la

14 Una chiave di lettura differente è offerta da [E. Lamarque-F. Viganò, Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola, in questa Rivista, 31 marzo 2014, 22 ss.](#) Su questa sentenza, inoltre, G. Amoroso, Sui controlimiti alle norme della CEDU come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, in Foro it. 2013, I, 30; F. Bilancia, Leggi retroattive ed interferenze nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondata sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti, in Giur. cost. 2012, 6, 4235; R. Caponi, Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v limiti

miriade di persone in linea astratta coinvolte dalla tenuta del sistema pensionistico (ovvero, in definitiva, tra tutti noi), per poi arrivare ad intestare a ciascuna di essa la sua porzione infinitesimale della divisione, e chiamarla diritto inviolabile dell'uomo. Ma, a ragionare in questo modo, non vi è interesse pubblico che a propria volta non sia srotolabile, per così dire, in giri così ampi da mutarlo alla fine con un colpo di bacchetta in diritto soggettivo.

Si può fare, senza dubbio. Ma quanto è utile simile modo di procedere per comprendere i problemi, e trovare la via migliore per risolverli?

Se, dunque, si ragiona piuttosto sul classico binomio diritto soggettivo/interesse pubblico (quest'ultimo comprensivo del primo, ma non tale da esaurirsi in esso), la questione, dal punto di vista della giustizia costituzionale, si esaurisce nel reperimento, da parte del legislatore, di un punto di sintesi che può venire contestato innanzi alla Corte, ove palesemente squilibrato.

Ciò richiede sia l'esatta individuazione dei principi confliggenti, sia la specificazione di come essi si trovano ad interagire.

E' proprio su entrambi questi piani che il modo con cui la questione è stata formulata lasciava, a parere di chi scrive, poco spazio alla Corte per un eventuale accoglimento.

1) in primo luogo, quanto alla definizione dei valori in gioco, la Cassazione punta le sue carte sulla ingiustificata prevalenza assegnata al diritto di proprietà, rispetto a prioritari interessi costituzionali. Ma questo modo di ragionare elude il punto cardine del caso Varvara, ovvero la riconduzione integrale della confisca nel diritto penale e processuale penale italiano. Conclusione, quest'ultima, che si deve trarre dalla prescrizione concernente l'obbligo che la misura ablativa si accompagni alla "sola" condanna pronunciata dal giudice penale. Se si ragiona in questi termini (e sono i termini da cui parte la stessa Cassazione) il problema non è più solo quello di vigilare sul corretto bilanciamento tra diritto soggettivo ed interesse pubblico limitativo, ma piuttosto di conformare le modalità di inflizione di una sanzione alle forme proprie del processo penale, ove la pena esige appunto la condanna.

È vero che l'ordinamento italiano conosce casi di confisca senza condanna (art. 240, comma 2, c.p.), ma essi sono relativi non a sanzioni, ma a misure di sicurezza patrimoniali.

Inoltre, bisogna sempre tenere presente che la soluzione imposta dalla CEDU ha valenza sub-costituzionale, ma sovralegislativa, ovvero che quanto è concedibile al legislatore nazionale, a maggior ragione spetta alla norma convenzionale interpretata dalla Corte EDU. Per vagliare la costituzionalità della scelta di subordinare la confisca, quale sanzione penale, alla condanna, è dunque sufficiente un *test di resistenza*: bisogna cioè chiedersi se tale scelta avrebbe potuto essere compiuta dal legislatore italiano. E, in questo caso, pare assai difficile negare che la legge nazionale avrebbe potuto esigere

processuali nel dialogo tra le Corti, ivi, 4232; P. Carnevale-G. Pistorio, Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge tra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale, in www.costituzionalismo.it. 2014, I.

che una misura fortemente afflittiva, quale la confisca urbanistica, debba venire applicata solo nei casi di condanna per il reato che ha leso il bene giuridico protetto, e ai danni dei colpevoli di tale reato. Se, perciò, la Corte non ritenesse fondata una questione di costituzionalità vertente su un'ipotetica norma nazionale di siffatto contenuto, alla luce della discrezionalità legislativa, la conclusione dovrebbe essere la medesima ove tale scelta sia compiuta in forza della CEDU.

