

LA CONSULTA E LA TELA DI PENELOPE

Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione

Francesco Viganò

ABSTRACT

Con la sentenza in esame, la Corte costituzionale si confronta con la questione, assai discussa in giurisprudenza, se possa essere disposta la confisca di un bene (nel caso di specie, la confisca dei manufatti e dei terreni abusivamente lottizzati) con una sentenza dichiarativa della prescrizione; e ciò alla luce della recente sentenza *Varvara* della Corte EDU, che ha ritenuto tale prassi contraria al principio di legalità in materia penale. La questione fornisce alla Consulta l'occasione per precisare la propria giurisprudenza in materia di rapporti tra ordinamento nazionale e giurisprudenza di Strasburgo, della quale viene ribadita in linea di principio la vincolatività, a condizione – però – che si tratti di una “giurisprudenza consolidata”. La nostra Corte rifiuta così di conformarsi al principio enunciato in *Varvara*, ritenuto (probabilmente a torto) un precedente isolato.

1.

Non è una novità: i diritti umani fanno paura. Da sempre infastidiscono, irritano, turbano il sonno dei potenti, ponendo ostacoli alla loro ragion di Stato, e alla realizzazione dei loro obiettivi politici; e ciò anche quando i potenti sono democraticamente legittimati, perché la funzione più importante dei diritti umani è proprio quella di tutelare le minoranze, e in definitiva ogni individuo, contro gli abusi delle maggioranze di turno.

Quel che però non cessa di sorprendermi è perché i diritti umani debbano fare paura anche alla Corte costituzionale: e cioè all'istituzione che, nel nostro ordinamento, annovera tra le sue responsabilità primarie anche la tutela dei diritti che la Costituzione "riconosce" (art. 2) come ad essa pre-esistenti, e che la Costituzione stessa individua come diritti "dell'uomo". Quei diritti, dunque, che nello spazio giuridico europeo sono stati riconosciuti dalla Convenzione firmata proprio a Roma del 1950, la quale affida alla Corte di Strasburgo il compito di "interpretare" le proprie previsioni, e di fissare così – in maniera uniforme per tutti gli Stati parti della Convenzione – gli standard di tutela dei diritti medesimi, adeguandoli alle sempre nuove condizioni di vita degli uomini e delle donne che di tali diritti sono titolari.

Eppure, la nostra Corte – dopo avere aperto coraggiosamente le porte, con le sentenze gemelle del 2007, al diritto di Strasburgo – continua a mantenere verso la giurisprudenza europea un atteggiamento diffidente, e a dir poco ambiguo. Da un lato, la Consulta è ben consapevole di non potere più opporsi alla penetrazione nel nostro ordinamento del diritto di Strasburgo, che sempre maggiore fascino esercita presso la giurisprudenza ordinaria: e forse anche per questo motivo continua, in effetti, a muovere passi significativi nella direzione dell'apertura del nostro ordinamento in quella direzione. Dall'altro, però, i nostri giudici delle leggi non cessano al tempo stesso di erigere steccati, più o meno robusti, a difesa – formalmente – della nostra Costituzione, e nella sostanza degli equilibri del *sistema* italiano vigente, oltre che del loro ruolo di 'controllori' delle valvole di ingresso nell'ordinamento di quel diritto.

La sentenza 49 del 2015, fresca di deposito, si iscrive appieno in questo *trend*. Anche qui, la Corte muove da premesse di grande apertura al diritto di Strasburgo, in termini ancora più netti di quanto non sia accaduto nel recente passato, e molto concede alla giurisprudenza europea sulla sostanza del problema oggetto dell'ordinanza di remissione; ma si affretta poi ad opporre – mediante la sanzione dell'inammissibilità – un'energica *fin de non recevoir* a entrambi i giudici *a quibus*, sulla base di nuovi quanto discutibili steccati contro il diritto di Strasburgo.

2.

Rammentiamo brevemente quale fosse qui l'oggetto del contendere¹.

L'art. 44, secondo comma, del d.P.R. 380/2001 stabilisce: «La sentenza definitiva del giudice penale che *accerta* che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite». Secondo l'interpretazione consolidata della Cassazione, che costituisce "diritto vivente" in materia nel nostro paese, la confisca ivi prevista ha natura di mera *sanzione amministrativa*; e il giudice penale è tenuto a disporla anche quando debba dichiarare *prescritto* il reato di lottizzazione abusiva, purché il fatto costitutivo del reato – nei suoi elementi oggettivi e soggettivi – sia stato in concreto *accertato*.

La Corte di Strasburgo tuttavia, dopo avere affermato nella sentenza *Sud Fondi c. Italia* del 20 gennaio 2009 che la confisca in parola costituisce un'autentica sanzione *penale* soggetta – come tale – alle garanzie che la Convenzione riserva, appunto, alla *matière pénale* (art. 6 nel suo *volet pénal* e 7 CEDU, nonché artt. 2, 3 e 4 Prot. 7), ha ritenuto nella sentenza *Varvara c. Italia* del 29 ottobre 2013 che la sua applicazione mediante una sentenza che *proscioglie* i convenuti per intervenuta prescrizione del reato violi l'art. 7 CEDU, letto anche attraverso l'angolo visuale della presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 CEDU. Se la confisca è una pena – questo il ragionamento dei giudici europei –, allora la sua applicazione presupporrà necessariamente una formale dichiarazione di responsabilità a carico del suo autore, e dunque una sua *condanna*.

