

LA NATURA GIURIDICA DELLA CONFISCA E L'INCIDENZA DELLA CEDU

Alessandro Auletta e Antonio Serpico*

Sommario. 1. Cenni alla disciplina codicistica della confisca. 2. La confisca allargata ex art. 12-sexies d.l. 306/92. 3. La confisca nei reati tributari. 4. La c.d. confisca urbanistica: in particolare, la lottizzazione di Punta Perotti. 5. La confisca nel Codice della strada. 6. Riflessioni sull'incidenza della CEDU all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

1. Cenni alla disciplina codicistica della confisca.

Il vigente codice penale prevede due tipi di sanzioni: a) pene; b) misure di sicurezza. Il codice Rocco adottò questa soluzione (c.d. sistema del “doppio binario”) poiché nei primi decenni del '900 vi erano due grandi Scuole di pensiero che teorizzarono due diverse tesi in merito alla sanzione penale. Per la Scuola Classica, che ebbe quale suo principale esponente Francesco Carrara, la sanzione penale aveva una funzione retributiva e, pertanto, doveva essere proporzionale alla gravità del fatto commesso. Tale dottrina aveva come suo presupposto essenziale l'idea che ogni azione dell'uomo fosse guidata dal suo libero arbitrio: l'uomo aveva, pertanto, piena libertà di scelta tra il bene ed il male. Per la Scuola Positiva, il cui più alto appartenente fu Enrico Ferri, invece, la pena prevista per la violazione di un precetto di natura penale aveva il suo fondamento nell'esigenza di difesa della società. Tale Scuola sviluppava gli studi del criminologo Cesare Lombroso, secondo il quale l'uomo delinque non per effetto del suo libero arbitrio, ma perché spinto da determinati fattori quali: l'ambiente sociale in cui vive, la sua conformazione psico-fisica, la sua indole, ecc. In altri termini, un uomo diventava delinquente per cause estranee al suo volontà. La funzione della sanzione penale doveva essere quella di sradicare questi fattori negativi, incidendo sulla personalità del soggetto e sulla sua pericolosità sociale, al fine di prevenire la commissione di reati. Il codice del 1930 sposò una tesi mediana¹, prevedendo come sanzioni sia le pene sia le misure di sicurezza.

* Il presente contributo è il frutto di una riflessione congiunta dei due Autori. Nondimeno, i primi tre paragrafi sono ascrivibili al dott. Serpico, gli ultimi tre al dott. Auletta.

¹ Sul tema, C. FIORE, Diritto Penale, Parte Generale, volume secondo, Torino, 1998, 245 – 246 :“ L'affiancamento delle misure di sicurezza alle pene – poiché realizzava, com'è stato giustamente osservato, non una fusione dei contrastanti indirizzi del pensiero penalistico, ma solo << una meccanica giustapposizione >> dei diversi orientamenti – non faceva altro che raddoppiare le potenzialità repressive del sistema; specie con riguardo ai casi in cui all'esecuzione della pena, si aggiungeva l'inflizione della misura di sicurezza detentiva, per di più a tempo indeterminato”.

Le pene (la cui determinazione concreta si conforma al principio retributivo) hanno una finalità general-preventiva ovvero si pongono come scopo quello di dissuadere i consociati dal commettere reati². Secondo autorevole dottrina tale fine è perseguito non solo nella fase dell'irrogazione della pena da parte del giudice, ma anche nella fase di comminazione della stessa da parte del legislatore³. Le misure di sicurezza, invece, hanno una funzione special-preventiva, ovvero sono finalizzate alla prevenzione della commissione di futuri reati da parte di soggetti ritenuti socialmente pericolosi.

Le principali differenze tra le due sanzioni sono:

a) le pene, avendo carattere afflittivo, implicano un giudizio di responsabilità. Le misure di sicurezza, invece, avendo funzione di prevenzione⁴, si fondano su un giudizio di pericolosità formulato con riferimento al disposto degli articoli 203 e 133 c.p.; b) le pene, avendo un contenuto retributivo, hanno una durata determinata. La loro quantificazione concreta viene compiuta dal giudice che esercita la sua discrezionalità utilizzando i parametri di cui all'art. 133 c.p., nei limiti edittali (minimo e massimo) fissati dal legislatore⁵. Le misure di sicurezza, invece, avendo come obiettivo la difesa della società, non possono che avere un contenuto indeterminato (determinato solo nel minimo); c) le pene sono irrogate ai soggetti imputabili o semi-imputabili, le misure di sicurezza anche ai soggetti non imputabili; d) le pene sono le sanzioni tipiche ed esclusive dei reati e, pertanto, presuppongono la commissione di un reato (consumato o tentato). Le misure di sicurezza, invece, sono applicabili anche alle fattispecie che configurano un c.d. "quasi reato" (v. art. 49, 2° comma e 115, 2° comma, c.p.) al quale non può essere irrogata una pena; e) il regime giuridico in tema di successione di norme nel tempo.

Quest'ultimo aspetto, che è il più rilevante ai fini della nostra indagine, riguarda in particolare l'ambito di operatività del principio di irretroattività della norma penale.

Le pene sono sottoposte al divieto di applicazione retroattiva previsto dall'art. 25, comma 2°, della Costituzione (e dall'art. 1 c.p.) ovvero non possono essere irrogate ad un soggetto che ha commesso il fatto in tempo antecedente all'entrata in vigore della norma incriminatrice. Da

² Tuttavia, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ed in particolare dell'articolo 27, 3° comma, fine ineludibile della pena è la rieducazione del condannato (c.d. "teleologismo rieducativo della pena").

³ F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Milano 1994, 637.

⁴ In senso contrario, F. ANTOLISEI, *op.cit.*, 738: "Non è esatto che le misure di sicurezza non abbiano il carattere dell'afflittività che rappresenta la nota essenziale delle pene. Siccome importano una diminuzione dei beni dell'individuo e in generale una restrizione della libertà personale, anche esse sono afflittive; anzi, in pratica, a causa della indeterminatezza della loro durata, riescono spesso più afflittive delle pene. Non è possibile tuttavia disconoscere che l'afflittività, la quale nella pena è procurata di proposito, nella misura di sicurezza è una conseguenza inevitabile di un provvedimento che è diretto ad un altro scopo (la risocializzazione del delinquente)".

⁵ Sulla quantificazione della pena incidono, eventualmente, le norme di cui agli articoli 61 e 62 c.p., che prevedono le circostanze generali del reato ovvero le circostanze in presenza delle quali la pena viene, rispettivamente, aumentata o diminuita.

tale norma discende, pertanto, sia il divieto di punire un fatto che non costituiva reato all'epoca in cui fu commesso sia il divieto di punirlo con una pena più grave di quella prevista quando fu commesso. Le misure di sicurezza, invece, pur rispettando il principio di legalità, in base al disposto del 3° comma del medesimo articolo 25 della Costituzione⁶ - nonché degli artt. 199 e 236 c.p. - che pone il divieto di irrogare una misura di sicurezza per un fatto che all'epoca in cui fu commesso non costituiva reato⁷, ben possono essere previste in conseguenza di condotte per le quali, all'epoca in cui sono state poste in essere, non era legislativamente prevista tale sanzione⁸.

Ciò premesso, esaminiamo l'istituto della confisca.

La confisca è disciplinata dall'art. 240 c.p. (norma posta nel libro I, titolo VIII, capo II, del codice penale), come misura di sicurezza patrimoniale (insieme alla cauzione di buona condotta). Essa consiste nell'espropriazione in favore dello Stato delle cose attinenti al reato, perché "...servirono o furono destinate a commetterlo, o perché ne rappresentano il prodotto, il profitto, .. il prezzo", o perché "...la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione di esse costituisce reato.." (v.d. art. 240, 1° e 2° comma, c.p.)⁹. La dottrina ha manifestato perplessità circa la classificazione della confisca tra le misure di sicurezza ravvisando in essa, a volte, una pena accessoria¹⁰, altre volte una sanzione di natura amministrativa¹¹, altre volte ancora una sanzione "sui generis"¹². Ciò è dovuto alla circostanza che tale sanzione è prevista non solo dall'art. 240 c.p., ma in varie altre normative (ad es. dalla legge 31 maggio 1965, n. 575, che, all'art. 2-ter, la annovera tra le misure di prevenzione di carattere patrimoniale; dalla legge 13 settembre 1982, n. 646, all'art. 31; dal d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, all'art. 44, ecc.). Si può parlare, pertanto, di un istituto "camaleontico", nel senso che cambia natura giuridica a

⁶ Art.25, comma 3°, Cost.: "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge".

⁷ GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2006, 947; C. FIORE, *op.cit.*, 247.

⁸ In senso contrario, cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 2001, 792. Per approfondimenti, v. *infra*, par. 5.

⁹ Sul tema F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 763; R. GAROFOLI, *Manuale op.cit.*, 955; C. FIORE, *op. cit.*, 253; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2004, 331; TRAPANI, voce *Confisca*, in *Enc. giur.*, Roma 1991, 955; FIANDACA-MUSCO, *.....*, 814;

¹⁰ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, pag. 839.

¹¹ Per approfondimenti, Cfr. MELCHIONDA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Rivista Italiana di diritto processuale penale*, 1977; FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca sanzioni pecuniarie nel diritto penale <<moderno>>*, Padova, 1997.

¹² La dottrina che sposava quest'ultima tesi si fondava sul testo della Relazione al progetto definitivo del codice Rocco, dove si legge che la confisca tende a prevenire la commissione di nuovi reati mediante l'espropriazione a favore dello Stato di cose che, "pur provenendo da fatti illeciti penali o in altra guisa collegandosi alla loro esecuzione, manterrebbero viva l'idea e l'attrattiva del reato".

La sua peculiarità, consisterebbe, pertanto, nel fatto che pur essendo normativamente disciplinata tra le misure di sicurezza, si differenzia da queste giacché il giudizio di pericolosità che è a base della sua applicazione riguarda non il soggetto ma l'oggetto, il bene, in sé considerato. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti, in verità, sostengono tuttora la natura di misura di sicurezza della confisca. Si afferma, infatti, che al pari delle altre misure, viene applicata al fine di prevenire la commissione di futuri reati, ma con la peculiarità che ha come presupposto la pericolosità della res anziché del soggetto. Sul tema, cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale, III*, Torino, 1982, 383, M. MASSA, *Confisca (diritto e procedura penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 983, C. FIORE, *op.cit.*, 254, manca riferimento giurisprudenziale.

seconda del contesto in cui si applica. Nei primi decenni successivi all'entrata in vigore del codice Rocco, era diffusa l'opinione che tutte le misure di sicurezza (e, quindi anche la confisca) fossero sanzioni amministrative ovvero sanzioni "di polizia", considerato che non avevano una finalità retributiva, bensì meramente preventiva. Scopo delle misure di sicurezza, si opinava, è, infatti, di evitare che il soggetto "pericoloso" possa porre in essere condotte costituenti reato. Tale attività è di competenza dell'autorità amministrativa (di polizia) e non dell'autorità giurisdizionale, la quale è deputata esclusivamente ad irrogare la pena prevista dal legislatore per un determinato fatto-reato già commesso¹³. La tesi è stata superata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza in quanto le misure di sicurezza, incidendo su diritti fondamentali dell'uomo, possono essere applicate soltanto dall'autorità giurisdizionale con le garanzie del processo penale (di cognizione) e del processo di sorveglianza, nei soli casi previsti dalla legge. Anche per esse, quindi, vale l'antico brocardo "nulla poena sine lege, nulla poena sine iudicio".

L'art. 240 c.p. distingue le ipotesi di confisca facoltativa da quella obbligatoria.

È facoltativa la confisca "delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto" (art. 240, 1° comma, c.p.). Tale ipotesi ricorre quando la cosa è legata al reato da un nesso eziologico diretto ed essenziale¹⁴; in altri termini la res non deve essere strumento occasionale per la commissione del reato ma il mezzo necessario per la sua attuazione.

È obbligatoria la confisca "delle cose che costituiscono il prezzo del reato e delle cose, la fabbricazione, l'uso, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna" (art. 240, 2° comma, c.p.). In tali ipotesi, il legislatore ha disposto una presunzione di pericolosità della cosa in sé considerata, prescindendo dal rapporto con il reo.

Per contrastare più efficacemente la criminalità organizzata e i proventi dei reati da essa commessi, sulla scia di vari atti internazionali (da ultimo, si ricorda la decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 24 febbraio del 2005), con la legge 7 marzo 1996, n. 108, è stata introdotta nel nostro ordinamento la c.d. confisca "per equivalente" o "di valore"¹⁵. Tale

¹³ Si affermava, infatti, che tali misure non avevano una finalità retributiva, bensì meramente preventiva. Scopo delle misure di sicurezza, è, infatti, di evitare che il soggetto "pericoloso" possa porre in essere condotte costituenti reato. L'applicazione di queste misure, pertanto, spettava all'autorità amministrativa (di polizia) e non all'autorità giurisdizionale, la quale è deputata esclusivamente ad irrogare la pena prevista dal legislatore per un determinato fatto-reato già commesso. La natura amministrativa delle misure di sicurezza trovava, inoltre, fondamento testuale nel titolo VIII, del libro I del codice penale che qualifica le misure di sicurezza (sia personali sia patrimoniali) come "misure amministrative di sicurezza". Sul punto, R. GAROFOLI, *op.cit.*, 942.

