

LA “CONFISCA SENZA CONDANNA” AL CROCEVIA TRA ROMA E STRASBURGO: IL NODO DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA

di Vittorio Manes

“Io non capisco come si possa parlare di delitto, senza che sia stata pronunciata una sentenza, né come sia possibile, sempre senza una precedente sentenza, infliggere una pena”.

[T. Hobbes, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1681), trad. it. a cura di N. Bobbio, in T. Hobbes, *Opere politiche*, Torino, 1959, 533]

SOMMARIO: 1. Le questioni sul tappeto – 2. Lo statuto “costituzionalmente ambiguo” della confisca urbanistica e la posizione della Corte EDU nei casi *Sud Fondi c. Italia* e *Varvara c. Italia* – 3. Le questioni di costituzionalità sollevate dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale di Teramo – 4. La soluzione della Corte costituzionale: una *sentenza* di inammissibilità puntellata su diversi “vizi” – 4.1. L’erronea individuazione della norma oggetto di censura – 4.2. Il difetto di motivazione in ordine alla rilevanza nel giudizio *a quo* – 4.3. Il “duplice, erroneo presupposto interpretativo” condiviso dai rimettenti – 5. Le indicazioni sull’utilizzo della giurisprudenza europea e i *caveat* della Corte – 6. La giurisprudenza europea ulteriormente rilevante per l’inquadramento del problema – 6.1. La necessità di una *condanna formale* e la lettura sistematica delle garanzie convenzionali: il nodo della presunzione di innocenza (art. 6 § 2 CEDU) – 6.2. Le differenze tra i casi *Sud Fondi c. Italia* e *Varvara c. Italia*: la prospettiva della legalità (art. 7 § 1 CEDU) e la prospettiva della presunzione di innocenza (art. 6 § 2 CEDU) – 7. Qualche (provvisoria) conclusione: limiti e prospettive della confisca urbanistica “senza condanna”

1. Le questioni sul tappeto

Era molto attesa la pronuncia della Corte costituzionale sulla questione di legittimità concernente la “confisca urbanistica” (art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001),¹ e la sua asserita applicabilità in assenza di condanna: questione solo apparentemente settoriale e tecnica, ma in realtà intessuta di profili via via più generali e trasversali, di interesse certo non solo penalistico.

Diverse, infatti, le problematiche retrostanti, e tra queste alcune di notevole *magnitudo*, riguardanti, in particolare, i margini di operatività di uno strumento ablativo – quello offerto, appunto, dall’art. 44, comma 2, cit. – che spesso rappresenta l’ultimo presidio a tutela di valori costituzionali di indubbio rilievo; le condizioni di legittimità di una ipotesi speciale di confisca ormai di riconosciuta natura afflittivo/punitiva, e la sua interdipendenza rispetto ad una decisione di condanna; l’intensità e l’autenticità del dialogo tra Corte costituzionale e Corte EDU, e – ancor prima – il valore da riconoscersi ai “precedenti” di Strasburgo; sullo sfondo, il profilo dei “controlimiti allargati”, i termini dei rispettivi bilanciamenti, il depositario delle relative valutazioni (in ipotesi, la sola Corte costituzionale o, viceversa, anche – e logicamente prima – lo stesso giudice comune).²

2. Lo statuto “costituzionalmente ambiguo” della confisca urbanistica e la posizione della Corte EDU nei casi *Sud Fondi c. Italia* e *Varvara c. Italia*

Ancora una volta, la *queastio iuris* affonda le radici nello statuto “dogmaticamente apolide” – e costituzionalmente ambiguo – della “confisca”: termine ormai anfibologico, necessariamente plurale ed affidato a declinazioni sempre più eterogenee e peculiari, tutte ben distanti dall’archetipo codicistico delle “misure di sicurezza patrimoniali” (confisca per equivalente; confisca di prevenzione; art. 12 *sexies*, l. n. 356 del 1992; confisca *ex* art. 19, d. lgs. n. 231 del 2001, confisca del codice della strada, etc.);³ *genus*, dunque, solo nominalmente identificativo di un universo

¹ L’art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) dispone che: “La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite”.

² Per alcune considerazioni, a prima lettura, si veda il commento adesivo di M. BIGNAMI, [Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente](#), in questa Rivista, 30 marzo 2015, e quelli, di vivace taglio critico, di F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione)*, ivi (in sede di editoriale, sempre in data 30 marzo 2015) e di R. CONTI, *La CEDU assediata?* (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015), in www.giurcost.org; ancora, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, ivi (1 aprile 2015); G. CIVIELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in *Archivio penale*, n. 1/2015; A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, ivi.

³ Da ultimo, E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino, 2012.

poliedrico e polimorfo, caratterizzato da promiscuità funzionale e costantemente al centro di oscillazioni giurisprudenziali, con un impegno sempre più frequente delle stesse Sezioni Unite.⁴

È noto che, nel caso che ci occupa, il sasso nello stagno è stato scagliato, ancora una volta, dal giudice europeo dei diritti dell'uomo: a partire dalla sentenza *Sud Fondi contro Italia*,⁵ si è affermata la riconducibilità della precipua ipotesi di confisca in esame al concetto antiformalistico di "materia penale",⁶ affermandone la "natura di pena ai sensi dell'art. 7 della Convenzione";⁷ su tale presupposto, la Corte EDU ha chiarito quale *conditio sine qua non* per disporre la confisca urbanistica – così come ogni confisca e sanzione "intrinsecamente punitiva" – l'accertamento di un "legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato", ovvero la necessità di un'imputazione soggettiva (dolosa o colposa) del fatto;⁸ condizioni di legittimità (*rectius*, di conformità

⁴ Il riferimento, per restare alle pronunce più recenti, è alla sentenza sulla natura della "confisca di prevenzione" (Sez. Un., c.c. 26 giugno 2014 – dep. 2 febbraio 2015, n. 4880, sulla quale, tra i vari lavori, v. F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in corso di pubblicazione in www.penalecontemporaneo.it), e alla decisione sul caso *Uniland* (Cass., Sez. Un., c.c. 25 settembre 2014-dep. 17 marzo 2015, n. 11170, ric. Uniland).

⁵ In Cass. pen., 2008, 3504 ss., con nota di A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*; al riguardo, v. anche F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss.; per una riflessione a tutto tondo a partire dalla posizione della Corte EDU, si veda V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed ancora aperte*, in *Foro napoletano*, 2012.

⁶ Di recente, al riguardo, F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in RIDPP, 2013, 1899 ss.

⁷ E ciò, sin dalla decisione di ricevibilità resa il 30 agosto 2007 nell'ambito del noto *affaire Sud Fondi*: «La Corte osserva che la sanzione prevista dall'art. 19 della legge n. 47/1985 non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira essenzialmente a punire al fine di impedire la reiterazione delle inosservanze previste dalla legge (...). Questa conclusione è confermata dalla constatazione che la confisca ha colpito l'85 % dei terreni non costruiti, quindi in mancanza di un reale pericolo per il paesaggio. La sanzione era quindi in parte preventiva e in parte repressiva, quest'ultima generalmente caratteristica distintiva delle sanzioni penali (...). Ancora, la Corte rileva la severità della sanzione che, secondo la legge n. 47/1985, concerne tutti i terreni inclusi nel piano di lottizzazione (...). La Corte rileva infine che il testo unico dell'edilizia del 2001 classifica tra le sanzioni penali la confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva. Tenuto conto dei suddetti elementi, la Corte ritiene che la confisca in parola sia una "pena" ai sensi dell'art. 7 della Convenzione» (corsivo nostro).

⁸ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia* (il passo citato nel testo è tratto dal § 116); decisione nella quale la Corte, oltre a ravvisare una violazione dell'art. 7/1 CEDU, ravvisò altresì la violazione dell'art. 1, prot. 1, CEDU, ritenendo che l'applicazione del provvedimento ablativo avesse determinato un'oggettiva ingerenza nel pacifico godimento dei beni di proprietà dei ricorrenti che poteva, in generale, essere considerata legittima – ai sensi del richiamato parametro convenzionale – soltanto nella misura in cui fosse stata fondata su basi legali accessibili e prevedibili, assenti nel caso di specie; e dunque, affermò che la confisca nel caso di specie aveva determinato la rottura del "giusto equilibrio" tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, che implica sempre "un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito", avendo la misura patrimoniale avuto ad oggetto prevalentemente terreni non costruiti, senza alcuna previsione di indennizzo.

convenzionale) ribadite dalla stessa Corte – con variazioni d’accento dovute anche alla diversità del caso – nella più recente sentenza *Varvara contro Italia*.⁹

Condivisibili o meno, i battiti d’ali di Strasburgo hanno prodotto un principio di uragano nell’ordinamento domestico: il che accade, per vero, sempre più di frequente, se solo si pensa – *inter alia* – ai movimenti tellurici innescati dalle pronunce su principi quali la *lex mitior* o il *ne bis in idem*, così come al riassetto ordinamentale fomentato dal *pilot judgement* Torreggiani sul sovraffollamento carcerario.¹⁰

Nella specie, risultava vistosamente compromessa la possibilità di disporre la confisca urbanistica in caso di proscioglimento per assenza di colpevolezza (come nel “caso concreto” oggetto della pronuncia *Sud Fondi contro Italia*) e “sotto scacco” anche la possibilità di disporre la “confisca senza condanna”,¹¹ segnatamente nelle ipotesi di declaratoria di estinzione del reato nelle more dei diversi gradi di giudizio: ipotesi che un tradizionale, roccioso orientamento della Corte di Cassazione ha per lungo tempo inteso risolvere ritenendo (sostanzialmente) insensibile la confisca all’intervenuta prescrizione, e considerandola parimenti indifferente alle vicende della responsabilità dell’autore (anche) in punto di colpevolezza, assumendo come requisito sufficiente per disporre la confisca l’accertamento della mera materialità dell’illecito, ossia dell’oggettiva abusività del manufatto edilizio (con la sola eccezione, dunque, dell’ipotesi di assoluzione per insussistenza del fatto).¹²

⁹ Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 1392 ss., con nota di A. BALSAMO, *La Corte europea e la “confisca senza condanna” per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, 1396 ss.; sulla decisione, v. già F. MAZZACUVA, [La confisca disposta in assenza di condanna viola l’art. 7 CEDU](#), in *questa Rivista*, 5 novembre 2013.

Sulla diversità di impostazione tra le sentenze *Sud Fondi c. Italia* e *Varvara c. Italia*, cfr. *infra*, § 6.2.

¹⁰ Forse il *primum movens* di innovazioni variegata e indubbiamente significative – ed invocate da diversi decenni – come, da ultimo, l’introduzione nel nostro ordinamento dell’istituto dell’irrelevanza penale del fatto, in attuazione della l. n. 67 del 2014, con il d.lgs. n. 28 del 2015.

¹¹ Ampiamente, sul tema, M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell’applicazione della confisca*, RIDPP, 2010, 1691 ss.

¹² Alla base di tale conclusione vi era il convincimento secondo cui la confisca in questione non avesse natura di sanzione penale, quanto, piuttosto, in via alternativa, di misura di sicurezza patrimoniale connessa all’oggettiva illiceità del bene ovvero di sanzione amministrativa di carattere reale, applicata dal giudice penale in via di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del comune; con conseguente ampliamento – a mo’ di corollario – dell’ambito di applicazione della misura ablativa a destinatari diversi dall’autore del fatto, come gli acquirenti di buona fede degli immobili abusivamente lottizzati, ai quali rimaneva soltanto la possibilità di far valere i loro diritti in sede civile.

