

CIRO ANGELILLIS

Auspicabile un dialogo tra le Corti in tema di confisca in caso di reato estinto per prescrizione*

Dopo la decisione della Corte e.d.u. nel caso “Varvara c. Italia”, la Corte di cassazione con una motivazione che merita di essere letta, ha rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della norma che prevede la confisca, qualora sia accertata la lottizzazione abusiva.

Continua il confronto a distanza tra la Terza Sezione della Corte di cassazione¹ e la Corte e.d.u. apparentemente limitato al capoverso dell’art. 44 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 relativo alla confisca dei suoli e delle opere oggetto di una lottizzazione abusiva, ma, in realtà, esteso a due diverse concezioni del “*diritto di proprietà*” che appaiono, almeno in parte, inconciliabili tra loro.

In seguito alla sentenza “Varvara c. Italia” del 29 ottobre 2013², divenuta definitiva il 25 marzo 2014, la Corte di cassazione archivia le posizioni certamente più concilianti assunte dopo il noto *affaire* “Sud Fondi”³ e dirette ad individuare un perimetro condiviso del secondo comma dell’art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001, prende atto del rigetto della Corte Europea (l’espressione è della Cassazione) di questa politica di mediazione e rompe gli indugi chiamando in causa la Corte costituzionale.

Con la sentenza “Sud Fondi”, la Corte europea aveva ritenuto l’art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001, nella parte in cui consente la confisca anche in presenza di una sentenza di assoluzione dell’imputato per difetto dell’elemento psicologico, incompatibile con l’art. 7 della Convenzione, che prevede il principio di legalità e con l’art. 1 del Protocollo 1 che prevede la «Protezione della proprietà».

Con la sentenza “Varvara”, la Corte, invocando gli stessi articoli della Con-

*Questo scritto riproduce, con alcune integrazioni in nota, quello consultabile anche sul sito *web* di *Questione giustizia* con il titolo *Confisca in caso di prescrizione del reato: la parola alla Consulta*.

¹ Cass., Sez. III, (ord.) 20 maggio 2014, P.c. c. Alessandrini ed altri, in *questa Rivista* online, con note di DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: la parola alla Corte Costituzionale*, Id., *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: questione di costituzionalità o di sfiducia verso il sistema?* e CIVELLO, *Al vaglio della Consulta la questione di incompatibilità tra la confisca urbanistica e prescrizione del reato, alla luce della sentenza Varvara c. Italia*.

² Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, in *questa Rivista* online.

³ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia; Id., Sez. II, 10 maggio 2012, Sud Fondi e altri c. Italia.

venzione, opera un'ulteriore riduzione della portata operativa della misura ablatoria, censurando anche le ipotesi in cui, accertata la responsabilità dell'imputato anche sotto il profilo dell'elemento psicologico, la confisca sia disposta con la sentenza di proscioglimento dell'imputato per la prescrizione del reato e comunque in assenza di una sentenza di condanna.

Questa posizione della Corte e.d.u. ha indotto la Cassazione, sul presupposto che non vi sia più spazio per una interpretazione dell'art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001 che sia, al contempo, convenzionalmente orientata ed aderente ai principi fondamentali della Carta costituzionale, a sollevare la questione di legittimità costituzionale del detto articolo, come interpretato dalla Corte e.d.u., per violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, co. 1, Cost.

La Corte di cassazione, con una mossa tecnicamente inevitabile per superare l'impasse, invoca il meccanismo di controllo costituzionale delle norme della Convenzione precostituito dalla Corte costituzionale con le due sentenze c.d. gemelle⁴.

Come è noto, le norme sovranazionali che non sono cogenti per l'ordinamento interno, costituiscono il contenuto di un obbligo internazionale che l'Italia è tenuta a rispettare ai sensi dell'art. 117 Cost., ma solo a condizione che ciò non incida sui valori primari della Costituzione che devono essere sempre garantiti.

Le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, come interpretate dalla Corte e.d.u., pertanto, essendo di rango *sub*-costituzionale, non si sottraggono all'attività di bilanciamento cui è chiamata la Corte costituzionale quando il Giudice nazionale, come nel caso di specie, riscontri una loro incompatibilità con i principi fondamentali della Costituzione.

Se la Corte costituzionale entrerà nel merito, finalmente conosceremo l'epilogo di questo *thriller*.

La Corte di cassazione, ma, in fondo, lo stesso legislatore italiano che, al co. 2 dell'art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001, ha previsto la confisca anche nel caso di sentenze diverse da quelle di condanna (sempre a non credere alla tesi dell'errore nelle fasi della promulgazione della norma), devono piegarsi al volere della C.e.d.u. che pone il diritto di proprietà tra quelli inviolabili?