¹⁴ In questo senso, GAROFOLI, *op. cit.*, 956.

¹⁵ In realtà, già la legge 9 agosto 1993, n. 328, che ha introdotto nel codice di procedura penale l'art. 735-bis, ratificando la Convenzione n. 141 del 1990 del Consiglio d'Europa relativa al riciclaggio, al rintracciamento, al

sanzione permette di confiscare, nei casi in cui diviene impossibile colpire direttamente i beni costituenti il profitto o il prezzo del reato, utilità patrimoniali di valore corrispondente di cui il reo abbia la disponibilità. La legge n. 108/1996, novellando l'art. 644 c.p., estese la obbligatorietà delle confisca alle “somme di denaro, beni o utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona, per un importo pari al valore degli interessi, o degli altri vantaggi o compensi usurari [...]”.

In relazione ad alcune ipotesi applicative (che si andranno di seguito ad esaminare) la natura giuridica della confisca è stata diversamente intesa. In particolare, si è dibattuto sulla questione se, in tali fattispecie, la confisca fosse una pena o una misura di sicurezza. L'adesione all'una o all'altra tesi non ha riflessi meramente dogmatici, ma, altresì, delle notevoli conseguenze pratiche, come abbiamo sopra esaminato. Tra queste, quella di più notevole rilievo riguarda il diverso regime di applicazione delle due sanzioni. Le differenti opinioni sul punto sono state originate ed influenzate anche da alcune pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di confisca e dall'interpretazione che tale organo giurisdizionale ha fornito dell'art. 7 della CEDU, nella parte in cui dispone che: “Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

2. La confisca allargata ex art. 12-sexies d.l. 306/92.

L'art. 12-sexies del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356, ha previsto una peculiare tipologia di confisca, che la dottrina e la giurisprudenza hanno definito “allargata”.

Tale norma, introdotta dal decreto legge 20 giugno 1994, n. 399, convertito nella legge 8 agosto 1994 n. 501, al primo comma, così dispone: “Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dagli articoli 416, sesto comma, 416-bis, 600, 601, 602, 629, 630, 644, 644-bis, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-bis, 648-ter del codice penale, nonché dall'art. 12-quinquies, comma 1, del D.L. 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 1992, n. 356 ovvero per taluno dei delitti previsti dagli articoli 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ovvero per

sequestro, o alla confisca dei proventi di reato, aveva disposto la confisca di valore in sede di cooperazione giudiziaria passiva.

taluno dei delitti previsti dagli articoli 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica [...]

Il secondo comma prevede tale misura ablatoria anche in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 c.p.p. "per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché a chi è stato condannato per un delitto in materia di contrabbando, nei casi di cui all'articolo 295, secondo comma, del testo unico approvato con D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43".

La legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), all'art. 1, comma 220, ha esteso poi l'ambito di applicazione della confisca de qua anche ai reati contro la Pubblica Amministrazione.

I presupposti applicativi di tale misura sono, pertanto: 1) la condanna con sentenza passata in giudicato per i delitti indicati nell'art. 12-sexies del d.l. 306/92; 2) l'individuazione dei beni rientranti nella disponibilità del condannato, anche per interposta persona; 3) la sproporzione tra l'entità del patrimonio del condannato ed i redditi dichiarati o comunque derivanti da attività lecite, sempre che quest'ultimo non riesca a giustificare la provenienza di tali entità patrimoniali.

Con riferimento al punto 1), la confisca in oggetto, per costante giurisprudenza¹⁶, si applica sia in caso di condanna per delitto consumato che tentato - pur non prevedendo la norma l'irrogazione di tale misura nelle corrispondenti ipotesi di delitto tentato - visto che non vi è alcun collegamento col profitto o il provento del reato, ma si applica quando il condannato non può dimostrare la provenienza lecita del bene. L'interpretazione fornita dalla Corte di legittimità paventa, a parere di chi scrive, la possibilità di una pronuncia di incostituzionalità della norma nella parte esaminata. Appare palese, infatti, volendo condividere la natura giuridica di misura di sicurezza elaborata dalla giurisprudenza (come esamineremo più avanti), il contrasto con il principio di legalità e di tassatività delle misure di sicurezza di cui all'art. 25,

¹⁶ Cfr., ex plurimis, sent. Cass. pen, sez. I, 10 maggio 2005, n. 22154, in CED Cass., 2005.

terzo comma, della Costituzione che dispone: “Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”.

Con riferimento al punto 2), per “disponibilità” si deve intendere non un rapporto giuridico intercorrente tra il condannato e la res, riconducibile al diritto di proprietà o ad altro diritto reale, ma una relazione connotata dall’esercizio di poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà. La “disponibilità” coincide, pertanto, con la signoria di fatto sul bene indipendentemente dalle categorie delineate dal diritto privato, riguardo al quale il richiamo più appropriato sembra essere quello riferito al possesso nella definizione che ne dà l’art. 1140 c.c.¹⁷.

Con riferimento al punto 3) è necessario, in via preliminare, operare due precisazioni. In primo luogo, il termine “patrimonio” non va inteso come un complesso unitario ovvero come l’insieme dei rapporti giuridici, attivi e passivi, aventi contenuto economico, facenti capo ad una persona fisica o giuridica, ma come la somma dei singoli beni acquisiti dal soggetto; in secondo luogo, il termine “sproporzione” non rimanda a qualsiasi difformità tra guadagni e capitalizzazione, ma ad un incongruo squilibrio tra questi. In altri termini, il confronto va effettuato tra il valore economico dei beni di cui il condannato ha la disponibilità (nel significato sopra indicato) ed il reddito da questi dichiarato o i proventi della sua attività economica¹⁸.

Il giudice, pertanto, disporrà la confisca di quei beni di cui il condannato abbia la disponibilità e che risultino sproporzionati in misura palese se confrontati al proprio reddito dichiarato o all’attività economica esercitata (tranne nel caso in cui il condannato riesca a giustificare la provenienza lecita), fondando il proprio giudizio su comuni regole di esperienza¹⁹.

Perplessità sono state manifestate circa la costituzionalità di tale procedimento.

Si riteneva, infatti, che l’art.12-sexies prevedesse un inversione dell’onere della prova, in contrasto con la presunzione di non colpevolezza di cui all’articolo 27, comma 1, della Costituzione.

La giurisprudenza ha fugato questi dubbi precisando che: a) è improprio far riferimento alla presunzione di cui all’art. 27, comma 1, Cost., atteso che, nella specie, il giudizio non verte sulla colpevolezza del soggetto, ma sulla provenienza illecita di determinati beni²⁰; b) grava,

¹⁷ Cfr., ex multis, sent. Cass. pen., sez. I, 24 marzo 1995, n. 11732, CED Cass., 1995.

¹⁸ Cfr., ex multis, Cass. Pen., Sez. V, 2 ottobre 2007, n. 39048, in Guida al diritto, 2007, 56; Cass. Pen., Sez. I, 30 maggio 2007, n. 21250, ivi, 25, 82.

¹⁹ Cfr. sent. Cass. Pen., Sez. Un., 17 dicembre 2003/19 gennaio 2004, n. 920, in Cass. pen., 2004, 1182, con nota di FIDELBO.

²⁰ La Corte Costituzionale ha dichiarato, invece, con la sentenza n. 48/1994 (in Foro it., 1994, I, 2969), incostituzionale, per contrasto con l’art. 27, primo comma, Cost. l’art. 12-quinquies del d.l. 306/92, secondo comma, che introduceva, sugli stessi presupposti, una fattispecie di reato.

in ogni caso, sul pubblico ministero, l'onere di dimostrare la sproporzione del valore economico dei beni da confiscare rispetto alla capacità reddituale del soggetto. Sull'accusa incombe anche l'onere di ricostruire storicamente ed analiticamente i redditi e le attività del condannato al momento delle singole acquisizioni, così come anche la prova dell'effettiva appartenenza al condannato di beni formalmente intestati a terzi; b) una volta provate tutte queste circostanze, sussiste una presunzione *iuris tantum* (ovvero relativa) di illecita accumulazione di tali beni che può essere superata solo da specifiche e verificate allegazioni del condannato. Si precisa che con tali allegazioni l'interessato dovrà dimostrare la liceità dell'acquisizione di tali beni e non solo fornire la prova negativa della non provenienza del bene (o dei beni) dal reato per cui vi è stata la condanna. Pertanto, il soggetto dovrà dimostrare, non solo in base a titoli negoziali o, comunque, di natura giuridico-formale, ma, soprattutto, in termini economici, che l'acquisizione dei beni è avvenuta in conformità alle proprie capacità economiche o che discenda, in ogni caso, da attività consentite dall'ordinamento giuridico.

È importante evidenziare come anche la dimostrazione della legittima provenienza dei beni da parte del privato deve fondarsi sull'acquisto di ogni singolo bene e non con riferimento al patrimonio nel suo insieme.

Se l'interessato assolverà a tale onere, sarà, comunque, il pubblico ministero a dover controdedurre e provare l'infondatezza delle allegazioni della difesa²¹.

La Corte Costituzionale ha, inoltre, respinto le obiezioni circa la conformità dell'art. 12-sexies agli articoli 24, secondo comma, e 42 della Costituzione, che tutelano, rispettivamente, il diritto di difesa innanzi all'autorità giurisdizionale e il diritto di proprietà. Con riferimento al diritto di difesa, il Giudice delle leggi, nell'ordinanza n. 18/1996, ha affermato che la norma impugnata non prevede una imposizione di onere della prova né una "probatio diabolica" in sfavore del condannato. Il legislatore, infatti, si è limitato a disporre una presunzione "iuris tantum" di illecita accumulazione dei beni quando la pubblica accusa abbia dimostrato la sproporzione tra il valore dei beni stessi da un lato e i redditi e le attività economiche dall'altro, al momento dell'acquisto di ogni singolo bene. Tale presunzione legislativa può essere superata con una mera allegazione di titoli, fatti e circostanze che giustifichino la disponibilità di quei beni. Si tratta, pertanto, di un onere di agevole assolvimento.

Con riferimento alla presunta violazione del diritto di proprietà, la medesima pronuncia della Corte Costituzionale, richiamando la sentenza n. 48/1994, ha precisato che l'art. 42 Cost. non

²¹ Cfr. Cass. pen., 5 giugno 2008, n. 25728, in CED Cass., 2008; Cass. pen., 13 maggio 2008, n. 21357, ivi; Cass. pen., 10 gennaio 2008, n. 3990, ivi; Cass. pen., 10 febbraio 2006, n. 9520, ivi, 2006.

tutela la proprietà in modo indiscriminato (come, al contrario, prevedeva lo Statuto Albertino che, all'articolo 29, ne garantiva l'inviolabilità), bensì in modo che ne sia assicurata la funzione sociale (oltre che la libera accessibilità). La presunzione di illecita provenienza dei beni prevista dall'art. 12-sexies del d.l. 306/92, avendo come fine la prevenzione speciale e la dissuasione del destinatario a commettere i reati previsti da tale norma, assolve appunto allo scopo di garantire tale funzione sociale.

Circa la natura giuridica di questa misura ablatoria, la giurisprudenza dominante la definisce come una misura di sicurezza patrimoniale. In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza n. 920/2004 (richiamando la precedente pronuncia del 17 luglio 2001, n. 29022) hanno sostenuto che la confisca ex art. 12-sexies del d.l. 306/92 costituisce una misura di sicurezza "atipica", in quanto modellata secondo lo schema della misura di prevenzione antimafia di cui alla legge n. 575/1965. L'"atipicità" consisterebbe in una sostanziale difformità strutturale e funzionale di tale misura rispetto alla confisca disciplinata dall'art. 240 c.p.