Per una sintesi della giurisprudenza di legittimità sul punto, e delle evoluzioni che hanno progressivamente risentito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si veda il recente, ricco contributo di P. SILVESTRI, *La confisca senza condanna*, in AA.VV., *Corte di Cassazione e Corti europee*, a cura dell’Ufficio del Ruolo e del Massimario – Corte Suprema di Cassazione, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, Roma, 2014, 260 ss., ove si dà conto di come la Cassazione abbia progressivamente convenuto sulla necessità – per poter disporre la confisca – di un accertamento giudiziale in punto di elemento soggettivo del reato, accanto a quello dell’oggettiva “trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici” (la “materialità oggettiva”, appunto, del reato di lottizzazione abusiva previsto dall’art. 30 del TU edilizia): così, tra le altre, Sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078, Apponi e altri; Sez. III, 19 maggio 2009, n. 30933, Costanza; Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188; più di recente,

Chiare le ragioni di politica criminale – o di politica del diritto *tout court* – alla base dell'impostazione della Corte di Cassazione: a fronte dei ristretti termini di prescrizione che accompagnano illeciti contravvenzionali come quelli in gioco (l'art. 44, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001), l'unico presidio resta affidato alla misura ablativa, che deve essere dunque sottratta alla gòra della prescrizione; se anche questa fosse travolta dal meccanismo estintivo, ne risulterebbe intollerabilmente pregiudicata – sull'altare di una "iperprotezione del diritto di proprietà" – la tutela di beni/interessi di primissimo piano (e rango costituzionale) quali quelli sottesi alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, dell'ordinato assetto del territorio, etc. in uno con il più generale "diritto a sviluppare la personalità in un ambiente salubre"; e in ciò, la giurisprudenza non ha mai fatto velo su una funzione di supplenza rispetto all'inerzia delle amministrazioni locali nell'esecuzione degli ordini di demolizione, che tradisce peraltro una *concezione ripristinatoria* della confisca in esame, nonostante questa finisca col colpire tutti i terreni oggetto del piano di lottizzazione e non solo gli immobili abusivamente edificati (come peraltro sottolineato, con decisività, anche dalla Corte EDU).¹³

Altrettanto chiare, tuttavia, le preoccupazioni garantistiche alla base dell'orientamento che ha trovato sbocco nelle pronunce della Corte EDU: ordinare una confisca "intrinsecamente penale" in assenza di una decisione che accerti la colpevolezza del reo significa applicare una "pena senza responsabilità", violando il *nullum crimen sine culpa*, e – come ampiamente si dirà – la stessa presunzione di non colpevolezza.

3. Le questioni di costituzionalità sollevate dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale di Teramo

Questo – bruscamente sintetizzato – il contesto in cui sono germinate le due questioni proposte all'attenzione del giudice costituzionale.

L'una, sollevata dalla Corte di Cassazione, centrata sull'asserita illegittimità dell'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, nella parte in cui tale disposizione – appunto in forza dell'interpretazione della Corte europea – "non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del

Sez. III, 4 febbraio 2013, Volpe e altri, tutte nel senso di ammettere la confisca anche in assenza di una sentenza di condanna del soggetto proprietario della *res*, ma a condizione che venga comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo e oggettivo) anche se, per una causa diversa, quale è, nella specie, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflizione della pena.

¹³ Emblematica la motivazione di Cass., sez. II, 25 maggio 2010, n. 32272 in *questa Rivista*: "[...] i limiti di persuasività dello sforzo ermeneutico riproposto ancora una volta dalle S.U., non possono offuscare l'intensità e la concretezza delle ragioni di politica criminale che militano a favore di una maggiore effettività delle pretese ablativo dello Stato correlate alla commissione di illeciti penali e, dunque, specificamente, anche della sopravvivenza delle medesime alla vicenda dell'estinzione del reato": si veda ancora, sul punto – non senza condivisibili rilievi critici – M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, cit., 1686 ss., 1689.

reato anche qualora la responsabilità sia accertata in tutti i suoi elementi”: prospettando, in sostanza, una frizione tra la rilettura ermeneutica della norma interna “imposta” dalle decisioni sovranazionali e la cornice costituzionale – i “controlimiti allargati” – ravvisati, segnatamente, negli artt. 2, 9, 32, 41, 42, e 117, primo comma, Cost.¹⁴

L'altra proposta dal Tribunale di Teramo,¹⁵ in direzione simmetrica ma contraria: la doglianza del giudice ordinario muoveva, anche qui, dalla presa di posizione della Corte di Strasburgo, denunciando tuttavia l'illegittimità della norma domestica alla luce del “diritto vivente” della Corte di Cassazione, ritenuto peraltro perfettamente in linea con la *littera legis* dell'art. 44, comma 2, cit. (e pertanto non emendabile in via interpretativa), oggetto dunque di impugnazione “nella parte in cui consente che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva – quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite – possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione”.

Parzialmente analogo il *thema decidendum*, diverso il *petitum*, e forse la stessa *Weltanschauung* dei rimettenti: l'ordinanza della Cassazione invocava una pronuncia “protezionistica” del patrimonio costituzionale interno (selettivamente individuato nei menzionati artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma Cost., ed alla luce di una preminenza per vero tutta da verificare),¹⁶ ed un intervento capace di impedire – in qualche modo – l'integrazione ordinamentale e l'adeguamento ermeneutico della disposizione domestica agli obblighi sovranazionali, secondo una curvatura convenzionalmente conforme ma – nella prospettiva del giudice di legittimità – costituzionalmente intollerabile; il giudice di merito abruzzese, al contrario, invocava una pronuncia in grado di chiarire una volta per tutte l'inaccettabilità del riottoso “diritto vivente” (in certa parte insensibile alle sollecitazioni del giudice europeo), suggellando l'interpretazione della Corte di Strasburgo con il marchio – verosimilmente – di una sentenza interpretativa.

4. La soluzione della Corte costituzionale: una sentenza di inammissibilità puntellata su diversi “vizi”

¹⁴ Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2013 (dep. 20 maggio 2014), n. 20636, Alessandrini e a., in *questa Rivista*, sulla quale si rinvia a F. VIGANÒ, [Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3-4/2014, 277 ss.

¹⁵ Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014, giud. F. Tetto, in *questa Rivista*, 8 giugno 2014, sulla quale v. A. GALLUCCIO, [La confisca “urbanistica” ritorna alla Corte costituzionale](#), *ivi*, 8 giugno 2014.

¹⁶ Sull'impostazione dell'ordinanza di remissione, specie in punto di bilanciamenti tra i valori costituzionali in gioco, si vedano le condivisibili perplessità di G. CIVIELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano*, cit., 11 s.; altresì, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute*, cit., 16 ss., specie rammentando la necessaria concretezza di ogni bilanciamento avente ad oggetti diritti/valori costituzionali.

Va subito rimarcato che le attese dei giudici rimettenti si sono infrante sugli scogli dell'*inammissibilità*, pur ospitata non già in una *ordinanza* “stringata” (come spesso accade), bensì in una *sentenza* di ampio corpo motivazionale, e ricca di indicazioni interpretative.

Lo sbarramento processuale è stato peraltro “armato” sotto un triplice profilo, avendo la Corte censurato, in primo luogo, un difetto di prospettazione del *thema decidendum*, segnatamente identificato in una erronea individuazione della norma da impugnare; in secondo luogo, un difetto di motivazione in ordine alla rilevanza della questione nel giudizio *a quo* (in relazione alla ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione); ed infine, un “duplice, erroneo presupposto interpretativo”, comune ad entrambe le questioni sollevate, la cui confutazione – come si vedrà – ha permesso alla Corte di chiarire la propria posizione su molti dei temi proposti alla sua attenzione.

4.1. L'erronea individuazione della norma oggetto di censura

Il primo “vizio” di impostazione era apparso alquanto evidente, nell'incidentale proposta dalla Cassazione, e del resto era stato prontamente denunciato in dottrina;¹⁷ e la Corte lo ha assunto a testata d'angolo della propria decisione.

A prescindere dal merito della questione, nel caso concreto, oggetto del ricorso incidentale avrebbe dovuto essere *non* già la menzionata disposizione del Testo Unico in materia edilizia, bensì – come ha rilevato la Corte nel chiarire questo profilo di inammissibilità – “la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), nella parte in cui con essa si è conferita esecuzione ad una norma reputata di dubbia costituzionalità, ovvero al divieto di applicare la confisca urbanistica se non unitariamente ad una pronuncia di condanna penale”.¹⁸

¹⁷ Nella direzione al riguardo prescelta dalla Corte, tra gli altri, si era espresso anche F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione*, cit., p. 8.

¹⁸ Sentenza n. 49 del 2015, § 4: in particolare, la Corte ha argomentato la propria posizione in un passaggio che merita di essere richiamato: “Il rimettente è convinto che, a seguito della sentenza Varvara contro Italia, l'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, debba assumere, in via ermeneutica, il significato che la Corte di Strasburgo gli avrebbe attribuito, e che, proprio per effetto di un simile processo adattativo, tale significato si presti a rilievi di costituzionalità. Questo modo di argomentare è errato secondo un duplice aspetto. In primo luogo, esso presuppone che competa alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni della superiore previsione della CEDU. È pertanto quest'ultima, e non la legge della Repubblica, a vivere nella dimensione ermeneutica che la Corte EDU adotta in modo costante e consolidato. Naturalmente, non è in discussione che, acquisita una simile dimensione, competa al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente ad essa (...), a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge (...). Tuttavia, e in secondo luogo, sfugge al rimettente che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato

In questa prospettiva, si assume che a produrre il “trauma” costituzionale, nell’ipotesi esaminata, non sia la disposizione “domestica” (l’art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001), bensì la norma prodotta nel nostro ordinamento dal recepimento degli artt. 7 e 1 prot. 1 CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo (da ultimo) nella sentenza *Varvara*, nonché dell’art. 46 CEDU (dal quale promana, come è noto, la forza obbligatoria delle statuizioni della Corte per lo Stato soccombente), nella cogenza – “supralegislativa”, ma... “subcostituzionale” – assicurata dalla legge di ratifica della Convenzione (e, ora dall’art. 117, primo comma, Cost.), consentendone l’ingresso nell’ordinamento nella parte in cui da tali disposizioni discende il divieto per il giudice penale italiano di procedere alla confisca dei terreni oggetto di lottizzazione abusiva con una sentenza dichiarativa della prescrizione, che abbia tuttavia accertato il fatto di reato previsto dalla citata disposizione del Testo unico in materia edilizia.

Al riguardo, pur nel contesto di una giurisprudenza non sempre lineare, può dirsi che la ravvisata inammissibilità trova riscontro in una posizione già chiarita, in più occasioni, dalla Corte (a partire dalle cc.dd. sentenze gemelle, n. 348 e 349 del 2007); e si può forse ipotizzare che – ove correttamente reimpostata, e naturalmente ove fossero condivise le ragioni del contrasto (necessariamente significato, come si vedrà, alla luce di una “giurisprudenza consolidata” della Corte EDU: v. *infra*, § 5) – la questione verosimilmente si presterebbe o ad una declaratoria di illegittimità parziale della legge di ratifica, ovvero – preliminarmente – ad una (peculiare) decisione interpretativa da parte della Corte, aperta alle ordinarie operazioni di bilanciamento cui essa stessa è chiamata.

Infatti, il verificarsi dell’ipotesi in cui la norma internazionale risulti in contrasto con la Costituzione esclude l’operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell’art. 117, primo comma, Cost., cosicché un tale contrasto – non potendosi evidentemente incidere sulla legittimità della “norma convenzionale” e neppure sull’“interpretazione particolarmente qualificata” data dalla Corte europea – può condurre la Corte a negare *in concreto* l’integrazione ordinamentale, ovviamente se (e solo se) la Corte costituzionale – a valle della menzionata operazione di bilanciamento – ritenga appunto soccombente il

al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU. Il più delle volte, l’auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana. Nel caso sottoposto al giudizio di questa Corte, perciò, il giudice a quo non avrebbe potuto assegnare, in sede interpretativa, all’art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, un significato che la stessa Corte di cassazione reputa incostituzionale. La pretesa antinomia venutasi a creare tra il diritto nazionale interpretato in senso costituzionalmente orientato, e dunque fermo nell’escludere che la confisca urbanistica esiga una condanna penale, e la CEDU, che a parere del rimettente esprimerebbe una regola opposta, avrebbe perciò dovuto essere risolta ponendo in dubbio la legittimità costituzionale della legge di adattamento, in quanto essa permette l’ingresso nell’ordinamento italiano di una simile regola”.

vincolo all'obbligo sovranazionale rispetto al "controinteresse costituzionale" eventualmente confliggente.¹⁹

Amnesso e non concesso, dunque, che l'antinomia costituzionale si profili, l'"integrazione ordinamentale" ne rappresenta la causa (nel combinato disposto che salda l'obbligo sovranazionale alla legge di ratifica ovvero, nel caso della CEDU, alla clausola di adeguamento di cui all'art. 117, primo comma, Cost.), e non la disposizione interna, sulla cui interpretazione – per tornare al nostro esempio – la Corte EDU non è del resto intervenuta, non essendo neppure competente per farlo.