Oppure, vigente la Costituzione che prevede la funzione sociale della proprietà, i valori costituzionali del paesaggio, dell'ambiente, della vita e della salute possano essere tutelati anche comprimendo il diritto dominicale?

Per cogliere la portata dirimpante di questa ordinanza, occorre riavvolgere, sinteticamente, il nastro.

⁴ Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007.

Il rigoroso orientamento della terza Sezione penale della Cassazione, sostenuto in modo granitico per circa 20 anni – secondo cui, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, la confisca, di cui al co. 2 dell’art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001, deve essere disposta, quale sanzione amministrativa “*reale*”, nei confronti di tutti i proprietari dei terreni lottizzati e delle opere ivi esistenti, ancorché imputati prosciolti o terzi in buona fede – entrò nel mirino della Corte e.d.u. con le note pronunce “Sud Fondi” in cui, equiparando la confisca nei confronti dei soggetti incolpevoli ad una espropriazione senza indennizzo, la Corte Europea censurava tale rigorosa impostazione della Corte di cassazione per contrasto con l’art. 7 C.e.d.u. e con l’art. 1 Protocollo 1 aggiuntivo alla C.e.d.u., e la poneva, di fatto, in rotta di collisione con l’art. 117, co. 1, Cost. che, come detto, prevede il rispetto delle norme internazionali pattizie.

L’epilogo interno della vicenda “Sud Fondi”, meglio conosciuta come quella del complesso immobiliare di Punta Perotti, è noto a tutti: la Cassazione, dopo aver statuito che le due lottizzazioni del suddetto complesso immobiliare erano da considerarsi abusive in quanto eseguite in violazione delle normative (statali e regionali) in vigore, aveva assolto gli imputati per difetto dell’elemento psicologico riconoscendo l’oscurità del quadro normativo di riferimento e la scusabilità dell’errore in cui erano incorsi; al contempo aveva disposto la confisca dei suoli e delle opere ai sensi dell’art. 19 l. 28 febbraio 1985, n. 47 (oggi art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001).

Non è possibile sviscerare in questa sede la motivazione delle due pronunce della Corte europea, ma due considerazioni, a parere di chi scrive, sono inevitabili nell’economia generale dell’intera questione.

La prima: la Corte e.d.u. aveva sostenuto la violazione dell’art. 7 della Convenzione perché gli imputati, pur essendo stati assolti, per difetto dell’elemento psicologico, erano stati attinti dalla confisca che, per la sua portata particolarmente afflittiva, deve essere considerata una sanzione penale.

La Corte, cioè, partendo dal principio di legalità (art. 7 della Convenzione) aveva finito per scivolare su quello della responsabilità personale che è, naturalmente, cosa diversa.

Come è possibile rilevare dal testo dei cruciali §§ 115, 116 e 117 della sentenza “Sud Fondi” del 2009, ciò che conta, secondo la Corte di Strasburgo, è che la confisca, per la sua natura di sanzione penale, debba essere la conseguenza dell’accertamento del fatto di reato riconducibile a chi la subisce sotto il profilo oggettivo e soggettivo (giudizio di colpevolezza), indipendentemente dall’esito assolutorio o di condanna del processo.

La seconda: la Corte, già nelle pronunce “Sud Fondi”, aveva ritenuto anche la violazione del diritto di proprietà dei ricorrenti (art. 1 del Protocollo 1 della

Convenzione), perché la confisca aveva determinato una ingerenza indebita nel godimento dei beni di proprietà, e aveva (già) definito, sia pure *per incidens*, il diritto di proprietà come «un diritto fondamentale dell'individuo».

Dopo “Sud Fondi”, la Terza Sezione della Corte di cassazione, con un grande senso di responsabilità istituzionale ed in linea con l'insegnamento della Corte costituzionale, che ricava dal co. 1, art. 117 Cost. l'obbligo per il Giudice interno della c.d. interpretazione adeguatrice della norma ai principi della Convenzione, invertiva la rotta rispetto alla sua ventennale giurisprudenza, con riferimento alla estensibilità della confisca rispetto ai soggetti estranei al reato e propugnava una interpretazione del co. 2, art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001 che salvaguardasse il principio di personalità della responsabilità penale. Per fare questo operava alcune mosse: innanzitutto, pur non ritenendo necessario spostare la confisca nel terreno tipicamente penalistico, sul presupposto che «Le nozioni di “reato” (*infraction; criminal offence*) di cui all'art. 7 C.e.d.u. e di “materia penale” (*matiere penale; criminal offence*) di cui al precedente art. 6 risultano oggetto di valutazione autonoma da parte degli organi della Convenzione», calava la misura ablatoria nel contesto «dei principi generali che regolano l'applicazione delle sanzioni amministrative» previsti dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, sicché la confisca, sino ad allora inquadrata nella categoria della sanzione amministrativa reale, ricomprendente tutti i provvedimenti ablatori amministrativi completamente avulsi dal vincolo della ‘responsabilità propria’ (compreso l'ordine di demolizione del manufatto abusivo), diveniva una misura la cui applicazione è condizionata dalla «esistenza di una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente e sia caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa (artt. 2 e 3 legge n. 689 del 1981)».

