



Università degli Studi del Molise

**Dipartimento Giuridico
Campobasso**

**Corso di Dottorato di Ricerca
in**

***“Persona, impresa e lavoro dal diritto interno a quello internazionale”
Ciclo XXVII***

Settore scientifico disciplinare: IUS/20

DIRITTI FONDAMENTALI E CONFISCA TRA METODOLOGIE INTERPRETATIVE DEL DIRITTO E LEGGI DEGLI STATI

COORDINATORE

Chiar.mo Prof.

Francesco Paolo TRAISCI

TUTOR/ RELATORE

Chiar. mo Prof.

Francesco PETRILLO

CANDIDATA

Laura AMICO

146066

Anno Accademico 2013/2014

INDICE

CAPITOLO I - LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA NEL RAPPORTO TRA METODOLOGIA ERMENEUTICA E ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

1. LA METODOLOGIA ERMENEUTICA.....PP. 5-9
2. LA NECESSITA' DEL METODO: CONFRONTO TRA BETTI E GADAMER.....PP. 10-12
3. L'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA.....PP. 13-14
4. NEIL MACCORMICK: L'ARGOMENTAZIONE COME RAGIONAMENTO GIURIDICO.....PP. 15-17
5. ROBERT ALEXY: L'ARGOMENTAZIONE COME GIUSTIFICAZIONE.....PP. 17-19
6. RAPPORTO TRA INTERPRETAZIONE E ARGOMENTAZIONE GIURIDICA.....PP. 19-22
7. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI.....PP. 22-25
8. L'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE IN ITALIA TRA ERMENEUTICA E ARGOMENTAZIONE: PRINCIPI GENERALI E PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO.....PP. 25-31
9. L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA.....PP. 31-37
10. IL DIALOGO TRA LE CORTI.....PP. 37-39
11. PROPORZIONALITA' E BILANCIAMENTO TRA PRINCIPI E NORME.....PP. 40-47

CAPITOLO II - RAPPORTO TRA LE CORTI: ARGOMENTI ERMENEUTICI E COMPARATIVI

1. RAPPORTO TRA CORTE DI GIUSTIZIA U.E. E CORTE COSTITUZIONALE.....PP. 48-51
2. RAPPORTO TRA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CORTE COSTITUZIONALE.....PP. 51-53
3. RAPPORTO TRA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CORTE DI GIUSTIZIA U.E.....PP. 53-56

4. I DIVERSI LIVELLI DI PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI E I CRITERI DI COORDINAMENTO.....	PP. 56-57
5. ARGOMENTI ERMENEUTICI E COMPARATIVI DEI GIUDICI DELLA CORTE EDU.....	PP. 58-61
6. ARGOMENTI ERMENEUTICI E COMPARATIVI DEI GIUDICI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA.....	PP. 61-65
7. ARGOMENTI ERMENEUTICI E COMPARATIVI NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE EUROPEO.....	PP. 66-68
8. IL RAPPORTO TRA INTERPRETAZIONE E COMPARAZIONE GIURIDICA PER LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI.....	PP. 68-73

CAPITOLO III - IL DIRITTO DI PROPRIETA'

1. RAPPORTO TRA CONFISCA E PROPRIETA'.....	PP. 74-77
2. LE ORIGINI STORICHE DEL DIRITTO DI PROPRIETA'.....	PP. 77-79
3. LA PROPRIETA' NEI TESTI NORMATIVI ITALIANI.....	PP. 79-85
4. LA TUTELA DEL DIRITTO DI PROPRIETA' IN EUROPA.....	PP. 86-87
5. LA TUTELA DELLA PROPRIETA' NEL PANORAMA GIURIDICO EUROPEO.....	PP. 87-91
6. LA PROPRIETA' TRA INTERPRETAZIONE E COMPARAZIONE: LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA.....	PP. 91-93
7. LA CARTA EUROPEA DEI DIRITTI FONDAMENTALI.....	PP. 93-94
8. LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.....	PP. 94-98
9. IL DIRITTO DI PROPRIETA' NELL'INTERPRETAZIONE DATA DALLE DUE CORTI.....	PP. 98-99
10. LA PROPRIETA' IN EUROPA TRA FUNZIONE SOCIALE E INTERESSE GENERALE.....	PP. 99-104

CAPITOLO IV - LA CONFISCA DEI BENI NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

SEZIONE I: LA MISURA DI PREVENZIONE PATRIMONIALE DELLA CONFISCA ANTIMAFIA.....P. 105

1. L'ISTITUTO DELLA CONFISCA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.....PP. 105-107
2. IL QUADRO STORICO NORMATIVO ITALIANO.....PP. 108-110
3. LA CATEGORIA DEI DESTINATARI: DALLA DISCIPLINA TRANSITORIA AL CODICE ANTIMAFIA.....PP. 110-112
4. I PRESUPPOSTI SOGGETTIVI E OGGETTIVI DELLE MISURE DI PREVENZIONE.....PP. 112-115
5. IL QUADRO STORICO- NORMATIVO DELL'UNIONE EUROPEA.....PP. 115-120
6. LE MISURE DI PREVENZIONE E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.....PP. 121-123
7. L'ISTITUTO DELLA CONFISCA NELLA COMPARAZIONE TRA UNIONE EUROPEA E CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.....PP. 123-127
8. L'ISTITUTO DELLA CONFISCA NELLA COMPARAZIONE TRA LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E ORDINAMENTO ITALIANO.....PP. 127-134
9. LA CONFISCA TRA ESIGENZE DI SICUREZZA PUBBLICA E QUESTIONI CONTROVERSE.....PP. 134-138
10. LA CONFISCA NEL PANORAMA GIURIDICO INTERNAZIONALE.....PP. 138-141
11. NATURA GIURIDICA DELLA CONFISCA E APPLICAZIONE DISGIUNTA: LE INTERPRETAZIONI PROPOSTE.....PP. 142-144
12. LA TUTELA DEI TERZI NELLA DISCIPLINA ANTIMAFIA.....PP. 144-146
13. LA CONFISCA ANTIMAFIA: NATURA PREVENTIVA O SANZIONATORIA.....PP. 146-149
14. L'ORIENTAMENTO DELLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE.....PP. 149-154

15. LA CONFISCA NEI CONFRONTI DEGLI EREDI.....	PP. 154-156
16. IL PROBLEMA DELLA RETROATTIVITA' DELLE MISURE PATRIMONIALI NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA.....	PP. 156-159
17. LA NECESSITA' DELLA "CORRELAZIONE TEMPORALE".....	PP. 159-162
18. COMPATIBILITA' DELLE MISURE DI PREVENZIONE CON LA COSTITUZIONE.....	PP. 162-166
19. LA "BUONA FEDE" NELLA PROSPETTIVA DELLA CORTE DI LEGITTIMITA' E DI MERITO.....	PP. 166-167

SEZIONE II: CONFISCA PER LOTTIZZAZIONE ABUSIVA

PREMESSA.....	P. 168
1. L'ORIENTAMENTO DELLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE.....	PP. 169-172
2. LA CONFISCA URBANISTICA E LA CORTE EDU.....	PP. 172-174
3. L'INTERPRETAZIONE DELL'ARTICOLO 44, COMMA 2, DEL D.P.R. 380/01 TRA GIUDICI INTERNI E GIUDICI STRASBURGO.....	PP. 174-175
4. IL BILANCIAMENTO TRA TUTELA DEL TERRITORIO E DIRITTO DI PROPRIETA'.....	PP. 176-177
5. DUE RECENTI DECISIONI: IL CASO PUNTA PEROTTI E IL CASO VARVARA TRA CORTI INTERNE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.....	P. 178
• IL CASO PUNTA PEROTTI CONTRO ITALIA.....	PP. 178-184
• IL CASO VARVARA CONTRO ITALIA.....	PP. 184-187
BIBLIOGRAFIA.....	PP. 188-198

CAPITOLO I - LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA NEL RAPPORTO TRA METODOLOGIA ERMENEUTICA E ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

1. LA METODOLOGIA ERMENEUTICA

E' interessante notare come la questione ermeneutica sia centrale e decisiva per chiunque voglia approfondire i propri studi in tema di interpretazione. Dal punto di vista metodologico, l'ermeneutica è una scienza interpretativo- conoscitiva valevole per tutti i campi del sapere; nasce come un processo interpretativo tipico della giuridicità, ma estendibile anche agli altri campi del sapere. L'ermeneutica è <<*una metodologia dell'interpretazione e un sistema di linguaggio giuridico, che fornisce il dogma normativo e il metodo interpretativo di una comune prospettiva diacronica in grado di superare l'aspetto sincronico logico- formale della norma giuridica ordinamentale, determinato, in sede interpretativa, dall'attività unidirezionale del soggetto giudicante*¹>>. Di conseguenza, la scienza giuridica diventa una metodologia capace di superare il continuo rapporto con la dogmatica giuridica tradizionale e la teoria dell'interpretazione giuridica perché media prima e supera poi il rapporto con il tempo. Il diritto è diacronico e diatopico. Questo tipo di metodologia è alla ricerca della verità del metodo giuridico e non del vero, ha interessi di tipo metodologico- ontologico. La ricerca della verità, che sia in continuo disvelamento in rapporto con il tempo, garantisce la possibilità adeguativa dell'oggetto interpretato alla storia e ai suoi contenuti linguistici.

L'ermeneutica giuridica bettiana nasce e si propone tanto nell'ambito dell'interpretazione del testo scritto, quanto al di là dell'interpretazione del testo scritto, come momento di studio e di riconoscimento dell'interesse della collettività rispetto all'interesse del soggetto singolo. Essa è interpretazione del diritto e non della legge, considerando la progressiva evoluzione della scienza giuridica sia nella prospettiva storico- diacronica- evolutiva sia metodologico- interpretativa². L'ermeneutica giuridica, per suo *modus essendi*, allontana se stessa da una visione particolare e soggettiva per aprirsi a una visione oggettivo- collettiva che, di per sé, proprio per quella stessa

¹ Cfr. F. PETRILLO, *La decisione giuridica. Politica, ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 3; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. (Teoria generale e dogmatica)*, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1971; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990; G. CARLIZZI- V. OMAGGIO, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2011.

² Cfr. F. PETRILLO, *La metodologia interpretativa del diritto per l'ermeneutica in tutti i campi del sapere*, in AA.VV., *Il segno, il linguaggio e l'interpretazione. Il diritto dialoga con l'arte, la letteratura, la religione*, Eurolink, Roma, 2014, p. 221.

cultura che abbraccia tutti gli uomini di una determinata epoca, non può rimanere legata al monumento o documento da interpretare, ma deve andare a cogliere il senso della complessiva coscienza sociale e giuridica, culturale e artistica, morale e etica, in nome della quale l'interprete propriamente agisce. L'interpretazione giuridica, nella visione ermeneutica, si pone come interpretazione non solo dei documenti normativi, ma dei fatti giuridici, normativi o normogeni³.

A differenza delle precedenti teorie dell'interpretazione della legge, ossia il positivismo classico-secondo cui il diritto è solo quello espresso dalla volontà del legislatore- e logico- secondo cui il diritto è solo quello risultante dall'ordinamento normativo, ossia dal complesso delle norme vigenti- e le teorie dell'argomentazione giuridica- o del ragionamento giuridico-, la metodologia ermeneutica non riconosce come punto di partenza il sillogismo giuridico, ossia il rapporto tra premessa maggiore- premessa minore e *argumentum*, ma la valutazione e la decisione della complessiva attività giuridica posta in essere comprensiva di fatto- norma- soggetto giudicante e oggetto giudicato. L'attività interpretativa non è subordinata al testo di legge, e quindi agli articoli 12 e 14 delle disposizioni preliminari al codice civile valevoli per l'interpretazione di qualsiasi testo normativo, così come non è coincidente con la produzione del diritto, o meglio della legge, racchiusa nei documenti normativi e creati dal potere politico. Interpretare non significa neppure interpretare secondo l'intenzione del legislatore, ossia applicando la tecnica interpretativa di seconda classe, rispetto all'interpretazione letterale, tecnica di prima classe, condotta secondo le regole semantiche e sintattiche del testo⁴.

Lo scopo dell'ermeneutica giuridica è, dunque, quello di superare i limiti delle precedenti teorie dell'interpretazione basate unicamente sulla volontà del soggetto legiferante o sugli interessi in gioco in sede di costruzione della norma, sul mito dell'omnicomprensività, coerenza e completezza dell'ordinamento giuridico o sul modello di giudice bocca della legge o del giudice che, applicando la legge, decide politicamente, prescindendo dal dato conoscitivo, anziché giuridicamente, cioè in funzione normativa sul caso concreto. Per superare i limiti delle teorie precedenti, la teoria ermeneutica si avvale degli istituti giuridici propri del momento della giuridicità, non per forza legata a una legge o a un singolo ordinamento, della discrezionalità amministrativa, dell'equità e dei principi fondamentali. Tali istituti, una volta applicati, permettono di verificare se nel giudizio siano presenti la precompressione critica e la circolarità ermeneutica. In particolare, i principi

³ Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 2009.

⁴ Cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

fondamentali del diritto, da non confondere con i principi generali⁵ derivati per astrazione e generalizzazione da norme, sono il presupposto dell'ordinamento giuridico⁶, il momento etico-fondativo, la sua fonte morale, politica e giuridica che muta al mutare della situazione storica. <<Essi sono temporalmente prioritari e precedenti alle norme, vengono prima di esse e sono fuori da esse>>. La loro presenza permette all'ordinamento non di essere completo, ma completabile⁷, per mezzo dell'eterointegrazione⁸ ordinamentale, e coerente, ricorrendo ai valori etici, morali che mutano con il mutare delle situazioni storiche⁹. Essi garantiscono l'evolversi del diritto attraverso la correzione della formalizzazione della legge nella dinamicità spirituale dei rapporti umani al di fuori dei limiti spazio-temporali dei singoli ordinamenti tendendo ai valori universali dal momento che costituiscono l'*habitus*, ossia i valori dell'uomo, il bagaglio culturale e giuridico del soggetto interpretante. Quest'ultimo svolge un'attività gnoseologico- valutativa- decidente¹⁰. Portando questo discorso nella quotidianità, un esempio ci è dato dall'autonomia privata riconosciuta al soggetto privato in maniera universale e, quindi, straordinariamente. Tale potere è riconosciuto al soggetto non perché deriva da una legge presente in un determinato ordinamento giuridico, ma perché deriva proprio dalla natura umana, dal suo essere soggetto umano: l'autonomia privata è dunque un principio fondamentale del diritto e non un principio generale ricavato dall'ordinamento

⁵ I principi generali appartengono alla dimensione spazio- temporale della giuridicità in cui l'ordinamento non può essere logicamente completo e quindi essere astratto e generalizzato.

⁶ Cfr., G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962 pp. 435- 478. L'autore sottolinea come i principi fondamentali del diritto non possono essere ricavati o derivati da norme. Egli afferma che <<il primo lavoro della scienza giuridica è la ricerca di questi principi che stanno alla base del comando>>. <<il principio è il punto nel quale comando e azione si incontrano... Il comando è tale perché è la volontà di un principio a cui l'azione deve uniformarsi e obbedire al comando in quanto può assumere in sé questo principio che è il contenuto del comando>>.

⁷ La differenza con le teorie logico- analitiche sta nel fatto che la completabilità non rimanda al concetto di autointegrazione ordinamentale attraverso l'utilizzo dell'analogia *legis* e *juris*. Se fosse così, i principi fondamentali rimarrebbero chiusi all'interno dell'ordinamento mentre devono per garantire all'ordinamento la dovuta apertura al mondo esterno.

⁸ Cfr., E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., pp. 851- 852. Essi vanno considerati non solo sotto il profilo dogmatico, quali criteri che stanno alla base di soluzioni legislative, nella misura in cui il diritto positivo si è a essi informato, ma inoltre sotto un aspetto dinamico, quali esigenze di politica legislativa che non si esauriscono nelle soluzioni accolte, bensì sono da tenere presenti come direttive e strumenti dell'interpretazione rispetto ai casi "dubbi", sia come indirizzi e orientamenti da proseguire nel progresso della legislazione.

⁹ Essi sono la fonte morale e politica del diritto. Non sono il risultato dell'ordinamento, ma il suo presupposto. Non sono il frutto di un percorso logico, ma permettono, attraverso le esigenze di politica e morale, il fondamento e la direzione di senso dell'ordinamento.

¹⁰ Il giurista che fa uso dei principi generali, ossia di quell'eccedenza di contenuto ideologico, non può non essere dotato di una forte tolleranza ideologica che deve caratterizzare il suo *habitus*, cioè la sua apertura mentale e morale. I principi generali vanno a dimensionarsi sulla discrezionalità morale prima e etica poi del giurista decidente e legiferante. Ai principi bisogna fare riferimento sia perché costituiscono strumento dell'interpretazione sia per orientare l'interprete nella soluzione dei casi difficili.

giuridico. Questo discorso acquista sempre più valore se rapportato al momento odierno, caratterizzato non solo da un rapporto sempre più penetrante tra ordinamento interno, comunitario e internazionale, ma anche da un mondo globalizzato non solo economicamente ma anche giuridicamente.