In primis, la Suprema Corte ha evidenziato che la confisca c.d. "allargata" ha una finalità non solo preventiva, ma anche (e soprattutto) dissuasiva nei confronti del destinatario per evitare che il soggetto interessato sia tentato a commettere i delitti menzionati dall'art.12-sexies al fine di accumulare illecitamente ricchezze. In secondo luogo, ha sostenuto che la confisca disciplinata dall'art. 240 c.p. richiede un nesso di pertinenzialità tra il bene da espropriare e il reato commesso (relazione che potrebbe rintracciarsi nella nozione di prezzo, prodotto o profitto del reato), nesso che non è richiesto dall'art. 12-sexies che dispone la confisca del "...denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica"²². Né potrebbe ricondursi tale istituto ad un caso di confisca obbligatoria nelle ipotesi previste dall'art. 240 c.p. di confisca facoltativa, atteso che la confisca obbligatoria nelle ipotesi di confisca facoltativa è già prevista per i reati di matrice mafiosa dall'art.416-bis: l'art. 12-sexies che prevede, tra l'altro, la confisca in caso di condanna per delitti di criminalità mafiosa, costituirebbe, pertanto un inutile doppione di un istituto già esistente nell'ordinamento. Non potrebbe, inoltre, configurarsi tale confisca come un'ipotesi applicativa della confisca c.d. "per equivalente" giacché, da un lato, l'art. 12-sexies non fa menzione del presupposto applicativo dell'istituto de quo (ovvero l'impossibilità di

²² Cfr. Cass. pen., sez. II, 29 maggio 2008, n. 21717, in CED Cass., 2008: "...il legislatore ha creato un vincolo di pertinenzialità solo tra i beni di cui non sia provata la legittima provenienza e i soggetti portatori di pericolosità sociale..".

rintracciare nel patrimonio del reo i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato), dall'altro, non si comprenderebbe la "ratio" della legge 7 marzo 1996, n. 108, che nel modificare l'art. 644 c.p., proprio introducendo la confisca per equivalente nel caso di condanna per usura, fa espressamente salva l'applicabilità dell'art. 12-sexies. Tale norma, quindi, indica un ulteriore campo applicativo, con possibilità di ulteriori confische su cose diverse dal "tantundem". Infine, è errato, secondo gli "Ermellini", rintracciare nell'art. 12-sexies relazioni mediate, indirette, od occasionali del bene "confiscando" con il reato; in caso contrario, sarebbe lasciata alla discrezionalità del giudice la determinazione dei presupposti di applicabilità di tale tipo di confisca, in violazione del principio di legalità.

Più di recente, la Corte di Legittimità ha confermato tale orientamento con la pronuncia n. 25096/2009. Tale decisione ha cassato il provvedimento del Tribunale che non aveva disposto la confisca ex art. 12-sexies prevista come obbligatoria, in quanto si procedeva per un reato di corruzione commesso prima del 1° gennaio 2007, data di entrata in vigore della legge n. 296/2006 (legge finanziaria 2007) che ha esteso l'ambito di applicazione della confisca de qua ai reati contro la P.A.. Il Giudice di legittimità ha motivato il suo operato, mettendo in luce che la confisca è, secondo la dottrina e la giurisprudenza dominante, una misura di sicurezza e non una pena. Di conseguenza, deve applicarsi l'art. 200 c.p. che, quale norma generale valida per tutte le misure di sicurezza, stabilisce che se al momento dell'applicazione della misura ablativa la legge regolatrice è diversa rispetto a quella in vigore al momento della commissione del fatto, è applicabile la legge valida al momento della sua esecuzione. Dunque in tal caso ben può operare il principio di retroattività, il quale viene desunto anche dalla lettera dell'art. 25, terzo comma, della Costituzione.

Parte della dottrina non condivide le conclusioni della giurisprudenza. Taluni Autori²³, infatti, rimarcano il carattere afflittivo della confisca "de qua", non avendo alcun fine di prevenzione, stante il fatto che la norma non richiede alcuna relazione tra la "res" e il reato commesso. Tale provvedimento ablatorio è, infatti, irrogabile sulla base della mera condanna del soggetto per uno dei reati prevista dall'art. 12-sexies. Alla luce di queste considerazioni tale confisca configurerebbe una pena accessoria.

Si obietta²⁴ a tale corrente di pensiero che la confisca ex art. 12-sexies, a differenza della pena accessoria, non consegue automaticamente alla condanna, ma è applicata nel caso in cui il condannato non fornisca prova della lecita provenienza dei beni che il pubblico ministero, sulla base di una ricostruzione storica dei singoli acquisti, ritenga siano sproporzionati rispetto alla

²³ Cfr. FORNARI, *Criminalità del profitto*, Padova, 1997; MANTOVANI, op. cit. pag. 839.

²⁴ Cfr. MUAGERI, *La riforma delle delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, pp. 44 ss..

capacità reddituale o alle attività economiche del soggetto inciso. Inoltre, mentre la pena accessoria ha l'obiettivo di colpire la capacità giuridica del condannato e l'esercizio di attività economiche (si pensi, ad esempio, alla decadenza dai pubblici uffici, ex art 28 c.p., o all'interdizione da una professione o da un'arte, ex art. 30 c.p.), la confisca c.d. "allargata" incide sul suo patrimonio (inteso, si ricorda ancora una volta, come l'insieme dei singoli beni, acquisiti, indifferentemente, prima o dopo la commissione del reato per cui vi è stata condanna, di cui il condannato ha la disponibilità in misura sproporzionata rispetto al reddito dichiarato o alle attività economiche esercitate). Pertanto, al pari delle altre misure di sicurezza patrimoniali, la confisca ex art. 12-sexies, ha come finalità quella di colpire i beni in sé, per evitare che, rimanendo nella disponibilità del condannato, possano essere riutilizzati in altre attività illecite²⁵.

Senza dimenticare, infine, che se l'art. 12-sexies avesse natura di pena accessoria ad esso potrebbe applicarsi, ai sensi dell'art. 166 c.p., la sospensione condizionale della pena con tutte le conseguenze del caso²⁶.

La tesi sopraesposta desta alcune perplessità. In particolare, non appare condivisibile la natura giuridica di misura di sicurezza "atipica" attribuita dalla giurisprudenza alla confisca de qua per due motivi.

In primis, né il codice penale vigente né altre leggi complementari disciplinano, definiscono o fanno menzione di tale categoria giuridica che, quindi, è ignota al legislatore. La misura di sicurezza "atipica" costituisce, pertanto, un istituto "creato" dal diritto pretorio, probabilmente, per fare in modo che la confisca in questione possa, comunque, rientrare nel genus delle misure di sicurezza ed essere così irrogata dal giudice anche per i delitti commessi prima dell'entrata in vigore della norma che la dispone.

In secondo luogo, la definizione della confisca ex art. 12-sexies come misura di sicurezza, seppur "atipica", è in evidente contrasto con quella fornita dalla CEDU. La Corte di Strasburgo, infatti, riconosce alla confisca in parola la natura giuridica di "pena". La CEDU, già da tempo, ormai, nell'attribuire la natura giuridica di "pena" ad una determinata misura, non fa più esclusivamente riferimento ad un dato formale, ma fonda la propria opera ermeneutica su altri e più incisivi parametri, anche di natura sostanziale. In particolare, i criteri che adoperano i giudici di Strasburgo per stabilire se una sanzione assume la natura giuridica di "pena" sono:

²⁵ Cfr. ALFONSO, La confisca penale fra disposizioni codicistiche e leggi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma, in MAUGERI (a cura di), Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine, pp. 254 ss..

²⁶ V. art. 166 c.p., secondo comma: "La condanna a pena condizionalmente sospesa non può costituire in alcun caso, di per sé sola, motivo, per l'applicazione delle misure di prevenzione, né di impedimento per l'accesso a posti di lavoro pubblici o privati tranne i casi specificamente previsti dalla legge, né per il diniego di concessioni o di autorizzazioni necessarie per svolgere attività lavorativa".

l'eventuale irrogazione in seguito ad una condanna per un reato, la natura e lo scopo della misura in contestazione, la sua qualificazione in diritto interno, i procedimenti connessi alla sua adozione ed esecuzione, la sua severità, ed altri desunti dal caso sottoposto al suo esame. In altri termini, la nozione di pena, ai sensi dell'art. 7, primo comma, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ha una portata autonoma e non ancorata alla qualificazione che di un dato provvedimento attribuisce la norma di diritto interno o la giurisprudenza di uno Stato aderente. Fondamentale in materia, è la nota decisione del 9 febbraio 1995, nel caso *Welch c. Regno Unito*. Tale controversia aveva ad oggetto proprio una fattispecie di confisca disciplinata dallo Stato aderente come una misura di prevenzione, in quanto tale applicabile anche a fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge istitutrice. Nel concreto la legge nazionale presumeva come provento del traffico di stupefacenti i beni posseduti, trasferiti o donati al reo, nei sei anni precedenti la commissione del fatto e per questa ragione ne prevedeva la confisca. La Corte di Strasburgo giudicò tale sanzione come una "pena" o non una misura preventiva e, pertanto, ritenne che la norma di diritto interno, che prevedeva l'applicazione retroattiva della confisca, contrastava con l'articolo 7, primo comma, della Convenzione nella parte in cui dispone che non può "essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso". La CEDU fondò la propria decisione sulla considerazione che la confisca in questione, avendo ad oggetto il ricavo anziché il guadagno del traffico di stupefacenti (e quindi, a prescindere dalla circostanza che vi fosse stato un arricchimento personale), esulava o, comunque, travalicava il fine preventivo avendo quale suo scopo principale quello punitivo-repressivo. Inoltre, si legge nella pronuncia, "il fatto che il provvedimento di confisca potesse essere adottato solo in seguito a condanna penale e che il grado di colpevolezza dell'imputato fosse preso in considerazione dal tribunale per determinarne l'ammontare contribuiva a configurare una pena".

Applicando questa tesi alla confisca ex art. 12-sexies del d.l. 306/92, non vi è chi non veda che, in realtà, la misura in questione non ha finalità preventiva, ma, essenzialmente, è irrogata con scopi punitivo-repressivi. La norma, infatti, dispone l'espropriazione dei beni che rientrano nella disponibilità del condannati e di cui questi non riesce a superare la presunzione di illecita provenienza, a prescindere da alcuna relazione con il fatto-reato commesso; requisito, questo, invece, richiesto dal legislatore quando dispone la confisca, come misura di sicurezza patrimoniale, ai sensi dell'art. 240 c.p.. *Rebus sic stantibus*, la qualificazione come misura di sicurezza patrimoniale "atipica" che la Suprema Corte attribuisce alla confisca ex art. 12-sexies, prevedendone, pertanto, la applicazione retroattiva, si pone in contrasto con l'art. 7 della CEDU ed, in particolare, con il significato che la Corte di Strasburgo attribuisce al termine

“pena”. Per i motivi sopra esposti, potrebbe presto sollevarsi una questione di legittimità costituzionale dell’art. 12-sexies, nell’interpretazione data dal “diritto vivente”, per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost. nella parte in cui prevede la potestà legislativa nazionale e regionale è esercitata, tra l’altro, nel rispetto “dei vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali”.

3. La confisca per equivalente con riferimento ai reati tributari.

La confisca c.d. “per equivalente” o “di valore”, come abbiamo già anticipato nel paragrafo precedente, è una sanzione prevista dall’ordinamento al fine di sottrarre al reo beni che fanno parte del patrimonio. Tale misura viene definita dalla giurisprudenza di legittimità “una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti”²⁷. I presupposti per la sua applicazione sono: a) consumazione del reato o meglio di uno di quei reati per cui il legislatore ha previsto l’irrogazione di tale sanzione; b) non appartenenza dei beni da confiscare a persone terze; c) impossibilità o estrema difficoltà di rintracciare nel patrimonio del reo dei beni costituenti il prezzo o il profitto del reato²⁸.

La prevalente giurisprudenza, già da tempo, attribuisce alla confisca “per equivalente” natura giuridica di “pena” o comunque una funzione eminentemente sanzionatoria²⁹. Tale tesi è risultato della constatazione che questo tipo di confisca non ha e non può avere una finalità preventiva, ovvero il fine di evitare la commissione di nuovi reati, atteso che si fonda su un giudizio di responsabilità (e non di pericolosità, come previsto, invece, per le misure di sicurezza) e non ha ad oggetto il prezzo o il profitto del reato, ovvero cose che con esso hanno una relazione, ma beni che ad esso sono estranei.

Una fattispecie applicativa della confisca “di valore” riguarda quella prevista per i c.d. reati tributari.

L’art. 1, comma 143, della legge n. 244 del 24 dicembre 2007 (legge finanziaria 2008) sancisce che “nei casi di cui al D.Lgs 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-quater e 11³⁰ si osservano in quanto applicabili le disposizioni di cui all’art. 322-ter c.p.” L’art. 322-ter c.p. dispone che, per i reati disciplinati dagli articoli 314 a 320 c.p., quando non è possibile confiscare i beni che costituiscono il prezzo o il profitto del reato, è sempre disposta

²⁷ Cfr., ex plurimis, Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 2005, n. 2612, in CED Cass., 2005..

²⁸ Cfr., ex multis, Cass. pen., sez. II, 16 gennaio 2004, n. 895, in CED Cass., 2004.

²⁹ Cfr., ex plurimis, Cass. Sez. Un. 2 luglio 2008, n. 26654, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2008, 4, 1738, con note di MONGILLO e LORENETTO; Cass., sez. II, 28 maggio 2008, n. 21566, in CED Cass., 2008.

³⁰ In particolare si tratta delle seguenti fattispecie: art. 2 (“Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti”), art. 3 (“Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici”), art. 4 (“Dichiarazione infedele”), art. 5 (“Omessa dichiarazione”), art. 8 (“Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti”), art. 10-bis (“Omesso versamento di ritenute certificate”), art. 10-ter (“Omesso versamento di IVA”), art. 10-quater (“Indebita compensazione”), art. 11 (“Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte”).

la confisca dei beni di cui il reo “ha la disponibilità”(non si fa, pertanto, riferimento, alla titolarità di un diritto reale o di un diritto obbligatorio, ma ad un rapporto di fatto tra le res ed il reo, tale per cui questi può trarre vantaggi di natura economica dal bene uti dominus) per un valore corrispondente a quello del profitto o del prezzo del reato³¹.