E tuttavia si avverte, e francamente si comprende anche, l'imbarazzo del rimettente:²⁰ una volta acquisito l'obbligo di "interpretazione convenzionalmente conforme" in capo al giudice domestico (il primo corollario delle cc.dd. sentenze gemelle, qui ribadito ma solo al cospetto di un "*well-established case-law*": *infra*, § 5), ed altresì acquisito che questi è il primo destinatario dell'obbligo convenzionale (come impone il principio di sussidiarietà), il "diritto vivente" domestico prodotto dal vincolo di adeguamento ermeneutico appare il vero responsabile della (eventuale) frizione costituzionale; la legge di ratifica – quasi "spiazzata", ormai, dall'*entrenchment* della CEDU nell'art. 117, primo comma, Cost., e soprattutto dall'attribuzione del medesimo rango "infracostituzionale" alla giurisprudenza della Corte EDU – potrebbe ormai apparire un riferimento quasi artificioso, tale da poter essere sostituito dall'interlocuzione diretta tra giudice comune e Corte di Strasburgo, con il controllo del giudice costituzionale; quest'ultimo, ove ritenga il "diritto vivente" (conforme alla CEDU ma) non compatibile con "altri principi costituzionali", può inibire l'interpretazione convenzionalmente orientata – e l'integrazione ordinamentale – con una pronuncia interpretativa di rigetto (o persino di inammissibilità), non diversamente da quanto accade – verrebbe da pensare – in sede di interpretazione conforme a Costituzione.²¹

Un tale imbarazzo – sia detto solo per inciso – rischia peraltro di aumentare, trovandosi il giudice comune sempre più diviso tra l'affermato "predominio assiologico" della Costituzione sulla CEDU e la "eminente funzione interpretativa" riconosciuta alla Corte di Strasburgo (non senza precisazioni e filtri: *infra*, § 5), tra la pretesa di rispetto dei "diritti umani" e l'impegno di doverosa "obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana" (specie al cospetto di pronunce europee plurivoche o che non abbiano raggiunto un certo grado di consolidamento²²); e sempre più stretto, dunque,

¹⁹ Ciò, nei termini di cui alle "sentenze gemelle", nn. 348 e 349 del 2007, ripresi e sviluppati – in chiave più generale e con riguardo anche al diritto internazionale consuetudinario – dalla sentenza n. 238 del 2014.

²⁰ Sul punto, v. anche A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, cit., 2 ss., con ulteriori considerazioni.

²¹ Rimessa appunto al giudice *a quo*, a pena di inammissibilità, ma pur sempre sottoposta al vaglio della Corte; cosicché una eventuale questione generata da una interpretazione costituzionalmente conforme, cristallizzata in un "diritto vivente", e sospettata di illegittimità dal giudice *a quo* – perché, in ipotesi, appuntata su un principio costituzionale ritenuto poziore rispetto ad altro principio asseritamente prioritario –, sarebbe verosimilmente "corretta" dalla Corte con una sentenza interpretativa.

²² Sul punto, v. ancora *infra*, § 5.

nella morsa di opposti vincoli di fedeltà e *multiple loyalties*,²³ quali quelle generate dalle “gerarchie e antinomie” tra interpretazioni conformi,²⁴ e dalla sovrapposizione tra possibili interlocutori,²⁵ in un contesto che vede peraltro sempre più esile e malfermo il controllo accentrato (di costituzionalità²⁶ e) di convenzionalità sino ad oggi rivendicato dalla Corte, ed anche in questa occasione ribadito, non senza riconoscere al giudice comune il “ruolo di socio fondatore del sistema convenzionale di tutela dei diritti”.²⁷

4.2. Il difetto di motivazione in ordine alla rilevanza nel giudizio a quo

Il secondo profilo di inammissibilità, addebitato ancora alla ordinanza della Corte di Cassazione, si iscrive in un orientamento giurisprudenziale in linea di principio meno esposto al travaglio delle intersezioni ordinamentali, ove la Corte costantemente rimarca come la *rilevanza* della questione proposta nel giudizio *a quo* debba essere oggetto di precipua motivazione, in difetto della quale, il ricorso si arena nelle secche processuali del *non liquet*.

É in questa sede, del resto, che si registra – lo ricordiamo solo per inciso – la percentuale più elevata di mortalità prima della valutazione nel merito delle ordinanze di rimessione, a fronte di una diffusa propensione all’astrattezza di chi interPELLA la Corte, quasi che prospettare una questione di illegittimità implichi, necessariamente, lo sforzo “sovrumano” di “schivare il concreto”.

Le cose, come è ben noto, non stanno affatto così: il giudice *a quo* non gode, al riguardo, di alcuna presunzione di favore, e l’attenzione della Corte appare indubbiamente vigile, giacché la rilevanza non può essere data per scontata o affermata in termini meramente assertivi, ma deve essere oggetto di diffusa argomentazione, e di

²³ M. BIGNAMI, *L’interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 595 ss.; al riguardo, una riflessione preoccupata si deve a R. S. BROWN, *How Do Judges Cope with Multilevel Regulation?*, in A. FOLLESDAL-R. A. WESSEL-J. WOUTERS (eds.), *Multilevel Regulation and the EU*, Boston, 2008, 213 ss.; ed anche, pur sotto diversi aspetti, a G. MARTINICO, *Multiple loyalties and dual preliminaryity: The pains of being a judge in a multilevel legal order*, *I•CON* (2012), Vol. 10, No. 3, 871 ss.; inoltre, A. OTT, *Multilevel Regulations Reviewed by Multilevel Jurisdictions: The ECJ, the National Courts and the ECtHR*, in A. FOLLESDAL-R. A. WESSEL-J. WOUTERS (eds.), *Multilevel Regulation and the EU*, cit., 345 ss.

²⁴ Il richiamo è al limpido affresco di P. GAETA, *Gerarchia ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del bis* in *idem*, in corso di pubblicazione su *Cass. pen.*, 2015, 14 ss. del dattiloscritto.

²⁵ Si veda, al riguardo, la preoccupata riflessione di F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, cit., 11. ss.

²⁶ Al riguardo, si rinvia ora ai diversi contributi raccolti nella ricca collettanea curata da L. CAPPUCCIO-E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, *passim*; inoltre, dalla prospettiva penalistica, si rinvia, volendo, anche a V. MANES, *Dove va il controllo accentrato di costituzionalità in materia penale?*, in *RIDPP*, 2015, in corso di pubblicazione.

²⁷ Così M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute*, 4 ss., alla cui analisi si rinvia per un’aggiornata mappa orientativa, fruibile dal giudice comune per una corretta impostazione della questione di costituzionalità centrata sul contrasto con la CEDU, e sui – prioritari – spazi di interpretazione conforme; al riguardo, altresì, R. CONTI, *La CEDU assediata*, cit., 182.

motivazione non contraddittoria,²⁸ a pena – appunto – di inammissibilità (o, spesso, di manifesta inammissibilità).²⁹

Questa esigenza di precisione ed esaustività narrativa si impone a partire da una scrupolosa esposizione dei fatti di causa, che con la valutazione di rilevanza hanno del resto un legame simbiotico:³⁰ profilo su cui molto insiste la Corte ammonendo costantemente che “l’omessa o insufficiente descrizione della fattispecie, non emendabile mediante la lettura diretta degli atti, impedita dal principio di autosufficienza dell’atto di rimessione, preclude il necessario controllo in punto di rilevanza”.³¹

Insomma, il giudice *a quo* – sul punto – non deve farsi troppe illusioni, facendo affidamento su un approccio collaborativo della Corte, forse vivo in passato,³² ma ormai da tempo dismesso,³³ come conferma la decisione in commento, ritenendo

²⁸ Come quando si lamenta l’illegittimità di una norma di cui...si è già fatta applicazione: si veda, ad esempio, l’ordinanza n. 289 del 2011, che ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione di illegittimità dell’art. 72 c.p.p., appunto per difetto di rilevanza, “avendo il rimettente – nell’attuale fase del procedimento – già fatto applicazione della norma censurata”.

²⁹ Cfr., tra le tante, sentenza n. 103 del 2010, concernente la pretesa illegittimità degli artt. 424, 429 e 521, comma 1, c.p.p. per violazione degli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, Cost., ritenendo – *inter alia* – insufficiente la motivazione in punto di rilevanza, posto che “il giudice *a quo* ha trascurato di precisare perché, nella fattispecie sottoposta al suo giudizio, il fatto debba ritenersi diversamente qualificato e non si tratti, piuttosto, di un fatto diverso rispetto a quello originariamente contestato”, non avendo, in tal modo, adempiuto all’onere di motivare sulla sussistenza della necessaria pregiudizialità tra la questione di legittimità costituzionale sollevata e la decisione, anche in ordine all’eccezione di nullità, formulata dai difensori nel giudizio *a quo*” (sull’insufficiente motivazione come ostacolo a valutare la rilevanza della questione proposta, si vedano altresì la sentenza n. 58 del 2009, e le ordinanze n. 15 del 2009, n. 312 e n. 100 del 2008, espressamente richiamate dalla sentenza n. 103 del 2010, cit.).

³⁰ Punto, questo, sul quale si registra il limite statisticamente più vistoso delle ordinanze di rimessione, data la tendenza del giudice *a quo* a ritenere la rilevanza quasi “autoevidente” (P. GAETA, *L’ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale*, inedito, 18 del dattiloscritto), dimenticando invece che “tutto ciò che non sta nell’ordinanza (di rimessione) *non est de hoc mundo*” (M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, p. 108).

³¹ *Ex plurimis*, sentenze (entrambe di manifesta inammissibilità) n. 274 e n. 338 del 2011; ord. n. 93 del 2012, in relazione alla omessa motivazione circa la rilevanza della questione in materia di prescrizione e *lex mitior* – peraltro questione “già coperta” da Corte cost. n. 236 del 2011 – sulla base del fatto che da un lato la Cassazione aveva omesso, in particolare, di indicare se l’appello fosse pendente al momento dell’entrata in vigore della l. n. 251 del 2005, dall’altro la Corte d’Appello di Messina aveva omesso anche di indicare il reato per il quale si procedeva.

³² Specie nei primi quindici anni di attività (e cioè sino ai primissimi anni ’70), quando la Corte – come rileva R. ROMBOLI, *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l’esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Diritto processuale costituzionale*, a cura di L. Mezzetti-E. Ferrer Mac-Gregor, Padova, 2010, 411 ss., 424 – al fine di eliminare il maggior numero possibile di dubbi di illegittimità costituzionale “non ha esitato ad interpretare l’ordinanza di rinvio e ad andare a cercare la questione anche quando questa non fosse espressa del tutto chiaramente nel provvedimento di rinvio e con l’osservanza puntuale di tutte le regole”.

³³ “Non si creda, insomma, da parte dei giudici remittenti, che tutto ciò che serve al giudizio costituzionale potrà essere reperito dalla Corte tra gli atti del giudizio trasmessi, sì da integrare eventuali carenze dell’ordinanza. Ciò è effettivamente avvenuto, ma solo nei primissimi anni di funzionamento della Corte, nel periodo, cioè, di un necessitato rodaggio dell’organo (e dei giudici rispetto ad esso), che esigeva un atteggiamento ‘collaborativo’ con i giudici *a quibus*. Oggi è vero il contrario: il titolo esclusivo di ingresso

“pacifico” il divieto di integrare *per relationem* la motivazione dell’ordinanza di rimessione.