La *Weltanschauung* ermeneutica si caratterizza per il suo non fermarsi all'interpretazione del testo scritto e per il suo andare al di là di esso, proponendosi come momento di studio che privilegia il rapporto degli spiriti tra loro, piuttosto che tra lo spirito e la materia. E' ormai opinione diffusa che essa paghi un grosso debito alla scienza giuridica, la quale permette non di universalizzare il particolare, né di particolarizzare l'universale, ma di portare nel particolare l'universale, secondo la prospettiva neo-ontologica di Nicolai Hartmann¹¹. E, nella scienza giuridica si pone come una ricerca della verità del metodo giuridico, utilizzabile in tutti i campi del sapere, piuttosto che strettamente del vero. Ciò rivela una filosofia del diritto che non ha interessi di tipo epistemologico, secondo la quale la verità è il fine dell'interpretare, ma di tipo metodologico-ontologico poiché cerca il metodo che garantisca e giustifichi non una qualunque conoscenza, ma una conoscenza immediata del caso concreto.

E' proprio nel mondo giuridico che si definiscono, nell'applicazione di un metodo interpretativo alla realtà concreta e fattuale, i concetti filosofici di precomprensione critica e di circolarità ermeneutica¹². La precomprensione critica è un presupposto della metodologia ermeneutica, rappresenta un momento preciso della stessa attraverso cui è possibile spiegare la massima di decisione del giudice. La precomprensione critica non deve essere intesa come un atto individuale¹³, ma è determinata dalla <<partecipazione a un senso comune¹⁴>>. La massima rappresenta il momento finale dell'attività del soggetto interpretante-decidente che non risulta

¹¹ Cfr., N. HARTMANN, *La fondazione dell'ontologia*, Fabbri, Milano, 1963.

¹² Cfr., V. MARINELLI, *La metodologia ermeneutica di Emilio Betti*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, a cura di G. Crifò, Istituto nazionale di studi romani, Roma, 2010. L'autore pone in raffronto la concezione bettiana di precomprensione con quella elaborata da Heidegger, Bultmann e Gadamer. Per Betti la precomprensione è una qualità del soggetto interpretante, è il suo *habitus*, ossia le sue funzioni logiche, le predisposizioni, gli ambiti mentali, che permette all'interprete di giungere a una "oggettività", mentre per gli altri autori si tratta di una comprensione originaria, di un pre-giudizio che accompagna l'interprete nella sua attività conoscitiva in quanto condizioni dell'intendere. In merito al concetto di circolarità ermeneutica essa viene intesa da Betti, a differenza di Gadamer, non come rigida contrapposizione tra il soggetto e l'oggetto della conoscenza, come una relazione formale tra le parti e il tutto, ma come una struttura interna al testo alla quale appartiene tanto il soggetto interpretante che l'oggetto interpretato che, a sua volta, diventerà il soggetto dell'interpretazione.

¹³ Cfr., G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Giuffrè, Milano, 1984; F. VIOLA- G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma, 2004.

¹⁴ Cfr., G. ZACCARIA, *Il giurista e la volontà. Betti e le funzioni giuridiche*, in G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996.

essere mera attività esegetica, ma creativa perché <<è creazione ogni attività spirituale che, pur riferendosi a un atto precedente, non è una semplice reazione passiva né una pura ripetizione meccanica¹⁵>>. La massima di decisione rappresenta, dunque, il momento di unione del soggetto giudicante e del soggetto giudicato.

Il fine della metodologia ermeneutica è l'interpretazione in funzione normativa, ossia <<*un intendere preordinato al fine di regolare l'agire alla stregua di massime che si desumono da norme o da dogmi, da valutazioni morali o da situazioni psicologiche da tenere in conto*¹⁶>>.

Nell'interpretazione giuridica il soggetto dell'interpretazione non è solo colui che interpreta, ma anche colui su cui ricadono gli effetti giuridici della decisione: tra i due soggetti viene a crearsi un rapporto circolare non per forza mediato dalla presenza di una norma. Difatti la circolarità ermeneutica può essere di due tipi, diadica e triadica: nel primo tipo di circolarità il rapporto tra soggetto interpretante e soggetto interpretato si caratterizza per il fatto di essere un rapporto diretto tra i due termini, ossia in assenza di mediazione normativa, facendo richiamo, semmai, a un principio o a un insieme di principi anche non presenti nell'ordinamento giuridico. Nel secondo tipo, invece, il rapporto tra i soggetti avviene attraverso la mediazione normativa, ossia una norma giuridica. La circolarità ermeneutica, sia essa diadica o triadica, si caratterizza per il fatto che gli effetti della decisione presa dal soggetto decidente ricadranno non solo sul soggetto giudicato, ma anche su se stesso essendo anch'egli membro della comunità politica e sociale.

Il concetto di precomprensione critica serve all'interprete per spiegare la massima di decisione del soggetto giudicante; quest'ultima è il momento conclusivo dell'attività interpretativa e creativa. La ricerca della verità, in continuo disvelamento nello spazio e in rapporto costante con il tempo fisico, garantisce la possibilità adeguata dell'oggetto interpretato alla storia e ai suoi contenuti linguistici, permettendo di scegliere tra un'ermeneutica ispirata al pensiero debole e un'ermeneutica forte, veritativa che abbraccia il metodo interpretativo.

¹⁵ Cfr., E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. (Teoria generale e dogmatica)*, cit., p.140.

¹⁶ Ivi, pp. 789 e ss.

2. LA NECESSITA' DEL METODO: CONFRONTO TRA BETTI E GADAMER

A questo proposito risulta utile riportare l'annosa disputa tra la metodologia descrittiva gadameriana e la metodologia bettiana circa il diverso approccio alla scienza dell'interpretazione: mentre per quest'ultimo l'interpretazione è *ratio cognoscendi* del significato dell'*interpretandum*, per Gadamer ne è piuttosto *ratio essendi*. Per Gadamer l'essere che viene compreso è il linguaggio mentre per Betti è solo il secondo termine di paragone poiché il linguaggio è pur sempre su un qualcosa: l'oggetto dell'interpretazione è l'*interpretandum*, ossia le forme rappresentative. Il processo conoscitivo dell'intendere ha il suo dominio nelle scienze dello spirito, mentre il dedurre per concetti, l'indurre, lo spiegare per cause sono processi conoscitivi propri delle scienze matematiche e sperimentali. La metodologia e la necessità del metodo in una teoria generale ermeneutica rappresentano l'aspetto principale della polemica tra Betti e Gadamer. L'ermeneutica gadameriana si sostanzia in un processo storico in cui il circolo ermeneutico è una tradizione che coinvolge il soggetto e l'oggetto dell'interpretazione mediante l'analisi del linguaggio; per Betti l'ermeneutica è una metodologia all'interno della quale la circolarità ermeneutica è il rapporto che caratterizza il soggetto e l'oggetto dell'interpretazione. Non per questo l'ermeneutica di Betti deve considerarsi per principio opposta a quella di Gadamer, ma come un suo correttivo. Entrambi gli autori ritengono che il diritto non abbia una funzione puramente ricognitiva bensì applicativa, con una differenza: per Gadamer si tratta di riconoscere ciò che è significativo in quanto originariamente dotato di senso; per Betti l'interpretazione è conoscere, è un intendere che serve alla decisione del caso concreto. Betti critica Gadamer dal momento che questi <<*non riesce a spiegare fino in fondo il concetto di applikation poichè in assenza di metodo deve rivolgersi al miracolo del comprendere*>>, cosa che non risulta necessaria per l'ermeneutica giuridica.

Tuttavia, oggi, tra i due studiosi vengono piuttosto ricercate delle analogie che attengono, ad esempio, al tema della tradizione. Per Betti si tratta di riconoscere la storicità del soggetto, di riconoscere cioè che <<*noi moderni non possiamo saltare a piè pari diciassette secoli di tradizione giuridica e immaginarci di uscire fuori dalla nostra mentalità, quale si è formata attraverso questa imponente tradizione*¹⁷>>; di conseguenza la coscienza storica rappresenta un momento nuovo del rapporto dell'uomo con il passato. Per Gadamer il problema della tradizione non è tanto un problema di conoscenza, quanto di adattare il significato del contenuto storico al mutare del tempo.

¹⁷ Cfr., A. LONGO, *Emilio Betti a confronto con Hans Georg Gadamer*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., p.96.

Egli definisce il rapporto con la tradizione e con il passato <<fusione di orizzonti¹⁸>>, volendo significare che è la continuità della tradizione ad alimentare la ricerca storica. Di conseguenza, l'interprete parteciperà in modo attivo con la propria soggettività, a differenza dello storico¹⁹ o dello scienziato che saranno solo osservatori esterni dell'opera²⁰.

Di conseguenza, il giurista, a differenza dello scienziato, considererà sempre rilevante il ruolo del soggetto interprete, ossia di colui che conosce già e vive dell'esigenza di conoscere, chi dà il senso alla circolarità ermeneutica, intesa in modo diacronico, ossia in funzione del tempo, tra il soggetto interpretante e l'oggetto interpretato. Soggetto e oggetto sono i due termini di ogni processo conoscitivo. Per quanto attiene la metodologia²¹, il problema del metodo viene trattato in modo da tutelare l'oggettività e la verità dell'interpretazione contro qualsiasi forma di soggettivismo da parte dell'interprete. E' con questo scopo che Emilio Betti elabora i quattro canoni dell'interpretazione, due riferiti al soggetto e due all'oggetto. Il canone dell'attualità dell'intendere prevede che qualsiasi realtà storica venga compresa partendo dalla nostra situazione esistenziale e storica, con la

¹⁸ Cfr., A. LONGO, *Emilio Betti a confronto con Hans Georg Gadamer*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., p.97. L'autore sottolinea come Betti contrasti la tesi gadameriana in quanto per Gadamer il rapporto con la tradizione non è un problema di conoscenza quanto di adattare il significato del contenuto storico al mutare del tempo. La tradizione diventa produttiva e non semplice contesto in cui si svolge l'attività produttiva. E' proprio il concetto di continuità ad avvicinare Betti a Gadamer, in quanto entrambi giungono alla conclusione che "sia impossibile prescindere dal proprio orizzonte per trasporsi in altro".

¹⁹ Cfr., G. BENEDETTI, *L'orizzonte del giurista interprete*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., pp. 11- 16. L'autore nota come Betti ponga in essere un parallelismo tra l'interprete e lo storico sostenendo che, mentre per quest'ultimo si ha un intendere fine a se stesso, per l'interprete l'intendere serve alla decisione del caso concreto. Egli attribuisce allo storico la funzione ricognitiva, lasciando all'interprete la funzione normativa poiché il giurista deve considerare la norma dell'ordinamento giuridico con valore attuale regolando, così, la vita sociale.

²⁰ Cfr., L. VARGIU, *Appunti su Sedlmayr lettore di Betti*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., pp. 43- 60. L'autore mette a confronto il pensiero di Betti con quello di Sedlmayr in tema di interpretazione. Mentre per Betti l'interprete deve tirare fuori dall'opera quello che è rimasto implicito per l'incapacità dell'autore di farlo poiché ancora non si è distaccato da essa, per Sedlmayr l'interprete deve rimanere in silenzio davanti all'opera e recepire l'appello che da essa proviene e far sì che essa possa coinvolgerlo emotivamente e evitare, così, di creare fraintendimenti che ostacolano la vera comprensione. Secondo Betti, quindi, l'interprete deve ripercorrere l'iter genetico dell'opera poiché solo così può cogliere l'interpretandum; per Sedlmayr, invece, si deve ricostruire il risultato.

²¹ Per i fautori dell'ermeneutica epistemologica il problema del metodo è secondario rispetto a quello della ricognizione, mediante l'analisi fenomenologica, delle condizioni che rendono possibile la comprensione. Secondo questa visione le scienze dello spirito devono realizzare un'obiettività simile a quella delle scienze della natura fondandosi su un rapporto di rigida contrapposizione tra il soggetto e l'oggetto della conoscenza. Nell'ambito di un'impostazione epistemologica, il concetto di circolo ermeneutico, in cui si esprime la legge fondamentale di ogni comprendere, risulta essere nel testo da interpretare, una relazione formale tra le parti e il tutto e si traduce in una guida metodica dell'esegesi del testo. Si è avvertito, subito, l'insufficienza di un circolo ermeneutico così concepito facendo nascere l'esigenza di integrarlo con l'interpretazione psicologica o soggettiva, secondo cui il testo va inserito, come manifestazione di un momento creativo, nella totalità della vita spirituale del suo autore provocando una trasposizione dell'interprete, superando l'originaria posizione del soggetto rispetto all'oggetto di cui si intraprende la conoscenza.

conseguenza che l'interprete è sempre coinvolto personalmente nel processo di interpretazione. Con il canone della corrispondenza ermeneutica l'autore mira a fare del processo ermeneutico un'attività di dialogo con i testi del passato. Il canone dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto, o dell'immanenza, sta a significare che ogni prodotto storico dell'uomo, una volta creato e stabilito nella storia, ha una propria autonomia e che è indipendente sia dal suo autore che dall'interprete. Il canone della totalità, o della coerenza, rappresenta il più importante principio dell'ermeneutica filosofica, ossia il circolo ermeneutico. I quattro canoni garantiscono un approccio scientifico allo studio dell'essenza del diritto in grado di superare la forzatura della legge positiva in modo da non interessarsi solo al soggetto interpretante, ma anche al soggetto giudicato, ossia che si occupi contemporaneamente del soggetto e dell'oggetto dell'interpretazione.

Dal punto di vista metodologico, la precomprensione critica deriva dalla partecipazione ad un senso comune, diventando il risultato di una catena di interpretazioni precedenti e, formando così, una tradizione comune. Il problema metodologico consiste nell'acquisire tecniche adeguate di controllo razionale della precomprensione utilizzate dall'interprete nell'interagire con il testo, garantendo il dialogo con esso. L'ermeneutica metodologica di Betti è antropocentrica, cioè facoltà umana che produce proprie manifestazioni, mentre quella ontologico- gnoseologica gadameriana è ortocentrica, ossia produttiva di senso in quanto tale²². Betti sottolinea più volte che l'interpretazione degli oggetti, con finalità e metodi diversi, si basa sempre e comunque sull'intendere e non sull'*applicatio*, ossia sull'applicazione del senso compreso indipendentemente dal contesto in cui ciò avviene. Ciò determina il riconoscere un rapporto tra soggetto e oggetto in cui il soggetto si muove nei confronti dell'oggetto per la determinazione di senso; l'interpretazione bettiana tende a far muovere, invece, l'oggetto verso il soggetto rendendolo partecipe della sua soggettività e adattandolo al mutare della società. Soggetto e oggetto sono i due termini di ogni processo conoscitivo, ma caratterizzati da particolari qualifiche; non si tratta di un oggetto qualunque ma di un'oggettivazione dello spirito dove il compito del soggetto consiste nel tornare a conoscere, nel riconoscere in quelle oggettivazioni il pensiero animatore. E' un ricondurre e un ricongiungere quelle forme alle interiorità che le hanno generate e dalle quali si sono staccate; un'interiorizzarle, trasportandone il contenuto in una soggettività diversa da quella loro originaria.

²² Cfr., A. LONGO, *Emilio Betti a confronto con Hans Georg Gadamer*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., pp. 124- 125. L'autore afferma che l'ottica bettiana è vicina al trascendentalismo kantiano mentre quella gadameriana è di ascendenza hegeliana. Ciò spiega perché la questione ermeneutica si ponga nei due autori in modo differente.

3. L'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

Le teorie dell'argomentazione giuridica si sono sviluppate a partire dalla metà degli anni settanta sia nei Paesi anglosassoni che continentali. Si parla di teorie (e non di teoria) perché le varie tesi elaborate sono autonome tra loro, non possono essere ricondotte alla medesima scuola filosofico-giuridica provenendo da esponenti di Paesi diversi, con tradizioni giuridiche e orientamenti filosofici diversi, ma legate tra loro da un minimo comune denominatore: il ragionamento giuridico che risponde a esigenze pratiche²³.

Inoltre, quando parliamo di teoria dell'argomentazione possiamo riferirci a un'espressione in senso lato- ossia l'insieme di tutti gli approcci che analizzano le forme del ragionamento giuridico e indagano le conseguenze teorico- giuridiche del riconoscimento dell'essenza, della rilevanza e della pervasività dei processi argomentativi nel diritto- e in senso ampio- ossia l'insieme delle dottrine per le quali il ragionamento giuridico è un processo giustificativo la cui natura non è né dimostrativa né formalizzabile²⁴.