La necessità di disporre anche per tali reati la confisca obbligatoria “per equivalente” (che, si ricorda, non ha portata generale, ma si applica solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge³²) è stata dettata dal fatto che in materia di reati tributari, nella gran parte dei casi, il profitto si realizza attraverso il mancato pagamento dell’imposta dovuta ed, indi, non già con il conseguimento di un provento in denaro, ma a mezzo di un risparmio economico: risparmio che in quanto tale non può essere assoggettato a confisca ex art. 240 c.p..

In verità, antecedentemente alla novella legislativa, alcune pronunce dei giudici di merito³³ avevano paventato la possibilità di applicare la confisca “per equivalente” anche ai reati tributari al fine di superare le difficoltà poste dall’art. 240 c.p., norma di carattere generale che disciplina la confisca. Si opinava, infatti, che l’art. 240 c.p. era uno strumento giuridico inefficace, nei reati diretti a conseguire un vantaggio illecito di natura economica, per colpire in modo adeguato il profitto conseguito dal reo. Ciò per una serie di motivi. In primis, si evidenziava che ai sensi dell’art. 240 c.p., a parte le cose che costituiscono oggetto di confisca obbligatoria, previste nel secondo comma (“le cose che costituiscono il prezzo del reato; le cose, la fabbricazione, l’uso, il porto, la detenzione o l’alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna”), possono essere confiscati solo i beni che si pongono in relazione diretta, attuale e strumentale con il reato ovvero le “cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e [del]le cose che ne sono il prodotto o il profitto.”

³¹ Si riporta il testo dell’art. 322-ter c.p. (introdotto dall’art. 3, comma 1 della legge 29 settembre 2000, n. 300): “ Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell’art. 322bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo.

Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall’articolo 321, anche se commesso ai sensi dell’articolo 322-bis, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all’incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell’articolo 322-bis, secondo comma. Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato”.

³² Oltre che nei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e nei delitti di truffa ai danni dello Stato, la confisca per equivalente è stata prevista, tra l’altro: per i delitti di usura dall’art. 1 della legge n. 108 del 1996; per il reato transnazionale dall’art. 11 della legge n. 146 del 2006 (legge che ha introdotto questa figura criminosa); dall’art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001 in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, società ed associazioni prive di personalità giuridica.

³³ Cfr. ex plurimis Trib. Padova 10 marzo 2006/o., Trib. Bergamo 24 febbraio 2006/o..

Non potrebbe, invece, procedersi alla confisca quando non è possibile individuare i beni in cui si materializza il profitto del reato, né quelli che costituiscono la trasformazione del profitto iniziale, poiché tali beni, per diverse ulteriori attività poste in essere (occultamento, cessione, reimpiego, ecc.), non fanno più parte del patrimonio del reo. Ai sensi dell'art. 240 c.p., quindi, non è consentito al giudice confiscare una somma equivalente al profitto derivante dal reato³⁴. Da ciò, poi, deriva che laddove il profitto venga conseguito attraverso somme di denaro il giudice può disporre la confisca solo qualora vi siano sufficienti indizi per ritenere che il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in un conto bancario ovvero investito in titoli che divengono, poi, oggetto del provvedimento cautelare reale³⁵ ovvero, al più, laddove la confisca abbia ad oggetto beni che siano il frutto del diretto reimpiego da parte dell'autore del denaro illecitamente conseguito³⁶. Principi questi che determinano sostanziali difficoltà in questo tipo di reati tenendo conto che, soprattutto laddove il profitto consista in una somma di denaro, per aversi la confisca non è possibile confiscare una qualunque somma di denaro ma è necessario, come sopra indicato, individuare quella di diretta derivazione causale dall'attività del reo.

In secondo luogo, una vera e propria impossibilità si verifica laddove il profitto del reo non derivi dal conseguimento di un bene economico ma da un risparmio di questa natura; risparmio che, evidentemente, non può essere oggetto di confisca non traducendosi nel diretto conseguimento di un bene individuabile, ma nel mancato sostenimento di costi che, in assenza della condotta illecita, si sarebbe dovuto sostenere.

Inoltre, si è affermato che, trattandosi di ipotesi di confisca facoltativa, in caso di patteggiamento il giudice non può procedere a confisca, dovendo restituire il profitto in sequestro, essendo - laddove si proceda con questo procedimento speciale - questa consentita, ex art. 445 c.p.p., solo per i casi di confisca obbligatoria di cui all'art. 240, comma 2, c.p.p.. Al fine di superare le sopra menzionate difficoltà, si riteneva, pertanto, che anche ai reati disciplinati dal d.lgs. 74/2000 si applicasse il disposto dell'art. 640-quater c.p., norma che richiama, appunto, l'art. 322-ter c.p.

In particolare, alcune pronunce dei giudici di merito sostenevano che insieme ai delitti tributari di dichiarazione fraudolenta ed emissione di fatture false, potesse configurarsi a carico degli

³⁴ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 21 ottobre 1994, in CED Cass., 2004 ove, nell'indicare i principi richiamati del testo, è stata valutata la legittimità di un sequestro di un appartamento che era stato acquistato con i proventi del reato (concussione).

³⁵ Cfr. sent. Cass. pen., sez. VI, 25 marzo 2003, n. 23773, in Cass. pen., 2004, 2477; il tutto tenendo chiaramente conto che la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impone che il sequestro debba necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite bensì la somma corrispondente al loro valore nominale presente nel conto ove queste sono state depositate.

³⁶ Cfr. sent. Cass. pen., sez. VI, 14 aprile 1993, in CED Cass., 1993, ove si è indicato come non costituiscono ostacolo alla confisca le trasformazioni o modifiche che il prodotto del reato abbia subito.

indagati anche il delitto di cui all'art. 640, comma 2, n. 1 c.p. (truffa ai danni dello Stato); ciò in quanto, secondo detta prospettazione, questo reato verrebbe a concorrere con i delitti tributari ed, indi, la sua ricorrenza consentirebbe l'applicazione della confisca per equivalente.

La Suprema Corte, in varie occasioni, ha respinto tale tesi osservando che il delitto di frode fiscale si pone in rapporto di specialità con la truffa aggravata ai danni dello Stato di cui all'art. 640, comma 2 n. 1, c.p. e che, pertanto, in questo contesto l'assorbimento di quest'ultimo reato in quello di frode fiscale non consente di applicare la confisca per equivalente non prevista, un tempo, per il menzionato reato finanziario³⁷.

L'art. 1, comma 143, della legge n. 244/2007, ha posto, in ogni caso, fine alla querelle, prevedendo espressamente la confisca obbligatoria "per equivalente" per i reati tributari.

Questa norma ha, tuttavia, posto questioni di costituzionalità. Il g.u.p. di Trento, con ordinanza del 12 febbraio 2008, sollevò la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 143, della legge n. 244/2007 (oltre che degli articoli 200 e 322-ter c.p.) per contrasto con gli articoli 25, 2° comma, e 117, 1° comma, della Carta Costituzionale. Il giudice a quo sosteneva che dall'interpretazione del testo normativo, si evinceva la natura formale di misura di sicurezza della confisca in questione che, pertanto, soggiaceva alla disciplina dell'art. 200 c.p., 1° comma, secondo cui: "Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione". Di conseguenza, aveva efficacia retroattiva, considerato che il divieto di applicazione retroattiva è previsto dall'art. 25, 2° comma, della Costituzione solo per le pene e non anche per le misure di sicurezza (come esplicitamente previsto dal successivo 3° comma del medesimo art. 25). L'art. 1, comma 143, della legge n. 244/2007, contrastava, pertanto, a parere del remittente, con i parametri costituzionali sopra citati: la confisca per equivalente, infatti, "quale forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti"³⁸, costituisce una misura di sicurezza di carattere «eminente sanzionatorio», ovvero una pena. Avendo, sostanzialmente, natura giuridica di pena, la relativa previsione si poneva in contrasto con l'art. 7 della CEDU, nella parte in cui dispone che "non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso". Il contrasto sorgeva, in particolare, con l'interpretazione che di tale norma forniva la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, più sopra ricordata. Si rilevava, pertanto, da parte del giudice a quo, la violazione dell'art. 117, comma 1, atteso che la CEDU è un trattato internazionale, ovvero "un

³⁷ Cfr. Cass. Pen., sez. II, 11 gennaio 2007, n. 5656, in Cass. pen., 2007, 4613; Cass. Pen., sez. 2, 23 novembre 2006, n. 40226, in CED Cass., 2006.

³⁸ Sul punto, cfr., ex multis, Cass. Sez. Un., 22 novembre 2005, n. 41936, in Riv. Pen., 2006, 1, 37; Cass., sez. VI, 26 luglio 2007, n. 30543; Cass. pen., sez. III, 24 settembre 2008, n. 39173, entrambe in CED Cass..

obbligo internazionale” cui soggiace la potestà legislativa statale e si pone, quindi, come norma interposta nella valutazione di costituzionalità delle leggi e degli atti ad essa equiparati. La Corte Costituzionale, con ordinanza del 1° aprile 2009, n. 97 ha dichiarato manifestamente infondata la questione.

Invero, il Giudice delle leggi ha affermato che il g.u.p. di Trento ha erroneamente interpretato la norma sottoposta allo scrutinio di costituzionalità. L’art. 1, comma 143, della legge n. 244/2007, nel disporre la confisca “per equivalente” (obbligatoria) per i reati tributari, non le ha attribuito natura di misura di sicurezza e, pertanto, non opera retroattivamente. La confisca “per equivalente” (in generale, e, quindi, anche quella prevista dall’art. 1, comma 143, della legge n. 244/2007), infatti, si caratterizza per la mancanza di pericolosità dei beni che ne costituiscono l’oggetto e dall’ ”assenza di un rapporto di pertinenzialità (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni.”, elementi che ricorrono, invece, nella confisca disciplinata dall’art. 240 c.p., costituente, questa sì, misura di sicurezza. In altri termini, nella confisca “per equivalente” le res vengono espropriate in favore dello Stato senza avere alcun riguardo alla pericolosità delle stesse (da sole considerate o in rapporto al reo) e al fine di prevenire la commissione di reati. Tali caratteristiche, secondo il giudizio della Corte, “attribuiscono all’indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura «eminentemente sanzionatoria», che impedisce l’applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell’art. 200 cod. pen., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e possono essere, quindi, retroattive”. La confisca “per equivalente” soggiace, invece, al divieto di applicazione retroattiva delle pene ex art. 25, comma 2°, della Costituzione. Quest’ultima norma, secondo l’interpretazione della dottrina e della giurisprudenza dominanti, impone non solo il divieto di punire per un fatto non previsto dalla legge come reato al tempo in cui fu commesso, ma anche di sanzionare quel medesimo fatto con una pena più grave di quella prevista dalla legge quando il fatto fu commesso.

La natura sanzionatoria della confisca “per equivalente”, d’altronde, afferma la Corte Costituzionale, è condivisa anche dalla Corte di Cassazione, la quale, in numerose pronunce, ha affermato la natura afflittiva, quindi, sanzionatoria, della confisca “per equivalente”. Non sussiste, di conseguenza, il contrasto con l’art. 7 della CEDU, considerato che l’orientamento della giurisprudenza interna si pone in linea con l’interpretazione che della confisca “per equivalente” fornisce la Corte di Strasburgo.

L’intervento della Corte Costituzionale sulla questione è stato poi nuovamente sollecitato. Il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli aveva rimesso gli atti alla Corte,

con ordinanza del 26 luglio 2008, per sottoporre al vaglio di costituzionalità gli articoli 1, comma 143, della legge n. 244/2007, 200 e 322-ter c.p. e 321, comma 2, c.p.p. per contrasto con gli articoli, 3, 25, 2° comma, e 117, 1° comma, della Costituzione³⁹. La Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 301 del 2009, ha dichiarato manifestamente infondata la questione, richiamando i principi già espressi nell'ordinanza n. 97. In particolare, il Giudice delle Leggi ha ribadito che *“la confisca per equivalente – in ragione della mancanza di pericolosità dei beni che ne costituiscono oggetto, unitamente all'assenza di un ‘rapporto di pertinenzialità’ (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato ed i beni – palesa una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, una natura «eminentemente sanzionatoria», tale da impedire l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall'art. 200 cod. pen.”*. *Si può concludere affermando che, in realtà, la paventata illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 143, della legge n. 244/2007 ha costituito un “falso problema”. Tale norma, infatti, non ha fatto altro che prevedere un'ulteriore ipotesi applicativa della confisca “per equivalente”. Tale misura, già in precedenza, era stata giudicata dalla costante giurisprudenza della Suprema Corte - in conformità con l'interpretazione dell'art. 7 CEDU elaborata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza n. 307A/1995, caso Welch c. Regno Unito - come una pena e non una misura di sicurezza, attesa la funzione meramente afflittiva cui era deputata.* *Alle stesse conclusioni, si sarebbe potuti giungere, a parere di chi scrive, anche in mancanza dell'art. 7 della CEDU e del contributo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. L'art. 7 CEDU, infatti, non ha fatto altro che riportare a rango di norma ultra-nazionale ciò che era già previsto implicitamente dall'art. 25, 2° comma, Cost. ed esplicitamente dall'art. 1 del codice penale. Secondo la dottrina⁴⁰ e la giurisprudenza dominanti⁴¹, la norma costituzionale nel prevedere che “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in*

³⁹ Nel caso di specie il g.i.p. doveva decidere su una richiesta di sequestro preventivo, finalizzato alla confisca, effettuata dal p.m. di tutte le disponibilità finanziarie o di beni immobili, «con sottoposizione a vincolo reale equivalente» di essi nei confronti di un soggetto imputato di aver omesso, per gli anni 2004, 2005 e 2006, la presentazione delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi e sul valore aggiunto, al fine di evadere le suddette imposte (artt. 81, comma 2, del codice penale e 5 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74).