Al riguardo, la lacuna ravvisata in punto di rilevanza concerne l’accertamento del superamento della presunzione di non colpevolezza del terzo (acquirente), presupposto per l’applicabilità – nel caso di specie – della confisca urbanistica, nell’assetto risultante dall’eventuale accoglimento della questione: un profilo vertiginoso in relazione al quale “sarebbe stato necessario argomentare il raggiungimento della prova della responsabilità del terzo acquirente, perché, seguendo il ragionamento del rimettente, solo in tal caso vi sarebbe stata la necessità di applicare la contestata regola di diritto tratta dal caso *Varvara*”.³⁴

4.3. Il “duplice, erroneo presupposto interpretativo” condiviso dai rimettenti

È tuttavia il terzo profilo di inammissibilità che offre alla Corte – come accennato – il maggior campo motivazionale, ospitando – tra le pieghe di una censura volta a stigmatizzare un “duplice, erroneo presupposto interpretativo” – le argomentazioni più interessanti, e per molti aspetti originali, specie in punto di dialogo con la Corte di Strasburgo e di vincolatività dei relativi “precedenti”: ed è in questa sede che si misura, in effetti, il grado di evoluzione – e la stessa profondità – del rapporto tra giudice europeo e giudice costituzionale.

Anzitutto, la Corte addebita al rimettente di aver preso le mosse da una scorretta premessa interpretativa per aver tratto dalla sentenza *Varvara* un significato che questa – sempre secondo i giudici costituzionali – non ha, essendosi la Corte EDU limitata a ribadire solo che la confisca non possa trovare applicazione senza previo accertamento della responsabilità.

Tale rimprovero offre però il destro per puntualizzare i termini di un corretto utilizzo delle “*courts made doctrines*”, secondo una serie di criteri che – nel ribadire la “eminente funzione interpretativa” riconosciuta alla Corte EDU in uno con la “concretezza” caratteristica del suo giudizio – devono filtrare le pronunce della giurisdizione sovranazionale subordinandone la vincolatività “infracostituzionale” in ragione della “accuratezza” del principio affermato, e del grado di consolidamento della decisione nei tracciati giurisprudenziali di Strasburgo, e dunque in ragione della stessa “sostanza” di “precedente” da riconoscersi alla singola pronuncia.

della questione è esclusivamente l’ordinanza di rimessione. Ad essa e ad essa soltanto spetta il compito di traghettare il dubbio di costituzionalità dal giudizio principale a quello costituzionale” (P. GAETA, *L’ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 18 s.).

³⁴ Punto 5 del *Considerato in diritto*; viceversa, la Cassazione si era limitata ad escludere di poter assolvere gli imputati, ai sensi dell’art. 129 c.p.p., osservando come il capo della sentenza di merito concernente la confisca meritasse conferma, non sussistendo “elementi incontrovertibili da cui possa escludersi” che gli acquirenti “fossero qualificabili come terzi di buona fede”.

5. Le indicazioni sull'utilizzo della giurisprudenza europea e i *caveat* della Corte

Da questo punto di vista, il *leit motiv* della pronuncia può intravedersi nel diffuso monito contro un uso distorsivo dei precedenti e degli stessi principi della Corte europea da parte del giudice comune,³⁵ e sembra riflettere un atteggiamento votato ad una “ermeneutica della sorveglianza”³⁶ che permette al giudice costituzionale di arricchire un corredo di *caveat* già somministrati a più riprese: come quando la Corte – sempre muovendo dalla “concretezza” del giudizio di Strasburgo³⁷ – invita il giudice domestico a condurre un rigoroso *riscontro in termini di analogia* con il caso oggetto del suo giudizio e quello oggetto della pronuncia di condanna in sede europea, nel prospettare la violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., a pena di inammissibilità della questione stessa;³⁸ o come quando lo ha messo in guardia dal rischio di possibili *falsi sillogismi*, posti a base della censura prospettata, e costruiti muovendo da premesse vere da cui si traggono – tuttavia – deduzioni mai condivise dal giudice europeo.³⁹

Su questa traccia, la sentenza n. 49 del 2015 torna sui rischi di un *uso arbitrario e selettivo* dei precedenti, fornendo precise indicazioni all’interprete per gestire correttamente la giurisprudenza-fonte di Strasburgo.

In linea generale, si afferma che il giudice deve “controllare” il principio escerpibile dalla decisione richiamata, sottoponendolo a verifica per controllarne la correttezza “sistematica”, sorvegliata attraverso i canoni dell’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, canoni che “debbono trovare

³⁵ Sulle insidie nell'utilizzo della giurisprudenza delle Corti europee, volendo, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 28 ss.

³⁶ V. VALENTINI, *La giustizia penale convenzionale e l'oltranzismo dei controlimiti. Dall'europeismo della prima ora all'ermeneutica della sorveglianza*, in S.A. SONELLI (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino, 2015, in corso di pubblicazione; ID., [Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni](#), in questa Rivista, 20 gennaio 2015, 5.

³⁷ Profilo costantemente esposto a rilievi critici, anche in ragione dei possibili fraintendimenti: in effetti la Corte EDU indubbiamente decide sul caso concreto, secondo una logica “case by case”, ma le sue decisioni sono intramate di affermazioni di principio, come del resto – è stato giustamente puntualizzato – ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale nelle sentenze gemelle: sul punto, v. ancora V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in RIDPP, 2014, 285 ss., 299 ss., secondo il quale “In effetti, se quella strasburghese non fosse mai un’ermeneutica generalizzante, se, in altri termini, gli arresti della Corte EDU non trascendessero mai il singolo case, allora il diritto “scrittovivente” CEDU non potrebbe neppure giustificare l’espunzione di regole primarie generali e astratte, appunto perché si occuperebbe solo del sottostante livello di casi-fatto”.

³⁸ In più occasioni la Corte ha evidenziato come il riscontro in termini di analogia tra i casi “rappresenta un presupposto necessario per “importare” il principio affermato in sede europea nell’ambito del controllo di legittimità costituzionale”: così, ad es., la sentenza n. 239 del 2009, ovvero la sentenza n. 230 del 2012.

³⁹ Ne è esempio lampante la sentenza n. 230 del 2012, ove la Corte ha appunto “smascherato” – come argomento posto a base dell’ordinanza di rimessione – un sillogismo erroneo, in quanto costruito su due premesse vere (l’equazione tra legge e diritto giurisprudenziale in punto di irretroattività, da un lato; la retroattività della *lex mitior*, dall’altro) e una deduzione non necessaria (la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole).

applicazione anche nei confronti delle sentenze della CEDU, quando di esse [...] non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto", e che in ogni caso devono essere "ordinati" in modo tale da assicurare – come accennato – la preminenza assiologica della Costituzione sulla CEDU.

Più in particolare, ed in primo luogo – posto che "la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo [...] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata"⁴⁰ – l'interprete deve evitare di incappare in "disanalogie", che possono occorrere ove si richiami un principio, o un sottoprincipio, che in realtà ha una ben precisa – e diversa – contestualizzazione nel caso concreto nell'ambito del quale è stato enunciato, *universalizzandone* arbitrariamente la portata;⁴¹

In secondo luogo, il giudice deve evitare di "importare" un principio affermato in una pronuncia ma disatteso in altre, selezionando così un orientamento non univoco ed incontrastato⁴² o un precedente non autorevole o "privo di forza",⁴³ giacché non coonestato da uno "sciame" di pronunce conformi; essendo "solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo";⁴⁴ ed essendo solo un *well-established case-law* o una "sentenza-pilota" – al di là della pronuncia resa nell'ambito della stessa

⁴⁰ Punto 6.2. del *Considerato in diritto*, ove la Corte cita un passaggio della sentenza n. 236 del 2012.

⁴¹ Sul punto, sopra tutti, si rinvia a M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in AA.VV., *Diritto processuale costituzionale*, a cura di L. Mezzetti-E. Ferrer Mac-Gregor, Padova, 2010, 497 ss., 498, sottolineando – in generale – "la circostanza che poiché il precedente è sempre una decisione relativa ad un caso particolare, occorre che il significato della regola giuridica usata come criterio di decisione venga "concretizzato" per riferirlo alla soluzione del caso particolare: il precedente non si comprende se l'interpretazione della norma che in esso è stata applicata non viene connessa direttamente con la fattispecie concreta che è stata decisa"; e concludendo – per quanto qui maggiormente interessa – che "la decisione resa sul caso precedente può spiegare effetti in qualche modo prescrittivi o normativi sulla decisione del caso successivo soltanto a condizione che dal precedente specifico possa derivarsi una regola applicabile anche ad altri casi, ossia – per dirla con Mac Cormick – a condizione che la decisione formulata in diritto sul caso precedente sia *universalizzabile*" (il saggio citato è apparso – nel contesto delle conferenze pubblicate dall'Università Suor Orsola Benincasa – anche per i tipi di ESI, Napoli, 2007).

⁴² Sulla distinzione *quantitativa* e *qualitativa* tra "precedente" e "giurisprudenza" (formata "da un insieme di sentenze, o meglio: da un insieme di sottoinsiemi o di gruppi di sentenze"), cfr. ancora M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., 499 ss.; nella prospettiva penalistica, si veda altresì A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, 171 ss., 178 ss.

⁴³ O fondando la propria decisione, persino, su un mero *esempio*, ben diverso, in realtà, dal *precedente*: cfr. sempre M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., 509 ss.; sulla problematicità di questi profili – "(...) lo snodo più delicato del discorso penalistico negli anni a venire" – concorda ora anche O. DI GIOVINE, [Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2013, 161 rilevando come "neanche i più convinti assertori del ruolo (inevitabilmente) creativo della giurisprudenza (quali siamo noi) si spingerebbero ad identificare la *giurisprudenza* con l'esito di una o più pronunce isolate della Corte di Strasburgo", anche perché "del precedente la giurisprudenza della Corte non possiede sempre il necessario requisito della stabilità".

⁴⁴ "[...] mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo": punto 7 del *Considerato in diritto*; ma sul punto si vedano i rilievi critici di R. CONTI, *La CEDU assediata*, cit., 182 ss.

“vicenda” – che secondo la Corte possono vincolare correttamente il giudice,⁴⁵ mettendolo al riparo – verrebbe da dire – da “rondini che non fanno primavera”, così come dai rischi di “cherry picking”:⁴⁶ rischi neutralizzabili solo se l’interprete si sforza di “collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea [...]”.⁴⁷

Si tratta di affermazioni indubbiamente originali, e per diversi aspetti – a nostro sommo avviso – importanti,⁴⁸ ancorché non incontrastate, specie per quanto concerne la “gerarchia ordinamentale” che tramandano, congeniale all’affermato “predominio assiologico” della Costituzione sulla CEDU, ed il correlativo obbligo di fedeltà del giudice domestico alla prima “carta”, piuttosto che alla seconda;⁴⁹ e sono tutte precisazioni che saranno utili, in ogni caso, ad affrontare le molte insidie sottese alla gestione della giurisprudenza-fonte delle Corti europee, generate dalla necessità, in capo all’interprete, di maneggiare un corredo fatto di *rationes decidendi* e di *obiter dicta*,⁵⁰ e del necessario *distinguishing*, corredo ancora piuttosto ostico per il giurista di *civil law*.⁵¹

Quale che ne sia la condivisibilità a livello teorico, è la “tenuta pratica” del breviario di regole così “codificato” a dimostrare subito le sue criticità, giacché una più

⁴⁵ “Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale”: ancora punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Tra le fallacie logiche, la *fallacy of cherry-picking* (o *fallacy of incomplete evidence*) è normalmente considerata una forma di “attenzione selettiva” (che ovviamente può essere anche non intenzionale), consistente nel focalizzarsi su casi individuali o dati che sembrano confermare una determinata posizione, ignorando tuttavia una porzione significativa di casi (o dati) relazionati ai primi che, viceversa, possono contraddire quella posizione (come la cernita delle ciliegie da un cestino, che – cadendo ovviamente su quelle “migliori” – può ingannare un osservatore che veda solo i frutti scelti sullo stato di conservazione delle rimanenti).