Il Tribunale di Teramo si trova a giudicare di un imputato di lottizzazione abusiva, che risultava effettivamente avere commesso il fatto contestatogli, essendo tuttavia già maturato il

¹ Rinvio poi per ogni dettaglio a VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in questa *Rivista*, n. 3-4/2014, p. 277 ss. sull'ordinanza della Cassazione e a GALLUCCIO, *La confisca urbanistica ritorna alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2014 sull'ordinanza del Tribunale di Teramo.

relativo termine di prescrizione. A fronte di un diritto vivente cristallizzato dalla giurisprudenza della Cassazione che impone in tal caso di disporre la confisca, e di una sentenza della Corte EDU che – a proposito di un caso sovrapponibile – aveva invece affermato che una simile statuizione viola l'art. 7 CEDU, il Tribunale solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, secondo comma, d.P.R. 380/2001, *nell'estensione assegnatogli dal diritto nazionale vivente*, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU (così come interpretato dalla sentenza *Varvara*) «nella parte in cui consente che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva – quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite – possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione».

Evidente in questo caso l'intento del giudice *a quo*: sollecitare la Corte a una pronuncia di illegittimità costituzionale parziale, mediante la quale subordinare la possibilità (e doverosità) della confisca urbanistica alla condizione che la relativa statuizione sia contenuta in una sentenza di condanna; e per l'effetto emendare il diritto vivente stabilito dalla Cassazione, escludendo la possibilità di applicare la confisca attraverso una sentenza dichiarativa della prescrizione, sì da assicurare la conformità del diritto interno ai principi desumibili dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Dal canto suo la terza sezione della Corte di cassazione – in un caso in cui parimenti era emersa, nei precedenti gradi di giudizio, la responsabilità degli imputati per il reato di lottizzazione abusiva, essendo peraltro ormai maturato il relativo termine prescrizione – solleva essa pure questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto lo stesso art. 44, secondo comma, d.P.R. 380/2001, per contrasto questa volta con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui, in forza dell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, tale disposizione «non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi»; l'art. 117, primo comma, Cost. essendo peraltro invocato qui non più – come nell'ordinanza del Tribunale di Teramo – in riferimento all'art. 7 CEDU, bensì in relazione all'insieme delle fonti internazionali che impongono la tutela del paesaggio e dell'ambiente.

Identica è dunque la disposizione impugnata, ma opposto lo scopo perseguito dalla Cassazione rispetto a quello del Tribunale di Teramo. La Suprema Corte muove qui dal presupposto secondo il quale la sentenza *Varvara* avrebbe *modificato il contenuto della disposizione censurata*, travolgendo *ipso facto* il diritto vivente che si era formato su di essa, con l'effetto di escludere la possibilità per il giudice italiano di disporre la confisca in presenza di una declaratoria di prescrizione. Risultato, quest'ultimo, che la terza sezione della Cassazione giudica in contrasto frontale con l'assieme delle disposizioni costituzionali invocate, in quanto esso privilegierebbe la tutela del diritto di proprietà – che la nostra Costituzione riconosce soltanto nei limiti della sua “funzione sociale” – rispetto agli interessi tutelati da quelle disposizioni: il paesaggio, la salute, l'ordinato assetto urbanistico. Dal che la richiesta alla Corte costituzionale di azionare in questo caso i c.d. ‘controlimiti’: ossia di opporsi alla penetrazione del diritto di Strasburgo nel nostro ordinamento in nome della salvaguardia di principi e valori costituzionali pozziori rispetto allo stesso obbligo, discendente dall'art. 117, primo comma, Cost., di rispetto degli obblighi sovranazionali derivanti dall'adesione dell'Italia alla CEDU.

Insomma: mentre il Tribunale di Teramo chiede alla Corte costituzionale di *superare il diritto vivente della Cassazione*, e di adeguare così l'ordinamento italiano agli standard fissati dai giudici europei, la terza sezione della Cassazione chiede di *cristallizzare quel medesimo diritto vivente*, ‘blindandolo’ con il crisma della soluzione costituzionalmente necessaria a fronte dell'invasione dei giudici di Strasburgo.

3.

Come preannunciato, la Corte costituzionale – tirata per la giacca a destra e a manca – decide... di non decidere, dichiarando inammissibili entrambe le questioni; senza perdere, però, l'occasione per mettere alcuni punti fermi di grande rilievo, anzitutto sulla specifica materia del contendere.

L'occasione è fornita dalla valutazione della *rilevanza* della questione formulata dalla Cassazione (§ 5 dei “considerato in diritto”). La Consulta osserva che, secondo la prospettazione del giudice rimettente, la regola di diritto tratta dalla giurisprudenza europea (il divieto di applicare la confisca a reato ormai prescritto) impedirebbe il prodursi di un effetto

(l'applicazione della confisca) nel processo principale, che si sarebbe altrimenti prodotto. Ma così non è, afferma la Corte costituzionale, dal momento che nel caso di specie si discuteva di una confisca a carico di terzi acquirenti asseritamente di mala fede; e che la Cassazione si era limitata ad osservare, nell'ordinanza di rimessione, che nei precedenti gradi di giudizio non erano emersi «elementi incontrovertibili, che permettessero di escludere che i terzi acquirenti fossero in buona fede»: espressione, quest'ultima, con la quale il giudice *a quo* «non ha affatto dato conto del superamento della presunzione di non colpevolezza del terzo, ma ha adottato un criterio di giudizio esattamente opposto, e perciò inidoneo a sorreggere la confisca», anche secondo il 'diritto vivente' che sarebbe stato posto in crisi dalla sentenza *Varvara*.