⁴⁰ Cfr. MANTOVANI, op. cit., pagg. 81-82; GAROFOLI, op. cit., pagg. 173-174.

⁴¹ Cfr., ex plurimis, Corte Cost. 3 giugno 1983, n. 148.; Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364; Cort. Cost. 1° giugno 2004, n. 161; Corte Cost. 31 novembre 2006, n. 394, tutte reperibili su www.cortecostituzionale.it. In particolare, in tale ultima pronuncia si legge: “Quest'ultimo (il principio di irretroattività della norma penale c.d. “sfavorevole”) si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. Avuto riguardo anche al fondamentale principio di colpevolezza ed alla funzione preventiva della pena, desumibili dall'art. 27 Cost., ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo – sulla base dell'affidamento nell'ordinamento legale in vigore al momento del fatto – quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione: aspettativa che sarebbe, per contro, manifestamente frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all'epoca della sua commissione non costituiva reato, o era punito meno severamente”.

vigore prima del fatto commesso” ha recepito in toto l’art. 1 c.p. (“Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite”), elevando tale disposto a rango di norma costituzionale. Nell’ordinamento giuridico italiano, pertanto, non mancava il riferimento ultra-legislativo che ponesse un veto all’applicazione retroattiva di norme che prevedessero una pena più severa per un fatto-reato commesso in precedenza.

Isolato è rimasto invece quell’orientamento che, sostenendo la natura di misura di sicurezza della confisca “di valore”, opinava nel senso che la misura prevista dall’art. 1, comma 143, della legge n. 244/2007 potesse trovare applicazione anche in relazione a condotte criminose commesse prima della sua entrata in vigore. Tale tesi si fondava sull’assunto che la confisca, in via generale, è una misura di sicurezza e, in quanto tale, per la sua applicazione non opera il disposto dell’art. 25, 2° comma, della Costituzione che impone il divieto di applicazione retroattiva delle norme incriminatrici, sia con riferimento al precetto sia con riferimento alla sanzione. Il regime applicativo della confisca “per equivalente” è disciplinato, pertanto, dall’art. 200 c.p. il quale, al primo comma, dispone che le misure di sicurezza si applicano in conformità della legge in vigore al tempo della loro applicazione. La confisca “di valore” può, invece, essere disposta solo per i fatti commessi successivamente all’entrata in vigore della legge che la disciplina, solo se è espressamente previsto dal legislatore; di conseguenza, non avendo previsto la legge finanziaria del 2008 una disposizione che derogasse all’art. 200 c.p., si dovevano applicare, per la confisca de qua i principi generali. Si sosteneva, altresì, che, in senso contrario, non è possibile richiamare l’orientamento giurisprudenziale formatosi con riferimento agli artt. 322-ter e 640-quater c.p., ove si è sostenuta l’applicabilità della confisca per equivalente solo ai fatti commessi dopo l’entrata in vigore della legge n. 300 del 2000 che ha introdotto dette norme.

Infatti, in questa legge, all’art. 15, è stata inserita una disposizione transitoria che, in modo esplicito, esclude l’applicabilità di queste norme ai reati ivi previsti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore.

Norma transitoria che non è, invece, presente nella disposizione in commento. Né potrebbe applicarsi, si opinava, l’art. 15 della legge n. 300 all’art. 1, comma 143, della legge n.244/2007 non essendo questa disposizione stata da essa richiamata e facendo l’art. 15 espresso riferimento unicamente ai reati indicati dall’art. 322-ter e 640-quater.

Questo orientamento, oltre che dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e dalla Corte Costituzionale (con le argomentazioni sopra esposte), è stato smentito anche dalla dominante giurisprudenza di legittimità. In tempi più recenti, la Suprema Corte di Cassazione si è

nuovamente pronunciata sulla questione con la sentenza della III sezione, n. 10394 del 16 marzo 2010. In tale circostanza gli “Ermellini” hanno affermato che: “va puntualizzato che in questa materia (il riferimento è ai reati disciplinati del d.l.gs n. 74/2000) il sequestro per equivalente finalizzato alla confisca può essere disposto solo per reati commessi a partire del 1° gennaio del 2008, in quanto solo con la finanziaria per il 2008 (legge n. 244 del 2007 art. 1 comma 143) la confisca per equivalente è stata estesa anche ai reati tributari”, precisando, altresì, la natura di pena, e non di misura di sicurezza, della confisca “de qua”.

4. La c.d. confisca urbanistica: in particolare, la lottizzazione di Punta Perotti. La vicenda della lottizzazione di Punta Perotti è stata da taluno (giustamente) additata come esempio paradigmatico della profonda trasformazione delle nostre categorie giuridiche tradizionali “innescata dal mutato quadro di relazioni tra il sistema interno e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo”⁴².

Giova peraltro premettere che a mente dell’art. 44, comma 2, TUE (che riprende sostanzialmente la formulazione contenuta nell’art. 19 della l. 47 del 1985), “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”, che vengono acquisiti al patrimonio del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. Due punti vanno quindi rimarcati ai fini del discorso che ci si accinge a svolgere: 1) la norma non precisa se la sentenza “che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva” debba o meno essere una sentenza di condanna, fondata cioè su un giudizio di responsabilità penale dell’imputato; 2) non si distingue tra il caso in cui sia già stata avviata o non la realizzazione delle opere sui terreni considerati⁴³.

La prima questione assume particolare rilievo se si considera l’orientamento granitico della Corte di Cassazione, secondo cui la confisca di cui all’art. 44, comma 2, TUE ha natura di sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale in funzione di supplenza della pubblica amministrazione⁴⁴. L’effetto acquisitivo che si determina in forza dell’ordine di confisca è quindi analogo a quello determinato dai provvedimenti di competenza dell’autorità amministrativa nei casi previsti dall’art. 30, commi 7 ed 8, TUE. Ne consegue che il provvedimento ablatorio resta escluso solo di fronte ad una pronuncia di proscioglimento per

⁴² BALSAMO, PARASPORO, La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti, in Cass. pen., 2009, 3183.

⁴³ In tema di lottizzazione abusiva, in specie per quanto attiene alla distinzione tra lottizzazione materiale e negoziale, v., da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 1° aprile 2010, n. 1757, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁴ Di recente, cfr. Cass. pen., sez. III, 21 novembre 2007, Quattrone, in CED Cass., n. 238984; Id., 26 giugno 2008, Belloi, ivi n. 241100. Si vedano altresì Cass. pen., sez. III, 13 luglio 1995, Barletta, in CED Cass., n. 203473; Id., 8 febbraio 1994, Pene, ivi n. 197506.

insussistenza del fatto-reato, mentre deve essere emesso nell'ipotesi di proscioglimento per mancanza dell'elemento soggettivo ovvero per estinzione del reato. La descritta interpretazione sarebbe avvalorata da un dato di carattere sistematico, consistente nella diversa terminologia utilizzata dal legislatore per disciplinare il caso dell'ordine di demolizione proveniente dal giudice, nel quale si richiede, testualmente, una sentenza di condanna; in disparte la considerazione – talvolta richiamata a suffragio del richiamato orientamento⁴⁵ - che il soggetto che diviene proprietario dei beni nel caso considerato (il Comune) è diverso da quello contemplato dalla disciplina del codice penale (lo Stato). La qualificazione della confisca come sanzione amministrativa applicata dal giudice penale è stata peraltro condivisa dalla stessa Corte Costituzionale, quando in un remoto precedente ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 19 della l. 47 del 1985 per asserita incertezza interpretativa⁴⁶, mentre resta del tutto minoritario l'orientamento secondo cui la confisca in esame ha natura di misura di sicurezza patrimoniale⁴⁷.

Senonché, la CEDU ha ritenuto che la misura in esame costituisca una pena – non una sanzione amministrativa – con conseguente applicazione dei principi di legalità ed irretroattività, nella declinazione (particolarmente garantista) fornita dalla stessa Corte europea. Per fare ciò, i Giudici di Strasburgo si sono serviti di una nozione autonoma di illecito penale, alla cui delimitazione si perviene attraverso l'applicazione di due parametri: a) la natura dell'illecito; b) la gravità della sanzione, avendo riguardo al suo modo di atteggiarsi in concreto⁴⁸. La Corte quindi può andare oltre le apparenze ed applicare le garanzie previste dall'art. 7 della Convenzione a sanzioni che formalmente non sono qualificate come penali dalle leggi nazionali, o che non sono percepite come tali dalla giurisprudenza⁴⁹. Pertanto, dapprima con una sentenza del 2007 (che ha ritenuto ricevibile il ricorso presentato dalla Sud Fondi s.r.l. nei confronti dello Stato italiano), poi con una sentenza del 2009 (che ha accolto nel merito il predetto ricorso)⁵⁰, la Corte europea ha ritenuto che per il ricorrente era impossibile prevedere l'irrogazione della misura della confisca dei terreni, posto che la base legale non rispondeva ai requisiti di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, altrettanti predicati della versione convenzionale del principio di legalità dei delitti e delle pene. E quindi perveniva

⁴⁵ Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2004, Lazzara, in CED Cass., n. 229609.

⁴⁶ Corte Cost., 20 maggio 1998, n. 187/o., in Giur. cost., 1998, 1538.

⁴⁷ In dottrina, v. MENDOZA, Lottizzazione abusiva: confisca obbligatoria e sentenza di accertamento, in Cass. pen., 1992, 308, a commento di Cass. pen., sez. III, 12 novembre 1990, Licastro, ivi; VINCIGUERRA, Appunti su lottizzazione abusiva e confisca, in Giur. it., 2005, c. 1912. In giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. III, 4 aprile 1995, Mazzaro, in CED Cass., n. 203084; Id., 4 dicembre 1995, Cascarino, ivi, n. 203367; Id., 9 novembre 2000, Lanza, ivi, n. 218003.

⁴⁸ CEDU, 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania, in www.echr.int; Id., 8 giugno 1976, Engel c. Olanda, ivi

⁴⁹ Tra le tante, v. CEDU, 28 novembre 1999, Escoubet c. Belgio, in www.echr.int.

⁵⁰ Si tratta, rispettivamente, di CEDU, 30 agosto 2007, Sud fondi s.r.l. c. Italia, in www.echr.it e di Id., 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, in Foro it., 2010, 1, con nota di NICOSIA.

ad una soluzione diametralmente opposta rispetto a quella della Cassazione, che con sentenza del 2001⁵¹ aveva ritenuto (evidentemente basandosi sul presupposto della natura amministrativa della sanzione) che il proscioglimento degli imputati per mancanza dell'elemento soggettivo non fosse d'ostacolo alla confisca dei terreni oggetto di lottizzazione. Vi è di più: nella sentenza del 20 gennaio 2009 la CEDU ha ritenuto altresì violato l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1, argomentando dal rilievo che l'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto di proprietà debba rispondere a precisi requisiti, cioè: il rispetto del principio di legalità; la non arbitrarietà dell'ingerenza stessa; il giusto equilibrio tra gli interessi generali e la salvaguardia dei diritti dell'individuo⁵². Nella specie, l'interesse protetto - consistente nell'esigenza di adeguare la situazione dei terreni interessati alla previsioni urbanistiche - non può giustificare una misura patrimoniale riguardante per lo più terreni non edificati, senza alcuna previsione di indennizzo. La Corte, poi, andando ben al di là delle esigenze del caso concreto, ipotizza un diverso approccio in tema di politica criminale nel settore della tutela dell'ambiente, che può compendiarsi in un intervento bifasico, che passi dapprima per l'imposizione di misure ripristinatorie - da sole idonee a salvaguardare l'interesse protetto - e successivamente, ma solo in caso di inosservanza di queste ultime, per l'irrogazione di sanzioni penali in senso stretto.