⁴⁷ Punto 6.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ Ne sviluppa tutto il portato di novità, in particolare, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute*, cit., 6 ss. ; al riguardo, altresì, R. CONTI, *La CEDU assediata*, cit., 183 ss.

⁴⁹ Molto critico, al riguardo, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, cit., 7, che parla di “nazionalismo costituzionale esasperato”, e di “patriottismo” costituzionale “ingenuo ed infecondo”.

⁵⁰ Un’altra insidia deriva dalla sopravvalutazione di un *obiter dictum*, in realtà mai assunto a *ratio decidendi*, trasformandolo arbitrariamente in precedente.

In effetti, la “dottrina del precedente” usa distinguere – è noto – “tra *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione su fatti specifici del caso, e *obiter dictum*, ossia quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza, ma che, pur essendo utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione”: così, ancora, M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., 503 ss., sottolineando che “la *ratio* (...) soltanto può avere efficacia di precedente”, e che “gli *obiter dicta* non hanno nessuna efficacia, e non possono essere invocati come precedente nella decisione di casi successivi proprio in quanto non hanno condizionato la decisione del caso anteriore”; e rilevando soprattutto come tale distinzione – pur nota alla nostra giurisprudenza – “non viene applicata con il necessario rigore”.

⁵¹ Al riguardo, per un’autorevole guida, L. WILDHABER, *Precedent in the European Court of Human Rights*, in ID., *The European Court of Human Rights* (1998-2006), N.P. Engel Verlag, Kehl, 2006, 154 ss.

ampia ricognizione degli orientamenti di Strasburgo rilevanti per analizzare la questione in esame sembra profilare possibili divergenze di inquadramento, e mostrare una angolatura prospettica rimasta sostanzialmente in ombra, e viceversa in grado di meglio illuminare la complessità dei principi “in gioco”.

6. La giurisprudenza europea ulteriormente rilevante per l’inquadramento del problema

Sotto quest’ultimo aspetto, come accennato, al di là delle affermazioni di principio si rimprovera anzitutto ai rimettenti – in punto di accuratezza del principio invocato a sostegno delle censure, e dunque sostanzialmente “nel merito” – di aver erroneamente interpretato l’affermazione della Corte europea concernente la necessità di una *condanna* per poter disporre legittimamente la confisca.

Al riguardo, il *punctum crucis* è affrontato dalla Corte al punto 6.2. del *Considerato in diritto*: “La questione da risolvere, secondo i criteri appena enunciati dell’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, consiste allora nel decidere se il giudice europeo, *quando ragiona espressamente in termini di condanna* – nei termini di cui al par. 61 della sentenza *Varvara* – *abbia a mente la forma del pronunciamento del giudice, ovvero la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia*, laddove essa infligga una sanzione criminale ai sensi dell’art. 7 CEDU, vale a dire l’accertamento della responsabilità”.

Il giudice delle leggi propende espressamente per una accezione di condanna in senso *sostanziale*, soddisfatta – appunto – dall’accertamento incidentale della colpevolezza (e dunque della responsabilità) del soggetto, che certo ha il merito di suffragare – quanto meno in linea di principio – una soggezione *de facto* della confisca urbanistica al regime del *nullum crimen sine culpa*.

E tuttavia, per quanto laconiche, le indicazioni letterali offerte dalla sentenza *Varvara* sembrerebbero non precludere – ed anzi, forse preferire – una opposta ricostruzione, radicata sull’esigenza di una condanna *formale*, posto che la Corte EDU afferma a chiare lettere l’illegittimità dell’applicazione di sanzioni penali per fatti commessi da altri o comunque, per quanto qui maggiormente interessa, non fondata su di un giudizio di colpevolezza “*consignée dans un verdict de culpabilité*”.

6.1. La necessità di una condanna formale e la lettura sistematica delle garanzie convenzionali: il nodo della presunzione di innocenza (art. 6 § 2 CEDU)

Soprattutto, la necessità di una condanna *formale* sembra quella più congeniale alla lettura *sistematica* delle garanzie convenzionali alla luce di altre e diverse pronunce del giudice europeo, dove la questione viene problematizzata – lo si evidenzia sin d’ora – non già nella prospettiva del rispetto dell’art. 7 § 1 CEDU, quanto nella prospettiva della violazione della presunzione d’innocenza, garanzia che rappresenta uno degli elementi della più generale nozione di processo equo e che – come si sa – protegge ogni

persona “sino a che la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata” (art. 6 § 2 CEDU):⁵² proponendosi anzitutto, dunque, come proiezione dell’assioma garantistico “*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*”, che impedisce di assimilare l’imputato al colpevole prima di una condanna definitiva.⁵³

Sotto questo profilo, nella ricostruzione dello “stato” della giurisprudenza europea sul punto,⁵⁴ possono assumere rilievo diverse decisioni dove l’irrogazione di una sanzione penale in assenza di condanna è stata ragione di affermare la violazione dell’art. 6 § 2 CEDU, la cui *ratio* più profonda – per la Corte europea come per una tradizione secolare – “è espressa dal principio *in dubio pro reo*, ed essa «si trova misconosciuta se, senza un previo accertamento legale della colpevolezza di un imputato, una decisione giudiziaria che lo riguarda riflette la convinzione che egli sia colpevole»”.⁵⁵

Tra le diverse decisioni in merito, importanti indicazioni, specie nella prospettiva che qui interessa, sono offerte dalla sentenza *Paraponiari c. Grecia*,⁵⁶ dove la Corte dimostra sfiducia nei confronti della distinzione tra accertamento obiettivo della commissione (“*constat de perpétration « objective » d’une infraction*”) e accertamento di responsabilità (“*constat de culpabilité*”), ritenendola “artificiosa” e non compatibile con le esigenze imposte dalla presunzione di innocenza.⁵⁷

⁵² Sul punto, si veda A. TAMIETTI, *Art. 6*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, 172 ss., 222 ss.; inoltre, M. CHIAVARIO, *Art. 6 (Diritto ad un processo equo)*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2001, 154 ss., 216 ss.; A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, 102 ss.

⁵³ Per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1996, 69 ss., 559 ss., ove l’illustre A. rileva che “il principio di giurisdizionalità – esigendo in senso lato che non si dia colpa senza giudizio (...), e in senso stretto che non si dia giudizio senza che l’accusa sia sottoposta a prova e confutazione – postula la presunzione di innocenza dell’imputato fino alla prova contraria sancita dalla sentenza definitiva di condanna”; sul “valore politicamente significativo” della presunzione d’innocenza si rinvia alle riflessioni di G. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979, 31 ss.; sulle sue diverse dimensioni, più di recente, P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, Torino, 2008, 10 ss., 119 ss.

⁵⁴ Una istruttiva rassegna, al riguardo, è offerta dal denso *Magisterarbeit* di N. RECCHIA, *Die Bedeutung der Unschuldsumutung für das materielle Strafrecht in einer rechtsvergleichenden und europäischen Perspektive* (relatore: Prof. Dr. H. Satzger), Universität München, 19 marzo 2014.

⁵⁵ Così M. CHIAVARIO, *Art. 6*, cit., 217, riprendendo un passo – sul quale si tornerà ampiamente – della sentenza Corte EDU, 25 marzo 1983, *Minelli c. Svizzera*, § 37.

⁵⁶ Corte EDU, 25 settembre 2008, *Paraponiari c. Grecia*.

⁵⁷ Il caso concerneva, in particolare, l’irrogazione nei confronti del ricorrente – un cittadino greco, imputato di contrabbando di prodotti petroliferi – di una sanzione pecuniaria di 54 mila euro a titolo di confisca per equivalente dei beni oggetto di contrabbando, pur in presenza di una decisione di chiusura del caso – intervenuta in sede di udienza preliminare – per intervenuta prescrizione, e ciò sulla base della constatazione del giudice di aver ciononostante “oggettivamente constatato che l’accusato aveva commesso l’illecito di contrabbando”.

La Corte ravvisa la violazione dell’articolo 6 § 2 CEDU della Convenzione sulla base dei seguenti motivi: “Dans le cas d’espèce, la Cour note que nonobstant la fin des poursuites pénales engagées contre le requérant, celui-ci fut pourtant qualifié comme ayant « objectivement » commis l’infraction dont il était accusé et écopa d’une peine pécuniaire. La Cour peut difficilement saisir la portée des termes utilisés ci-

In altri termini, la Corte EDU sembra rifiutare la contrapposizione tra decisione di condanna e decisione che comunque riconosca la responsabilità del soggetto per la violazione imputata, non ritenendo soddisfacente ai fini dell'art. 6 § 2 CEDU una decisione – come quella appunto richiesta al giudice comune in relazione alla confisca urbanistica secondo l'impostazione “avallata” dal giudice costituzionale – che dovrebbe motivare in ordine alla sussistenza della responsabilità dell'imputato in tutti i suoi elementi, in ciò equiparandosi ad una sentenza di condanna, pur essendo denominata proscioglimento, sul piano formale.

Dunque, la preoccupazione della Corte EDU sembra indirizzarsi non solo nel senso, fatto proprio dalla Corte costituzionale, del pericolo che una sanzione “penale” possa essere inflitta in mancanza della colpevolezza del reo, a fronte di un omesso od affrettato giudizio sulla sua responsabilità; quanto piuttosto nella considerazione che in assenza di una decisione di condanna persista e debba essere garantita la presunzione di innocenza del reo,⁵⁸ non soltanto in una visione endo-processuale, tipica del sistema continentale, quanto nel significato “extra-processuale” forgiato proprio dalla Corte EDU, tale da esigere che nessuna dichiarazione di un rappresentante dello Stato o di un'autorità pubblica rifletta l'impressione che l'imputato sia colpevole senza accertamento legale della sua responsabilità.⁵⁹

Del resto, in assenza di una *formale condanna*, la giurisprudenza della Corte EDU sembra propendere per salvaguardare il soggetto prosciolti da *qualsiasi misura, atto o finanche dichiarazione* proveniente da una pubblica autorità, e persino da terzi, che potesse lasciar residuare sullo stesso una qualsiasi “ombra” di colpevolezza.

Se è così, da questo punto di vista, paradossalmente, una soluzione come quella “avallata” dalla Corte costituzionale, pur presentando indubbi aspetti di garanzia in punto di accertamento della effettiva colpevolezza del reo, finirebbe per profilare un contrasto ancora più marcato con la presunzione di innocenza, che permane intatta – nell'impostazione della Corte EDU – a seguito della decisione di proscioglimento; e che risulterebbe seriamente compromessa da una decisione che accerta non già solo uno *stato di sospetto*⁶⁰ bensì (la materialità dell'illecito e) la colpevolezza del reo, pur senza concretizzarsi in una condanna formale.⁶¹

dessus, qui opèrent une distinction, à ses yeux artificielle, entre un constat de culpabilité et un constat de perpétration « objective » d'une infraction. En effet, la Cour n'aperçoit pas comment elle pourrait ne pas considérer le raisonnement de la chambre d'accusation comme étant assimilable à une déclaration de culpabilité et donc incompatible avec le respect de la présomption d'innocence” (Corte EDU, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, § 33).

⁵⁸ Enfatizza giustamente questo decisivo profilo, in particolare, M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, 1694 ss. e *passim*.

⁵⁹ Come rileva A. TAMIETTI, *Art. 6*, cit., 222, si ha violazione dell'art. 6 § 2, CEDU anche in mancanza di una constatazione formale di colpevolezza, se la motivazione di un provvedimento giudiziario o i termini utilizzati nelle dichiarazioni incriminate inducono a pensare che il giudice o il pubblico ufficiale in causa considerano il ricorrente colpevole (Corte EDU, 25 aprile 2006, *Puig Panella c. Spagna*, § 51; Corte Edu, 4 marzo 2003, *Sofri e altri c. Italia*; Corte Edu, 28 novembre 2002, *Marziano c. Italia*, § 27) [...].