Proprio quel diritto vivente – che la Consulta ritiene, come meglio vedremo tra qualche istante, non scalfito dalla recente pronuncia della Corte EDU – esige invece, secondo la Corte costituzionale, un *pieno accertamento* sulla responsabilità dell'imputato, e sulla malafede del terzo eventualmente colpito dalla confisca; pieno accertamento che, tuttavia, non sarebbe affatto escluso nel caso di proscioglimento per prescrizione, che ben potrebbe secondo la Corte «accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato», motivazione che costituisce un preciso obbligo a carico del giudice: il quale dovrà «attenersi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto».

Enunciando tale principio, la Corte viene incontro *nella sostanza* al nucleo delle pretese promananti da Strasburgo: che ruotano attorno all'esigenza di rispetto della presunzione di non colpevolezza, secondo la quale spetta alla pubblica accusa provare – con gli standard probatori caratteristici del processo penale – la responsabilità dell'imputato, e in generale di tutti coloro che siano colpiti da una misura di carattere *punitivo* come, appunto, la confisca urbanistica. Una prova che deve naturalmente sfociare in un completo accertamento, del quale il giudice dovrà dar conto puntualmente in sentenza.

Spetterà a questo punto alla stessa terza sezione in quanto giudice *a quo*, e comunque alla futura giurisprudenza della Suprema Corte, chiarire come questo accertamento possa inserirsi armonicamente nel processo penale italiano, dove peraltro – ahimè – la maturazione della prescrizione deve di regola essere rilevata d'ufficio in qualsiasi stato e grado del processo (art. 129 c.p.p.), con l'effetto di precludere al giudice qualsiasi ulteriore attività processuale che non sia, appunto, l'immediata declaratoria della causa estintiva del reato. E spetterà sempre alla Cassazione indicare come possa essere garantito il diritto a una piena rivalutazione della responsabilità dell'imputato (e dei terzi eventualmente colpiti dalla confisca) nei gradi di appello e di cassazione, allorché sia *già* intervenuta la prescrizione, sì da assicurare che la confisca urbanistica – sanzione della cui natura penale ormai nemmeno la Corte costituzionale più dubita – possa essere effettivamente disposta soltanto a fronte di una prova “oltre ogni ragionevole dubbio” della responsabilità dell'imputato, che abbia debitamente resistito ai vari gravami: in relazione ai quali – e la Corte costituzionale è chiarissima sul punto – non potrà più valere la vecchia regola secondo cui la formula assolutoria dovrà prevalere sulla declaratoria di prescrizione solo in caso di “evidenza dell'innocenza”, nel momento in cui, per l'appunto, si pretenda di applicare una confisca.

Non dubito che la Cassazione saprà individuare gli strumenti tecnici per raggiungere tale obiettivo; ed anzi, sarà senz'altro opportuno che la stessa terza sezione, nel decidere il caso ora restituito dalla Consulta, compia essa stessa un tale sforzo ricostruttivo, sì da agevolare il compito degli agenti del governo italiano che dovranno presto discutere della compatibilità del nostro diritto vivente con le disposizioni della CEDU, nell'ambito del procedimento rimesso soltanto qualche giorno or sono alla Grande Camera, e nel quale ancora si discuterà di confisca urbanistica senza condanna². Un'occasione preziosa, nella quale si potrà finalmente verificare se i nostri argomenti saranno in grado di convincere i giudici di Strasburgo: ai quali non potrà peraltro che apparire stravagante, quanto meno *prima facie*, la pretesa dell'Italia di applicare una sanzione *penale* come la confisca urbanistica attraverso una sentenza che *proscioglie* l'imputato per intervenuta prescrizione, e cioè per effetto del decorso di un lasso di tempo che – nella valutazione dello stesso legislatore italiano – segna il *tempo dell'oblio*, dopo il quale dovrebbero cessare le ragioni che giustificano l'applicazione della pena (compresa

² Cfr. *Confisca in presenza di declaratoria di prescrizione per il reato di lottizzazione abusiva: sulla questione si pronuncerà la Grande Camera della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2015.

dunque la confisca).

Ma, si sa, *habent sua sidera lites*. Ovvero, più prosaicamente, è inutile qui avventurarsi in previsioni sull'esito del giudizio di fronte alla Grande Camera: chi vivrà vedrà.

4.

Nel frattempo, però, la nostra Corte costituzionale coglie l'occasione – con la sentenza ora all'esame – di compiere una serie di puntualizzazioni sul rapporto tra diritto nazionale e diritto di Strasburgo, che vale senz'altro la pena di porre nel dovuto risalto.