Poi, salvaguardato il principio di responsabilità personale, lasciava uno spazio di agibilità della confisca applicata ai danni dell'imputato prosciolto per prescrizione del reato, ma solo all'esito di un giudizio di merito che avesse accertato i suoi profili di responsabilità.

Così facendo, la Cassazione aveva ritenuto di non adire il Giudice delle Leggi, come invece ha fatto oggi, poiché, tra tutte le interpretazioni possibili della lettera del capoverso dell'art. 44, era riuscita a ricavarne una in linea con gli insegnamenti della C.e.d.u. e senz'altro compatibile con i principi fondamentali della nostra Carta costituzionale.

In più era riuscita a sorvolare l'ambito spinoso relativo alla concezione del diritto di proprietà quale diritto fondamentale, poiché, in fin dei conti, con la salvaguardia del principio di responsabilità personale, il problema della compatibilità delle norme interne con i principi della Corte e.d.u., era risolto a

monte.

Per la verità l'intervento della Corte costituzionale era stato invocato, sin dai tempi di "Sud Fondi", da quella parte della dottrina che non riteneva sufficiente il cambio di rotta della cassazione e auspicava una presa di posizione esplicita della Consulta rispetto alla pronuncia di Strasburgo.

Quando la Corte di appello di Bari, con l'ordinanza del 9 aprile 2008⁵, aveva provato a "stanare" la Consulta, formalizzando il dubbio di costituzionalità del capoverso dell'art. 44, queste aspettative erano cresciute ma la Corte costituzionale, dichiarando inammissibile la questione sollevata, aveva precisato che già la Corte di cassazione, con la inversione di tendenza sopra indicata, aveva risolto il caso, fornendo una interpretazione adeguatrice alle decisioni di Strasburgo della norma in questione⁶.

Con la sentenza "Varvara", la seconda Sezione della Corte e.d.u., ha inopinatamente screditato questo tracciato della Cassazione, ritenendo, come detto, che l'irrogazione della confisca nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato costituisse, anch'essa, una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 della Convenzione.

Questa sentenza ha evidentemente preso in contropiede la Corte di cassazione impegnata nel corso di questi anni a ricucire lo strappo operato da "Sud Fondi", facendo inevitabilmente sconfinare sul piano dello scontro, due diverse concezioni del diritto di proprietà.

Quello che lascia perplessi, non è, a parere di chi scrive, la posizione ancora più estrema assunta dalla Corte di Strasburgo, relativamente alla interpretazione dei principi della Convenzione, quanto la imprevedibilità di alcune affermazioni contenute nella motivazione di "Varvara" rispetto alla posizione assunta in "Sud Fondi".

Infatti, mentre in "Sud Fondi" la Corte aggancia inscindibilmente il principio di legalità e la nozione di "colpevolezza" al principio di responsabilità personale, in "Varvara", incredibilmente, sembra disconoscere quel binomio e proporre un altro, quello tra il principio di legalità e la necessità, per punire, di una sentenza di condanna.

Vale la pena riportare alcuni stralci delle due sentenze: § 116 della sent. 20 gennaio 2009, caso "Sud Fondi": «(...) la logica della pena e della punizione come la nozione di *guilty* nella versione inglese e la nozione corrispondente di persona *coupable* nella versione francese vanno nel senso di

⁵ Corte app. Bari, Sez. I, 9 aprile 2008, Volpe ed altri, in *G.U., 1° serie speciale, Corte costituzionale, n. 38 del 10 settembre 2008*.

⁶ Corte cost., n. 239 del 2009.

un'interpretazione dell'art. 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza evoluta) (...). § 70 della sentenza "Varvara": «L'art. 7 della Convenzione non richiede espressamente 'un nesso psicologico o intellettuale o morale tra l'elemento materiale dell'infrazione e la persona che ne è considerata l'autrice. La Corte d'altronde ha recentemente deciso per la non-violazione dell'art. 7 in un caso in cui un'ammenda penale era stata inflitta a parte ricorrente che aveva commesso un'infrazione accertata senza intenzione o colpa da parte sua (Valico s.r.l. c Italia, n. 70074/01) (...)». § 71 della sentenza "Varvara": «la logica della "pena" e della "punizione", e la nozione di "guilty" (colpevole nella versione inglese) e la corrispondente nozione di "personne coupable" (...) parteggiano per un'interpretazione dell'art. 7 che esige per punire una dichiarazione di responsabilità da parte delle giurisdizioni nazionali (...)».