⁶⁰ A differenza delle affermazioni che riflettono il sentimento che la persona sia colpevole, le affermazioni che si limitano a descrivere un mero stato di sospetto sono state, in numerosi casi, considerate conformi alla Convenzione: si veda ancora, al riguardo, A. TAMIETTI, *Art. 6*, cit., 223, specie per i pertinenti richiami

La prospettiva dischiusa dalla Corte di Strasburgo sembra ricordare, in sostanza, che il punto più in ombra sta sempre sotto la lampada.

Del resto, quanto grave sia il profilo garantistico interpellato dal problema qui in esame emerge ancor più chiaramente nella decisione resa nel caso *Minelli*,⁶² pur richiamata dalla Corte costituzionale nel percorso motivazionale della sentenza che qui si annota per confermare la centralità della valutazione sostanziale all'interno della pronuncia giudiziale:⁶³ decisione che, tuttavia, sembra proporsi in direzione diversa (e forse opposta) rispetto a quella desunta dal giudice costituzionale.

Nel caso *Minelli*, infatti, la Corte EDU era chiamata a decidere sul ricorso di un soggetto, tratto a giudizio per diffamazione, e condannato al pagamento delle spese processuali pur in presenza di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione: la Corte accertò la violazione della presunzione di innocenza (art. 6 § 2 CEDU) perché nell'addebitare il pagamento delle spese processuali il giudice nazionale – al termine di lunga motivazione – aveva affermato che, ove appunto non vi fosse stata prescrizione, il tenore dell'articolo giornalistico incriminato “avrebbe molto probabilmente comportato la condanna” dell'imputato; e ciò, appunto, pur in assenza di un accertamento formale (“*formal finding*”) in ordine alla responsabilità del ricorrente, che non aveva potuto esercitare il diritto di difesa in ordine all'imputazione.⁶⁴

giurisprudenziali. Nondimeno, si danno anche casi in cui la Corte ha precisato che, una volta divenuta definitiva l'assoluzione (anche se motivata da una situazione di dubbio), non sarebbe ammissibile porre il sospetto a carico dell'assolto, come fondamento del rigetto di una domanda di indennizzo per ingiusta detenzione (Corte EDU, 21 marzo 2000, *Asan Rushiti c. Austria*, § 31).

⁶¹ È sotto questo angolo prospettico che forse si può comprendere perché paradossalmente meno problemi pongano alla Corte EDU confische sì allargate ma conseguenti in qualsiasi modo ad una condanna del reo, di per sé idonea ad intaccare la presunzione di innocenza.

In questo senso può leggersi la sentenza Corte EDU, 1 marzo 2007, *Geerings v. The Netherlands*: “48. Secondly, unlike in the Phillips and Van Offeren cases, the impugned order related to the very crimes of which the applicant had in fact been acquitted. 49. In the Asan Rushiti judgment (cited above, § 31), the Court emphasised that Article 6 § 2 embodies a general rule that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible. 50. The Court of Appeal's finding, however, goes further than the voicing of mere suspicions. It amounts to a determination of the applicant's guilt without the applicant having been “found guilty according to law” (compare Baars v. the Netherlands, no. 44320/98, §31, 28 October 2003). 51. There has accordingly been a violation of Article 6 § 2.”

⁶² Corte EDU, 25 marzo 1983, *Minelli c. Svizzera*.

⁶³ Corte cost., sentenza n. 49 del 2015: “La stessa Corte di Strasburgo, pronunciandosi in altra occasione sulla compatibilità con la presunzione di non colpevolezza di una condanna alle spese adottata nonostante la prescrizione del reato, ha infatti escluso di poter decidere la controversia sulla base della sola natura in rito della sentenza adottata dal giudice nazionale, senza invece valutare come quest'ultimo avesse motivato in concreto (sentenza 25 marzo 1983, *Minelli contro Svizzera*)” (punto 6.2 del Considerato in diritto).

⁶⁴ Corte EDU, 25 marzo 1983, *Minelli c. Svizzera*: “37. In the Court's judgment, the presumption of innocence will be violated if, without the accused's having previously been proved guilty according to law and, notably, without his having had the opportunity of exercising his rights of defence, a judicial decision concerning him reflects an opinion that he is guilty. This may be so even in the absence of any formal finding; it suffices that there is some reasoning suggesting that the court regards the accused as guilty. 38. [...] Notwithstanding the absence of a formal finding and despite the use of certain cautious phraseology

In particolare, secondo la Corte, un'affermazione colpevolista risulta indebita ove sia contenuta all'interno della motivazione di una sentenza – non di condanna – “la quale faccia pensare che il giudice considera colpevole l'interessato”: motivazione di per sé sufficiente a violare le garanzie di cui all'art. 6 § 2 se appunto la colpevolezza non risulta legalmente accertata.

In effetti, in tale decisione, la Corte EDU pare sì indicare, come sostenuto dalla Corte costituzionale, che non possa decidersi in astratto la questione della compatibilità tra condanna alle spese e sentenza in rito, quanto piuttosto sulla base della argomentazione del giudice a sostegno della condanna alle spese, ma in un senso diametralmente opposto a quello implicitamente assunto dalla Corte costituzionale in riferimento alla diversa questione al centro del caso *Varvara*.⁶⁵

In altri termini, la condanna al pagamento delle spese processuali in caso di prescrizione secondo la Corte EDU non è preclusa, ma solo nei casi in cui ciò avvenga sulla base di considerazioni che esulino del tutto dall'ammissione, anche implicita, della colpevolezza del reo, poiché questo andrebbe a violare la presunzione di innocenza del reo, lasciata “intatta” dalla decisione di proscioglimento; non a caso, la riscontrata violazione trova fondamento nel fatto che la decisione di condanna alle spese processuali era avvenuta sulla base del criterio, consolidato nella giurisprudenza svizzera, del *probabile* esito processuale nell'ipotetica assenza della causa di estinzione del processo.

In definitiva, l'impressione che si trae da decisioni come quella da ultimo citata – che trovano conforto anche in recenti conferme – è che la preoccupazione garantistica del giudice di Strasburgo sia quella di evitare, anche rispetto all'“opinione pubblica”, che vi siano decisioni giudiziali che contraddicano l'innocenza dell'imputato e contribuiscano al consolidamento di una considerazione di colpevolezza;⁶⁶ una

(“in all probability”, “very probably”), the Chamber proceeded to make appraisals that were incompatible with respect for the presumption of innocence” (sulla decisione, M. CHIAVARIO, *Art. 6*, cit., 219).

⁶⁵ Condivide invece la lettura della Corte costituzionale, anche in relazione alla sentenza della Corte EDU nel caso *Minelli*, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute*, cit., 9 s.

⁶⁶ Si veda, di recente, Corte EDU, 23 ottobre 2014, *Melo Tadeu c. Portugal*: “57. L'article 6 § 2 protège le droit de toute personne à être « présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Considérée comme une garantie procédurale dans le cadre du procès pénal lui-même, la présomption d'innocence revêt aussi un autre aspect. Son but général, dans le cadre de ce second volet, est d'empêcher que des individus qui ont bénéficié d'un acquittement ou d'un abandon des poursuites soient traités par des agents ou autorités publics comme s'ils étaient en fait coupables de l'infraction qui leur avait été imputée. Dans de telles situations, la présomption d'innocence a déjà permis – par l'application lors du procès des diverses exigences inhérentes à la garantie procédurale qu'elle offre – d'empêcher que soit prononcée une condamnation pénale injuste. Sans protection destinée à faire respecter dans toute procédure ultérieure un acquittement ou une décision d'abandon des poursuites, les garanties d'un procès équitable énoncées à l'article 6 § 2 risqueraient de devenir théoriques et illusoires. Ce qui est également en jeu une fois la procédure pénale achevée, c'est la réputation de l'intéressé et la manière dont celui-ci est perçu par le public. Dans une certaine mesure, la protection offerte par l'article 6 § 2 à cet égard peut recouvrer celle qu'apporte l'article 8 [...]. 58. [...] La question qui se pose dans le cas d'espèce est de savoir si, par leur manière d'agir, par les motifs de leurs décisions ou par le langage utilisé dans leur raisonnement, les juridictions administratives ont jeté des soupçons sur l'innocence de la requérante et ont ainsi porté atteinte au principe de la présomption d'innocence, tel que garanti par l'article 6 § 2 de la

prospettiva dove l'istanza di tutela garantita dall'art. 6 § 2 può dunque sovrapporsi con quella della protezione garantita dall'art. 8 CEDU (ossia il "Diritto al rispetto della vita privata e familiare").⁶⁷

E se una tale impostazione vale per qualsiasi pronuncia, anche concernente una misura *non penale* quale – nell'esempio richiamato – il pagamento delle spese processuali, essa deve valere *a fortiori* ove il corpo motivazionale debba sostenere una sanzione intrinsecamente *penale* quale la confisca: posto che l'accertamento necessario a disporre la misura ablativa comporterebbe, inesorabilmente, la formazione di un giudizio di colpevolezza in capo agli autori a prescindere da una condanna formale.

D'altronde, la Corte ha espressamente chiarito, più in generale, che una ferita alla presunzione d'innocenza può essere arrecata anche da una pronuncia di proscioglimento, persino ove determinata da insufficienza di prove, se la motivazione che sorregge il dispositivo "riflette l'opinione che l'accusato è *di fatto* colpevole".⁶⁸ È vero, peraltro, che la profondità della ferita è determinata dal "contesto", dalla tipologia di procedimento e di reato, dalle conseguenze delle affermazioni fattuali, e dallo stesso tenore delle parole utilizzate in motivazione: ma se l'affermazione è "diretta e incondizionata",⁶⁹ come dovrebbe essere quella posta a sostegno di un accertamento (anche soggettivo) della responsabilità prodromica ad un confisca di riconosciuta natura punitiva, la presunzione di innocenza ne esce fatalmente compromessa.

6.2. Le differenze tra i casi *Sud Fondi c. Italia* e *Varvara c. Italia*: la prospettiva della legalità (art. 7 § 1 CEDU) e la prospettiva della presunzione di innocenza (art. 6 § 2 CEDU)

Certo la corretta scansione tra i diversi profili di garanzia in rilievo, che peraltro presentano aspetti di indubbia connessione,⁷⁰ non era agevolata dalla decisione *Varvara*, che sceglie di inquadrare prevalentemente nella prospettiva del *nullum crimen*

Convention [...]. 59. À ce titre, la Cour rappelle qu'elle a déjà eu l'occasion de souligner que l'expression de soupçons sur l'innocence d'un accusé n'est plus acceptable après un acquittement devenu définitif [...]. Selon la jurisprudence, *une fois l'acquittement devenu définitif* – même s'il s'agit d'un acquittement au bénéfice de doute selon l'article 6 § 2 – *l'expression de soupçons de culpabilité*, quand bien même ceux-ci se trouveraient inscrits dans les motifs de l'acquittement, *n'est pas compatible avec la présomption d'innocence*" (corsivi nostri).

⁶⁷ Tra le altre, v. Corte EDU, Grande Camera, 12 luglio 2013, *Allen v. United Kingdom*, § 94 con ulteriori richiami.

⁶⁸ Così, da ultima, Corte EDU, 15 gennaio 2015, *Cleve v. Germany* (decisione ancora non definitiva), in un caso ove la sentenza di assoluzione per insufficienza di prove conteneva asserzioni sulla sussistenza di sospetti sostanziali in capo al ricorrente, accusato di reati sessuali: "41. "Consequently, the presumption of innocence applies to the reasons given in a judgment acquitting the accused in its operative provisions, from which the reasoning cannot be dissociated [...]. It may be breached if the reasoning reflects an opinion that the accused is in fact guilty [...]".

⁶⁹ Si veda, ancora, Corte EDU, 15 gennaio 2015, *Cleve v. Germany*, § 61.