Anzitutto, un'affermazione di enorme rilievo, ancorché espressa *en passant*, mi pare quella secondo cui *tutti i giudici italiani – compresa la Corte costituzionale – «devono applicare la CEDU»* (§ 7 dei “considerando in diritto”). L'affermazione, nascosta tra le pieghe dell'argomentazione, è contenuta in un passaggio in cui la Corte intende enfatizzare l'idea del *dialogo* tra giudici nazionali – comuni e costituzionali – e Corte di Strasburgo nell'interpretazione e applicazione della Convenzione; e si fonda sul riconoscimento, da parte della Corte, non solo dell'avvenuta *incorporazione della CEDU* nell'ordinamento interno, per effetto della legge (ordinaria) n. 848/1955 di autorizzazione alla ratifica, ma anche del ruolo *sovraordinato* della CEDU rispetto alla legislazione ordinaria, la cui validità viene fatta dipendere *anche* dalla sua compatibilità con la stessa CEDU. Dal momento che la verifica di tale compatibilità spetta alla stessa Corte costituzionale, è evidente che – in questo schema – la Consulta diviene essa stessa un *giudice chiamato ad applicare (e ancor prima a interpretare) la CEDU*, oltre che la Costituzione italiana, come metro di validità della legislazione ordinaria.

L'interiorizzazione, da parte della nostra Corte costituzionale, del proprio ruolo di *giudice della CEDU* (concepita non più come un *corpus* estraneo all'ordinamento italiano, ma come parte integrante di quella “legge” che il giudice ordinario è tenuto ad applicare in forza dell'art. 101, secondo comma, Cost., e assieme come componente a tutti gli effetti del *bloc de constitutionnalité* al cui metro la Corte costituzionale deve vagliare la legittimità delle leggi ordinarie) è proprio il passaggio che – come altrove ho cercato più distesamente di argomentare³ – potrebbe consentire alla Consulta di divenire in futuro una preziosa interlocutrice della Corte di Strasburgo, sul terreno comune dell'interpretazione delle norme convenzionali: operazione che, nello sistema di tutela disegnato dalla Convenzione, deve avvenire *in prima battuta* proprio negli ordinamenti nazionali, la Corte di Strasburgo riservandosi soltanto un ruolo di ultima istanza per assicurare l'uniformità dell'interpretazione nell'intero spazio giuridico europeo.

In secondo luogo, la Consulta riprende l'affermazione cruciale contenuta nelle sentenza gemelle del 2007, secondo cui «alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la “parola ultima” (sentenza n. 349 del 2007) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della CEDU». «Si tratta» – prosegue ora la nostra Corte – «di una “funzione interpretativa eminente” (sentenza n. 348 del 2007), con la quale si assicura che, all'esito di un confronto ermeneutico, tale da coinvolgere nel modo più ampio possibile la comunità degli interpreti, sia ricavata dalla disposizione convenzionale una norma idonea a garantire la certezza del diritto e l'uniformità presso gli Stati aderenti di un livello minimo di tutela dei diritti dell'uomo» (§ 7 dei “considerato in diritto”). Dunque, la Consulta ribadisce qui che *la CEDU vive nell'interpretazione che ne dà il suo giudice*, la Corte di Strasburgo, in forza del chiaro dettato dell'art. 32 della Convenzione medesima.

In terzo luogo, la Consulta riconosce che il vincolo del giudice italiano è particolarmente intenso rispetto alla decisione della Corte EDU sullo *specifico caso* del quale il giudice italiano stesso deve (tornare ad) occuparsi: qui «il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata (sentenza n. 210 del 2013)» (cfr. ancora il § 7 dei “considerato in diritto”). E ciò in forza – la Consulta non lo dice espressamente, ma il riferimento è evidente – dell'art. 46 CEDU, che sancisce il dovere dello Stato di conformarsi alla sentenza della Corte nei casi di cui è stato parte.

³ VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2015.

Infine, la Corte costituzionale ribadisce in linea di principio l'*obbligo di interpretazione conforme* al diritto della CEDU da parte del giudice ordinario, già affermato dalle sentenze gemelle: un obbligo di cui la Corte costituzionale parimenti non esplicita il fondamento normativo, ma che può agevolmente desumersi da un argomento *a fortiori* tratto dall'art. 117, primo comma, Cost. (se tale norma vincola, limitandolo, lo stesso potere *legislativo*, a maggior ragione vincolerà il *giudice* – che alla legge è subordinato – nell'operazione di interpretazione della legge). E tale obbligo non può che assumere come punto di riferimento, stante le premesse poc'anzi ricapitolate, le norme della CEDU *così come interpretate dalla Corte di Strasburgo*; anche se – e qui sta un elemento di novità introdotto dalla sentenza ora all'esame, sul quale mi soffermerò tra un istante – il vincolo interpretativo varrebbe soltanto in relazione al «diritto consolidato» generato dalla giurisprudenza europea», «mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo».

Rispetto comunque al «diritto consolidato» della Corte di Strasburgo, l'autonomia interpretativa del giudice ordinario (che deriva direttamente dal già citato art. 101, secondo comma, Cost., il quale «esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto»: così le sentenze n. 40 del 1964 e n. 234 del 1976, entrambe richiamate ora dalla Corte) trova un limite nella «primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali», funzionale in ultima istanza ad un «obiettivo di certezza e stabilità del diritto» (cfr. ancora il «considerato in diritto» n. 7).