I presupposti generali su cui si basa la teoria dell'argomentazione sono la concezione della razionalità e del ragionamento pratico; il concetto di razionalità dialettica comprende, a sua volta, una serie di principi fondamentali che, seppur tipici della logica formale non si esauriscono in essa, potendo entrare in competizione tra loro. Questi principi sono degli ideali regolativi che devono essere realizzati nella maggiore misura possibile, non necessariamente in modo integrale. Dal momento che tali principi possono entrare in conflitto tra loro, occorre che sia effettuato un bilanciamento tra gli stessi; anche il concetto di razionalità dialettica risulta essere opera di bilanciamento o di ponderazione dei principi presenti al suo interno. Possiamo avere diverse forme di ragionamento dovute alle diverse forme di razionalità. Quest'ultima può essere: interna, attraverso cui si passa dai principi generali alle conclusioni particolari; esterna, attraverso cui si regolano i discorsi di fondazione di un dato sistema; teorica, ossia un insieme di criteri con cui si giustificano gli enunciati descrittivi che hanno ad oggetto stati di cose; pratica, ossia un insieme di parametri su cui si giustificano i giudizi di valore; tecnica, in riferimento al rapporto tra mezzi e fini; ermeneutica, in riferimento alla capacità di cogliere i significati e di comprendere tutto ciò che accade in società. Proprio per tale motivo ha carattere dialogico e non può essere definita in un testo normativo in modo astratto. Alla base dell'argomentazione giuridica vi sono tesi opposte che sono oggetto di ponderazione; questa operazione richiede il confronto tra i diversi argomenti che, retti da

²³ Questo tipo di ragionamento, proprio perché ispirato da esigenze pratiche e non è razionalmente determinato, non può prevedere e giungere a conclusioni necessarie, ma soltanto plausibili.

²⁴ Cfr., S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino editore, Catanzaro, 2002, pp. 76 e ss.

ragioni opposte, conducono a soluzioni opposte. Dal peso degli argomenti si determina il bilanciamento tra gli stessi e, proprio per questo motivo, in relazione al caso specifico un argomento può essere a volte preponderante e a volte soccombente.

L'argomentazione si caratterizza, quindi, per essere un dialogo tra soggetti, il cui contenuto non può essere tipizzato in un preciso schema astratto- sebbene obbedisca a regole specifiche- e la cui conclusione deve essere accettabile dal punto di vista razionale.

Le teorie elaborate dai principali esponenti, seppur diverse tra loro, convergono circa le concezioni generali della razionalità e del ragionamento pratico, la teoria giuridica e l'ideologia politica. Intorno alla seconda metà del Novecento, in seguito alla diffusione delle teorie dell'argomentazione, si è assistito alla nascita e all'evoluzione di diverse concezioni delle teorie dell'argomentazione. Questa situazione sfociò in un dibattito sul ragionamento giuridico tra concezioni logico- formali e topico e neoretorico; furono messi in discussione i dogmi del positivismo giuridico e soprattutto l'idea della riduzione del ragionamento giuridico a un insieme di sillogismi normativi. E' in questo contesto che autori come C. Perelman²⁵ e T. Viehweg²⁶, riconoscendo l'insufficienza di un tale modello fondato sull'utilizzo della logica classica, avvertirono la necessità di introdurre nuovi strumenti di indagine per l'argomentazione in generale e per quella giuridica, in particolare. L'argomentazione giuridica, a detta loro, non poteva basarsi sul modello sillogistico dal momento che utilizza un linguaggio non formalizzabile, entità linguistiche prescrittive, ha natura pragmatica e le premesse del ragionamento non sono certe, ma probabili.

All'interno di questo dibattito, tra riduzionismo logico e rifiuto aprioristico dell'utilizzo della logica, si sviluppa un nuovo modello di argomentazione giuridica che evidenzia l'insufficienza dei modelli precedenti a descrivere il ragionamento giuridico, in quanto nessuno dei due riesce a spiegare nel complesso i processi coinvolti nell'interpretazione e nell'argomentazione giuridica. Il teorico dell'argomentazione non può prendere come oggetto della sua indagine solo un aspetto del ragionamento giuridico, non deve analizzare solo la struttura, i contenuti e le funzioni degli argomenti utilizzati dai giudici e dai giuristi, ma deve prendere in riferimento la concezione generale del diritto a partire dall'analisi del ragionamento pratico. Ad oggi, però, studiando i contributi più recenti in materia può notarsi come anche loro, abbandonando il progetto di studio della teoria generale del diritto partendo dal ragionamento giuridico, siano caduti in uno studio "settoriale" della materia, soffermandosi su aspetti specifici.

²⁵ Cfr. C PERELMANN, *Logica giuridica nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1976.

²⁶ Cfr., T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1953.

4. NEIL MACCORMICK: L'ARGOMENTAZIONE COME RAGIONAMENTO GIURIDICO

La prospettiva giuridica di MacCormick può essere definita neoistituzionalistica: il diritto è prevalentemente un insieme di fatti istituzionali o di istituzioni. Il fenomeno giuridico non è solo un insieme di norme, anche se queste occupano una posizione centrale nell'ordinamento giuridico, ma anche di <<entità che derivano dalla volontà, dalle convenzioni o dal disegno dell'uomo, distinte dai fatti empirici, dai meri accadimenti naturali²⁷>>. Fonti dell'ordinamento sono le regole, di condotta e di competenza, i principi generali, i valori giuridici²⁸, le elaborazioni dottrinali e i precedenti intesi sia come decisioni giudiziarie sia come le argomentazione che le sorreggono. Una volta posti in essere, i principi si staccano dalle regole influenzando l'intero sistema normativo; dunque, l'ordinamento non può essere solo l'insieme di norme poste dal legislatore, ma l'insieme di diverse elementi che interagiscono tra loro, di processi argomentativi e interpretativi che incidono sui loro contenuti e sulla loro applicazione. L'ordinamento non è un insieme di oggetti fissi e delimitati, ma un insieme di attività argomentative poste da soggetti diversi e con oggetti diversi. Tra le fonti dell'ordinamento bisogna distinguere le norme dai principi: questi ultimi si differenziano dalle prime per loro contenuto più generale- la generalità può essere maggiore o minore a seconda del riferimento a regole specifiche o meno- per la funzione esplicativa e giustificativa- nel senso che avvicinano le norme a scopi o valori generali, ordinando il magma normativo in sistema-. Per fare ciò è necessario che tra i due elementi vi sia uno stretto rapporto di tipo ascrittivo potendo ricavare per induzione²⁹ i principi dalle norme. Norme e principi sono tenuti

²⁷ Cfr., N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, edizione italiana a cura di Vittorio Villa, Giappichelli, Torino, 2001.

²⁸ Cfr. F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, 1990 secondo cui MacCormick elabora una tesi che definisce "della distinzione" tra diritto e morale, ossia una tesi intermedia tra la separazione e la connessione. La tesi della connessione prevede che entrino a far parte del diritto elementi della morale e viceversa; la tesi della separazione che richiama la divisione humeana tra essere e dover essere- prevede che le due entità siano diverse sia sul piano ontologico che epistemologico; la tesi della divisione pur ammettendo diverse interazioni tra le due sfere ritiene che la morale non sia costitutiva del fenomeno giuridico. Questa visione si riflette anche sulla distinzione tra giustificazione giuridica e giustificazione morale: una decisione può essere legalmente giustificata, e quindi, legittima pur essendo moralmente ingiustificata. Secondo MacCormick "il giudice deve fare giustizia secondo il diritto". Cfr. MacCormick, 1994.

²⁹ Il procedimento induttivo è di tipo ascritto e accrescitivo, il cui risultato può essere pre- determinato solo in parte. Infatti, l'autore ha la consapevolezza che il processo di generalizzazione e attrazione dei principi dalle norme non può avvenire in modo meccanico, ma deve tener conto delle valutazioni soggettive di chi compie l'operazione.

insieme, in ordine sistematico, nell'ordinamento dalla norma di riconoscimento³⁰; il sistema giuridico può essere identificato attraverso la norma di riconoscimento sia in modo diretto, in riferimento alle regole, sia in modo indiretto, in riferimento ai principi.

Il concetto di diritto è legato al concetto di ragionamento giuridico³¹: l'uno dipende dall'altro. Il ragionamento giuridico ha come oggetto le pratiche argomentative con cui i giudici giustificano le sentenze. Egli elabora una teoria dell'argomentazione razionale basata sull'utilizzo della ragione senza, per questo, trascurare un'idea moderata di razionalità pratica³². Il procedimento argomentativo non è definito nei contenuti, ma solo nella procedura, nella forma: il requisito che deve possedere è certamente quello della giustizia universale, ossia deve comprendere tutti i casi dello stesso tipo e trattarli in modo analogo, così come differenziare situazioni diverse. Solo in questo modo il ragionamento giuridico è giustificabile. *<<ne le premesse né le conclusioni del ragionamento giuridico devono necessariamente essere universali nel contenuto se si intende con ciò che esse devono contenere principi assoluti e non soggetti a eccezioni. Da questa prospettiva si può concludere che il ragionamento giuridico è universale nella forma, ma generale e quindi soggetto a eccezioni nei contenuti e nella funzione³³>>*. Il ragionamento giuridico avviene sulla base del sillogismo giuridico, ossia parte da premesse assiomatiche comuni a tutti coloro che operano in uno stesso contesto per giungere a conclusioni ricavate deduttivamente dalle premesse precedentemente poste. Il ragionamento non è altro che un procedimento in base al quale il giudice ascrive di significato la disposizione normativa, qualificando i fatti e giungendo a una decisione giustificabile. Se il sillogismo presenta il carattere di irragionevole la decisione sarà arbitraria. *<<Le*

³⁰ La teoria della norma di riferimento è stata elaborata anche da Luigi Ferrajoli. La sua funzione è quella di colmare le "zone di penombra". A tal proposito non si può non richiamare la polemica tra Ronald Dworkin e Herbert Hart; i casi difficili di Dworkin riconoscono il potere discrezionale del giudice, partendo proprio dai principi non ricompresi nelle norme di Hart. Questa visione non può essere ammessa da uno studioso di ermeneutica giuridica dal momento che è ben consapevole del diverso ruolo assunto dal giudice e dal legislatore, in quanto il primo, a differenza del secondo, è soggetto precomprendente dotato di particolare habitus. Inoltre, a tale studioso è ben nota la distinzione tra principi generali e principi fondamentali dell'ordinamento.

³¹ MacCormick è un esponente del normativismo, secondo cui argomentare è sinonimo di giustificare. Questa sua visione lo porta a rifiutare sia la visione giusrealistica, in base al quale i giudici, attraverso l'argomentazione, spiegano in termini psicologici l'iter seguito per giungere a quella data decisione sia la visione retorica, secondo cui il compito dell'argomentazione è quello di trovare delle tecniche in grado non di giustificare, ma di persuadere l'uditorio che deve accettarle.

³² L'idea moderata di ragione pratica elaborata da MacCormick gli fa prendere le distanze sia dall'ultrarazionalismo di Ronald Dworkin, dal momento che ammette una serie di attività pratiche e giuridiche non riconducibili a procedure razionali, sia dall'irrazionalismo di Alf Ross, dal momento che, ammettendo i limiti della ragione pratica, non ne ammette l'inutilità.

³³ Cfr., N. MACCORMICK, *Universalization and Induction in Law. In Reason in Law. Proceedings of the Conference held in Bologna (12- 15 December 1984)*, Eds., C. Faralli- E. Pattaro, Giuffrè, Milano, 1987.

*decisioni basate sul ragionamento devono essere idonee a fare senso nel sistema giuridico di riferimento e nel mondo*³⁴>>, ossia devono essere coerenti e congruenti e devono produrre delle conseguenze accettabili. Se sono soddisfatti questi requisiti il ragionamento è razionale. Tra le diverse soluzioni coerenti e congruenti verrà scelta quella preferibile alla luce dei valori giuridici fondamentali³⁵. Il modello di ragionamento elaborato dall'autore scozzese è consequenzialistico in quanto la scelta del metodo non dipende dal risultato che si vuole ottenere; egli definisce la struttura argomentativa che il ragionamento del giudice deve seguire per giungere a soluzioni giustificate. Solo se si segue tale procedura il risultato è giustificabile.

L'argomentazione giuridica non consiste esclusivamente in atti di conoscenza delle regole poste dal legislatore, ma anche di processi attraverso i quali i contenuti delle stesse vengono fissati. Ciò costituisce uno strumento per limitare l'attività di interpretazione creativa e non sfuggire al controllo razionale delle norme. L'ordinamento non è un insieme di regole, ma un prodotto dell'argomentazione giuridica.

5. ROBERT ALEXY: L'ARGOMENTAZIONE COME GIUSTIFICAZIONE

Per Alexy il fenomeno giuridico è un sistema di norme e principi, che hanno la pretesa di essere giusti e socialmente efficaci, e di decisioni identificabili nei contenuti, nella forma e nei rapporti reciproci indipendentemente dai processi argomentativi. Il diritto è un insieme di norme- ossia di enunciati prodotti dall'autorità o comunque ricavati da altre disposizioni³⁶-, di argomentazioni normative e di procedure applicative³⁷, caratterizzato da una posizione ideale accanto a quella reale. L'ordinamento giuridico è formato da norme, principi e procedure per applicare e giustificare le regole e i principi del diritto, ossia atti di volontà e procedure razionali.

L'autore elabora la teoria del discorso il cui oggetto è la sfera pratica del linguaggio normativo, ossia i comandi, le prescrizioni, le norme, i giudizi di valore e le decisioni. Parte centrale della sua teoria è lo studio dell'argomentazione pratica intesa come giustificazione- la giustificazione pratica-

³⁴ Cfr., N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit.

³⁵ Cfr., N. MACCORMICK, *On the Legal Decision and Their Consequences: from Dewey to Dworkin*, New York University Law Review, 1983.

³⁶ Anche in Alexy, così come in MacCormick c'è il riferimento all'attività interpretativa.

³⁷ L'autore fa riferimento a tutti i discorsi in cui le norme sono oggetto di interpretazione, giustificazione, ricostruzione e ponderazione. Per fare ciò, egli ricorre ad un concetto ampio di argomentazione comprendente le giustificazioni, la dogmatica, i precedenti e le interpretazioni giuridiche.

attraverso cui giustificare gli asserti normativi all'interno di una situazione linguistica ideale. Questa situazione prevede l'insieme delle condizioni ideali di una comunicazione al fine di raggiungere un accordo: sono giustificati quegli accordi che ottengono il consenso o l'approvazione di tutti i partecipanti al dialogo rispettando le regole del discorso stabilite. Al centro del discorso pratico in generale c'è un sistema di regole e di forme di argomento caratteristiche dell'argomentazione giuridica. L'osservanza di questo sistema garantisce che l'argomentazione sia razionale e pertanto che le conclusioni siano fondate o giustificate. Le regole fondamentali, a loro volta, sono racchiuse in cinque gruppi³⁸: le regole fondamentali, di ragione, sull'onere dell'argomentazione, di giustificazione e di transizione. A questi cinque gruppi se ne aggiunge un sesto per le forme degli argomenti pratici razionali. Ciascun gruppo svolge una funzione specifica nella giustificazione.

Lo scopo delle regole fondamentali è quello di definire le condizioni minime o possibili di una comunicazione verbale tra più soggetti; in mancanza di tali norme non si avrà una comunicazione effettiva. Le regole di ragione fissano le condizioni della massima razionalità dell'argomentazione al fine di assicurare la situazione discorsiva ideale e prescrivono l'obbligo di giustificazione delle affermazioni plausibili per il rifiuto di offrire una giustificazione delle asserzioni. Le regole che riguardano l'onere dell'argomentazione determinano la struttura del discorso e fissano, appunto, gli oneri di argomentazione a carico dei partecipanti al discorso. Le regole di giustificazione prescrivono il rispetto del principio di realizzabilità e di universalizzabilità. Le regole di transizione permettono di passare, all'interno del discorso, a argomentazioni differenti. Le forme di argomento indicano le strutture fondamentali delle giustificazioni per argomentazioni complesse. Le regole del discorso, così come le giustificazioni, possono essere empiriche, tecniche, definitorie o pragmatico-trascentuali però ognuna di queste forme presenta i caratteri della vaghezza, dell'arbitrarietà e applicabilità in ambiti ristretti. Le regole non rispondono a esigenze esclusivamente razionali, ma si basano sull'accettazione di presupposti che non per forza sono razionali. Esse non sono giustificate per tutti gli uomini, in quanto esseri razionali, ma solamente per coloro che riconoscono l'effettiva esistenza di un generalizzato interesse alla correttezza; soddisfino un interesse; accettino il principio di massimizzazione dell'utilità individuale come criterio regolato delle condotte. Il processo argomentativo risulta essere, per l'autore, indeterminato a causa della presenza di diversi fattori dovuti alla modalità in cui è stata elaborata la procedura giustificativa, quali ad esempio la situazione storica e la realtà effettiva degli individui che partecipano alla discussione, le convinzioni

³⁸ Queste regole sono come specificazioni dei principi generali di non contraddizione, di efficienza, di falsificabilità, di congruenza, di generalizzabilità e di sincerità.

dei partecipanti e le conclusioni del discorso³⁹. Le caratteristiche tipiche del discorso pratico possono essere applicate al discorso giuridico, quest'ultimo è in grado di superare i limiti del primo; per fare ciò è necessario che nell'ordinamento giuridico sia prevista l'introduzione di una procedura istituzionalizzata volta alla produzione delle norme giuridiche. L'utilizzo dei presupposti della teoria del discorso pratico permette la giustificazione del discorso giuridico: *<<le norme come gli argomenti non sono precostituiti, ma di adattano nel corso della controversia in relazione alle modalità e alle circostanze in cui hanno luogo. L'ordinamento, dunque, non è un ordine coercitivo stabilito ex ante dall'autorità, ma uno spazio pubblico nel quale ha luogo un confronto tra argomenti orientato alla ricerca di un consenso ragionevole⁴⁰>>*.