La verità, a parere di chi scrive, è che il giudice rimettente aggira il vero problema di costituzionalità posto dalla sentenza Varvara, e puntualmente segnalato dalla Corte costituzionale, ovvero la obbligata pan-penalizzazione, anche sul piano processuale, di una sanzione che, ai fini dell'ordinamento nazionale, è e resta amministrativa. Se non si affronta questo nodo preliminare, e si dà per scontata la conformità a Costituzione di simile imposizione, non si sfugge al *"fraitendimento"* puntualmente evidenziato¹⁵, ovvero che *"la violazione del diritto di proprietà (...) è la mera conseguenza dell'illegittimità della sua inflizione (ndr: della confisca) mediante una sentenza di proscioglimento"*, e non di una iperprotezione del diritto di proprietà;

2) in secondo luogo, quanto alla individuazione del punto di deflagrazione dei valori contrapposti, al rimettente avrebbe potuto essere contestato di avere formulato una questione in termini del tutto astratti, e in definitiva inadeguati a sostenerne la fondatezza. L'ordinanza di rimessione prende infatti le mosse dall'ineludibile postulato della priorità assegnata dalla Costituzione ai diritti tratti dagli artt. 2, 9, 32 Cost., rispetto al diritto di proprietà, a propria volta asservito alla funzione sociale (artt. 41 e 42 Cost.).

Ora, è fin troppo nota, per spendervi troppe parole, la preponderanza dell'opinione favorevole a questa premessa¹⁶, se è vero che *"il primo passo della trasformazione (ndr: dello Stato di diritto) è stata la caduta, fuori dal gruppo e fuori in genere dalla cerchia dei diritti fondamentali, del diritto di proprietà e dell'autonomia contrattuale, almeno in quanto presi come strumenti di un sistema capitalistico di produzione fondato sull'iniziativa privata"*¹⁷. La stessa Corte, sia pure in modo fuggevole, ha affermato che la proprietà non è un *"diritto presidiato come primario e fondamentale della Costituzione"* (sentenza n. 23 del 1971).

Tuttavia, pur dando per acquisita una tale gerarchia costituzionale, resta pur sempre il fatto che gli esiti del conflitto tra diritti inviolabili dell'uomo ed un diritto in ogni caso costituzionalmente protetto, quale la proprietà, non possono valutarsi se non in concreto¹⁸, con riguardo cioè alla specifica ipotesi oggetto di normazione, e non sulla base di una aprioristica affermazione del primato dei primi sui secondi.

15 F. Viganò, Confisca urbanistica cit.

16 A. Baldassarre, voce Diritti inviolabili, in Enc. giur. Treccani 1990, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

17 Così G. Bognetti, I diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale, in Iustitia 1977, 24, citato da Luciani, La produzione economica privata nel sistema costituzionale, 1993, 43

18 A. Pace, Problematica delle libertà costituzionali, parte speciale, 1992, 476, per il quale "i problemi che sorgono dalla collisione tra diritti costituzionali (...) vanno risolti caso per caso"

Se ciò è evidente per chi, come Pace, nega la priorità valoriale dei diritti definiti fondamentali sul diritto di proprietà, in ogni caso gli stessi autori convinti della assiologica prevalenza del diritto inviolabile avvertono che *“quando si verificherà una collisione tra il diritto di iniziativa (ndr: economica, con argomento estensibile alla proprietà) ed un diritto fondamentale (...) il primo dovrà senz’altro soccombere, e cedere alle ragioni dell’altro. Con un limite, però, e cioè il rispetto di quel generale principio di congruità, non eccessività (...), adeguatezza e sufficienza (rispetto agli scopi perseguiti ed alle condizioni di fatto) dei limiti imposti ai diritti protetti in Costituzione”*¹⁹.

In altri termini: uno spazio per il bilanciamento resta aperto al legislatore, ed è come quest’ultimo sia stato occupato in concreto che sarà oggetto del sindacato costituzionale, piuttosto che un’astratta misurazione del “peso” dei principi costituzionali, del tutto sganciata dalla fattispecie oggetto di regolazione.