La posizione della Corte costituzionale parrebbe, a questo punto, assai netta, facendo tra l'altro piazza pulita delle varie strategie che la Corte stessa aveva negli ultimi anni di volta in volta messo a punto allo scopo di marcare la propria distanza critica dalla giurisprudenza europea⁴. La sentenza odierna, invero, menziona ancora cursoriamente le equivoche formule secondo cui il giudice italiano sarebbe tenuto a rispettare (soltanto?) «la sostanza» della giurisprudenza europea, «fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro» (margine di apprezzamento che in realtà *non* compete affatto allo Stato parte della Convenzione, ogniqualevolta la Corte EDU abbia già ritenuto che una data legge nazionale, o la sua interpretazione ad opera della giurisprudenza interna, violino il diritto convenzionale); ma, questa volta, la Consulta afferma senza mezzi termini che, a fronte di un'univoca indicazione della Corte EDU, i giudici italiani avranno l'*obbligo* di conformarsi a tale indicazione: sia nel singolo caso deciso a Strasburgo, sia in tutti i casi analoghi.

I giudici comuni *dovranno* dunque operare in ogni caso un'interpretazione della legge interna conforme alla giurisprudenza consolidata della Corte EDU; e, nel caso di antinomia non superabile in via interpretativa, *dovranno* sottoporre la questione di legittimità della legge medesima, *ex* art. 117, primo comma, Cost. alla stessa Corte costituzionale, la quale *dovrà* per l'appunto – verificata la sussistenza dell'antinomia – espungere la legge dall'ordinamento con effetto *erga omnes*. E ciò salvo il caso – qualificato ora nei termini di «*eventualità eccezionale*» – in cui la norma della CEDU, così come interpretata dalla 'sua' Corte, appaia essa stessa in contrasto con la Costituzione: ipotesi nella quale si imporrà, afferma la Corte, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge di adattamento alla Convenzione, nella parte in cui consente l'ingresso nell'ordinamento di una norma, appunto, incostituzionale.

5.

Ma come Penelope disfaceva di notte quel che tesseva di giorno, così la Corte costituzionale si affretta subito ad innalzare un nuovo steccato, che le permette di giungere alla dichiarazione di inammissibilità di entrambi i ricorsi, e a svuotare in buona parte di contenuto i principi di apertura al diritto di Strasburgo così solennemente enunciati.

La chiave di volta è rappresentata dalla distinzione, cui già ho fatto cenno, tra «giurisprudenza consolidata» della Corte EDU, e singole pronunce ancora isolate, o comunque non espressive di un orientamento conforme. Nei confronti di queste ultime, osserva la Consulta, è senz'altro da *escludere* un obbligo in capo al giudice comune di conformarvisi. In queste ipotesi, piuttosto,

⁴ Sulle quali sia consentito, ancora, semplicemente il rinvio a VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 16 ss. (e in particolare, con riferimento al criterio del 'margine di apprezzamento' subito rammentato nel testo, p. 19).

l'approccio che dovrebbe privilegiarsi sarebbe "dialogico", piuttosto che "verticistico": i giudici interni ben potrebbero, in tal caso, discostarsi dalla soluzione affermata – provvisoriamente – a Strasburgo, e sperimentare invece soluzioni differenti, in un'ottica di cooperazione e dialogo tra le corti, che potrebbe indurre anche i giudici europei a mutare opinione in casi successivi, tenuto conto degli argomenti spesi dai giudici nazionali.

La Consulta riconosce, inverò, che non sempre sarà «di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano». «Nonostante ciò» – prosegue la nostra Corte – «vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

In tutti questi casi, osserva la Corte costituzionale, non vi sarebbe alcuna ragione per obbligare «il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia», a meno che non ci si trovi di fronte a una *sentenza c.d. pilota*, che accerta una violazione 'sistemica' di un diritto convenzionale da parte dello Stato in conseguenza di un difetto strutturale del suo ordinamento giuridico, o delle sue prassi giudiziarie o amministrative.

La Corte non enumera, invece, indicatori che possano consentire al giudice ordinario di comprendere quando – al di fuori dell'ipotesi della sentenza pilota – ci si trovi dinnanzi ad una "giurisprudenza consolidata", che sola sarebbe vincolante per l'interprete italiano. Le sentenze della Grande Camera dovrebbero verosimilmente rientrare in questa categoria, dal momento che la giurisdizione del massimo consesso giudicante – in primo grado, o in sede di riesame delle sentenze delle singole camere – è riservata dalla Convenzione ai casi in cui è in gioco una questione di interpretazione particolarmente rilevante, ovvero vi è la possibilità di un *revirement* rispetto a precedenti decisioni della Corte. Ma è dubbio che le sentenze della Grande Camera – una dozzina all'anno, o poco più – esauriscano la categoria della "giurisprudenza consolidata" cui pensa ora la Corte costituzionale.

Quel che è certo è che la Consulta *non* ritiene di inquadrare nella nozione di giurisprudenza consolidata il principio di diritto enunciato nella sentenza *Varvara*, valorizzando tra l'altro la presenza in essa di un'opinione dissenziente – peraltro scritta da un giudice che avrebbe voluto una condanna ancora più pesante del nostro Paese, reo a suo avviso di avere imposto mediante la confisca dei terreni ineditati una sanzione del tutto sproporzionata –, e non menzionando invece la circostanza che, in almeno un'altra occasione, la Corte EDU aveva *già* ritenuto che l'applicazione di una confisca mediante una sentenza dichiarativa della prescrizione violasse le garanzie convenzionali⁵; né soffermandosi sul fatto, di rilievo tutt'altro che marginale, che la richiesta del Governo italiano di riesame della decisione nel caso *Varvara* da parte della Grande Camera sia stata rigettata, essendosi evidentemente ritenuto da parte del *panel* di cinque giudici che filtrano gli appelli contro le decisioni delle camere che la questione non presentasse profili problematici tali da imporre il rinvio al massimo consesso della Corte.