Alexy, inoltre, non ammette la separazione tra diritto e morale, anzi ammette la connessione- che può avvenire in forme e per gradi diversi- tra il diritto, sia le singole norme sia il complessivo ordinamento, e alcuni elementi della morale. Questa connessione è utile per *<<razionalizzare il fenomeno giuridico e per sottrarre parte di esso dalla disponibilità dell'autorità. L'ordinamento, così inteso, non è autosufficiente, ma aperto al mondo esterno delle ragioni non giuridiche, ossia etiche, politiche e morali⁴¹>>*.

6. RAPPORTO TRA INTERPRETAZIONE E ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

Il rapporto tra interpretazione e argomentazione dipende dall'utilizzo di un'accezione ampia o specifica dei due termini. Secondo una visione specifica interpretare significa attribuire senso e significato a un testo o a un comportamento mentre argomentare significa giustificare, cioè prestare ragioni a favore di una determinata scelta o decisione. Secondo una visione ampia i due termini vengono a coincidere dal momento che vengono utilizzati per indicare la complessiva attività di ragionamento che hanno ad oggetto le norme. Le norme, per i teorici dell'argomentazione, sono disposizioni prescrittive non prodotte dal legislatore, ma risultato dell'attività di interpretazione. Sulla base di questa affermazione fondano la convinzione della centralità delle pratiche

³⁹ Alexy, nell'elaborazione della propria teoria, effettua una distinzione tra giustificazioni e decisioni. La teoria della giustificazione precisa come una discussione deve avvenire; la teoria delle decisioni prescrive qual è la strategia migliore per giungere a una conclusione della questione. Mentre nelle decisioni la componente necessaria è la determinazione dell'esito, nella teoria della giustificazione ciò che conta non è il risultato, ma la modalità della procedura.

⁴⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1978.

⁴¹ Cfr., R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1992.

argomentative nel diritto. La concezione semantica della norma costituisce un presupposto per considerare il diritto come attività e non come comando. Anche Giovanni Tarello⁴² è a favore di una nozione semantica della norma; egli distingue tra enunciati precettivi e norme. Gli enunciati precettivi sono <<*espressioni in lingua caratterizzate da una formula grammatica compiuta*>> idonei a esprimere precetti; la norma è <<*un enunciato interpretato come esprimente una proposizione*>> precettiva o precetto. La norma, quindi, precede e non segue l'interpretazione, ossia quell'attività logico- argomentativa attraverso cui si attribuisce un significato e si ricava un precetto.

L'argomentazione giuridica differisce dal metodo giuridico, in quanto la prima attiene al discorso giustificativo dei giudici, ossia delle ragioni che fondano le motivazioni delle decisioni, mentre il secondo attiene a una serie di operazioni, non necessariamente argomentative, poste in essere dai giuristi. Il concetto di argomentazione è legato a quello di decisione: <<*il diritto può essere concepito come una impresa diretta alla risoluzione (o al trattamento) di un certo tipo di problemi mediante la presa di decisioni attraverso mezzi argomentativi*⁴³>>. L'argomentazione prevede uno stretto rapporto con il linguaggio; quest'ultimo non è solo un mezzo per comunicare un'argomentazione, ma argomentare significa dare una certa forma al linguaggio esprimendo delle ragioni a favore o contro una determinata tesi. Il termine argomentare può riferirsi tanto al processo dell'attività di argomentare quanto al prodotto o al risultato dell'operazione. La prima accezione presuppone sempre la presenza di un problema e di una soluzione allo stesso; la seconda accezione prevede la presenza di tre enunciati ossia la premessa da cui si parte, le conclusioni cui si giunge e l'inferenza cioè la relazione che si crea tra premessa e conclusione.

L'interpretazione giuridica è, invece, <<*un procedimento, indagato, ricostruttivo, argomentato, in grado di spiegare una decisione diversa da quella politica e/o autoritaria e arbitraria*⁴⁴>>.

Comprendere il senso del diritto, la struttura del linguaggio e le modalità di comunicazione giuridica è essenziale per riuscire a governare le finalità; tutto ciò si compie attraverso attività interpretative. Il diritto stesso è una pratica interpretativa. L'argomentazione ha la funzione della giustificazione; per giustificare bisogna argomentare, cioè avanzare ragioni. Per giustificare un'azione concreta (cioè riguardante un caso determinato) si deve stabilire una regola che guidi la soluzione della questione sollevata dal caso specifico. In dottrina ci si è posti l'interrogativo se il

⁴² Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

⁴³ Cfr., M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 55.

⁴⁴ Cfr., F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 32.

discorso giuridico sia essenzialmente un discorso interpretativo o un discorso argomentato. A tale quesito non può essere data una risposta che separi questi due aspetti del discorso giuridico. Secondo la distinzione tradizionale, infatti, tra interpretazione e applicazione del diritto, nella prima fase, prevarrebbe il momento interpretativo della ricerca del significato mentre nella seconda fase prevarrebbe quello argomentato della deduzione della soluzione dal caso concreto. Tuttavia, questo modello è apparso abbastanza semplicistico sia perché l'interpretazione è il risultato di argomentazioni sia perché nell'argomentazione applicativa si prolunga l'attività interpretativa. In realtà non è possibile interpretare senza nel contempo argomentare e non è possibile argomentare senza interpretare⁴⁵. L'interpretazione è spesso il risultato dell'argomentazione, che trae le sue risorse dal testo e dal complessivo materiale giuridico. La correttezza o meno di un'interpretazione rispetto a un'altra viene mostrata e difesa argomentando. In un certo senso, dunque, si può affermare che interpretare e argomentare fanno parte di un'unica solidale impresa che è quella di guidare le azioni umane.

La teoria ermeneutica si pone come una teoria dell'interpretazione giuridica e non della legge, dal momento che prescinde le regole previste dai singoli ordinamenti, il cui oggetto è la complessiva attività umana- ossia il rapporto tra il soggetto giudicante e l'oggetto giudicato- e non il singolo documento/monumento normativo. Il riconoscimento del ruolo dei principi fondamentali fa sì che essi si pongano come punto di incontro tra le teorie produttivistiche del diritto (per cui la giuridicità è racchiusa nella vicenda creativa della norma) e l'ermeneutica giuridica (per cui la giuridicità è in continuo evolversi per regolare i rapporti tra gli uomini nei continui e costanti rapporti tra fatti, norme, attività giuridica e decisioni).

Oggetto di valutazione è il procedimento che ha condotto alla decisione, ossia del percorso che tiene conto non solo del momento soggettivo, risolutorio e definitorio del caso concreto, ma anche del momento applicativo da cui l'interpretazione giuridica non può prescindere. La metodologia ermeneutica è in grado di risolvere il problema tra interpretazione e applicazione del diritto, tra soggetto interpretante e oggetto interpretato riconoscendo uguale ruolo al giudice e al legislatore nella produzione del diritto, i quali *<<collaborano attraverso distinte attività (legislativo e ermeneutico- applicativa) che convergono nel risultato finale⁴⁶>>* .

⁴⁵ Dal fatto che i sistemi giuridici siano in buona parte diversi per il loro contenuto normativo non discende solamente dal fatto che i metodi dell'interpretazione, dell'argomentazione e del ragionamento differiscono. Ad esempio, in tutti i sistemi giuridici esiste un canone implicito di giustificazione giuridica che stabilisce che tutte le azioni giuridiche siano sottoposte alle regole che i casi identici debbano essere trattati in modo identico e che le differenze di trattamento devono essere specificate in funzione delle differenze dei fattori corrispondenti in una data situazione.

⁴⁶ Cfr., F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 2009.

Nell'attività di creazione del diritto, come delineata dalla metodologia ermeneutica, è possibile rinvenire un punto di incontro tra i sistemi di *civil law* e di *common law*. Ciò che rileva è il rapporto tra conoscenza e volontà, tra interpretazione e applicazione. L'ermeneutica giuridica, a differenza delle teorie dell'argomentazione giuridica, riesce a superare il problema dell'*ajudication* dal momento che è in grado di giustificare una decisione giuridica, presa anche a prescindere da una premessa normativa, prevedendo delle forme di controllo- ossia i canoni ermeneutici- che permettono di sconfinare nell'arbitrio di una decisione politica. E' sulla base di ciò che si afferma che l'ermeneutica giuridica si pone come teoria per l'interpretazione giuridica decisionale e come filosofia valevole per tutti i campi del sapere; come una teoria fondata sull'interpretazione del diritto e non sulla produzione della legge. Il punto di unione tra i sistemi di *civil law* e di *common law* è rappresentato dalla considerazione "forte" principi giuridici⁴⁷ non chiusi all'interno di singoli ordinamenti giuridici e in singole epoche storiche. I principi sono <<*diritto deterritorializzato*⁴⁸>>, conferiscono legittimazione giuridica agli organismi sovranazionali e, grazie al loro mutare in base alle situazioni storiche, permettono e garantiscono la convivenza tra gli uomini al di là del dettato normativo di ciascun ordinamento nazionale.

7. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Il dibattito sui diritti fondamentali ha da qualche tempo cessato di essere una discussione all'interno dei confini dei rispettivi sistemi giuridici nazionali. Esso è diventato una discussione globale che connette i differenti sistemi giuridici e apre la possibilità di creare una base per un diritto che <<abbracci il mondo intero>>. Quando parliamo di diritti fondamentali ci riferiamo, essenzialmente, ai diritti spettanti alla persona in quanto tale, ai diritti esistenziali, di cui la persona

⁴⁷ Cfr., G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010. Anche i teorici dell'argomentazione riconoscono una considerazione "forte" dei principi giuridici, con la differenza che coloro fanno riferimento ai principi generali derivati argomentativamente da norme ordinamenti e trasformati in premesse logiche derivate dalla premessa normativa, ma mai preesistenti alla stessa. Questi ultimi, ossia i principi fondamentali, prescindono del tutto dalle norme dell'ordinamento giuridico, non si ricavano dalle stesse, ma si affiancano a esse.

⁴⁸ Cfr., V. FROSINI, *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1992.

è titolare per il solo fatto di esistere a prescindere dal contesto storico- sociale in cui è inserita⁴⁹. Tale contesto risulta essere decisivo solo ai fini della determinazione del contenuto e della portata di tali diritti. Il contenuto dei diritti fondamentali «esistenziali» rispecchia le esigenze, i bisogni e gli interessi della persona all'interno della società, secondo il tipo e lo stile di vita della comunità stessa: tali diritti rispecchiano le esigenze di vita dei consociati, i valori presenti nella società all'interno della quale effettivamente vivono e svolgono la loro esistenza. L'enunciazione di tali diritti all'interno dell'ordinamento ha natura dichiarativa e non costitutiva, nel senso che, una volta posti in essere e enunciati, spetta alle autorità competenti vigilare sull'esatta osservanza, sull'effettiva applicazione e, in caso contrario, provvedere a sanzionare qualsiasi comportamento lesivo. All'interno della società vi deve essere in primo luogo il riconoscimento di tali diritti che fondano l'ordinamento giuridico e, successivamente, si devono stabilire la misura e i limiti della

⁴⁹ Cfr., P. PIRRONE, *Diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, in AA. VV. *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 3 e ss.

I diritti posti a tutela dell'individuo in quanto tal vengono usualmente definiti "diritti fondamentali", se sanciti dall'ordinamento giuridico statale, spesso a livello costituzionale, ovvero "diritti umani" se garantiti dall'ordinamento internazionale, mediante convenzioni o talvolta mediante norme consuetudinarie. Ai diritti umani viene normalmente riconosciuto il carattere dell'universalità. In un'ottica giusnaturalistica, ciò implica che tali diritti siano connaturati all'individuo in quanto tale e, dunque, debbano essere riconosciuti a tutti gli individui, da tutti gli ordinamenti giuridici. In un'ottica positivista, ciò si traduce in due modi di intendere l'universalità dei diritti. In primo luogo, essi vengono considerati "universali", ma forse sarebbe più corretto definirli "generalisti" in quanto sarebbero espressione di valori giuridici condivisi da tutti gli Stati e dunque da tutti gli ordinamenti statali. Ci sarebbe, cioè, un nucleo di diritti fondamentali condivisi dai vari ordinamenti, una sorta di minimo comune denominatore in materia di diritti da riconoscere all'individuo in quanto tale, che secondo taluni avrebbero oramai assunto la natura di diritti "fondanti" dell'ordinamento internazionale. Molti diritti sanciti dalle norme consuetudinarie, molti dei diritti sanciti dalle convenzioni internazionali non possono essere considerati realmente universali. Un sufficiente grado di condivisione sull'esistenza di dati diritti umani e sul loro contenuto non si riscontra a livello universale, ma esclusivamente tra gruppi di Stati tra loro omogenei. A dispetto dell'universalismo si rivela in concreto una sorta di relativismo dei diritti umani. Il sistema di tutela dei diritti dell'uomo presentano un certo grado di flessibilità. Solo alcuni diritti umani sono considerati inderogabili, altri tollerano limitazioni o deroghe. Come dimostra la Corte europea dei diritti dell'uomo è possibile operare un bilanciamento tra i diritti che, in un'ipotesi specifica, possono trovarsi in conflitto tra loro, nonché tra diritti e interessi generali della comunità statale.

La nozione di diritti umani soggettivi, ripresa dalla teologia francescana, viene universalizzata dagli autori della Seconda scolastica. Nel XVI secolo la conquista dell'America pone il problema della schiavitù. In questa situazione contro gli autori che ne avevano fornito una giustificazione a partire dall'idea che la libertà è un diritto naturale e in quanto tale trasferibile, Francisco de Vitoria sostiene che la libertà non è una proprietà alienabile da parte del soggetto, ma è data dalle leggi di Dio, e può essere ceduta solo per salvare la vita. Nell'ambito dello *ius gentium*, de Vitoria propone la prima esplicita universalizzazione dei diritti soggettivi. Nelle sue *Relectiones de Indis* Vitoria elenca una serie di diritti soggettivi goduti da tutti gli individui: lo *ius communicationis*, lo *ius peregrinandi et degendi*, lo *ius migrandi*, lo *ius praedicandi et annuntiandi Evangelium*. Tali diritti sono goduti <<ex iure gentium, quod bel est ius naturale vel derivatur ex ieri naturali>>. Ma è precisamente attraverso l'estensione di questi diritti a tutti gli individui umani che Vitoria legittima la conquista spagnola dell'America e l'imposizione manu militari del Cristianesimo. In altri termini, laddove Vitoria difende i diritti degli indios, o comunque cerca di limitare gli effetti più violenti della conquista, si allontana dalla teoria individualistica dei diritti naturali e fa riferimento alla legge divina. Laddove è compiutamente individualistica ed introduce l'universalizzazione a tutti gli uomini dei diritti soggettivi di natura, lo fa per legittimare la conquista.

tutela giuridica da accordare. La tutela dei diritti fondamentali deve essere garantita al di là del fatto di essere racchiusi in norme dell'ordinamento giuridico⁵⁰. Essi, infatti, sono diritti inviolabili riconosciuti come tali in una visione dinamica e dialettica⁵¹, in continua evoluzione, in *<<continuo riadattamento e progressiva rideterminazione e fissazione di corrispondenze dall'emergere di nuove e ulteriori esigenze reali della vita associata siccome coesenziali e connesse al pieno e integrale sviluppo della persona umana^{52>>}*. Nella tutela dei diritti fondamentali un importante ruolo è svolto dall'interprete⁵³ nella sua attività ermeneutica e dagli organi giurisdizionali interni ed internazionali deputati a ciò, ossia la nostra Corte Costituzionale, la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo. A livello nazionale e/o internazionale dal catalogo dei diritti fondamentali emerge come alcuni hanno ad oggetto valori che devono informare l'attività giudiziale e che devono essere tutelati nell'applicazione del diritto⁵⁴.