⁷⁰ Sulla "inscindibile connessione" tra presunzione di innocenza e principio di colpevolezza, v. ad esempio K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 4. Aufl., München, 2014, 479 s. (Rn. 25).

e dei suoi corollari (art. 7 § 1 CEDU) una questione tradizionalmente approcciata (soprattutto) dall'angolatura dell'articolo 6 § 2 CEDU: e ciò, forse anche in ragione della stessa impostazione degli atti di parte, in certa misura condizionati dal precedente *Sud Fondi*, solo parzialmente sovrapponibile alla questione sottesa al caso *Varvara*; e nonostante la Corte EDU si riconosca costantemente "*maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause*", rivendicando a sé un notevole margine di gioco nel riscontrare le violazioni delle norme convenzionali sottese ai fatti sottoposti alla sua attenzione, a prescindere dalla prospettazione del ricorrente.⁷¹

Tuttavia, la Corte sottolinea espressamente che è "l'accostamento dell'art. 5 § 1 a) agli articoli 6 § 2 e 7 § 1" che "mostra che ai fini della Convenzione non si può avere "condanna" senza che sia legalmente accertato un illecito – penale o eventualmente disciplinare [...], così come non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità penale [...]".⁷²

Ancora, e soprattutto, è la specificità del caso concreto oggetto della sentenza *Varvara* a dimostrare che la "corrispondenza biunivoca" tra legalità e presunzione di innocenza – reclamando un verdetto di colpevolezza "*legalmente accertata*" – resta centrale nella *questio iuris* in esame: durante i molteplici gradi di giudizio era stata per ben due volte pronunciata una sentenza di condanna (in primo grado e nella seconda pronuncia di appello, in sede di rinvio, condanna successivamente annullata dalla Cassazione), e nonostante ciò la sopraggiunta prescrizione – nelle more del secondo giudizio di rinvio – aveva fatto sì che la Corte d'Appello pronunciasse declaratoria della causa estintiva, pur confermando l'ordine di confisca delle opere costruite e dei terreni interessati;⁷³ soprattutto, la sentenza di legittimità aveva dato espressamente

⁷¹ A differenza della Corte costituzionale (sostanzialmente vincolata al parametro di costituzionalità invocato dal rimettente), la Corte EDU si riconosce esplicitamente "padrona della qualificazione giuridica dei fatti della causa", non considerandosi – in virtù del principio *iura novit curia* – vincolata alla qualificazione che viene loro attribuita dai ricorrenti e dai governi; e da ciò deriva, in particolare, la possibilità – apertamente ammessa dalla Corte stessa – di esaminare d'ufficio più di un motivo di ricorso secondo il punto di vista di un articolo o di un paragrafo non invocato dalle parti (ed anche di una clausola che la Commissione aveva dichiarato irricevibile pur ritenendola sul terreno di un'altra), posto che "un motivo di ricorso si caratterizza con i fatti che denuncia e non con i semplici mezzi o argomenti di diritto invocati" (cfr. ad esempio, *ex plurimis*, Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 54 ss.).

⁷² Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, cit., § 69, pur concludendo per la violazione dell'art. 7 § 1 (oltre alla violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione) e per la non necessità di esaminare il motivo di ricorso relativo all'articolo 6 § 2, avendo rilevato in motivazione che "Nella presente causa, la sanzione penale inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con i principi di legalità penale appena esposti dalla Corte e che sono parte integrante del principio di legalità che l'art. 7 della Convenzione impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi della Convenzione ed è arbitraria [...]" (§ 72).

⁷³ Nella vicenda oggetto della sentenza *Varvara*, come si ricorderà, il ricorrente era stato condannato dal Tribunale, in primo grado, per il reato di lottizzazione abusiva, con conseguente irrogazione della confisca; in riforma della sentenza di primo grado, la Corte d'Appello aveva invece assolto l'imputato per insussistenza del fatto; in accoglimento del ricorso del PG, la Cassazione aveva poi annullato con rinvio la sentenza assolutoria; nel successivo giudizio, il giudice di rinvio aveva confermato la sentenza di

atto dell'avvenuto accertamento da parte di (diversi) giudici di merito e di legittimità degli elementi oggettivi e soggettivi della lottizzazione abusiva.⁷⁴

Dunque, ed in definitiva, se l'impostazione della Corte EDU sembra quantomeno aperta, la maggiore complessità del problema emerge alla luce di una più diffusa recensione del "diritto vivente" europeo: ed è difficile negare che nei passaggi principali della sentenza *Varvara* – puntualmente ripresi dalla Corte costituzionale – il giudice di Strasburgo lascia emergere tutta la sua riluttanza ad accettare – non diversamente dal succitato caso *Paraponiari* – l'applicazione di una "pena" senza un (definitivo) accertamento di responsabilità espresso nella forma tipica per esso previsto, ossia una sentenza di condanna (irrevocabile).⁷⁵

In ciò, la sentenza *Varvara* sembra in effetti dimostrare una netta demarcazione rispetto al caso *Sud Fondi*, posto che il problema non è più (soltanto) comprendere quali elementi della fattispecie debbano essere integrati per l'irrogazione di una sanzione – se solo quelli oggettivi o anche quelli soggettivi –, quanto piuttosto quello concernente la possibilità di "emancipare" la sanzione da un accertamento di responsabilità suggellato in una "constatazione formale" definitiva.

In altre parole, nel caso *Sud Fondi* emergeva un problema di colpevolezza come categoria dogmatica oggetto di necessario accertamento in sede penale (posto che, nel caso concreto, i soggetti erano stati assolti per una ravvisata ipotesi di errore inevitabile sulla legge penale, ai sensi dell'art. 5 c.p.); in *Varvara*, un problema di colpevolezza/responsabilità quale contenuto indissociabile da una condanna processuale.⁷⁶

La dicotomia sembra alquanto netta, e vede contrapposte sentenza di condanna (in senso formale) e sentenza di proscioglimento, senza spazi per forme ibride ("sentenza di condanna in senso materiale") che si porrebbero irrimediabilmente in contrasto con la presunzione di innocenza.

Il quadro, dunque, è molto articolato, e si può ben comprendere la ragione per cui della questione è stata investita la *Grande Chambre*, che di qui a poco avrà modo di pronunciarsi, forse anche per condurre una valutazione grandangolare delle diverse istanze in gioco: ma l'impressione è che la lettura recepita dalla Corte costituzionale –

condanna e l'ordine di confisca; in accoglimento del ricorso della difesa, quindi, la Cassazione aveva per la seconda volta annullato la sentenza di appello; infine, il giudice del secondo rinvio aveva dichiarato l'intervenuta prescrizione e confermato l'ordine di confisca irrogato dal Tribunale; da ultimo, la Cassazione aveva rigettato il ricorso proposto dalla difesa che chiedeva l'annullamento della sentenza irrogativa della misura ablatoria, divenuta, per l'effetto, definitiva.

⁷⁴ Evidenzia giustamente questo profilo anche A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca*, cit., 3.

⁷⁵ Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*: "39. Secondly, the Court fails to see how punishing a defendant whose trial has not resulted in a conviction could be compatible with Article 7 of the Convention, which provision clearly sets out the principle of legality in criminal law. [...] 45. Nor can one conceive of a system whereby a penalty may be imposed on a person who has been proved innocent or, in any case, in respect of whom no criminal liability has been established by a finding of guilt. This is the third consequence of the principle of legality in criminal law: the prohibition on imposing a penalty without a finding of liability, which also flows from Article 7 of the Convention".

⁷⁶ Non si tratta dunque, a nostro avviso, di un mutamento di rotta, né di una "aperta collisione" con il precedente *Sud Fondi* (come ritiene M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute*, cit., 5), bensì di una diversa prospettiva del problema, e della "posta in gioco".

impregiudicato l'indubbio anelito garantistico che la muove in punto di personalità e colpevolezza dell'addebito "penale" – lasci fuori un segmento essenziale del problema, dando un'interpretazione tutto sommato parziale degli orientamenti della Corte europea, orientamenti pur non sempre così torniti ed univoci.

Si potrà anche ritenere che i profili qui evidenziati esondassero dallo specifico *thema decidendum*; ma una volta deciso di "vestire" l'inammissibilità con una sentenza di ampio corpo motivazionale, e dopo le importanti affermazioni circa l'utilizzo dei precedenti di Strasburgo, si sarebbe forse potuto aprire il diaframma di osservazione anche a questi profili (toccati, del resto, dalla Corte), anche solo per dar conto di eventuali, contrari convincimenti (ad esempio prendendo posizione – in punto di presunzione di innocenza – sul se la "rinunciabilità" della prescrizione possa dirsi tale da colmare il *gap* creato da una pronuncia di accertamento della responsabilità "senza condanna", sempre che tale bilanciamento...sia condiviso in sede europea).

7. Qualche (provvisoria) conclusione: limiti e prospettive della confisca urbanistica "senza condanna"

Che ne è dunque, allo stato, della confisca urbanistica? Sarà possibile continuare a disporla in assenza di condanna, ed in caso di declaratoria di prescrizione? E se sì, sulla base di quali presupposti, e con quali limiti?

Le indicazioni che possono trarsi all'esito di questa prima sequenza del dialogo tra Roma e Strasburgo – ovvero, dalla giurisprudenza europea "come reinterpretata" dal nostro giudice costituzionale – riflettono una *concordia discors* che ha quantomeno comportato l'eliminazione degli estremi: da un lato, non appare più soddisfacente, per disporre la misura ablativa, accertare "il solo fatto obiettivo costituito dal carattere abusivo dell'opera", e/o la materialità oggettiva del reato; dall'altro, ed al vertice opposto, non sembra preclusa la possibilità di disporre la confisca urbanistica in caso di declaratoria di intervenuta prescrizione.

Tagliate fuori le soluzioni più periferiche – e, per così dire, nel "mondo di mezzo" – si staglia come condizione di legittimità della confisca l'accertamento della colpevolezza individuale, e dunque la verifica dell'attribuibilità soggettiva della "sanzione punitiva" all'autore, che dovrebbe trovar spazio anche in una sentenza di proscioglimento dovuta a prescrizione del reato, la quale – come ricorda la Corte – "pur non avendo condannato l'imputato, abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l'autore del fatto ovvero il terzo di mala fede acquirente del bene".⁷⁷

Nella lettura del giudice delle leggi, la conformità convenzionale di un tale accertamento deve richiedere una espressa verifica incidentale – non mera *facoltà* bensì *obbligo* del giudice – della responsabilità soggettiva nei suoi fondamentali elementi costitutivi – dolo o quantomeno colpa; evitabilità dell'eventuale errore o ignoranza del

⁷⁷ Al riguardo, il richiamo è alle menzionate sentenze n. 239 del 2009 e n. 85 del 2008.

precetto, etc. –, con un impegno motivazionale che attinga ad “adeguati standard probatori” (ossia “al di là di ogni ragionevole dubbio”: art. 533, primo comma, c.p.p.) e rifugga – sono ancora parole della Corte – “da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell’effettivo apprezzamento compiuto”.⁷⁸

Senonché, il rispetto delle garanzie del “giusto processo” dovrebbe imporre che tale accertamento sia avvenuto nella pienezza del contraddittorio tra le parti, e nel rispetto – *ça va sans dire* – delle ulteriori garanzie imposte dalla Convenzione, o, meglio, dall’intreccio garantistico tra Costituzione e CEDU (artt. 27, comma secondo e 111 Cost./art. 6 CEDU);⁷⁹ tutto ciò, ovviamente, anche in punto di tutela dei terzi acquirenti dei beni lottizzati, al cui cospetto la legittimità della misura ablativa presupporrà – come emerge chiaramente dalla decisione in commento⁸⁰ – non il mero accertamento *negativo* della insussistenza di elementi da cui possa escludersi lo stato di buona fede, bensì la prova *positiva* della loro responsabilità, superando – quantomeno in questa sede – la presunzione di non colpevolezza (art. 6, comma 2, CEDU) che si estende ad ogni segmento del fenomeno punitivo.

Resta dunque da comprendere quale sia la sede giudiziale – e la fase – in grado di soddisfare queste istanze,⁸¹ con quali modalità l’accertamento debba essere svolto (e

⁷⁸ Così ancora la sentenza in commento, § 5 del *Considerato in diritto*.