Ma, anche in questo caso, sarebbe ozioso discutere ora se la sentenza *Varvara* sia o meno espressiva di una giurisprudenza consolidata: vedremo che cosa dirà in proposito la Grande Camera, quando tra breve si occuperà del problema.

6.

6. Il problema sono, piuttosto, le conseguenze in materia di *ammissibilità* della questione di legittimità costituzionale, che la Consulta trae dalla negazione della natura di "giurisprudenza consolidata" della sentenza di Strasburgo invocata dai giudici *a quibus*.

⁵ Sul punto, cfr. qui per brevità VIGANÒ, *Confisca urbanistica*, cit., p. 280 e *ivi* ult. rif.

La prima conseguenza è quella che conduce alla dichiarazione di inammissibilità della questione sollevata dalla Cassazione (già sotto altro profilo inammissibile in ragione dell'erronea formulazione del *petitum*, che chi scrive aveva a suo tempo avuto occasione di rilevare⁶). Di fronte a una sentenza di Strasburgo isolata, o comunque a una giurisprudenza non consolidata, il giudice ordinario che sospetti l'incompatibilità dei principi enunciati dalla Corte EDU con la Costituzione italiana non avrebbe alcuna ragione di investire del problema la Corte costituzionale: non essendo qui tenuto a un'interpretazione conforme alla giurisprudenza europea, egli dovrebbe attenersi all'unico canone dell'*interpretazione conforme a Costituzione*, che comunque prevale su quello dell'interpretazione conforme alla Convenzione; e dovrebbe così privilegiare l'interpretazione che armonizzi con la Costituzione, tenendo semplicemente in non cale le indicazioni (ancora provvisorie) della Corte europea.

La Corte costituzionale insomma – pur dopo avere ribadito che la verifica di compatibilità della Convenzione (o meglio, della relativa legge di adattamento) con la Costituzione è di propria «stretta competenza» – invita qui i giudici comuni

7.

⁶ VIGANÒ, *Confisca urbanistica*, cit., p. 282.

ad opporre *direttamente* i ‘controlimiti’ agli obblighi discendenti dalla Convenzione, così come declinati dalla Corte EDU; e a produrre così decisioni che daranno verosimilmente origine, anni più tardi, a una responsabilità dello Stato italiano.

Male avrebbe fatto, dunque, la Cassazione a investire la Corte costituzionale dei propri dubbi sulla compatibilità del principio di diritto espresso in *Varvara* con l'imponente drappello di norme costituzionali invocate: essa avrebbe dovuto, piuttosto, privilegiare il canone dell'*interpretazione costituzionalmente conforme* dell'art. 44 d.P.R. 380/2001, e per l'effetto confermare il diritto vivente nostrano, ignorando il precedente di Strasburgo o – comunque – esprimendo un motivato (e doveroso) dissenso rispetto al medesimo. Senza, ripeto, coinvolgere la Corte costituzionale sulla base di una sentenza di Strasburgo che non sarebbe, allo stato, idonea né a fondare un obbligo di interpretazione conforme in capo al giudice ordinario, né a riempire di contenuto i parametri interposti rappresentati dalle norme della CEDU, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale *ex art. 117, primo comma, Cost.*

Il principio appena enunciato finisce, tuttavia, per *autorizzare qualsiasi giudice comune ad azionare direttamente la delicatissima arma dei 'controlimiti'* all'adeguamento del diritto interno al diritto di Strasburgo, e a violare per questa via gli obblighi discendenti dalla CEDU: prospettiva, questa, a dir poco inquietante, sol che si consideri che individuare qualche principio costituzionale a sostegno di una decisione in contrasto con quanto deciso a Strasburgo è, in genere, operazione assai agevole, come dimostra del resto proprio l'ordinanza di rimessione della Cassazione, che individua un'autentica pletora di norme costituzionali che – asseritamente – si opporrebbero alla penetrazione del principio espresso in *Varvara* nell'ordinamento italiano. *In nuce*, d'altra parte, l'argomento della Cassazione potrebbe essere speso in ogniqualvolta si discuta di una garanzia inerente al ‘giusto processo’: le garanzie processuali, che pongono limiti al potere punitivo, si traducono *sempre* in un indebolimento della tutela dei beni – in genere, dotati essi pure di una qualche protezione costituzionale – protetti dalle norme penali. Ma che un simile argomento possa rappresentare un ‘controlimite’ all'adeguamento del diritto interno alla CEDU, mi pare si debba quanto meno dubitare: i ‘controlimiti’ sono un'arma estrema, che dovrebbe essere impugnata con la massima cautela, e in casi davvero eccezionali, come ben sottolinea del resto la stessa Corte costituzionale. Pena il crollo del sistema ‘centralizzato’ europeo di tutela dei diritti fondamentali, al quale lo Stato italiano si è liberamente obbligato.

8.