Resta da chiarire se l'asserita incompatibilità della confisca c.d. urbanistica con l'art. 7 della CEDU sia risolvibile in via interpretativa o debba, in subordine, dare luogo ad una pronuncia di incostituzionalità, assumendo momentaneamente per buona la soluzione indicata dalla nostra Corte Costituzionale sul carattere non immediatamente precettivo delle norme CEDU e sulla natura di norma interposta dell'art. 117, primo comma, Cost. (sulla questione si tornerà più approfonditamente in seguito). La Corte di Cassazione⁵³, ad esempio, ha di recente ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 della l. 47 del 1985, nella parte in cui consente al giudice penale di ordinare la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente realizzate sugli stessi in caso di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione. Nella specie, la S.C. ha ritenuto che la confisca, pur se disposta dopo l'estinzione del reato, conserva la sua natura sanzionatoria, considerato che il fatto-reato è bensì esistente dal punto di vista storico in tutti i suoi elementi

⁵¹ Si tratta di Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2001, n. 11716, in Cass. pen., 2003, 244.

⁵² La giurisprudenza CEDU in tema di ingerenza (e relativi limiti di ammissibilità) è copiosa: si v., ex pluribus, CEDU, 30 maggio 1986, Hentrich c. Gran Bretagna; Id., 24 gennaio 1994, Raimondo c. Italia; Id., 25 giugno 1996, Aumur c. Francia; Id., 25 marzo 1999, Iatridis c. Grecia; Id., 28 luglio 1999, Immobiliare Saffi c. Italia; Id., 19 dicembre 1989, Mellacher c. Austria; Id., 18 febbraio 1991, Fredin c. Svezia; Id., 26 aprile 1995, Air Canada c. Gran Bretagna; Id., 27 agosto 1996, Matos e altri c. Portogallo; Id., 29 aprile 1999, Chassagnou ed altri c. Francia, tutte reperibili sul sito www.echr.int

⁵³ Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2009, n. 20243, in CED Cass. pen., 2009.

costitutivi. È del tutto diverso – si opina - il caso deciso dalla Corte di Strasburgo, dove gli imputati erano stati prosciolti per mancanza dell'elemento soggettivo (il che impediva di considerare integrati nella loro complessità gli elementi costitutivi dell'illecito penale). In merito, è opportuno segnalare che la Corte d'Appello di Bari⁵⁴ ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 44, comma 2, TUE, nella parte in cui impone al giudice penale, in caso di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni “anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti”. Il remittente ha inoltre osservato che “l'epoca di consumazione dei reati e la circostanza che la quasi totalità degli imputati non abbia rinunciato alla prescrizione, rende altamente probabile, all'esito del giudizio – senza che ciò valga come anticipazione della soluzione di merito [...] – la pronuncia di improcedibilità per intervenuta estinzione del reato”. Una volta affermata la natura penale della confisca, anche (e soprattutto) alla luce della giurisprudenza CEDU, risulterebbe pertanto evidente l'incostituzionalità della norma citata per violazione degli artt. 3, 25, e 27, primo comma, della Costituzione. Il Giudice costituzionale ha peraltro dichiarato la questione inammissibile, ritenendo non correttamente motivata l'ordinanza di rimessione in punto di rilevanza, poiché “anche volendosi prescindere dal carattere autonomo dei criteri di qualificazione utilizzati dalla Corte di Strasburgo rispetto a quelli degli ordinamenti giuridici nazionali, deve notarsi che la specifica decisione cui il giudice si riferisce è stata adottata con riguardo ad un caso nel quale non solo gli imputati non erano stati condannati ma neppure era possibile determinarne in sede giurisdizionale una intenzionalità o colpa; pertanto la Corte remittente, per giustificare l'estrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un principio di diritto che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile l'analogia tra quel caso specifico e quello, non necessariamente identico, su cui era chiamata a giudicare”. È poi indubitabile la differenza tra imputati prosciolti per mancanza dell'elemento soggettivo e terzi estranei alla lottizzazione ma coinvolti dalla confisca (si pensi agli acquirenti delle unità immobiliari realizzate dal lottizzatore, ignari del suo carattere abusivo), ma ad avviso della Corte Costituzionale il remittente “ha ommesso di precisare se, nel giudizio principale, la confisca andrebbe disposta nei confronti degli imputati prosciolti oppure di terzi estranei. In tal modo accomunando indistintamente due categorie di soggetti non necessariamente omogenee ai fini della risoluzione del dubbio di costituzionalità e mancando di specificare

⁵⁴ Corte d'appello di Bari, 9 aprile 2008, o., in Cass. pen., 2008, 4326, con nota di ANGELILLIS, Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame di CEDU e Corte Costituzionale.

quale di esse sia interessata nel caso concreto”, e perciò incorrendo nel vizio di carente descrizione della fattispecie, tale da determinare la declaratoria di inammissibilità⁵⁵.

In altri termini, il Giudice costituzionale ha nel caso specifico glissato sulla questione, perpetrando l’incertezza in relazione alla compatibilità con il quadro costituzionale integrato della c.d. confisca urbanistica.

Una diversa soluzione interpretativa pare peraltro possibile, ed è stata concretamente percorsa dalla Corte di Cassazione, in una ormai nota decisione del 2008⁵⁶. La S.C., senza rinunciare alla qualificazione della confisca in esame come sanzione amministrativa (in ossequio alla propria consolidata giurisprudenza in tal senso), ha ritenuto applicabili nella specie i principi di cui alla l. 689 del 1981, segnatamente quelli di cui all’art. 2 e 3, per cui ai fini dell’applicazione delle sanzioni amministrative si richiede l’esistenza di una condotta che sia intellettualmente riconducibile al soggetto agente, quanto meno sotto la forma dell’elemento psicologico della colpa. Si è pertanto di fronte ad un indirizzo compromissorio, che si fonda su di una sorta di commistione tra la giurisprudenza nazionale e quella europea, poiché da un lato (come detto) si ribadisce la natura amministrativa della confisca, mentre dall’altro si esclude la sua applicabilità nei confronti dei terzi di buona fede, la cui tutela era finora confinata in sede civile (affinché – si riteneva – non fosse pregiudicato l’interesse pubblico alla programmazione e al governo del territorio⁵⁷). La Corte di Cassazione peraltro censura l’indiscriminata individuazione dei soggetti passivi della misura ablatoria patrimoniale distinguendo, nell’ipotesi di lottizzazione abusiva accertata con sentenza di proscioglimento, la posizione del soggetto in buona fede estraneo alla commissione del reato e quella dell’imputato prosciolto per intervenuta prescrizione del reato, onde salvaguardare l’interpretazione costituzionalmente compatibile dell’art. 44, comma 2, TUE. Vero è però che l’art. 12 della l. 689 del 1981, nel definire l’ambito di applicazione delle disposizioni del capo I (tra cui rientrano gli artt. 2 e 3, citati), lo individui con riferimento alle “violazioni per cui è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro” e che l’art. 20 prevede la confisca solo come sanzione accessoria a quella pecuniaria⁵⁸. Inoltre, e sempre in

⁵⁵ Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 239, in www.cortecostituzionale.it. La sentenza peraltro è di notevole interesse nel punto in cui afferma che “in presenza di un apparente contrasto tra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere in via interpretativa”, perché solo qualora tale adeguamento in via interpretativa non sia utilmente percorribile (il che è quanto avviene anche quando il diritto vivente attinga a soluzioni di sospetta legittimità costituzionale) la Corte Costituzionale può essere chiamata ad affrontare il problema dell’asserita incostituzionalità della disposizione di legge.

⁵⁶ Cass. pen., sez. III, 17 novembre 2008, n. 42741, in Cass. pen., 2009, 2553, con nota di ANGELILLIS, Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti.

⁵⁷ Cass. pen., sez. III, 21 novembre 2007, Quattrone, cit., nonché Id., 7 luglio 2004, Bennici, in CED Cass., n. 229607; Id., 3 marzo 2005, Visconti, ivi n. 230984.

⁵⁸ In tal senso, BALSAMO, PARASPORO, op. cit., 3190.

senso critico, è stato notato come “la sensazione che aleggia sulla sentenza in rassegna è che la Corte di Cassazione abbia voluto prevenire le conseguenze della decisione della Corte europea dei diritti dell’Uomo (poi giunta puntualmente il 20 gennaio 2009) confermativa dei principi richiamati nella suddetta pronuncia di ricevibilità (circa la natura penale della confisca), anticipando la svolta in senso personalistico dell’istituto e ridimensionando il dibattito sulla sua qualificazione giuridica. Occorre chiedersi, però, se la sentenza non rischi di determinare una sorta di effetto domino con conseguenza che finirebbero per rendere necessario riscrivere tutto il sistema delle misure sanzionatorie urbanistiche”⁵⁹, soprattutto con riferimento all’ordine giudiziale di demolizione del manufatto abusivo, ritenuto pacificamente estensibile al terzo di buona fede. Delle due, una: o si introduce una differenziazione tra le due ipotesi in modo tale da preservare la natura reale della misura, espungendola dalla categoria sanzione amministrativa; ovvero si ammette che la tutela del terzo di buona fede sia attingibile solo nell’ipotesi criminosa di maggiore gravità (la lottizzazione abusiva accertata con sentenza, non interessa se di proscioglimento o condanna) e non per il reato di realizzazione del singolo manufatto abusivo (accertato con sentenza di condanna)⁶⁰.

Sullo sfondo, e per altro verso, la questione vertente sulla oggettiva difficoltà di qualificare la confisca urbanistica come misura di sicurezza ex art. 240 c.p.. Infatti, vi sono evidenti differenze sia con la confisca facoltativa delle cose utilizzate per commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto (art. 240, primo comma, c.p.), che presuppone sempre la condanna, sia con quella delle cose intrinsecamente criminose (art. 240, comma 2, n. 2), che può essere disposta “anche se non è stata pronunciata condanna”⁶¹.

5. La confisca nel Codice della strada.

Nella materia disciplinata dal Codice della strada si segnalano alcuni interessanti arresti della giurisprudenza (in specie, di legittimità e costituzionale) che investono la questione della natura giuridica della confisca, mentre è assai recente l’introduzione nell’ambito del predetto Codice di un nuovo art. 224-ter che disciplina compiutamente l’istituto.

Anzitutto si discute se la confisca del veicolo conseguente alla condanna per il reato di cui all’art. 186, comma 7, ossia il rifiuto di sottoporsi all’alcoltest (considerazioni analoghe valgono per il reato di cui all’art. 187, comma 8), abbia natura amministrativa o penale. Nel primo senso deporrebbe una interpretazione letterale della norma, secondo cui “la condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della

⁵⁹ ANGELILLIS, op. ult. cit., 2570.

⁶⁰ ID., op. ult. cit., ibidem.

⁶¹ In tale senso, v. ancora BALSAMO, PARASPORO, op. cit., ibidem.

sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità previste dall'art. 186, comma 2, lett. c), norma che a sua volta prevede e punisce la guida in stato di ebbrezza alcolica (segnatamente nel caso in cui il tasso alcolemico riscontrato sia superiore a 1,5 g/l). Infatti, l'utilizzo dell'espressione "sanzione amministrativa della sospensione della patente e della confisca" del veicolo lascia intendere che entrambe le misure abbiano appunto natura di sanzione amministrativa. In una recente pronuncia a Sezioni Unite, la Corte di Cassazione⁶², chiamata a dirimere il contrasto - invero soltanto potenziale⁶³ - sorto in giurisprudenza in relazione alla natura della misura ablativa di che trattasi, ha ritenuto che "l'interpretazione letterale e la ratio legis consentono di delineare con precisione i contorni dell'istituto della confisca disciplinato dall'art. 186 del Codice della strada, e di ritenere in primo luogo la natura penale della confisca prevista dal predetto art. 186, comma 2, e conseguentemente, di attribuire identica natura alla confisca prevista dal comma 7 di tale articolo per la completa parificazione del trattamento sanzionatorio tra l'ipotesi più grave della guida in stato di ebbrezza ed il rifiuto di sottoporsi all'alcoltest che il legislatore ha voluto stabilire". Diversi sono gli argomenti utilizzati dalla S.C. per conestare tale conclusione: in primo luogo, laddove si dovesse annettere alla confisca in questione natura di sanzione amministrativa, si assisterebbe alla peculiare situazione per cui una sanzione amministrativa accedrebbe non ad una sanzione amministrativa principale, come di norma avviene, ma ad una sanzione penale. Il che è di certo possibile (si pensi, per rimanere alla materia disciplinata dal Codice della strada, alle sanzioni amministrative interdittive della sospensione e della revoca della patente), ma non molto usuale; in secondo luogo, viene richiamata la Circolare del Ministro degli interni del 31 luglio 2008, secondo cui, in seguito alle modifiche apportate dalla l. 125 del 2008 (che, nel convertire il d.l. 92, ha nuovamente dato rilievo penale al rifiuto di sottoporsi all'alcoltest), si deve considerare legittima la confisca dell'autoveicolo, soluzione opposta a quella contenuta in altra circolare (del 26 maggio 2008), antecedente all'entrata in vigore del d.l. 92, che aveva escluso - partendo evidentemente dal presupposto della natura amministrativa dell'illecito - la praticabilità della ridetta soluzione; in terzo luogo, l'argomento letterale (e qui la Cassazione lavora di minuta esegesi), da taluno richiamato a suffragio della tesi contrapposta (quella sulla natura amministrativa della confisca di che trattasi), posto che "il legislatore, dopo la introduzione dell'inciso concernente la confisca ha confermato la originaria declinazione al singolare della qualificazione sanzione

⁶² Cass. pen. S.U., 18 giugno 2010, n. 23428, in *Diritto e giustizia*, 2010, con nota di GIUFFRIDA.