⁷⁹ Analogamente, F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione*, cit.; contra, tuttavia, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute*, cit., 13 s., ritenendo che “si è pur sempre di una sanzione, a fini interni, di carattere amministrativo, “veicolata” nel processo penale per convenienza, ma irrogabile anche dall’autorità amministrativa”; posizione, quest’ultima, che tuttavia mette in secondo piano la sede ove si svolge l’accertamento, e, soprattutto, la riconosciuta natura punitiva della misura ablativa, che

⁸⁰ È il già richiamato § 5 del *Considerato in diritto*.

⁸¹ Al riguardo, alcune pronunce della Corte EDU chiariscono che deve trattarsi di una fase ove sia rispettato il diritto al contraddittorio sulla prova e la garanzia dell’udienza pubblica: emblematica, al riguardo, la citata sentenza *Paraponiari*, alla cui luce è da escludersi l’idoneità della sentenza di non luogo a procedere all’esito dell’udienza preliminare ad ospitare un simile accertamento, posto che il soggetto può esercitare i propri diritti difensivi – ed *in primis* il diritto di “difendersi provando” – solo rispetto all’esito a cui può legalmente pervenire il giudice, ossia il rinvio a giudizio; il discorso vale, *a fortiori*, in sede di archiviazione, ove il G.i.p. disponga l’archiviazione del procedimento per il sopravvenire della causa estintiva, e nondimeno intenda disporre la confisca, con una scelta che parimenti si dimostra convenzionalmente incompatibile; lo stesso può dirsi anche a fronte di un “proscioglimento anticipato”, in dibattimento, *ex art. 469 c.p.p.*, posto che una simile sentenza viene emessa negli atti preliminari al dibattimento e pertanto prima che sia cominciata l’istruttoria; e così pure al cospetto di una sentenza di proscioglimento *ex art. 129, primo comma, c.p.p.*, che non può costituire valido titolo per l’applicazione della confisca, posto che, rilevata una causa estintiva della punibilità il giudice, se è in grado di constatare l’innocenza dell’imputato, dovrà pronunciare sentenza di assoluzione (e non di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*), non potendo conseguentemente applicare alcuna misura ablativa nei confronti di un imputato riconosciuto innocente; condivisibili le conclusioni, sul punto, di M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, cit. 1701 ss., cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e per una disamina analitica delle diverse ipotesi, con pregevole sforzo di rintracciare una soluzione convenzionalmente orientata “caso per caso” (nelle varie sequenze e pronunce adottabili in sede di dibattimento di primo grado, e nei gradi successivi, con significative aperture circa la possibilità di disporre la confisca sia in sede di sentenza di proscioglimento in esito al dibattimento ai sensi dell’art. 531 c.p.p., sia ove la fattispecie estintiva sopravvenga in grado di appello); ricostruzione che però lascia aperto – al fondo – il problema della compatibilità con la presunzione di innocenza, che comunque presuppone l’esaurimento di *tutti i gradi di giudizio* garantiti

con quali poteri di approfondimento istruttorio, eventualmente necessario⁸²) e soprattutto da chiarire – prima, e per così dire, più in alto – se la soluzione dell'accertamento incidentale (in ipotesi, in primo o anche in secondo grado) non comprometta altre garanzie qualora non sia contenuto in un verdetto di condanna definitivo:⁸³ come si è evidenziato nel ripercorrere taluni orientamenti della Corte di Strasburgo, la protezione “effettiva e concreta” della presunzione di innocenza (art. 6 § 2 CEDU) impone al giudice – al di fuori di una sentenza di condanna formale – di limitarsi ad un accertamento che non lasci propagare “ombre di colpevolezza” sull'autore, il che sembra fatalmente collidere con quell'accertamento in punto di responsabilità che è ora assunto a presupposto per la irrogazione della misura ablativa.

Insomma, la tesi dell'accertamento incidentale, pur vantando condivisioni autorevoli tanto in dottrina⁸⁴ quanto nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale,⁸⁵ sembra non tanto avere basi poco realistiche,⁸⁶ quanto tendere ad

nell'ordinamento all'imputato, senza spazi per regimi giuridici derogatori al cospetto di una misura comunque di riconosciuta natura *penale*.

⁸² Ad esempio, stabilire se l'ordinamento processuale gli consenta comunque di escutere i testi indicati dalle parti, o persino attivare il potere ufficio di cui all'art. 507 c.p.p.; sembra propenso ad ammetterlo, in particolare, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute*, cit., 12 s., cui si rinvia anche per ulteriori declinazioni del problema.

⁸³ Come è stato rilevato dalla dottrina più attenta a questi temi (per tutti, G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, 2), le disposizioni internazionali che prevedono la “presunzione d'innocenza” – e tra queste l'art. 6 § 2 CEDU – fanno rinvio alla disciplina interna di ciascun paese, per quanto riguarda il momento in cui la colpevolezza può dirsi “provata secondo la legge”, e tale momento, nel nostro ordinamento, corrisponde alla condanna definitiva, ossia “irrevocabile” [sul punto, già ID., *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., 28 (e 158), rilevando che “la dimensione cronologica è semplicemente estranea alla norma internazionale come tale, che fornisce piuttosto una direttiva di tipo logico”, e concludendo che “Sarebbe quindi arbitrario dedurre un riferimento implicito alla condanna di primo grado: al contrario, sembra riconoscibile un chiaro rinvio alla disciplina specifica di ciascun ordinamento”; al riguardo, cfr. altresì P. P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Digesto/pen.*, IX, Torino, 1995, 670 ss., 676 s.].

⁸⁴ Al riguardo, in particolare, A.M. MAUGERI, [L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea” nel rispetto delle garanzie Cedu?](#), in *questa Rivista*, 17 luglio 2013.

⁸⁵ Si veda, in particolare, la sentenza n. 239 del 2009, menzionata dalla sentenza in commento.

⁸⁶ Al riguardo, basti ricordare che già la prima decisione delle Sezioni Unite, 25 marzo 1993, n. 5, Carlea, pronunciandosi sulla confisca obbligatoria di cui all'art. 722 c.p. (“è sempre ordinata la confisca del denaro esposto e degli strumenti impiegati nel gioco”), dopo aver affermato che la condanna dell'imputato doveva considerarsi presupposto imprescindibile della misura ablativa, sottolineò come ipotizzare la possibilità di disporre la confisca anche nel caso di estinzione del reato significava riconoscere al giudice il potere di svolgere accertamenti incompatibili con i limiti cognitivi imposti dalla particolare fase processuale nella quale viene dichiarata l'estinzione del reato; secondo le Sezioni Unite, il giudice, verificata la esistenza di una causa estintiva del reato, non avrebbe potuto compiere accertamenti volti a verificare con certezza la esistenza del reato, atteso l'obbligo di pronunciare immediatamente la causa di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p.; ed evidenziò la Corte come non fosse casuale che l'unica ipotesi di confisca consentita in caso di estinzione del reato sia quella prevista dall'art. 240, comma 2, c.p., in quanto focalizzata soprattutto sulle caratteristiche delle cose da confiscare, le quali in genere non richiedono accertamenti anomali rispetto all'obbligo di immediata declaratoria del reato; sul punto, P. SILVESTRI, *La confisca senza condanna*, cit., 261, il quale richiama, tuttavia, anche le precisazioni contenute nella successiva sentenza delle SS.UU., 10 luglio 2008, n. 38834, P.M. in proc. De Maio, ove la Corte, pur

essere, all'opposto, "più realista del re", dovendo necessariamente attingere ad una sorta di *cognitio semiplena* da parte del giudice che purtuttavia implica un convincimento di colpevolezza, con inevitabile sacrificio delle sequenze garantistiche sottese al giusto processo, che persistono sino al raggiungimento di una condanna irrevocabile (non più soggetta, cioè, agli ordinari mezzi di impugnazione).⁸⁷

Lo sforzo di trovare un compromesso sembra schiacciato dall'impossibilità di armonizzare l'inconciliabile, se non al prezzo di una vistosa lesione dei principi: un prezzo che rappresenta, forse, anche il frutto dell'"illusione pangiustizialista" che "si è riaffacciata nei nostri tempi attraverso la concezione del diritto e del processo penale come rimedi al tempo stesso esclusivi ed esaustivi ad ogni infrazione dell'ordine sociale [...]", dove processo penale e pena sono elevati a *unica ratio* "a causa della nota inefficienza dei controlli e delle sanzioni non penali".⁸⁸

Il timore, dunque, è che tale tesi possa nascondere un "corto circuito garantistico", e che, più in generale, essa possa offrirsi ad ospitare una concezione della legalità debole, e dimidiata:⁸⁹ concezione che spesso si annida dietro alle dicotomie – oggi sempre più *en vogue* – che pretendono di contrapporre *forma* e *sostanza*, o persino *diritto* e *giustizia*, specie al cospetto di quell'idolo polemico che è ormai divenuto l'istituto della "prescrizione"; e che può insinuarsi (anche) attraverso una ricostruzione dei rapporti interordinamentali – e "intercostituzionali" – che non valorizzi una connessione sistematica dei diversi profili di garanzia in rilievo, aspirando a quella lievitazione complessiva del "livello di tutela" imposta dal principio di sussidiarietà (art. 53 CEDU), custode ultimo – come si sa – delle intersezioni tra Convenzione europea e ordinamento domestico.

Si tratta, in ogni caso, solo di un percorso a mezza via: come si è già accennato, sulla traccia aperta dalle sentenze *Sud Fondi* e *Varvara* tre questioni analoghe sono state

confermando l'impianto motivazionale della precedente decisione, tornando sul tema dei limiti dei poteri cognitivi del giudice in presenza di una delle cause di non punibilità previste dall'art. 129, comma 1, c.p.p., affrontò la questione del se il giudice, in presenza di una causa estintiva del reato, continui ad essere titolare di poteri accertativi ed evidenziali, invero, come la legge processuale preveda espressamente casi in cui tale potere sia riconosciuto, come, ad esempio, avviene ai sensi dell'art. 579 c.p.p., ovvero dell'art. 425, comma 4, c.p.p., ovvero nell'ambito del diritto penale speciale: e qui il riferimento fu chiaramente alla confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva (art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) e per i reati di contrabbando (art. 301, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43).

⁸⁷ Non sembrando dunque sufficiente – sia detto per inciso – solo la condanna in primo grado, che del resto solo eccezionalmente consente al giudice di appello di pronunciarsi – ad esempio – ai fini delle *sole* statuizioni civili (art. 578 c.p.p.); e dovendosi esigere, a nostro sommo avviso, l'esaurimento dei diversi gradi di giudizio riconosciuti nell'ordinamento interno, perché sono questi – nel margine di apprezzamento rimesso agli stati (*retro*, n. 83) – a segnare l'"ambito di efficacia" della presunzione di innocenza.

⁸⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 573: "Ne è risultato un ruolo di supplenza generale della funzione giudiziaria rispetto a tutte le altre funzioni dello stato – da quelle politiche e di governo a quelle amministrative e disciplinari – e un incremento del tutto abnorme della quantità degli affari penali".

⁸⁹ Su questi possibili slittamenti si vedano, ad esempio, le allarmate considerazioni di V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, cit.

rimesse alla Grande Camera,⁹⁰ che sarà chiamata a pronunciarsi – a quanto consta – nei prossimi mesi: i riferimenti attuali del problema, dunque, potrebbero essere puntualizzati, o persino ridiscussi, già in sede europea, in uno con le possibili soluzioni.

Da qui si dovrà ripartire per misurare il grado di consolidamento – e di conformità convenzionale – della posizione assunta dalla Corte costituzionale, o per rilanciare un dialogo in cui ciascun attore – al di là delle affermazioni di stile – sembra rivendicare “*the ultimate say*”.⁹¹

⁹⁰ Si tratta del ricorso *G.I.E.M. c. Italia*, del ricorso *Hotel Promotion bureau s.r.l. e altri c. Italia* (34163/07), del ricorso *Falgest s.r.l. e altri c. Italia* (19029/11), e del ricorso n. 1828/06.

⁹¹ Il richiamo è al titolo di una riflessione di A. VON BOGDANDY, *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7 luglio 2008, 1 ss., a margine del caso *Kadi*.