Per "Varvara" ciò che conta è che vi sia una sentenza di condanna. Questa volta la Corte di cassazione non ha potuto più togliere le castagne dal fuoco, non tanto perché avrebbe dovuto dare corso ad una retromarcia interpretativa ancora più clamorosa della precedente, assecondando una interpretazione del capoverso dell'art. 44 che non è consentita dal testo della norma (secondo cui la confisca non è necessariamente parte di una sentenza di condanna ma solo di una sentenza che accerti la lottizzazione abusiva), quanto perché non ha potuto più glissare sulla differente collocazione, nella gerarchia dei valori, che la Convenzione, come interpretata dalla Corte e.d.u., e la Costituzione, danno al diritto di proprietà.

La C.e.d.u. riconosce il diritto di proprietà privata come un diritto fondamentale ed assoluto, la Costituzione della Repubblica, invece, «riconosce come diritto fondamentale ed inviolabile dell'uomo, ai sensi dell'art. 2, non il diritto di proprietà senza aggettivi, ma il diritto di proprietà personale, quella riferibile al soddisfacimento dei bisogni primari dell'uomo (...)».

Diritto di proprietà privata, dunque, non come valore assoluto ma che esiste secondo la previsione della legge che, al fine di assicurarne la funzione sociale, «potrebbe anche comprimerla, riducendola (...) anche ad un nucleo essenziale».

L'esclusione della confiscabilità dei terreni la cui lottizzazione abusiva è accertata, sia pure con una sentenza di proscioglimento per prescrizione, viola gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117 Cost., perché paesaggio, ambiente, vita e salute possono lasciare il passo al principio di responsabilità personale (vicenda "Sud Fondi"), ma certamente prevalgono, nel bilanciamento, sul diritto di proprietà.

A questo punto si propongono due scenari: il primo, quello del rigetto della

questione di costituzionalità della norma, improbabile; il secondo, quello dell'accoglimento, dagli sviluppi davvero imprevedibili.

Improbabile che la Corte costituzionale dichiari la compatibilità dei principi della sentenza "Varvara" con quelli della Costituzione perché rischierebbe di smentire se stessa; sia perché, come è scritto nell'articolata ordinanza che attinge a piene mani dalla giurisprudenza costituzionale, è proprio la Corte costituzionale che elabora i principi fondamentali in materia di vita, salute, ambiente salubre e paesaggio, in termini di insanabile contrasto con il diritto di proprietà privata come concepito dai giudici di Strasburgo, sia perché, come ricorda la stessa ordinanza, la tesi secondo la quale un giudizio di colpevolezza potrebbe essere formulato validamente anche nell'ambito di determinate sentenze di proscioglimento per estinzione del reato, è stata già avallata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 239 del 2009.

D'altra parte non minore sarebbe il rischio di rimettere in gioco altre tessere del mosaico del nostro ordinamento come quella, in materia di responsabilità degli enti, di cui all'art. 6, co. 5, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 che prevede una forma di confisca che consegue non al riconoscimento ma alla negazione della responsabilità dell'ente, avendo finalità non sanzionatorie, ma dirette a ristabilire l'equilibrio economico alterato⁷ o come quella, richiamata dalla nostra ordinanza, della confisca di cui all'art. 301 d.P.R. n. 43 del 1973 in materia di contrabbando.

L'ipotesi dell'accoglimento, invece, rischierebbe di innescare un cortocircuito istituzionale derivante dalla permanenza nel nostro ordinamento di una disposizione interna contraria ai principi della Convenzione (*rectius* della loro interpretazione da parte della Corte e.d.u.).

Questi contrasti, secondo la dottrina più illuminata, possono e devono essere ricomposti anche attraverso quell'attività, definita "dialogo tra le Corti", consistente in una reciproca cessione di spazi all'evoluzione interpretativa dei diritti fondamentali.

Dopo gli spazi ceduti dalla Corte di cassazione in occasione dell'*affaire* "Sud Fondi", l'auspicio, questa volta, è che possa essere la Corte europea, come ha fatto in altre occasioni, a cercare posizioni di raccordo e di dialogo con il nostro ordinamento.

⁷ Sul punto cfr. Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a. ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 239927.