⁶³ Infatti, l'ordinanza di rimessione ha dato atto che non è ravvisabile un contrasto di giurisprudenza perché, nell'unica occasione in cui fino ad ora la Corte si è occupata ex professo della questione, la stessa è stata risolta affermando la natura penale e non amministrativa della confisca disposta ai sensi dell'art. 186, comma 2, del Codice della strada: Cass., pen. sez. IV, 13 maggio 2009, n. 21499, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2009, 695.

amministrativa, fatto dal quale si deve legittimamente desumere che tale espressione si riferisca unicamente alla sospensione della patente e non alla confisca altrimenti si sarebbe dovuta utilizzare la declinazione plurale”. Nella pronuncia in esame peraltro la Cassazione non affronta, perché ritenuta non rilevante nel caso di specie, la questione se la confisca disciplinata dall’art. 186 del Codice della strada abbia natura di pena accessoria ovvero di misura di sicurezza, con quanto ne consegue in termini di operatività – o meno – del principio di irretroattività di cui all’art. 25 Cost.. Il quale, pur non espressamente sancito con riferimento alle misure di sicurezza è desumibile dalla ratio di garanzia sottesa a tale norma, che induce ad escludere che sia applicata una misura di sicurezza per un fatto che, al momento della sua commissione, non costituiva reato. La misura di sicurezza può nondimeno trovare applicazione con riferimento a fattispecie criminose (già previste come tali) per le quali la legge in vigore al momento della commissione del fatto non prevedeva l’applicazione della misura stessa, ovvero prevedeva l’applicazione di una misura diversa. L’art. 200 c.p. infatti dispone, da un lato, che le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro esecuzione, dall’altro, che se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa si applica la legge in vigore al momento della esecuzione. La disciplina in esame, ritenuta costituzionalmente legittima⁶⁴, è interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente nel senso che per le misure di sicurezza opera il principio di retroattività, nel senso pocanzi descritto⁶⁵. Infatti l’applicazione di una misura di sicurezza originariamente non prevista ad un fatto previsto dalla legge come reato si giustifica in ragione della connessione della misura stessa con la pericolosità sociale, in concomitanza con la sua funzione di impedire la commissione di nuovi delitti da parte del reo, piuttosto che di punirlo per il fatto commesso. Detto altrimenti, la differenza tra i due mezzi di tutela (pena e misura di sicurezza) è ravvisabile in ciò, che l’uno è diretto a reagire contro un fatto avvenuto, l’altro ad impedire fatti di cui si tema il verificarsi in futuro. Si registra tuttavia una opinione minoritaria, pur se autorevolmente sostenuta⁶⁶, secondo cui l’art. 200 c.p. “solo in apparenza sancisce il principio di retroattività”: tutta la materia della successione della legge penale nel tempo “non solo per quel che concerne la previsione di reati, ma anche per ciò che riguarda il tipo e la quantità di sanzioni (pena, misura di sicurezza, risarcimento del danno non patrimoniale) da applicare in

⁶⁴ Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 53, in www.cortecostituzionale.it

⁶⁵ In giurisprudenza, v., tra le tante, Cass. pen., sez. III, 24 settembre 2008, n. 39173; in dottrina, cfr. NUVOLONE, Misure di prevenzione e misure di sicurezza, in *Enc. Dir. pen.*, XXVI, Milano, 1979, 631; PADOVANI, Profili di incostituzionalità nell’applicazione e nell’esecuzione delle misure di sicurezza, in *Indice pen.*, 1976, 231.

⁶⁶ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 126; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 810.

sede giurisdizionale⁶⁷ sarebbe regolata dall'art. 2 c.p., sicché si impone una interpretazione restrittiva (e, si ritiene, costituzionalmente orientata: cfr. art. 25 Cost.) del richiamato art. 200, giusta la quale esso si riferirebbe all'eventualità che una legge successiva disciplini in maniera diversa le sole modalità esecutive di una misura di sicurezza già legislativamente prevista al momento della commissione del fatto. La *lex posterior*, in altre parole, non può prevedere l'applicazione di una misura di sicurezza non contemplata al tempo della realizzazione della condotta, né prevedere una misura diversa, ma solo incidere sulle modalità di esecuzione della misura così come già disciplinata dalla legge del *tempus commissi delicti*

Fatte queste premesse di carattere generale, pare assai rilevante la recente giurisprudenza della Corte Costituzionale⁶⁸, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 186, comma 2, lett. c), del Codice della strada. Tale norma, in seguito alle modifiche introdotte dall'art. 4, comma 1, lett. b), del d.l. 92 del 2008, convertito con modificazioni con l. 125 del 2008, prevede(va) la confisca del veicolo con cui è stato commesso il reato di guida in stato di ebbrezza, "ai sensi dell'art. 240 secondo comma del codice penale". Con la conseguenza che la confisca del veicolo poteva essere applicata "nei riguardi di coloro che, imputati del reato di guida sotto l'influenza dell'alcool, risultino destinatari di una sentenza di condanna o di patteggiamento, anche se il reato venne commesso in epoca anteriore all'entrata in vigore del citato d.l. 92 del 2008". Il richiamo alla norma codicistica ha giustificato, secondo un orientamento consolidato, la qualificazione della confisca come misura di sicurezza patrimoniale, rispetto alla quale quindi non opera (stando all'opinione del tutto prevalente) il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 Cost.⁶⁹. Ad avviso del remittente, peraltro, tale interpretazione si pone in contrasto con l'art. 7 della CEDU, siccome la misura in esame non soddisfa una necessità di carattere cautelare, ma svolge una funzione sanzionatoria e meramente repressiva, come sarebbe confermato, da un lato, dalla circostanza che la confisca è applicabile anche al veicolo incidentato (e quindi privo di attuale pericolosità oggettiva, in quanto inutilizzabile), dall'altro, dalla considerazione che la sua applicazione non impedisce l'utilizzo da parte dell'imputato di altri veicoli (non essendo scongiurato quindi il rischio di recidiva). La Corte ha richiamato la propria ferma (seppur risalente) giurisprudenza, secondo cui "la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con diversa natura giuridica", cosicché la stessa può assumere "volta per volta, natura o funzione di pena, o di misura di sicurezza ovvero anche di misura civile e amministrativa"⁷⁰, e, sul presupposto della natura

⁶⁷ PAGLIARO, op. ult. cit., ibidem.

⁶⁸ Corte Cost., 4 giugno 2010, n. 196, in www.cortecostituzionale.it

⁶⁹ Cfr., tra le tante: Cass. pen., sez. IV, 4 giugno 2009, n. 32932, in *Diritto e giustizia*, 2009; Id., 3 aprile 2009, n. 38179, in *CED Cass. pen.*, 2009; Id., 27 gennaio 2009, n. 9986, *ivi*.

⁷⁰ Corte Cost., 25 maggio 1961, n. 29, in www.cortecostituzionale.it

punitiva e sanzionatoria della confisca disciplinata dall'art. 186 del Codice della strada, ha reciso il legame che l'art. 4, comma 1, lett. b), del d.l. 92 del 2008 ha inteso stabilire tra detta ipotesi di confisca e la disciplina codicistica delle misure di sicurezza patrimoniali, per l'effetto dichiarando l'incostituzionalità della norma censurata limitatamente alla parte in cui viene fatto richiamo all'art. 240, comma secondo, del codice penale.

In disparte il profilo di particolare interesse costituito dall'applicazione dell'art. 7 CEDU, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. (su cui si tornerà di qui a poco), rileva notare che il legislatore della recente riforma (l. 120 del 2010⁷¹) dimostra per un verso di aver tenuto conto dei principi enunciati nella sentenza in argomento, come si evince dal fatto che, nel disciplinare la (nuova) fattispecie della guida in stato di ebbrezza alcolica da parte di conducenti di età inferiore agli anni ventuno, di neopatentati e di chi esercita professionalmente un'attività di autotrasporto (cfr. art. 186-bis del Codice della strada, come modificato), ha ommesso ogni riferimento all'art. 240 c.p. quando ha previsto che alla condanna per il reato in questione consegua l'applicazione (oltre che della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente) della confisca "con le modalità e procedure di cui all'art. 186, comma 2, lett. c)". Stesso a dirsi per l'art. 187, comma 1, ultimo periodo, norma anch'essa censurata innanzi alla Corte Costituzionale (pur se nello specifico la questione veniva ritenuta non rilevante, e quindi inammissibile), in quanto nel novellare tale norma il legislatore della riforma ha espunto il riferimento (presente nella formulazione previgente ma, come detto, non scalfito dal recente intervento della Consulta) alla disciplina della confisca contenuta nel codice penale.

Per altro verso, tuttavia, il nuovo art. 224-ter, introdotto dall'art. 44 della l. 120 del 2010, pare qualificare la confisca conseguente alla commissione di un reato in materia disciplinata dal Codice della strada [quindi anche quella contemplata dall'art. 186, comma 2, lett. c), nonché le ipotesi in cui a questa norma viene fatto esplicito richiamo: cfr. ad es. gli artt. 186-bis e 187 del Codice della strada] come "sanzione amministrativa accessoria", e ciò rappresenta senz'altro un elemento di distonia rispetto a quanto affermato dalla Cassazione a Sezioni Unite, prima, e dalla Corte Costituzionale, poi⁷². Distonia che andrebbe in qualche modo "ricucita", salvo che non si voglia dare ascolto, anche in questo settore, al mordace suggerimento espresso (con riferimento a tutt'altra tematica) da attenta dottrina, secondo cui

⁷¹ Per un commento alle numerosissime novità introdotte dalla l. 120 del 2010, sia consentito il rinvio ad AULETTA, Il nuovo Codice della strada. Commento analitico alla l. 29 luglio 2010, n. 120, Roma-Molfetta, 2010, spec., per quanto qui di interesse, sub artt. 33 e 44.

⁷² Malgrado la pronuncia della Cassazione sia stata pubblicata successivamente a quella della Corte Costituzionale, la relativa camera di consiglio si è svolta in data antecedente (25 febbraio 2010, mentre la Consulta ha deciso il 26 maggio 2010).

“un’opzione [interpretativa, n.d.s.], nemmeno così peregrina di questi tempi, potrebbe essere quella di non prendere il legislatore troppo sul serio”⁷³.

6. Riflessioni sull’incidenza della CEDU all’indomani dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Bisogna invece prendere in seria considerazione quanto affermato nella richiamata pronuncia della Corte Costituzionale in merito all’incidenza delle norme CEDU nel nostro ordinamento, tema che è da ultimo al centro di un serrato dibattito dottrinale ed oggetto di diverse soluzioni in giurisprudenza. La pronuncia del giugno 2010, infatti, fa fedele applicazione dei principi enunciati dalla stessa Consulta nelle assai note pronunce nn. 348 e 349 del 2007, che possono essere così sinteticamente ricordati: l’eventuale incompatibilità di una norma interna con una norma della Convenzione non può dare luogo alla disapplicazione della prima ad opera del giudice comune; va piuttosto sollevata, se ne ricorrono tutte le condizioni, questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., che impone al legislatore nazionale di svolgere la funzione sua propria nel rispetto, tra le altre cose, degli obblighi internazionali, cosicché le disposizioni della Convenzione che si assumono violate fungono da norma interposta da osservare (beninteso alla luce dell’interpretazione di tali norme fornita dalla Corte di Strasburgo e sempre che non sia praticabile la via dell’interpretazione costituzionalmente conforme) a pena di incostituzionalità; non rileva invece l’art. 11 Cost., perché con riferimento alla Convenzione non sarebbe individuabile alcuna limitazione di sovranità.