⁵⁰ Negli ultimi vent'anni la discussione sui diritti fondamentali ha coinvolto non solo le fonti del diritto, ma anche la teoria dell'interpretazione costituzionale prestando attenzione ai principi costituzionali, all'attività ermeneutica della Corte Costituzionale, alla distinzione tra regole e principi, alle tecniche argomentate utilizzate. Il contesto in cui avviene questo dibattito è un contesto de-statalizzato, il cui punto di riferimento normativo non è più la singola norma di legge presente in un determinato ordinamento; il diritto non è più racchiuso all'interno della legge, ma è composto da principi applicabili caso per caso al fine di offrire il più alto grado di tutela possibile. La Costituzione non è intesa solo come catalogo di norme aventi ad oggetto lo studio delle fonti del diritto, l'organizzazione dello Stato e i diritti fondamentali, ma come disciplina che ha come oggetto i principi dell'intero ordinamento giuridico. La Costituzione si presenta come un insieme di principi fondamentali non scindibili in dogmi, originati da valori etici, politici tipici di ciascuna comunità. Il diritto costituzionale non consiste nella semplice disciplina nazionale, ma si presenta come attività giuridica dinamica, aperta a altri contesti, comunitari ed internazionali, facendo avvertire sempre più l'esigenza di ricorrere alla comparazione giuridica. Questo passaggio segna il punto di rottura tra le teorie logico analitiche e dell'argomentazione giuridica e la metodologia ermeneutica, rottura che si avverte, in modo particolare, nell'interpretazione costituzionale, nel rapporto tra norme e valori, tra norme e principi. La metodologia ermeneutica, nell'interpretazione della Costituzione, prevede che oggetto di indagine non siano solo le norme ma soprattutto i principi.

⁵¹ L'interpretazione giuridica permette al testo di assumere significati differenti in quanto basata su valutazioni diverse che seguono le dinamiche storiche, sociali e culturali, le quali garantiscono il pluralismo giuridico e il lento abbandono della logica deduttiva. Compito del giurista è quello di ricercare in maniera dialettica i valori costituzionali che, pur mutando, costituiscono la guida del suo operare anche se non presenti nel testo in maniera immutabile.

⁵² Cfr., V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista in Italia e nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto civile* 2/2010, p. 148.

⁵³ Nell'attività interpretativa non c'è solo l'oggettività del testo da considerare, ma anche la soggettività dell'interprete. Nel giudizio interpretativo componenti fondamentali e inalienabili sono la precompressione critica e la circolarità ermeneutica, ossia l'*habitus* del soggetto interpretante che è parte del giudizio interpretativo, e la circolarità ermeneutica, ossia il rapporto reciproco tra testo e contesto sociale, tra soggetto e oggetto dell'interpretazione.

⁵⁴ Nella Costituzione italiana, i diritti fondamentali che attengono all'applicazione giudiziale sono racchiusi negli articoli 3, 24, 25, 27, 101, 110, 111 e 112. Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo negli articoli 6 e 7 e nell'articolo 2, comma 2, Protocollo n. 11. Nella Carta dei diritti dell'Unione Europea negli articoli 47, 48, 49 e 50.

L'attività dell'interprete non si esaurisce nel semplice riconoscimento di norme già presenti nell'ordinamento⁵⁵; il suo compito va al di là, spingendosi fino alla creazione normativa⁵⁶, cioè a creare norme da ricavare deduttivamente dai bisogni nuovi e mutevoli della società, ricavando spesso norme da principi non scritti⁵⁷. E' proprio sui principi che la sua attività si sostanzia in attività di bilanciamento, non essendo posti tra loro in ordine gerarchico, tra i diritti e gli interessi generali al fine di contemperare le diverse esigenze trovando un punto di equilibrio che garantisca un giusto livello di tutela dei diritti e degli interessi in gioco. Spetta all'interprete la scelta del rimedio che dia una maggiore protezione possibile.

8. L'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE IN ITALIA TRA ERMENEUTICA E ARGOMENTAZIONE: PRINCIPI GENERALI E PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO

La dottrina italiana fino al XX secolo interpretava la Costituzione come un qualsiasi testo normativo: ciò era espressione dell'orientamento dominante, ossia del positivismo giuridico. In base a tale visione il legislatore aveva il monopolio della produzione normativa che si esplicava secondo la concezione imperativistica del diritto. Tutto il diritto era racchiuso nella norma, di conseguenza conoscerla equivaleva a conoscere l'intero ordinamento giuridico; colui che interpretava e applicava il diritto, di fronte al caso concreto, non poteva fare altro che limitarsi a quanto già previsto dal legislatore attraverso la norma giuridica. Verso la metà del XX secolo questa visione cede il posto a altre correnti di pensiero che, unitamente al fenomeno della globalizzazione, minano alla base il sistema del positivismo, sostituendo al sillogismo giuridico il caso concreto. La scienza giuridica

⁵⁵ Il giurista non deve limitarsi al ruolo esegetico dei testi normativi, ma nel suo operare deve fare riferimento ai valori, al patrimonio culturale e giuridico della sua comunità; non deve limitarsi all'applicazione meccanica dei testi di legge, ma interrogarsi sulle ragioni, sulle motivazioni che ispirano le norme presenti in un ordinamento, senza, per questo, isolare il dato testuale dal contesto sociale in cui è inserito.

⁵⁶ Per la teoria ermeneutica il testo non è un oggetto stato, ma dinamico che ha bisogno dell'attività interpretativa per non restare progetto incompiuto.

⁵⁷ All'interno dei testi normativi, i principi possono essere formulati esplicitamente, implicitamente oppure dedotti da altre fonti tra cui quelle internazionali e comunitarie, quali la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.; la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo. I principi formulati espressamente non pongono grossi problemi a differenza dei secondi che devono essere ricavati in via interpretativa e argomentativa, da norme già presenti nel documento normativo: possono essere ricavati dal basso verso l'alto (si parte dalla norma e si cerca il principio) o dall'alto verso il basso (si parte da principi generici e si arriva a principi più specifici). I principi mutano nel tempo in relazione alla società, all'opinione pubblica e quindi sono soggetti al fattore diacronico e diatopico.

italiana si apre, così, al dibattito sulla differenza tra principi e norme⁵⁸: il positivismo giuridico risulta essere una teoria non propriamente adeguata a risolvere il problema, giungendo alla conclusione che i principi e le norme non sono entità diverse, ma appartengono allo stesso *genus*, perciò ad essi è possibile adattare gli strumenti giuspositivisti⁵⁹. Il Neocostituzionalismo si propone come teoria concorrente con il Positivismo giuridico: per i primi la Costituzione non è solo un catalogo positivizzato di diritti, ma contiene principi e regole e si caratterizza per la peculiarità inerenti sia l'attività di interpretazione sia l'attività di applicazione rispetto a quelle previste per la legge. I diritti che oggi riconosciamo come fondamentali si svolgevano principalmente nell'ambito legislativo, che concedeva facoltà all'individuo nei confronti dello Stato. Se il legislatore decideva di derogare a uno di tali diritti l'individuo cessava di essere titolare di tali diritti. In concreto non esistevano diritti di fronte all'azione del potere legislativo. Era impossibile garantire dei diritti che frenassero l'azione del potere legislativo. I diritti che si oppongono al legislatore, sino al punto di avere un rimedio giurisdizionale, sono quelli che dogmaticamente chiamiamo diritti fondamentali; a tali diritti si riconosce un contenuto normativo minimo anche in assenza di una legge specifica.

I diritti fondamentali sorsero come una specie del genere "diritto soggettivo" per designare una serie di facoltà proprie dell'individuo, che non potevano essere eliminate neanche dal legislatore.

Betti ha dedicato parte della sua teoria agli studi in tema di diritto costituzionale, studi che analizzano non solo l'aspetto formale (la scrittura della Costituzione) e materiale (l'individuazione dei principi), ma anche il ruolo dei canoni interpretativi e dei giudici. L'importanza del testo costituzionale non è data solo e unicamente dalla sua posizione gerarchica, ma dai valori che essa racchiude e su cui si fonda l'intera società, valori che non si ricavano dalle norme giuridiche, ma sono contenuti nei principi fondamentali. E' per questo motivo che il fatto costituzionale non può essere chiuso nella norma giuridica, ma ha una propria specificità in quanto contiene valori etico-politici, nonché giuridici, intesi come principi fondamentali che, per loro natura, non possono essere

⁵⁸ Il rapporto tra principi e norme non può non richiamare la differenza tra metodologia ermeneutica e le teorie dell'argomentazione giuridica: l'ermeneutica giuridica fa riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, principi che fondano l'ordinamento, non ricavandosi da esso attraverso l'attività di generalizzazione e astrazione che permettono all'interprete di porre in essere l'eterointegrazione ordinamentale favorendo il dialogo tra l'ordinamento interno di uno Stato e altri sistemi giuridici, altri ordinamenti alla luce di un'integrazione tra i diversi ordinamenti. Le teorie dell'argomentazione giuridica, invece, rimangono legate a una dimensione politica della norma, ricavando i principi dalle norme, basandosi su un ragionamento politico- sociale secondo una visione di autointegrazione ordinamentale. Cfr. F. PETRILLO, *Giuliano Crifò. La "notazione" scientifica su Emilio Betti per l'ermeneutica giuridica contemporanea*, in AA.VV., *Scritti per la costruzione del Dipartimento giuridico dell'Università del Molise*, AGR editrice, 2012.

⁵⁹ Cfr., G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 2009.

interpretati e modificati secondo le regole proprie delle norme giuridiche. L'interpretazione della Costituzione non si avvale solo dell'approccio conoscitivo, ma anche e soprattutto di quello volitivo. Ciò implica una visione diacronica, diatopica e assiologica del diritto⁶⁰, che non si nega di fronte al tempo, ma si relaziona con esso poiché lo scopo della Costituzione è di regolare la vita all'interno della società e non di provvedere all'organizzazione dello Stato. Tutto ciò è quanto mai attuale alla luce della globalizzazione economico- mondiale dove i concetti di singolo Stato e di ordinamento interno perdono sempre più forza lasciando spazio a una concezione unitaria di Stati, a una concezione di ordinamento internazionale. Non può essere data una definizione di Costituzione valida per tutti i tempi e per tutti i Paesi, in quanto essa è parte dell'ordinamento giuridico, di conseguenza oggetto di studio saranno le norme e i principi in essa contenuti, considerando la diversità dei contesti umani e sociali in cui essa è inserita. Tutto ciò porta a dare un maggior peso e una maggiore attenzione ai valori racchiusi nelle norme costituzionali, anziché fermarsi a una valutazione di validità e conformità del testo normativo. Bisognerà comprendere, quindi, gli orientamenti culturali, i contesti storico culturali; l'obiettivo è realizzabile solo se i cittadini riconoscono come propri i principi in essa contenuti, in quanto la funzione del diritto non termina nel momento in cui una norma è posta in essere, ma si estende anche al momento della sua comprensione e a quello della sua applicazione. E' proprio in questo contesto che si avverte l'importanza dello studio dei canoni ermeneutici, utilizzati dal giurista per realizzare l'esigenza fondamentale dell'integrazione degli ordinamenti giuridici: i canoni ermeneutici non sono precetti, ma strumenti per individuare le regole del caso singolo per poi giungere alla massima di decisione. L'interpretazione della Costituzione non può essere equiparata all'interpretazione di un qualunque documento normativo a causa della sua specificità riferita sia al soggetto interpretante, ossia la Corte Costituzionale quale unico organo precomprendente delle questioni costituzionali, sia all'oggetto interpretato, in quanto il testo costituzionale non è formato unicamente da norme, ma

⁶⁰ Cfr., A.A. CERVATI, *L'insegnamento di Emilio Betti e lo studio del diritto costituzionale*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, cit., p. 148.

anche da principi⁶¹ e valori. Che principi e valori siano strettamente connessi⁶² è evidente per due ragioni: da un lato, si può parlare di collisione e di bilanciamento tra principi, dall'altro alla realizzazione graduale dei principi corrisponde la realizzazione graduale dei valori. L'unica differenza tra principi e valori sta nel loro carattere, da un lato deontico, ossia del dover essere, e dall'altro assiologico, l'ambito del bene⁶³. Utilizzare i canoni ermeneutici nell'interpretazione costituzionale, quindi, significa non solo riconoscere al giudice precomprendente, ossia la Corte Costituzionale, la possibilità di giudicare gli interessi in concreto tra i soggetti, ma anche la possibilità di controllare e valutare in concreto il giudizio della Corte Costituzionale. La Costituzione non è un insieme di norme e principi immutabili nel tempo, ma una realtà vivente i cui valori dipendono da orientamenti assiologici e politici che rispondono alle esigenze della società e che mutano con essa nel corso del tempo.

Secondo Maccormick, invece, i principi e i valori sono due entità differenti: i principi sono fonti del diritto (che si differenziano dalle norme), hanno contenuto più generale con funzione esplicativa e giustificativa delle norme. L'autore fa riferimento ai principi generali dell'ordinamento, ossia quei principi che si ricavano dalle norme giuridiche attraverso un processo di induzione, non di tipo meccanico, ma che lascia spazio alle valutazioni soggettive di chi compie il giudizio di astrazione e

⁶¹ Risulta utile, a tal proposito, ricordare la differenza tra parametro e principio: mentre il parametro è criterio di giudizio necessario a risolvere la questione di legittimità, i principi sono frutto dell'elaborazione giurisprudenziale. In relazione al momento costitutivo del parametro si deve far riferimento a due teorie. La teoria dei valori, secondo la quale il giudice costituzionale deve applicare i valori della Costituzione di volta in volta ricavati dal sistema; il parametro, quindi, è sempre costruito e ci si può ricorrere con l'utilizzo delle tecniche interpretative. Secondo l'altra teoria, che dà maggiore importanza al testo scritto, i parametri sono quelli già presenti nel testo scritto, di conseguenza l'attività dell'interprete è puramente ricognitiva, i parametri devono essere individuati dal giudice, senza poterli costruire. Cfr. A. MASARACCHIA, *La costruzione e l'impiego dei parametri non scritti nella giurisprudenza delle Corti Supreme nordamericane, della Corte di Giustizia delle Comunità europee e della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.

⁶² Interessante sul tema è il dibattito tra R. Alexy e J. Habermas: mentre il primo sostiene la correlazione tra principi e valori e la necessità del bilanciamento, il secondo nega tale affinità ribadendo la loro distinzione, negando la razionalità e la utilizzabilità della ponderazione. Secondo Habermas le norme e i valori differiscono sotto quattro aspetti: 1) agire deontologico o teologico: mentre le norme valide obbligano i loro destinatari, senza eccezioni, i valori vanno intesi come preferenze condivise. 2) per la presa di validità: i principi, in quanto norme sono <<buoni>> per tutti, ossia sono universalmente vincolanti, i valori stabiliscono delle relazioni di preferenza, ossia ci dicono che certi beni sono più attraenti di altri. 3) per l'obbligatorietà assoluta o relativa: le norme stabiliscono ciò che è doveroso fare, mentre i valori fissano ciò che è raccomandabile all'interno di specifici orientamenti culturali. 4) per i diversi criteri di consistenza cui deve soddisfare un sistema di norme rispetto a uno di valori: le norme non possono mai contraddirsi tra loro, i valori lottano per la prevalenza e generano configurazioni flessibili. Considerare i principi come norme o come valori ha conseguenze diverse sia per l'interpretazione che per l'applicazione del diritto, di conseguenza le visioni dei due autori si pongono come alternative esclusive. Cfr. G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, n. 10/2005.

⁶³ Cfr., R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 162 e ss.

generalizzazione⁶⁴. Da ciò lo stretto legame tra principi e norme: i principi derivano dalle norme e, quest'ultime, sono identificate e unificate dalla regola di riconoscimento presente nell'ordinamento giuridico. Una volta posti in essere i principi acquistano autonomia rispetto alle norme e incidono nei diversi settori del diritto.

La costituzione deve contenere una serie di principi con le regole del discorso pratico razionale. Da ciò derivano alcuni limiti per il legislatore costituzionale quali, ad esempio, la politicizzazione dei diritti umani fondamentali, la previsione di forme di controllo contro le forme arbitrarie di esercizio del potere. Anche il testo costituzionale risente dei limiti di quanto stabilito dalla ragione pratica. Lo stesso vale per la legislazione, la quale deve essere conforme non solo con i principi costituzionali, ma anche con le regole del discorso pratico generale. L'argomentazione giuridica ha luogo nelle disposizioni costituzionali e legislative; per la soluzione dei casi concreti si prendono in considerazione le diverse soluzioni, le quali vengono comparate sulla base delle regole del discorso giuridico.