Usando le parole della Corte proprio a proposito del condono edilizio (sentenza n. 196 del 2004) la *“primarietà”* degli *“interessi coinvolti (...), in particolare quelli relativi alla tutela del paesaggio”* (...) non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala di valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario”.

Assai recentemente, poi, la Corte non ha esitato a valutare l’esito del bilanciamento in concreto tra il *“diritto inviolabile alla integrità della persona”* e *“altro valore di rilievo costituzionale, come (...) il valore dell’iniziativa economica privata”* (sentenza n. 235 del 2014; ma, già in precedenza, sentenza n. 132 del 1985).

All’ordinanza di rimessione della Cassazione avrebbe perciò potuto addebitarsi di muoversi, invece, su un piano del tutto astratto di gerarchie costituzionali.

Si sarebbe piuttosto trattato di dimostrare, alla luce dell’art. 3 Cost. (parametro non dedotto), che *quel particolare* punto di equilibrio, consolidato attraverso la giurisprudenza europea, non riusciva a superare lo scrutinio di non manifesta irragionevolezza e di proporzionalità: compito, come si visto innanzi, decisamente non agevole, una volta chiarito che il divieto di confiscare deriva dal difetto della forma legale (la condanna) che l’ordinamento esige ai fini dell’applicazione di una sanzione a tutti gli effetti penale.

8. Il principio di sussidiarietà e le prospettive future

La chiave per aggredire l’eventuale diritto vivente che dovesse vedere la luce a Strasburgo, nei termini già intravisti dai rimettenti nel caso Varvara, dovrebbe quindi essere un’altra, e, in verità, è la stessa Corte costituzionale che sembra indicarla, forse anche in via monitoria nei confronti del dirimpettaio europeo. Siamo così tornati agli argomenti dell’interpretazione costituzionalmente conforme, che il giudice costituzionale ha posto sul piatto della bilancia, al fine di contraddire la contraria lettura di Varvara accolta dai giudici *a quibus*. Nella sostanza, ci dice la Corte, subordinare l’inflizione della sanzione amministrativa alla condanna penale comporta

¹⁹ M. Luciani, La produzione cit., 68

un freno alle politiche di decriminalizzazione degli illeciti, posto che riassegna integralmente alla sfera penale ciò che il legislatore intendeva sottrargli.

La svolta “panpenalistica” delle sanzioni amministrative²⁰, in altri termini, ha indubbi riflessi di garanzia *sul piano sostanziale*, ma non pare poter giungere fino all’ipertrofia del diritto penale, in particolare quando alla logica della pena si combinano effetti ulteriori, come ad esempio la ricostituzione dell’assetto del territorio tramite la demolizione di beni abusivi (in dottrina è tradizionale il nesso che si ravvede tra potestà sanzionatoria amministrativa e perseguimento dell’interesse pubblico affidato alla P.A.²¹). Specialmente in tali ipotesi, affermare che la sanzione deve costituire una pena, *con tutti gli effetti che l’ordinamento nazionale prevede di conseguenza*, comporta che l’inflizione di essa diviene monopolio dell’autorità giudiziaria, ed è sottratta all’amministrazione.

L’identità piena tra sanzione penale e sanzione amministrativa, in quanto entrambe dotate di capacità afflittiva, si espone quindi all’accusa di riflettere *“impostazioni venate di concettualismo, ed improntate ad una visione panpenalistica del controllo sociale (che rendono) poco maneggiabile, se coerentemente applicate, lo strumento sanzionatorio amministrativo in prospettiva di politica del diritto”*²²

In quest’ottica, il dubbio di costituzionalità viene alimentato dagli artt. 3, 23 e 97 Cost. (questi ultimi due, costituenti la base superprimaria dell’illecito amministrativo in quanto distinto a livello costituzionale dal reato: ord. n. 159 del 1994), con riguardo altresì al principio di sussidiarietà, che rende la penalizzazione *l’ultima ratio*. La CEDU offre tutele che si aggiungono, ma non contraddicono le scelte di politica criminale compiute dagli Stati aderenti con larga discrezionalità.

Vi sono molti spunti che questo approccio offre sul terreno, sempre più nevralgico, del cd. diritto penale amministrativo, e che non possono certamente venire sviluppati in questa sede. Basta limitarsi a quanto segue.