Ma la conseguenza più inquietante, per il futuro dei diritti umani nel nostro ordinamento, è quella che sta alla base dell'inammissibilità della questione prospettata dal Tribunale di Teramo: il quale non sospettava affatto la contrarietà alla Costituzione della *ratio decidendi* di *Varvara*, ma rilevava piuttosto di non poter dare seguito alle indicazioni della Corte EDU stante l'*ostacolo normativo* rappresentato da una disposizione legislativa – l'art. 44 del d.P.R. 380/2001 – interpretato graniticamente dal diritto vivente in un senso incompatibile con l'art. 7 CEDU, secondo l'apprezzamento espresso dalla Corte EDU in quella sentenza. L'esistenza di un tale diritto vivente, secondo l'apprezzamento del giudice *a quo*, rendeva qui impossibile da parte sua l'interpretazione conforme alla CEDU della norma di legge in questione, imponendogli così la formulazione di una questione di legittimità costituzionale; questione che ora, però, la Consulta dichiara inammissibile, negando l'idoneità della sentenza *Varvara* a riempire di contenuto il parametro interposto di cui all'art. 7 CEDU.

Una sorte simile potrebbe toccare, nel prossimo futuro, alla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione sul ‘doppio binario’ sanzionatorio in materia di abusi di mercato, laddove la Corte costituzionale negasse che la sentenza *Grande Stevens c. Italia*⁷ – divenuta anch'essa definitiva dopo il rigetto della richiesta del Governo di riesame da parte della Grande Camera – sia essa stessa espressiva di una giurisprudenza consolidata.

Il risultato sarebbe, però, davvero singolare. La questione di legittimità costituzionale ha, in simili casi, come presupposto l'impossibilità, da parte del giudice comune, di adottare un'interpretazione conforme alla CEDU, stante l'esistenza di un ostacolo normativo che solo potrebbe essere rimosso dalla Corte costituzionale. Ma la Corte costituzionale si rifiuta, ora,

⁷ Cfr. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.

di intervenire, sino a che non si sia formata una “giurisprudenza consolidata” a Strasburgo. Con la conseguenza che al giudice comune resterà di fatto *preclusa* la strada della risoluzione della pur rilevata antinomia tra la legge interna e la CEDU, così come interpretata (sulla base di pronunce divenute ormai definitive) dalla stessa Corte EDU. Di talché, portando alle logiche conseguenze il ragionamento della Corte, il giudice comune dovrebbe a questo punto rassegnarsi a porre in essere una decisione che, con ogni probabilità, sarà destinata in futuro a essere censurata a Strasburgo, in quanto lesiva dei diritti umani dei suoi destinatari.

La paura non è mai una buona consigliera; e la strategia di Penelope sarà magari stata utile per tener buoni i Proci, ma non credo possa essere un buon viatico per quel dialogo alto tra le giurisprudenze, cui pure la nostra Corte costituzionale dichiara di aspirare.

Anche perché l'effetto di questo nuovo steccato eretto dalla Consulta – la “giurisprudenza consolidata” della Corte EDU – sarà, paradossalmente, quello di incentivare i giudici comuni a *risolvere il più possibile da sé* le eventuali antinomie tra diritto interno e diritto di Strasburgo, attraverso gli strumenti dell'*interpretazione conforme* e della *diretta applicazione* della CEDU (che è stata, dopo tutto, *incorporata* nel diritto interno in forza della legge n. 848/1955, e come tale resta suscettibile di essere applicata – alla pari di qualsiasi altra norma ordinaria – dal giudice comune senza necessità di alcun avallo da parte della Corte costituzionale, a meno che non si scontri inequivocabilmente con una *lex posterior, specialis o superior* che debba essere necessariamente eliminata dal giudice delle leggi).

L'effetto è paradossale, dicevo, perché la preoccupazione fondamentale che spinse la Corte, nel 2007, alle sentenze gemelle fu proprio quella di fermare la Cassazione che, scalpitante, stava per colmare la linea sempre più sottile che separa la diretta applicazione della CEDU in spazi lasciati *vuoti* dalla legge interna e la sua diretta applicazione *in luogo* della legge interna; e di rivendicare, così, il proprio ruolo esclusivo di ‘controllore centralizzato’ della legittimità delle leggi, che il Costituente del 1947 aveva inteso affidarle. Ma sentenze come quella odierna non aiutano a difendere quel confine, che somiglia sempre più ad una linea Maginot: ai giudici comuni ripugna, giustamente, emettere sentenze in violazione di diritti umani riconosciuti dal diritto di Strasburgo, e preconstituire così le condizioni per future condanne dell'Italia, dei quali essi stessi sarebbero responsabili.

Ed infatti, mentre la Corte costituzionale pubblicava la sentenza 49, la Corte di cassazione depositava una sentenza con la quale annullava *ex officio* (senza che il motivo fosse nemmeno stato dedotto dal difensore dell'imputato) una sentenza di condanna pronunciata per la prima volta in grado di appello sulla base di una mera rivalutazione ‘cartacea’ delle testimonianze rese di fronte al giudice di primo grado⁸. Così facendo, la Suprema Corte applicava la regola – non scritta da nessuna parte nel codice di procedura penale, ma desumibile dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di art. 6 CEDU, oltre tutto formatasi interamente nei confronti di Stati diversi dall'Italia – secondo cui il giudice di appello può ribaltare la valutazione delle testimonianze assunte nel dibattimento di primo grado soltanto se riascolta direttamente i testimoni. L'impatto di una simile regola sul sistema del giudizio di appello è notevolissimo: ma la Cassazione si guarda bene, questa volta, dal chiamare in causa la Corte costituzionale, provvedendo da sé a rimettere in linea il diritto nazionale a quello europeo, attraverso un esempio a mio avviso paradigmatico di diretta applicazione della CEDU, più ancora che di interpretazione conforme del diritto interno.