Alexy non ammette la separazione tra diritto e morale, anzi ammette la connessione- che può avvenire in forme e per gradi diversi- tra il diritto, sia le singole norme sia il complessivo ordinamento, e alcuni elementi della morale. Questa connessione è utile per "razionalizzare il fenomeno giuridico e per sottrarre parte di esso dalla disponibilità dell'autorità. L'ordinamento, così inteso, non è autosufficiente, ma è aperto al mondo esterno delle ragioni non giuridiche, ossia etiche, politiche e morali.

La teoria dell'argomentazione giuridica abbraccia il cosiddetto costituzionalismo temperato, secondo cui la Costituzione è un complesso di principi e valori che sono sottratti alla controversia politica. La Costituzione è un insieme di norme e di valori morali positivizzati, dal momento che il contenuto del testo costituzionale deve avere, ciò permette alla morale di entrare a far parte del mondo giuridico.

Un ruolo importante è ricoperto dalla norma fondamentale ai fini del riconoscimento della validità e dell'obbligatorietà del diritto. Tale norma deve avere al suo interno una clausola che tenga conto dell'apertura dell'ordinamento alla morale e al peso che le valutazioni di correttezza hanno ai fini della validità giuridica. Pertanto, la norma fondamentale ha il seguente tenore "se una costituzione è

⁶⁴ Cfr., N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., in cui l'autore si sofferma sulla differenza tra processo conoscitivo e processo volitivo. La conoscenza implica un coinvolgimento del soggetto di quanto presente nella società, essendone anch'egli membro e non potendo assumere un atteggiamento neutrale nei confronti del contesto in cui è inserito. Da ciò comporta che il sistema giuridico non può essere conosciuto in modo valutativo e indipendente rispetto alle scelte metodologiche e ideologiche di chi conosce.

statuita di fatto ed è socialmente efficace, se e nella misura in cui le norme di tale costituzione non sono estremamente ingiuste, è giuridicamente dovuta a una condotta conforme a tale costituzione purché coerente con la pretesa di giustizia”. L’ordinamento è un insieme di procedure e di interpretazioni e non solo di oggetti determinabili a priori.

<<Solo la metodologia ermeneutica può garantire l’utilizzo dei principi assiologici e teleologici non scritti preminenti nel giudizio costituzionale⁶⁵>> e può garantire un giudizio costituzionale che non si limiti ad un giudizio di legittimità della norma. La teoria ermeneutica si pone come un metodo per interpretare il diritto all’interno e non solo la legge, prendendo in considerazione tutta l’attività giuridica posta in essere. L’ermeneutica dei diritti fondamentali prevede un dialogo tra le norme e i principi con i bisogni, gli interessi e le esigenze che emergono dalla realtà; dialogo diacronico, i cui contenuti sono in continuo divenire al fine di adeguare il magma normativo alla realtà sociale e alla produzione di nuovi diritti e nuovi livelli di tutela. La produzione normativa può avvenire solo qualora l’interesse presente nella società sia conforme ai canoni dell’immanenza e dell’inerenza dell’interesse della persona umana in quanto tale e, tale interesse non può restare privo di tutela all’interno della società e dell’ordinamento giuridico di riferimento.

Nel nostro ordinamento giuridico, a proposito di diritti fondamentali, non si possono non citare gli articoli 2 e 3 della Costituzione, quali diritti inviolabili della persona umana e quali diritti volti al pieno sviluppo della persona umana, posti al vertice dell’ordinamento giuridico. Nel corso degli anni è cambiato il ruolo svolto dall’articolo 2 della Costituzione: dapprima considerato come norma di chiusura dell’ordinamento, oggi considerato come norma *<<a fattispecie aperta⁶⁶>>*, da cui è possibile ricavare la protezione di altri diritti quali il diritto alla vita, il rispetto della dignità umana, il diritto alla libertà sessuale e personale, il diritto al nome, dando allo stesso una lettura pluralista. La persona umana nella nostra Costituzione non è soggetto astratto di diritto ma è un essere umano, un individuo calato nella realtà storico- sociale, titolare di diritti, con bisogni e interessi da soddisfare e da vedersi tutelare. La Corte Costituzionale italiana, pur essendo una Corte che giudica su norme, svolge diversi compiti tra cui quello di vigilare sul rispetto di un livello di tutela effettivo dei diritti fondamentali; risponde attraverso un’attività creativa e correttiva ai bisogni che si

⁶⁵ Cfr., F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, cit., 2011.

⁶⁶ Cfr., S. MORELLI, *Tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona*, Cedam, Padova, 2003, p.10 in cui afferma che la Corte costituzionale ha fissato dei limiti ben precisi all’apertura della clausola prevedendo che si debba trattare di diritti non configgenti con quelli selezionati, nonché con quest’ultimi omogenei. Ciò sicuramente avviene nei casi dei diritti presupposti o dei diritti ricavati per gemmazione o secondo la tecnica del riempimento, ma non per i diritti ricavati per estensione in quanto questi ultimi hanno bisogno di trovare un fondamento nell’ordinamento nonché di un parametro di giustificazione.

presentano nella società, ponendo in essere un'attività di codificazione e di costituzionalizzazione di nuovi diritti. Con le sue pronunce, inoltre, svolge sia una funzione conservatrice (ad esempio attraverso l'operazione di interpretazione adeguatrice), emanando sentenze di rigetto, sia attività di rafforzamento del grado di tutela da accordare a determinati diritti e interessi, pronunciando sentenze di accoglimento. Svolgendo, inoltre, attività in funzione manipolativa e correttiva, attraverso sentenze di accoglimento con funzione additiva, ha posto in essere attività di produzione normativa, prestando maggiore tutela a determinati diritti e interessi e colmando, così, le lacune e le deficienze del sistema in merito alla protezione di tali diritti fondamentali.

9. L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA

In Europa la situazione è in parte diversa⁶⁷. In una prima fase nei Trattati istitutivi non vi era alcun riferimento normativo diretto alla persona umana in quanto tale, dal momento che il diritto era

⁶⁷ Nel diritto internazionale "classico", quale si presentava alle origini della moderna comunità internazionale, la posizione degli individui era pressoché irrilevante. L'ordinamento giuridico della società internazionale era il diritto degli Stati, volto a regolare i loro rapporti, a delineare le rispettive sfere di sovranità, a dirimere i loro conflitti, a disciplinare le forme di cooperazione per il perseguimento di interessi comuni. I protagonisti delle relazioni internazionali, e i soggetti dell'ordinamento giuridico internazionale, sono solo gli Stati cioè degli enti che si pongono nei loro reciproci rapporti quali *reges e principes superiore non recognoscentes*, detentori di una potestà che opera sia verso l'esterno, escludendo ogni possibilità di subordinazione nei confronti di qualsiasi autorità, sia al proprio interno, quale potere di governo che si esplica sulla propria comunità territoriale in maniera esclusiva, assoluta e pressoché illimitata. La comunità internazionale non rappresenta la società universale di tutti gli uomini o di tutti i popoli, ma la società degli Stati, intesi come enti sovrani. L'ordinamento si indirizza esclusivamente agli Stati, mentre gli individui sono sottoposti alla potestà del governo degli Stati stessi. E' con la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, nel 1945, che la tematica dei diritti umani e delle libertà fondamentali, nella loro globalità e universalità, balza sulla scena internazionale. La Carta, infatti, tra i suoi fini include quello di <<promuovere e incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione>>. (art. 1 par. 3). La Carta non poneva a carico degli Stati membri un obbligo immediato e percettivo di rispettare i diritti dell'uomo, ma piuttosto un obbligo programmatico e graduale di agire, collettivamente o singolarmente, e di cooperare con l'ONU per promuovere il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 55 lett. c e art. 56). La stessa nozione di diritti umani era ancora vaga e generica né poteva riconoscersi una nozione unanime nella comunità internazionale circa l'individuazione di un gruppo di determinati diritti fondamentali dell'uomo. L'impossibilità di individuare con esattezza i diritti dell'uomo rendeva evidentemente improbabile il riconoscimento di specifici corrispondenti obblighi degli Stati.

L'arricchimento del catalogo dei diritti umani è avvenuto con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, la quale, per la prima volta a livello internazionale, ha tradotto l'espressione "diritti dell'uomo" in un elenco di diritti singolarmente definito. Viene effettuata una distinzione tra "generazioni" di diritti dell'uomo, si tratta di una distinzione convenzionale, che non esprime alcuna diversificazione di valore o di importanza tra le diverse categorie o generazioni che non intacca in alcun modo il carattere universale, indivisibile e interdipendente dei diritti dell'uomo.

considerato uno strumento utile per la nascita e lo sviluppo di un mercato comune⁶⁸ tanto che il processo di integrazione europeo del diritto è avvenuto sulla scia di quello del mercato comune. Successivamente si è considerata la persona un astratto soggetto di diritto, formalisticamente e positivisticamente inserito nell'ordinamento, qualificato come tale dal diritto. Con il Trattato CEE la persona e i suoi interessi sono stati considerati ai fini delle esigenze di mercato tanto che in un'operazione di bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà economiche erano queste ultime a avere la meglio in quanto funzionali alle esigenze generali di integrazione europea.

In origine la tutela dei diritti fondamentali, vista la lacuna normativa presente nei Trattati, era riservata all'attività creativa giurisprudenziale della Corte di Giustizia. La Corte considera i diritti fondamentali quali <<*principi generali del diritto di cui [essa] garantisce l'osservanza*⁶⁹>>, traendo ispirazione dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dalla Cedu. E' con il Trattato di Maastricht che i diritti fondamentali vengono inseriti nell'ordinamento comunitario come diritto primario (art. F) e nel successivo Trattato di Amsterdam all'articolo 6.

Dall'adozione del Trattato di Amsterdam, il rispetto dei diritti fondamentali è una condizione giuridica formale per l'adesione dell'Unione europea. L'art. 6 UE, come modificato dal Trattato, ora sancisce espressamente che l'Unione si fonda sui principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. L'art. 7 UE istituisce un meccanismo per sanzionare lo Stato membro nel quale vi sia un rischio evidente di violazione grave di tale principi, così confermando che il rispetto dei diritti fondamentali è una condizione imprescindibile per l'appartenenza all'Unione europea.

Sulla base di questi due testi normativi i diritti fondamentali, intesi quali principi generali, sono considerati fonti esterne cui la Corte può fare riferimento per la ricostruzione di una fonte non scritta del diritto comunitario ai fini della tutela dei diritti dell'uomo⁷⁰.

Con il Trattato di Maastricht (1992) l'Europa ha rivolto l'attenzione alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali garantiti dalla Cedu e dalle tradizioni costituzionali comuni.

⁶⁸ Oggi, invece, il procedimento di integrazione europea avviene sulla base del riconoscimento dei diritti e della loro tutela, avendosi un'integrazione dei diritti e non solo di mercato.

⁶⁹ CGCE, 12 novembre 1969, Stauder causa 29/69; 6 marzo 2001, Conoly/Commission, causa C-274/99; 22 ottobre 2002, Roquette Frères, causa C-94/00; CGCE; CGCE, 14 dicembre 2006, ASML, causa C-283/05; CGCE 26 giugno 2007, Ordres des barreaux francophones et germanophones, causa 305/05.

⁷⁰ Cfr., R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e sistema della Cedu*, in Atti convegno CSM Roma sul tema "La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", 28 febbraio 2007, in cui si afferma che la rilevanza all'interno dell'ordinamento comunitario dei diritti della Cedu e di quelli propri delle tradizioni costituzionali comuni è legata alla loro trasformazione in principi generali, in quanto espressione e sintesi del patrimonio giuridico- costituzionale comune agli Stati membri.

Successivamente con la Carta di Nizza (2000), poi adottata a Strasburgo nel 2007, la persona umana è stata posta al centro del sistema comunitario, quale centro di interessi non solo economici, che il diritto deve garantire e tutelare; i diritti fondamentali una volta proclamati assumono vincolatività giuridica, riservando alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati. Nel 2009, si ha l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il quale enuncia, all'articolo 6 paragrafo 3, che del diritto dell'Unione (ora) fanno parte, in quanto principi generali, anche i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu (alla quale l'Unione presta formalmente adesione art. 6 paragrafo 2) e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

L'articolo 6 §1 TUE prevede, per l'Unione Europea, obblighi positivi, ossia di promozione dei principi, dei valori e dei diritti cui le istituzioni devono dare attenzione, e negativi, ossia di protezione di tali diritti, limitando le azioni contrarie dei pubblici poteri. La Corte deve garantire non solo il riconoscimento dei diritti fondamentali, ma promuoverli e vigilare sulla loro tutela affinché questa sia concreta e effettiva.

Alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata riconosciuta natura dichiarativa, ricognitiva, specificativa e rafforzativa⁷¹ dei diritti operanti in Europa, nonché valore costitutivo di nuovi diritti.

La Carta assume rango di vera e propria codificazione comunitaria percettiva dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione Europea. La Carta diviene ulteriore parametro normativo con cui la Corte potrà valutare le azioni delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri nei settori di intervento dell'Unione Europea. Allo stesso tempo, sul piano interno, per gli Stati membri la Carta è un indispensabile strumento interpretativo cui i giudici⁷² devono necessariamente confrontarsi attraverso l'attività di interpretazione adeguatrice tra normativa interna e diritto comunitario.

Importante è sottolineare il fatto che non tutti i diritti contenuti nella Carta sono fondamentali e inviolabili, vi sono alcuni diritti e libertà che possono subire limitazioni legali nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 52, primo comma. Prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza, la Corte di Lussemburgo con sentenza Stauder⁷³ afferma che i diritti fondamentali della persona rientrano nei principi generali del diritto comunitario non dotati di propria autonomia e rilevanza cui la Corte

⁷¹ Come si legge nel Preambolo, commi 4 e 5.

⁷² Sulla base del principio del primato del diritto dell'Unione, la norma processuale penale interna potrà essere disapplicata se in contrasto con i diritti in materia di libertà e di giusto processo, ma anche se ostacolano o alterano la piena realizzazione delle posizioni soggettive (principio di effettività) o se siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza). Cfr., E. ANDOLINA, *Nuovi scenari della tutela penale dei diritti fondamentali in Europa*, in *Diritto penale e processuale*, 6/2012.

⁷³ Corte di Giustizia, 12 novembre 1969, C-29/69, Stauder c. Città di Ulm- Sozialamt.

deve garantire tutela. Solo un anno dopo afferma che la salvaguardia di tali diritti deve avvenire nel rispetto delle tradizioni costituzionali comuni secondo le finalità della Comunità.

L'apertura dei diritti fondamentali oltre le costituzioni degli Stati avviene anche nel diritto comunitario. E' utile citare la causa C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft, 17 dicembre 1970, prima sentenza in cui la Corte di giustizia delle comunità europee riconosce i diritti fondamentali come principi derivati dalle tradizioni costituzionali comuni che formano parte integrante dell'ordinamento comunitario. L'incorporazione dei diritti fondamentali in forma di principi realizzò un chiaro obiettivo strategico: garantire l'autonomia dell'ordinamento comunitario. Da quella prima decisione la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea ha raggiunto una maggiore sofisticazione oltre la mera funzione di garanzia dell'autonomia dell'ordinamento comunitario.

Nel 1974, nella sentenza Nold⁷⁴, afferma che la Corte non ammette atti e provvedimenti contrari e incompatibili con i diritti fondamentali⁷⁵, anche se prevede limitazioni a tali diritti solo se derivanti dal conseguimento di obiettivi di interesse generale, assumendo come parametri di riferimento solo i diritti dell'uomo enunciati in strumenti internazionali cui gli Stati hanno aderito, lasciando scoperti i parametri di riferimento CEDU. L'uniformazione a tali parametri avviene con sentenza Rutili⁷⁶ che richiama espressamente gli articoli 8, 9, 10 e 11 CEDU e precisa che le limitazioni a tali diritti possono avvenire solo se «costituiscono misure necessarie in una società democratica».

Da quest'ultima sentenza fino alla Carta di Nizza, la Corte si è dotata di uno strumento di protezione dei diritti fondamentali della persona ponendoli in essere purchè ricavati dal diritto comunitario, dalle tradizioni costituzionali e dalla Convenzione edu⁷⁷. La Corte ha il compito di vigilare sia sulla non ammissibilità degli atti che si pongano in contrasto e siano lesivi dei diritti fondamentali, attuando la strategia del presidio del fronte interno, sia non ammettendo misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo enunciati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, attuando la strategia della salvaguardia del fronte esterno. Con l'entrata in vigore della Carta di Nizza, la Corte di Giustizia ha aderito ai criteri interpretativi della Cedu introducendoli tra i

⁷⁴ Corte di Giustizia, 14 maggio 1974, C-4/73, J. Nold Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Commissione delle Comunità Europee.