Il principio di sussidiarietà appartiene certamente al nucleo forte del diritto penale classico, poiché, a tutela del primato della libertà, restringe al solo campo dell’inevitabile la reazione più micidiale di cui l’ordinamento dispone ai fini della tutela di beni giuridici primari. Esso, perciò, è un principio *di garanzia*, fondato sul presupposto che la pena sia la sanzione più temibile. Vi è però da domandarsi che resti di una simile postulato storico nei tempi odierni. Da un lato, lo stigma sociale che si dovrebbe accompagnare alla sanzione penale appare sempre più sbiadito. Viviamo in una comunità oramai incapace di opporre sdegno di fronte a condotte gravemente offensive dell’interesse pubblico, ma pur sempre lesta nel ridestarsi per fatti di piccola criminalità, purché attribuibili al “diverso”: la riprovazione segue il fatto, solo se esso è

20 F. Mazzacova, La materia penale e il doppio binario della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze, in Riv. it. dir. proc. pen. 2013, 1899

21 G. Pagliari, Sanzione amministrativa e sanzione penale, in Cagnazzo-Toschei (a cura di), La sanzione amministrativa: principi generali, 2012, 709

22 C.E. Paliero-A. Travi, La sanzione amministrativa-profilo sistematici, 1988, 90

commesso da una categoria sociologicamente connotata di persone. Dall'altro lato, l'efficienza del processo penale è compromessa, mentre l'effettività della pena è nulla più che un mito ottocentesco.

La fuga nel diritto amministrativo sanzionatorio allora risponde, come è stato ampiamente notato²³, alla ricerca di una via più efficace, ed in definitiva talvolta più invasiva, per reprimere violazioni di particolare gravità. Una di queste strade è stata percorsa quanto alla confisca urbanistica, seppure in un modo del tutto peculiare, perché l'inerzia e talora la connivenza delle amministrazioni locali a fronte della lottizzazione abusiva ha reso vantaggioso affidare, in via di supplenza, al giudice penale la sanzione (amministrativa), al contempo svincolandolo dall'handicap dei fugaci termini di prescrizione del reato.

Questa scelta viene ora difesa innanzi alla CEDU, anche in forza del principio di sussidiarietà. Sul piano del ragionamento giuridico, non vi è nulla da eccepire. Ma esso, in tal modo, ha finito di fatto per capovolgersi: da garanzia per la libertà a strumento di protezione, rispetto all'ingerenza della Corte europea, di razionali scelte legislative nazionale su come "punire" con maggiore efficacia.

Intendiamoci: la Corte costituzionale fa bene a difendere il cuore pulsante e garantista della sussidiarietà, che rischierebbe di andare perduto anche laddove funziona meritoriamente, ove si permettesse al giudice europeo (ovvero, ad un giudice dei diritti!) di incrementare l'area del diritto penale. Sono scelte di sistema, che travalicano gli angusti confini della confisca urbanistica. E sarà interessante testarne la tenuta innanzi al dubbio di costituzionalità sollevato a proposito del doppio binario sanzionatorio per gli abusi del mercato, che la già rammentata ordinanza di rimessione della V sezione penale della Cassazione vorrebbe risolvere, preferibilmente, con un'opzione favorevole al diritto penale, anziché alla sanzione amministrativa.

Ma è invece il nostro ordinamento a mostrare crepe, e per come gli illeciti sono definiti dal legislatore, e per le gravi disfunzionalità del meccanismo della repressione penale. Non bisognerebbe mai dimenticare che la Corte EDU è chiamata a confrontarsi con un simile caos, e spesso può incontrare difficoltà a comprendere come stanno le cose esattamente. Ragione di più, perché il dialogo tra giudice europeo e giudice nazionale, che è poi il perno della sentenza in commento, sia quanto più possibile limpido, sia nell'esposizione dei propri argomenti, sia nella ponderazione di quelli altrui. La leale collaborazione aiuterà a risolvere i molti casi dubbi che il futuro potrebbe riservarci.

²³ In senso critico, G. M. Flick, *Fisiologia e patologia della penalizzazione nel diritto penale dell'economia*, in Riv. delle società. 2011, 42 ss