Nelle pronunce appena ricordate, la Corte Costituzionale è stata chiamata, rispettivamente, a giudicare della legittimità costituzionale della normativa in tema di indennità di espropriazione, calcolata ai sensi dell’art. 5-bis, commi 1 e 2, del d.l. 333 del 1992 (vedi oggi l’art. 37, commi 1 e 2, del d.p.r. 327 del 2001, Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità), e di quella in tema di quantificazione del risarcimento del danno in caso di accessione invertita (art. 5-bis, comma 7-bis, del citato decreto legge). Il tema dell’entità dell’indennità di esproprio (del quale non mette conto di soffermarsi funditus in questa sede⁷⁴) è stato ritenuto da avveduta dottrina come “il più grave caso di contrasto tra giurisprudenza nazionale e della Corte europea”⁷⁵. La quale, pur non escludendo che il legislatore disponga di un certo margine di

⁷³ LIGUORI, Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010, in www.giustamm.it

⁷⁴ Per una ricostruzione allo stesso tempo sintetica e precisa si rinvia a MANGANARO, L’indennità di espropriazione tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo, in www.giustamm.it

⁷⁵ GRECO, La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e il diritto amministrativo in Italia, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 265, spec. 277.

discrezionalità nel determinare la misura di detta indennità – che potrebbe in ipotesi anche non corrispondere tout court con il valore venale del bene – ha preteso che essa consista in una “somma ragionevole in rapporto con il valore del bene”⁷⁶. Ora, l’applicazione del criterio indicato dal surriferito art. 5-bis portava nel caso portato all’attenzione della Corte di Strasburgo ad un’indennità pari a circa il 50% del valore di mercato del bene (che era oltretutto assoggettata ad una tassazione del 20%!) e si poneva senz’altro in contrasto con l’art. 1 del Primo Protocollo aggiuntivo della CEDU. Secondo il Giudice delle leggi peraltro il surriferito contrasto può essere lamentato soltanto nelle forme della proposizione di un giudizio incidentale di costituzionalità, essendo, come si è ricordato, precluso al giudice della controversia di disapplicare la normativa italiana in contrasto con quella contenuta nella Convenzione, soluzione pur tuttavia praticata da una giurisprudenza nazionale minoritaria⁷⁷. Alcuni dottrina ipotizzava invece una soluzione, per così dire, di compromesso, secondo cui occorre distinguere le disposizioni convenzionali che presentino ab origine i caratteri dell’immediata applicabilità (o che li abbiano acquisiti per effetto dell’opera concretizzatrice della Corte europea), che si applicano immediatamente e che impongono al giudice della controversia di disapplicare la normativa nazionale con esse contrastante, e le disposizioni sfornite di tali caratteri che, conformemente all’orientamento della Corte Costituzionale, fungono da norme interposte, per modo che il contrasto con esse di una norma nazionale comporta l’incostituzionalità della stessa per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost.⁷⁸.

La questione ha di recente acquistato nuova linfa a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona che reca due importanti modifiche all’art. 6 del Trattato dell’Unione europea in tema di tutela dei diritti fondamentali. Segnatamente: la prima riguarda la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (ossia la Carta di Nizza) che l’Unione europea “riconosce” e che “ha lo stesso valore giuridico dei trattati”; la seconda riguarda la CEDU, cui “l’Unione europea aderisce”.

Benvero, la questione della comunitarizzazione della CEDU si è posta all’attenzione del dibattito a partire dal 1979, allorché la Commissione⁷⁹, valorizzando il riferimento alla norma sui c.d. poteri impliciti (art. 235 TCE, poi artt. 302 TCE e 352 TFUE), aveva rivisto l’opinione

⁷⁶ CEDU, 29 marzo 2006, Scordino c. Italia, in www.echr.int.

⁷⁷ Cass. civ., sez. I, 8 luglio 1998, n. 6672, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1496; Id., 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Foro it.*, 2006, 1423; T.A.R. Lombardia, sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 466. Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1899, in www.giustizia-amministrativa.it invece aggancia la rilevanza dei principi CEDU nel nostro ordinamento all’art. 117 Cost. ed all’art. 6 del TFUE, senza chiarire se la norma nazionale contrastante possa essere disapplicata dal giudice, anziché portata all’esame del Giudice delle leggi.

⁷⁸ GRECO, *op. ult. cit.*, 283.

⁷⁹ Si v. il Memorandum Commissione europea, in *Boll. C. e suppl.*, 2/79, 5, con commento di ECONOMIDES, WEILER, *Accession of the Communities to the European Convention of Human Rights: Commission Memorandum*, in *Modern Law Review*, 1979, 683.

precedentemente espressa in una Relazione del 1976⁸⁰ e sostenuto l'opportunità dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, pur senza disconoscere la complessità delle problematiche giuridiche sottese e la difficoltà di dare ad esse una risposta soddisfacente. Di diverso avviso è stata la CGCE, che in un noto parere del 1996⁸¹ ebbe ad esprimersi nel senso della inutilizzabilità della norma sui poteri impliciti come base legale dell'adesione dell'Unione alla CEDU, affermando la necessità, per raggiungere tale risultato, di una revisione dei trattati. In particolare, "l'adesione alla Convenzione determinerebbe una modificazione sostanziale dell'attuale regime di tutela comunitario dei diritti dell'uomo, in quanto comporterebbe l'inseimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento comunitario"; modificazione che esula, come detto, dai limiti dell'art. 235 TCE.

Adesso che il Trattato di Lisbona ha previsto l'adesione dell'UE alla CEDU, si pone all'attenzione dell'interprete la questione se il nuovo art. 6, par. 2, del Trattato abbia valore costitutivo (sia cioè una norma di per sé sufficiente a realizzare l'effetto della comunitarizzazione⁸², con l'importante riflesso del riconoscimento in capo al giudice nazionale del potere di disapplicare la norma interna in contrasto con quella della Convenzione⁸³, a questo punto parte integrante dell'acquis comunitario⁸⁴) ovvero sia soltanto la base legale di

⁸⁰ Si tratta della relazione trasmessa il 4 febbraio 1976 al Parlamento europeo ed al Consiglio, in Boll. C. e suppl., 5/76, 15.

⁸¹ CGCE, 28 marzo 1996, parere n. 2/94, in Racc., 1996, I-1759, con commenti di GAJA, Comment. Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on 28 march 1996, in Common Market Law Review, 1996, 973 e CHITI, La tutela dei diritti dell'uomo nell'ordinamento comunitario, in Giorn. Dir. Amm., 1996, 959.

⁸² Sul punto si v. LISENA, L'Unione europea "aderisce" alla CEDU: quando le parole non bastano a "fare cose", in www.giustamm.it, ad avviso della quale "l'art. 6, comma 2, TUE, è norma di comportamento. Si tratta per lo più di verificare se contenga un obbligo, una facoltà o addirittura un permesso". L'A. infatti ricorda, richiamando gli scritti di CARCATERRA (Le norme costitutive, Milano, 1974; La forma costitutiva delle norme, Roma, 1979; Le regole del circolo Pickwick. Un modello per la teoria del diritto, in Nuova civiltà delle macchine 3, 1985, 16-25), che "una norma è costitutiva quando crea immediatamente ed automaticamente uno stato di cose nella realtà giuridica", come avviene nel caso dell'art. 10 Cost., in forza del quale l'ordinamento italiano si conforma (e tale conformazione consegue immediatamente all'applicazione della norma costituzionale) alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, come è dimostrato dalla constatazione che "se l'art. 10 Cost. non esistesse, l'ordinamento italiano non si conformerebbe automaticamente alle consuetudini internazionali".

⁸³ Se si intende la CEDU come parte integrante del diritto comunitario, le sue norme prevarrebbero - in virtù dell'art. 11 Cost. - su quelle nazionali contrastanti, che il giudice della controversia sarebbe pertanto tenuto a disapplicare, alla luce dei principi enucleati dalla Consulta con riferimento al diritto comunitario a partire da Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in Giur. cost., 1984, 1098.

⁸⁴ Come ritenuto ad esempio da SESTINI, Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla nota del Prof. Alfonso Celotto sulla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato), in www.giustamm.it, ad avviso del quale "non sembra potersi così pacificamente escludere che il Tribunale nazionale, qualora ravvisi la violazione di un diritto che è sancito dalla CEDU (e che costituisce ora principio fondamentale del diritto dell'Unione) e non possa ricorrere all'interpretazione conformativa della norma nazionale, debba sottoporre la questione di legittimità alla Corte costituzionale, e non debba invece direttamente procedere alla disapplicazione della norma nazionale, sulla base non del generico rinvio al diritto pattizio ex art. 117 Cost., ma dello specifico riconoscimento del diritto dell'Unione compiuto dall'art. 11 Cost.". La soluzione descritta è stata ripresa da una certa giurisprudenza interna, in specie amministrativa: cfr. in particolare, Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, in www.giustamm.it (in senso contrario, Id., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3760, ivi in materia di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, secondo cui, pur dopo il Trattato di Lisbona, nel caso in cui sia impossibile per il Giudice

un procedimento di adesione ancora da realizzare. Coloro che per primi hanno riflettuto sulla questione sembrano prevalentemente orientati in quest'ultimo senso: il procedimento di adesione (che richiede l'intervento di diversi organi comunitari⁸⁵, nonché l'adattamento della composizione della CEDU e del Consiglio d'Europa – organo che a suo tempo fu promotore della Convenzione – alla partecipazione dell'Unione⁸⁶) ha oggi una base legale, è assai probabile che si concluderà con l'adesione dell'UE alla CEDU, ma di fatto è un procedimento non ancora conclusosi positivamente e che potrebbe anche chiudersi, per quanto la cosa costituisca allo stato una probabilità remota, con un nulla di fatto (qualora ad esempio non si raggiungesse l'unanimità in seno al Consiglio, ovvero vi fosse il parere negativo della CGCE, ovvero, più verosimilmente, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo con le altre 47 parti contraenti della Convenzione).

Oltre all'argomento sistematico pocanzi ricordato (il Trattato condiziona l'adesione dell'Unione alla Convenzione ad una specifica procedura, disciplinata dall'art. 218 TFUE, nonché dal Protocollo n. 8 annesso al Trattato di Lisbona), vi sarebbe poi il diverso tenore letterale delle modifiche concernenti, rispettivamente, la Carta di Nizza e la CEDU: soltanto la prima "ha lo stesso valore giuridico dei trattati", cioè entra a far parte a pieno titolo dell'acquis comunitario, con tutto quanto ne consegue in termini di prevalenza sulle norme nazionali; mentre le norme CEDU sarebbero da riguardare alla stregua di principi generali del diritto dell'Unione - al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri - sicché nulla sarebbe modificato circa

interpretare la norma interna in conformità a quella internazionale, occorre sollevare questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.) e T.A.R. Lazio, Sez. II-bis, 18 maggio 2010, n. 11984, ivi Ad avviso del Giudice laziale: "la questione giuridica in esame appare destinata a nuovi ed ancor più incisivi sviluppi a seguito dell'entrata in vigore, lo scorso 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona [...]. Tra le più rilevanti novità, correlate all'entrata in vigore del Trattato, vi è l'adesione dell'Unione alla CEDU, con la modifica dell'art. 6 del Trattato. Il riconoscimento dei diritti fondamentali della CEDU come principi interni al diritto dell'Unione [...] ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 Cost., venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno". Tale lettura è stata peraltro criticata da attenta dottrina. Ad esempio, secondo GUARNIER, Verso il superamento delle differenze? Spunti di riflessione sul dibattito intorno alla prospettiva di "comunitarizzazione" della CEDU, in www.giustamm.it, "l'esistenza di queste numerose aree di difficile intersezione dei sistemi comunitario e convenzionale, la necessità di avviare apposite procedure ai fini della piena comunitarizzazione della CEDU, risulterebbero gravemente trascurate e frustrate ove prendesse piede una lettura dell'art. 6, quale quella delle recenti pronunce del Consiglio di Stato e del T.A.R. Lazio, che, interpretando la revisione come un pieno ingresso della Convenzione nel diritto comunitario, ne ricavi il potere dei giudici interni di disapplicare le norme interne contrastanti con la CEDU, come se si trattasse di diritto comunitario".

⁸⁵ Il nuovo art. 218 TFUE (ex art. 300 TCE) infatti prevede che il Parlamento europeo debba approvare l'adesione alla Convenzione prima che la stessa sia deliberata all'unanimità dal Consiglio; inoltre la decisione relativa allo strumento di adesione dovrà essere approvata da ognuno degli Stati membri nel rispetto della rispettive procedure costituzionali interne e previo parere positivo della Corte di Giustizia della CE.

⁸⁶ Ossia alla partecipazione di un'entità diversa dalla tradizionale entità statale, sicché è da escludere la possibilità di un'adesione unilaterale dell'Unione alla CEDU, come pure da più parti prospettato: si v. SESTINI, op. ult. cit., nonché DE MATTEIS, L'adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il dibattito in corso, in www.europeanrights.eu.

“la (non) diretta applicabilità nell’ordinamento italiano della CEDU che resta, per l’Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale”^{87 88}.

⁸⁷ In questi termini, CELOTTO, Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato), in questa Rivista, 2010, 873, spec. 877, ed in www.giustamm.it

⁸⁸ È quanto la Corte Costituzionale ha peraltro ribadito in una recente pronuncia (Corte Cost., 24 giugno 2010, n. 227, in www.cortecostituzionale.it), dove si legge che “restano ben fermi, anche successivamente alla riforma [cioè al Trattato di Lisbona, n.d.s.], oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l’art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e su quello processuale, per l’amministrazione ed i giudici. In particolare, quanto ad eventuali contrasti con la Costituzione, resta ferma la garanzia che, diversamente dalle norme internazionali convenzionali (compresa la CEDU: cfr. sentenze n. 348 e 349 del 2007), l’esercizio dei poteri normativi delegati all’Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell’assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona (cfr. sentenze n. 102 del 2008, n. 284 del 2007, n. 169 del 2006).