⁷⁵ La Corte comunitaria agendo così ha fatto sì che i diritti fondamentali e della persona umana fossero il fondamento di validità non solo degli atti comunitari, ma anche di quelli degli Stati membri prevedendo l'immediata disapplicazione degli atti in contrasto con tali diritti, riconoscendo in capo allo Stato la responsabilità extracontrattuale.

⁷⁶ Corte di Giustizia, 28 ottobre 1975, C- 36/75, Roland Rutili c. Ministre de l'Interieur.

⁷⁷ Cfr., A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, Giappichelli, 2004.

parametri di legittimità comunitaria⁷⁸ insieme a diritti che prima non faceva rientrare nella sua sfera di competenza, ampliando la sfera di protezione loro accordata e ponendo la persona umana e i suoi diritti fondamentali come valori sovraordinati e al vertice del diritto comunitario. La persona umana e la dignità della persona vengono elevati a principi generali del diritto comunitario tanto da far parlare di un bilanciamento ineguale che ha come risultato il non dover più sottoporre tali diritti e libertà ai sacrifici e alle limitazioni precedentemente operati. Da ciò non consegue che i diritti e le libertà in questione non possano in alcun modo subire limitazioni⁷⁹ o essere oggetto di attività di contemperamento e di proporzionalità⁸⁰, ma queste devono avvenire secondo nuovi parametri, ossia secondo le misure necessarie in una società democratica determinate dalla Corte di Strasburgo e da misure giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in ogni caso, proporzionate al fine legittimo perseguito. Questo orientamento si rinviene in diverse pronunce della Corte UE. Per citarne alcune: il caso Tanja Kreil⁸¹ in cui la Corte afferma il principio della parità di sesso anche in impieghi militari comportanti l'uso delle armi, contraddicendo una consolidata interpretazione dell'articolo 12 del *Grundgesetz* tedesco e inducendo la Germania a adeguarsi al nuovo principio costituzionale; il caso Tadao Maruko⁸², in materia di attribuzione delle prestazioni previdenziali a favore del partner superstite dello stesso sesso; il caso K.B.⁸³, in materia di transessualismo in riferimento al diritto di mutare identità sessuale ai fini della trascrizione dell'atto di matrimonio, quale condizione di fruibilità della pensione di reversibilità; il caso Richards⁸⁴ in relazione alla trascrizione del mutamento di sesso per poter fruire del relativo *status* ai fini della maturazione dell'età pensionabile. Con tali pronunce la Corte di Giustizia, partendo dal principio di non discriminazione

⁷⁸ Cfr., G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali; per una diversa lettura dell'atteggiamento della Corte UE rispetto alla Carta di Nizza*, in C. PINELLI, *I diritti fondamentali in Europa tra politica e giurisprudenza*, in Pol. D., 2008.

⁷⁹ Corte di Giustizia, 27 giugno 2006, C- 540/03, Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea; Corte di Giustizia, 29 gennaio 2008, C-275/06, Productores de Música de Espana (Promusicae) e Telefónica de Espana SAU.

⁸⁰ Cfr., P. MENGOZZI, *I diritti fondamentali tutelati dal diritto comunitario e il diritto degli Stati membri*, in Contratto, Impresa Europa, 2002.

⁸¹ Corte di Giustizia, 11 gennaio 2000, C-285/98, Tanja Kreil c. Repubblica federale di Germania.

⁸² Corte di Giustizia, 1 aprile 2008, C- 267/06, Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

⁸³ Corte di Giustizia, 7 gennaio 2004, C- 201/02, K.B. c. National Health Service Pensions Agency.

⁸⁴ Corte di Giustizia, 27 aprile 2006, C- 117/01 e causa C- 423/04, S.M. Richards c. Secretary of State for Work and Pensions.

sulla base del sesso, ha ripreso alcune decisioni sugli stessi argomenti della Corte di Strasburgo (i famosi *leading cases* Goodwin c. Regno Unito⁸⁵ e Grant c. Regno Unito⁸⁶).

Nella causa C- 36/02, Omega c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, 18 marzo 2004, § 46. si legge che “tra le pietre angolari sui cui l’ordinamento comunitario si regge rientra senza dubbio il vincolo della Comunità al rispetto dei diritti fondamentali. Secondo costante giurisprudenza, infatti, tali diritti fanno parte dei principi generali del diritto, dei quali la Corte deve garantire l’osservanza. Nell’assolvere tale compito, la Corte si fa guidare dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalle indicazioni fornite dai Trattati di diritto internazionale in materia di tutela dei diritti umani alla cui stipula abbiano partecipato gli Stati membri o ai quali questi abbiano aderito. In siffatto contesto assume particolare rilievo la CEDU”.

§ 49 “la Corte tutela i diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario sulla base dell’art. 200 CE e dell’art. 6, n.2, UE. Essi sono considerati parte del diritto primario e si trovano pertanto nella gerarchia delle fonti giuridiche, sul medesimo piano delle altre norme di diritto primario e in particolare delle libertà fondamentali”.

§54 “Dalla tutela dei diritti fondamentali garantita dall’ordinamento giuridico comunitario consegue, da un lato, che il rispetto dei diritti fondamentali è una condizione di legittimità degli atti comunitari, ma, dall’altro, anche degli Stati membri, nel dare esecuzione alle discipline comunitarie, sono tenuti all’osservanza degli obblighi inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento giuridico comunitario”.

§55 “Pertanto, dal fatto che la Comunità, in quanto comunità di diritto, concepisce se stessa come una comunità fondata sul rispetto dei diritti fondamentali e dei diritti umani, consegue che, coerentemente, né le misure adottate dagli organi comunitari né quelle emanate dagli Stati membri nell’ambito di applicazione del diritto comunitario possono <<essere consentite>> se incompatibili con il rispetto dei diritti dell’uomo in tal modo riconosciuti”. L’art. 51, n.1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea rispecchia tale affermazione.

§57 La Corte agisce attraverso un’interpretazione conforme ai diritti fondamentali; occorre interpretare le disposizioni di diritto comunitario nel modo più conforme possibile ai pertinenti diritti fondamentali.

§60 Gli Stati membri soggiacciono alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali della comunità, anche quando essi invocano deroghe alle libertà fondamentali. Secondo questa giurisprudenza, la

⁸⁵ Corte dir. Uomo, 27 marzo 1996, tic. n. 17488/90, Goodwin c. Regno Unito.

⁸⁶ Corte dir. Uomo, 23 maggio 2006, ric. n. 32570/03, Grant c. Regno Unito.

funzione ermeneutica correlata all'interpretazione del diritto comunitario, qualora uno Stato membro invochi un'esigenza imperativa di interesse generale o una causa giustificativa prevista dal Trattato, al fine di giustificare una normativa di diritto interno atta a ostacolare l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato, tale giustificazione deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, ai diritti fondamentali.

§61 Più in generale nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali della Comunità, i diritti fondamentali e i diritti umani si presentano non soltanto come criteri interpretativi, ma anche come immediato parametro di riferimento per il controllo della legittimità degli atti comunitari.

§62 Una disposizione di diritto comunitario è contraria ai diritti fondamentali, e quindi illegittima, solo quando di tale disposizione non sia possibile fornire un'interpretazione conforme ai diritti fondamentali. Ove ciò non fosse possibile, la disposizione deve essere annullata.

§63 Le disposizioni o le misure nazionali di attuazione del diritto comunitario devono essere valutate secondo il parametro dei diritti fondamentali comunitari.

§64 Se la normativa comunitaria lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità o, a seconda dei casi, la facoltà di scegliere tra più modalità di attuazione, allora essi devono esercitare tale discrezionalità nel rispetto dei diritti fondamentali comunitari, in modo che la normativa nazionale in questione venga applicata in maniera conforme alla tutela dei diritti fondamentali garantita a livello comunitario.

§66 Va rilevato, infine, che le funzioni dei diritti fondamentali quale criterio ermeneutico e quale parametro immediato di riferimento per il controllo di legittimità di una disciplina comunitaria o di una misura di attuazione interna al singolo Stato sono strettamente intrecciate tra loro.

10. IL DIALOGO TRA LE CORTI

In ambito europeo l'estensione dei diritti fondamentali oltre lo Stato costituzionale si produce con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo in cui le <<Alte parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione>> (art. 1). I diritti riconosciuti dalla Convenzione sono qualcosa in più di meri obblighi reciproci tra gli Stati⁸⁷; essi danno origine, per gli Stati, a un obbligo di "prevenzione e rimedio" di fronte a qualsiasi ipotesi di lesione dentro la giurisdizione. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha il potere di ricontrollare le violazioni effettive dei diritti garantiti dalla Convenzione e allo stesso tempo, e qui risiede la sua peculiarità, la normativa statale che in astratto, vale a dire

⁸⁷ Corte eur. dir. uomo, 18 gennaio 1978, Ireland v. United Kingdom, § 239.

senza essere applicata e pertanto senza poter prevedere una lesione effettiva, prevede misure direttamente contrarie alla Convenzione. Il tipo di obbligo definito dalla Convenzione più che meri obblighi reciproci tra gli Stati contraenti condiziona il concetto di lesione “ogni violazione addotta di qualsiasi previsione della Convenzione da parte di un altro Stato” e determina la funzione della Corte europea dei diritti dell’uomo. La Corte non si limita a tutelare un interesse soggettivo effettivamente pregiudicato dall’amministrazione dello Stato che ha sottoscritto la Convenzione. La Corte va oltre e sviluppa un tipo di controllo astratto che incide sulla propria creazione di diritto degli Stati, quando dalla sua attività normativa risulta una “lesione immediatamente chiara”. Il riconoscimento dei diritti fondamentali nella Convenzione e la sua garanzia mediante la Corte europea estende la protezione dei diritti molto oltre il ristretto ambito della Costituzione statale.

I rapporti tra Corte Costituzionale, Corte di Giustizia e Corte edu avvengono secondo un carattere dialogico ed è proprio in riferimento ai diritti inviolabili della persona che la Corte Costituzionale italiana ha adottato la teoria dei controlimiti⁸⁸, prevedendo, con ciò, di far rientrare sul suo controllo il sindacato esclusivo di intangibilità dei diritti inalienabili della persona, pareggiando il primato dei principi del diritto comunitario e del suo effetto diretto nel nostro ordinamento. La Corte di Lussemburgo afferma che il diritto comunitario attinge dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dai diritti nazionali così come interpretati dai giudici interni. Su tale affermazione è possibile sviluppare due considerazioni di ordine generale: la prima è che la Corte incontra delle difficoltà circa l’individuazione di un minimo comune denominatore delle diverse tradizioni costituzionali e, nel fare ciò, ridefinisce la portata e lo *standard* di protezione dei diritti fondamentali evitando che ci possa essere una fungibilità tra la garanzia prevista a livello nazionale e quella prevista a livello comunitario. Nonostante ciò, la teoria dei controlimiti non deve essere vista come un ostacolo all’integrazione tra ordinamenti, ma come un ulteriore elemento di confronto. Tra le Corti deve instaurarsi un rapporto circolare di valori e di principi condivisi da tutti gli Stati appartenenti per mettere in opera un sistema integrato e multilivello di protezione dei diritti fondamentali, riservando alla Corte Costituzionale la competenza esclusiva nella tutela dei diritti non rientranti in ambito europeo. Per i diritti fondamentali, oggetto di integrazione comunitaria e internazionale, invece, bisogna auspicare un maggior dialogo tra le Corti, un reciproco adeguamento, istituendo un doppio senso di marcia senza che nessuno Stato abbia la pretesa di

⁸⁸ Tale teoria è professata anche dal tribunale costituzionale federale tedesco, dal Consiglio costituzionale francese e dal Tribunale costituzionale spagnolo ed in altre Costituzioni quali quella finlandese e svedese. Su questo argomento, Cfr. G.F. FERRARI, *Rapporti tra giudici costituzionali d’Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in G.F. FERRARI, *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, Esi, 2006.

pronunciare l'ultima parola affinché si possa mettere in campo l'indispensabile presupposto circolare e dialogico. Per fare ciò bisognerebbe rinunciare a cercare forzatamente un nucleo di radici comuni, di identità comune che possano fondare la cittadinanza europea, ma far sì che i cittadini europei si riconoscano e accettino un nucleo di diritti e principi fondamentali comuni⁸⁹, al di là delle differenze linguistiche, religiose e culturali.

Inizialmente gli organi comunitari ritenevano che i principi fondamentali rappresentassero dei fattori di conflitto costituzionale⁹⁰ tra i diversi Paesi aderenti, tanto da affermare che in caso di contrarietà di un atto comunitario con i diritti fondamentali, quest'ultimo non fosse di per sé invalido. Il rapporto tra le Corti e gli eventuali contrasti sono stati affrontati e risolti non sul piano politico ma attraverso il ragionamento giuridico, il dialogo tra le Corti. In merito ai diritti fondamentali, nel rapporto tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia si sono sviluppate due dottrine: la prima si basa sulla compatibilità tra la tutela dei diritti fondamentali e gli obiettivi della Comunità europea, mentre la seconda non pone i principi costituzionali tutti sullo stesso livello, prevedendo che alcuni di essi abbiano carattere supremo non potendo essere lesi dal diritto comunitario⁹¹. I diritti fondamentali, a livello comunitario, devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla Comunità europea e la loro tutela rappresenta un limite all'azione delle istituzioni comunitarie e dei governi nazionali in quanto esecutori di normazione o politiche comunitarie. Essi, quindi, fungono da controlimita.

Il campo dei diritti fondamentali nello spazio europeo si è arricchito in tal maniera che il giurista europeo deve lavorare con tre parametri nella definizione del contenuto dei diritti fondamentali- la Convenzione, i diritti fondamentali dell'Unione (nella Carta o nella giurisprudenza) e i diritti fondamentali garantiti mediante la Costituzione statale. Uno dei cammini intrapresi è l'esistenza di una tradizione costituzionale comune, condivisa da tutti gli Stati dell'Unione. Una specie di dna costituzionale che forma il magma a partire dal quale si costruiscono gli edifici giuridici sovrastatali. Senza dubbio l'appello alle tradizioni costituzionali comuni e alla CEDU ha prodotto delle conseguenze applicative: servi alla Corte di Giustizia come strumento per costruire teoricamente il riconoscimento dell'ordinamento comunitario dei diritti fondamentali come principi generali.

⁸⁹ Cfr., A. SCHIAVELLO, *Integrazione europea, ragione pubblica, negoziazione. Qualche riflessione a partire dalla questione del richiamo alle "radici cristiane" nel Preambolo della Costituzione europea*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. TRUJILLO e F. VIOLA. Bologna, Il Mulino, 2007.

⁹⁰ Cfr., N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel "commonwealth" europeo* (1999), Bologna, Il Mulino, 2003, cap. VII.

⁹¹ Cfr., G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006.

11. PROPORZIONALITA' E BILANCIAMENTO TRA PRINCIPI E NORME

Per la tutela dei diritti fondamentali le Corti internazionali e comunitarie ricorrono all'applicazione del principio di proporzionalità⁹²: per la Corte di Giustizia questo principio rientra tra i principi generali non scritti del diritto comunitario⁹³, mentre per la Corte edu ha la funzione di clausola di limitazione specifica di alcuni diritti per la tutela di interessi pubblici e non di clausola di limitazione orizzontale di diritti fondamentali. La Corte di Giustizia utilizza tale principio sia per effettuare un controllo sull'esercizio delle competenze nel sistema comunitario sia per la tutela dei diritti fondamentali, ossia dei diritti previsti dal Trattato, quelli previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quelli derivati dalle tradizioni costituzionali comuni. A tal fine esso è presente nelle argomentazioni della Corte circa la compatibilità tra diritti fondamentali e obiettivi comunitari, soprattutto di compatibilità con la struttura del modello di mercato comune. La soluzione all'insorgere di eventuali conflitti tra la tutela dei diritti fondamentali e la tutela di altri diritti o interessi collettivi può essere il ricorrere alla tecnica del bilanciamento⁹⁴: ciò comporta che al momento dell'applicazione si dovrà effettuare un contemperamento tra diritti con conseguente sacrificio parziale di uno di loro. Il problema è che la relativizzazione dei diritti fondamentali avviene, molto spesso, non per soddisfare o dare maggiore tutela ad un altro diritto fondamentale, bensì per soddisfare esigenze economiche e di mercato, creando, così, una gerarchia assiologica non ritenuta condivisibile. Le critiche mosse non sono, quindi, rivolte alla tecnica in sé adoperata dalle Corti, ma al modo in cui viene concretamente posta in essere perché, nel caso di bilanciamento tra un diritto fondamentale e un'esigenza di mercato, molto spesso la Corte di Giustizia ha addirittura creato un'equiparazione assiologica tra i due contenuti⁹⁵ da bilanciare. Il giudizio di proporzionalità si articola in tre fasi: il test di idoneità, il test di necessità ed il test di proporzionalità in senso stretto. Il primo viene utilizzato per verificare se la limitazione operata a un diritto fondamentale risulti utile a garantire la tutela di un interesse generale o la tutela di ulteriori diritti, tale fine deve

⁹² Le prime applicazioni di tale principio si rinvencono nel diritto pubblico tedesco del XIX secolo; tale principio veniva utilizzato come strumento di controllo dell'operato della pubblica amministrazione e, successivamente, veniva utilizzato come parametro di costituzionalità della legge. E' solo nel Novecento che è strumento utile per valutare il grado di ammissibilità dell'inferenza del pubblico potere rispetto a una libertà fondamentale.