E che dovrà fare il Tribunale di Teramo ora, e che faranno un domani i giudici che hanno sollevato una questione di legittimità sul ‘doppio binario’ sanzionatorio in materia di abusi di mercato, una volta che la Corte costituzionale abbia loro restituito gli atti affermando che *Grande Stevens* è, in fondo, solo una sentenza isolata? La tentazione, per tutti quanti, sarà quella di trovare una strada per evitare *comunque* di pronunciare sentenze in contrasto con la giurisprudenza europea, questa volta senza passare per la Corte costituzionale.

Quanto al Tribunale di Teramo: se il giudice riterrà in coscienza che il suo dovere di dichiarare immediatamente la causa estintiva non gli abbia consentito di compiere un “accertamento” della colpevolezza dell'imputato secondo lo standard probatorio richiesto per la sua condanna, e in grado di essere compiutamente vagliato nella sua fondatezza e coerenza

⁸ Cass., sez. III pen., 12 novembre 2011 (dep. 20 marzo 2015), n. 11648, Pres. Fiale, Est. Di Nicola, di prossima pubblicazione in *Dir. pen. cont.*

logica nei successivi gradi di giudizio, ben potrà negare l'applicazione della confisca accedendo a una lettura *convenzionalmente orientata* dell'art. 44, secondo comma, d.P.R. 380/2001 (che, se non doverosa per quanto affermato oggi dalla Corte costituzionale, resta sempre *possibile* per il giudice comune anche in presenza di orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo non ancora consolidati). Una lettura dunque che, senza forzarne il dato letterale, andrebbe in senso contrario rispetto al 'diritto interno vivente' consolidato dalla Cassazione, alla quale dopo tutto il giudice comune – ce lo ricorda ancora la Corte costituzionale, invocando l'art. 101, secondo comma, Cost. – non è vincolato.

Quanto poi alla questione del 'doppio binario', il dilemma è già oggi risolvibile – anche *senza* l'intervento della Corte costituzionale – in almeno due modi: attraverso una interpretazione estensiva (ancora una volta, *convenzionalmente orientata*) dell'art. 649 c.p.p.; ovvero attraverso la diretta applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, quanto meno all'interno dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, come ho cercato in altra sede di estesamente argomentare⁹.

Del resto, di che cosa dovrebbero avere paura i giudici comuni nel compiere simili operazioni esegetiche? Non certo di violare la Costituzione repubblicana: le cui norme e i cui principi non sono in alcun modo in pericolo, a fronte di spinte sovranazionali che impongono *regole di assoluto buon senso*, come quella secondo cui chi non è stato condannato non può subire una pena; ovvero quella secondo cui chi è già stato giudicato e punito (anche severamente, come nel caso di chi sia stato sanzionato dalla CONSOB al pagamento di milioni di euro) non può essere sottoposto a un nuovo processo per lo stesso fatto; o ancora quella secondo cui se il giudice di primo grado ascoltando e osservando direttamente un testimone si è convinto che menta, non si vede perché un altro giudice – non necessariamente più esperto di psicologia umana – si debba convincere del contrario semplicemente leggendo la trascrizione delle sue dichiarazioni. La Corte EDU non ha alcuna obiezione contro una tutela anche energica dei beni e dei diritti tutelati dal sistema penale italiano; a condizione, però, che una tale tutela si svolga nel rispetto di standard minimi – riconosciuti nell'intero spazio giuridico europeo – di 'giusto processo', e in definitiva di civiltà.

Il vero problema è quello dell'impatto di simili regole di buon senso *sul sistema*, e sui (precarì) equilibri sui quali esso attualmente si regge: rinunciare alla confisca urbanistica in presenza di una dichiarazione di prescrizione significa, ad es., togliere all'ordinamento l'unica arma realmente efficace a difesa di un territorio martoriato dagli scempi edilizi. Ma la risposta alle molte patologie italiane – e il discorso potrebbe ripetersi anche per il criticatissimo sistema del 'doppio binario' sanzionatorio, così come per la vigente disciplina dell'appello penale, la cui insostenibilità è sempre più diffusamente percepita – non può continuare a essere quella di *difendere semplicemente l'esistente*, accettando così la prospettiva, nel frattempo, di *violare i diritti fondamentali* degli imputati nel timore del peggio. La risposta dovrà essere piuttosto quella di mostrare al legislatore riluttante, attraverso decisioni coraggiose che ne mettano finalmente a nudo le responsabilità, che così non si può andare avanti: che le discipline della prescrizione, del 'doppio binario', dell'appello e molte altre ancora devono al più presto essere incisivamente riformate, per restituire al sistema penale la capacità di compiere efficacemente – ma nel rispetto dei diritti fondamentali di tutti – le proprie essenziali funzioni di tutela.

Ed è un peccato che la Corte costituzionale non abbia avuto oggi il coraggio di imboccare con decisione questa strada, lasciando così ancora una volta soli i giudici comuni in un compito difficile, ma a questo punto ineludibile.

⁹ Cfr. ampiamente sul punto VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in questa *Rivista*, n. 3-4/2014, p. 219 ss.