⁹³ Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, causa C- 11/70.

⁹⁴ Cfr., G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 28, 2007.

⁹⁵ E' bene distinguere in ambito comunitario tra libertà fondamentali e diritti fondamentali: con le prime, tradizionalmente, si intendono le libertà di circolazione di persone, di servizi, di merci e di capitali, mentre per i diritti fondamentali si intendono quei diritti riconosciuti dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla Convenzione edu.

essere dichiarato nella misura adoperata, che si sostanzia in un controllo negativo a che la misura posta in essere sia idonea rispetto al fine da perseguire non prendendo in considerazione ulteriori misure più idonee per il raggiungimento di quel fine⁹⁶. Il test di necessità ha come scopo il controllo a che la misura non sia invasiva del bene e presuppone l'esistenza di più misure idonee per raggiungere un dato fine: tra le diverse misure possibili la scelta deve ricadere su quella che impone un sacrificio minore ai diritti dei cittadini. Anche in questo caso deve essere effettuato un controllo in negativo che si concluderà con l'espulsione dall'ordinamento di tutte le misure non ritenute idonee, solo che, a differenza del primo controllo, in questo le autorità politiche effettuano una comparazione tra le diverse misure possibili. Infine, il controllo di proporzionalità in senso stretto prevede che il sacrificio di un diritto fondamentale rispetto a un interesse generale debba essere proporzionato, equilibrato in quanto <<quanto maggiore è il grado di non soddisfazione di, o di inferenza con, tanto maggiore deve essere l'importanza della soddisfazione dell'altro⁹⁷>>. Mentre nei primi due test il controllo di proporzionalità investe le misure scelte, nel terzo il controllo di proporzionalità è un bilanciamento tra gli obiettivi o, meglio, tra il peso (o grado di realizzazione) che questi hanno nel caso concreto. In conclusione, una volta valutate la necessità e l'idoneità della misura posta in essere, ossia se la misura è adatta all'obiettivo da perseguire, bisogna valutare se il sacrificio imposto al diritto sia più o meno eccessivo e se sia giustificato rispetto all'importanza dell'obiettivo da perseguire. Questi tre passaggi, ossia stabilire il grado di non soddisfazione di uno dei due diritti; stabilire l'importanza della soddisfazione del diritto concorrente e stabilire se l'importanza del diritto concorrente giustifichi l'inferenza o la non soddisfazione del primo⁹⁸, fanno sì che il procedimento di ponderazione tra interessi generali e diritti fondamentali non sia attività irrazionale e arbitraria nella scelta dell'importanza da assegnare al bene in conflitto⁹⁹.

La Corte di Giustizia utilizza il criterio della proporzionalità per effettuare sia una valutazione sugli atti e sulle norme comunitarie, che impongono una limitazione o una lesione dei diritti fondamentali

⁹⁶ La limitazione al controllo di idoneità fa sì che le valutazioni poste in essere non riguardino scelte, apprezzamenti e valutazioni operate dall'autorità politica.

⁹⁷ Cfr., R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 2012.

⁹⁸ Cfr., R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., in cui l'autore spiega questi tre passaggi secondo un linguaggio matematico, attribuendo a ciascuna fase un'entità di grandezza quantitativa: la violazione di un diritto può essere una violazione grave, media e lieve. L'importanza astratta di ciascun diritto in conflitto può essere grave, media e lieve. L'affidabilità delle assunzioni empiriche che riguardano il grado di inferenza di un diritto sull'altro può, allo stesso modo, essere media, grave e lieve. Dalla valutazione di tutti questi elementi si potrà ricavare la formula del "peso" dei diritti oggetto di ponderazione.

⁹⁹ Seguendo questa procedura la tecnica del bilanciamento sarà frutto di un'attività razionale al pari delle sussunzioni con l'unica differenza che, mentre la ponderazione avviene osservando regole aritmetiche, la sussunzione osservando regole della logica.

tutelati dalla Cedu o dagli ordinamenti nazionali in vista di un interesse comunitario, sia una valutazione di un atto statale che limiti la libertà comunitaria circa la tutela di un diritto fondamentale. In merito alla prima applicazione la Corte argomenta sostenendo che la tutela di un diritto fondamentale posta in essere da uno Stato deve, comunque, uniformarsi agli interessi comunitari e, quindi, che la limitazione a un diritto fondamentale può esserci purchè sia accettabile ma soprattutto proporzionata. Come si legge in una pronuncia della Corte «i diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano [...] essere prerogative assolute e devono considerarsi in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare, nell'ambito dell'organizzazione comune di mercato, purchè dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti¹⁰⁰». Tale considerazione è stata inserita nell'articolo II112, comma 1, del Trattato costituzionale ed è quanto contenuto nell'articolo 52 della Carta di Nizza, ossia «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta devono essere previste dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondenti effettivamente a dette finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Dalle affermazioni della Corte di Giustizia si rinvia quanto detto precedentemente circa il criterio di proporzionalità elaborato da Robert Alexy e, precisamente, che le limitazioni a tali diritti sono ammesse se vi è un interesse generale della Comunità da tutelare; se la misura posta in essere risponde effettivamente a tale finalità (ciò corrisponde al giudizio di idoneità); se il grado di interferenza con l'altro diritto in conflitto non è sproporzionato e inammissibile (ciò corrisponde al giudizio di necessità); se lo è deve essere considerato lo scopo perseguito (ossia la proporzionalità in senso stretto); se viene assicurata la sostanza del diritto concorrente e se, in rispetto dell'articolo II-112, viene assicurato che le limitazioni devono essere previste dalla legge e possono intervenire non solo per motivi economici legati al mercato comune, ma anche in vista di diritti e libertà altrui. L'operato della Corte non è esente da critiche che si sostanziano, principalmente, nel fatto che essa non utilizza in pieno il modello trifasico su riportato, fermandosi, il più delle volte, ad una valutazione che coinvolge solo le prime due fasi il cui esito, però, non viene argomentato; in sostanza la Corte non effettua il bilanciamento. Alcuni autori, sollevano un'osservazione in merito,

¹⁰⁰ Corte di Giustizia, 13 luglio 1989, causa C- 5/1998.

ossia che forse ciò che si deve criticare non è tanto l'operato della Corte in sé quanto il modello teorico elaborato da R. Alexy perché - egli osserva- le condizioni poste alla base di tale modello nella realtà si presentano difficilmente e non possono fungere da guida per un'argomentazione razionale. Ad esempio, il controllo di necessità prevede la valutazione di più misure egualmente efficaci e già ciò pone l'interrogativo di quando due misure siano parimenti efficaci. Per questo motivo tali autori preferiscono parlare di misure parimenti accettabili e il criterio dell'accettabilità prevede che la Corte effettui una valutazione *all things considered* effettuando, quindi, un giudizio nel merito. Altro problema sollevato è che è difficile considerare che un atto posto in essere abbia un solo fine determinato in quanto potrebbe perseguire diversi fini generali: con l'aumentare delle scelte anche nelle prime due fasi della procedura occorre effettuare un bilanciamento, non riservandolo solo alla terza fase. In quest'ultima fase, la ponderazione riguarda sia l'importanza del bene in gioco sia i mezzi, ossia le modalità in concreto poste in essere per realizzare un certo obiettivo; di conseguenza l'operazione di ponderazione avrà come oggetto non i diritti e i principi considerati in astratto, ma le modalità concrete del loro esercizio. Inoltre, sia la Carta dei diritti sia il Trattato costituzionale fanno riferimento al contenuto essenziale dei diritti o al loro peso e, poiché questi fattori non sono determinabili in astratto, ma solo in riferimento al peso e alla portata degli interessi contrapposti, bisogna necessariamente effettuare il bilanciamento¹⁰¹. L'utilizzo del criterio di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia è utile alla comprensione del fatto che le tre fasi del procedimento siano concatenate e che la ponderazione non sia riservata esclusivamente alla terza fase, ma presente in tutto il procedimento¹⁰². Per quanto riguarda il bilanciamento, i diritti fondamentali hanno natura di principi da cui sia il legislatore sia il giudice costituzionale derivano

¹⁰¹ Cfr., R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit.; B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in AA. VV., *Analisi e diritto, 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 53-74.

¹⁰² Cfr., A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4646- 4650.

norme mediante l'attività di bilanciamento¹⁰³. Il bilanciamento rappresenta il punto di connessione tra il profilo strutturale dei principi nella forma di precetti di ottimizzazione, e la loro funzione argomentativa, relativo all'attività degli organi costituzionali.

Il bilanciamento è una procedura aperta perché il sistema giuridico è un sistema aperto non solo per il carattere vago e indeterminato delle disposizioni dei diritti fondamentali, ma soprattutto per il pluralismo assiologico alla base degli ordinamenti giuridici contemporanei. La presenza dei principi all'interno dell'ordinamento giuridico implica la necessità di bilanciamento tra gli stessi: il risultato di tale attività non è sempre racchiuso in un'unica soluzione giusta. R. Alexy pone un processo argomentativo relativo ai diritti fondamentali come procedura argomentativamente guidata secondo le regole del discorso pratico generale.

Secondo Alexy una normativa *p* è razionalmente giustificata se e solo se è il risultato di una procedura argomentata razionale, una procedura, cioè, le cui regole devono essere adempiute perché *p* possa dirsi razionalmente avanzata. Le regole di carattere procedurale elaborate da Alexy sono espressione di una razionalità discorsiva, tale in quanto va al di là, inglobandola, della mera razionalità logica.

¹⁰³ Alexy individua tre tipi di bilanciamento: a) un bilanciamento ad hoc; b) un bilanciamento categoriale o definitorio e c) un bilanciamento ragionevolmente definitorio o categoriale in senso debole.

- a) per bilanciamento ad hoc intendo l'attività o l'argomentazione con la quale un giudice o un giurista stabilisce una legge di collisione tra due principi del diritto in competizione, ad esempio due principi costituzionali oppure due principi impliciti in un settore dell'ordinamento giuridico o del sistema nel suo complesso. Tale gerarchia tra due principi non risolve, né aspira a risolvere, tutti i casi di antinomie tra principi essendo, per natura, diretta a risolvere un singolo caso concreto o generico. Il bilanciamento così effettuato non viene razionalmente giustificato, ovvero non soddisfa, in modo sufficiente, le regole di un'argomentazione razionale. La denominazione "ad hoc" dipende proprio dal fatto che tale gerarchia è costruita solo al fine di risolvere uno specifico fatto concreto senza avere la pretesa di essere universalizzati, cioè di valere per tutti i casi futuri che abbiano le medesime caratteristiche vincolanti.
- b) per bilanciamento definitorio o categoriale si intende l'attività o l'argomentazione con la quale un giudice o un giurista stabilisce una legge di collisione tra due principi del diritto in competizione, ad esempio due principi costituzionali oppure due principi impliciti in un settore giuridico dell'ordinamento o nel sistema nel suo complesso, qualora il suddetto interprete costruisca la regola che determina la precedenza di un principio sull'altro facendo riferimento a tutte le circostanze in presenza delle quali il principio prevale sull'altro. Il giudice, in questi casi, individua tutte le proprietà, sufficientemente determinate, che siano condizioni disgiuntamente sufficienti del prevalere di un principio sull'altro. Il che implica l'individuazione di tutte le circostanze, anche di quelle che siano logicamente dipendenti l'una dall'altra, rilevanti.
- c) per bilanciamento ragionevolmente definitorio o categoriale in senso debole s'intende, invece, l'attività o l'argomentazione con la quale un giudice o un giurista stabilisce una legge di collisione tra due principi del diritto in competizione, ad esempio due principi costituzionali oppure due principi impliciti in un settore dell'ordinamento o nel sistema nel suo complesso, che abbia due caratteristiche. Tale gerarchia non integra i requisiti di un bilanciamento categoriale, cioè non offre una soluzione normativa per tutti i casi di conflitto tra i suddetti principi. Il bilanciamento così effettuato viene razionalmente giustificato ovvero soddisfa, in modo sufficiente, le regole di un'argomentazione razionale.

I diritti fondamentali sono definiti come diritti umani positivizzati all'interno degli ordinamenti giuridici occidentali. Però, secondo Alexy, i principi del diritto sono norme che ordinano che qualcosa sia realizzato nella misura del possibile, sono mandati di ottimizzazione, cioè norme che possono essere adempiute in misura maggiore o minore a seconda del peso che l'interprete attribuisce loro rispetto ad un principio concorrente. Le regole sono, invece, norme che possono essere adempiute o non adempiute. *Tertium non datur*. La differenza tra le due tipologie risulta manifesta nel differente modo di risolvere i conflitti tra regole e principi. Un conflitto tra regole può essere risolto, secondo Alexy, o introducendo una clausola di eccezione ad una delle due regole ovvero dichiarando invalida una delle due. Il riferimento, implicito, è ai criteri di risoluzione dei conflitti tra norme quali il criterio cronologico, quello gerarchico e quello della specialità, criterio che consente di introdurre un'eccezione non prevista ad una norma valida. Le antinomie tra principi si risolvono, invece, tramite il criterio della ponderazione o del bilanciamento. Quando due principi offrono due soluzioni normative configgenti per la risoluzione del medesimo caso concreto allora uno dei due principi deve cedere di fronte all'altro, deve essere sacrificato. Questo non vuol dire che esso deve essere dichiarato invalido ovvero che un principio introduca una clausola di eccezione all'altro. Bilanciare vuol dire, semplicemente, introdurre una gerarchia assiologica (o relazione di precedenza) tra due principi, cioè indicare le condizioni in presenza delle quali un principio prevale sull'altro. Le condizioni in presenza delle quali un principio precede l'altro costituiscono il presupposto di fatto di una regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prevalente: ad esempio <<Se C, allora R>>. La regola che stabilisce la priorità di un principio sull'altro ha due caratteristiche: è una regola "prima facie" nel senso può perdere il suo carattere definitivo, in quanto è possibile introdurre delle eccezioni il cui numero non è determinato a priori ed è in relazione di precedenza "relativa" soltanto ad alcune delle circostanze in relazioni alle quali i principi possono configgere, perché in presenza di circostanze differenti la gerarchia tra principi può essere invertita. Il bilanciamento deve essere razionalmente giustificato, dunque soggetto ai vincoli di una procedura argomentata razionale, tra cui anche il principio di generalizzabilità. La seconda caratteristica delle regole risultato del bilanciamento tra principi è che essa impone una relazione di precedenza relativa soltanto ad alcuni tra i casi (generici) in relazione ai quali due principi possono configgere perché in presenza di circostanze differenti la gerarchia tra i principi può essere invertita.

Per Maccormick i principi giuridici sono norme generali a cui viene attribuito valore positivi. Egli nega che vi sia una differenza qualitativa tra principi e regole, essendovi una separazione debole. Regole e principi non sono ontologicamente differenti, tuttavia è possibile distinguere i principi dalle regole anche in relazione alla diversa funzione che tali *standards* ricoprono

nell'argomentazione giudiziaria. Per Maccormick l'unico modo di apprezzare le differenze tra regole e principi è quello di sottolineare la loro diversa funzione nella fase dell'interpretazione del diritto. Una stessa norma giuridica può essere sia una regola che un principio a seconda del ruolo che ricopre nell'argomentazione che fonda una decisione giudiziaria determinata. Ogni ordinamento giuridico si basa necessariamente su alcuni principi. Il compito dei principi è, almeno per quanto riguarda l'argomentazione, quello di giustificare e di spiegare le regole giuridiche. Una regola che può essere sussunta sotto un principio è una regola giustificata proprio in relazione al valore positivo riconosciuto al principio. Una regola il cui significato è ambiguo può essere spiegata optando per quell'interpretazione che permette di sussumere tale regola sotto un principio. Nella concezione dei principi giuridici, regole e principi non entrano in gioco alternativamente nella giustificazione di una decisione giudiziaria, ma congiuntamente. Non è possibile sussumere un caso concreto sotto una regola senza ricorrere ai principi che permettono di spiegare tale regola. La vaghezza tipica dei principi impedisce che questi ultimi possano, da soli, fondare una decisione giudiziaria.

Mentre i conflitti tra regole sono risolti mediante i criteri tradizionali di risoluzione delle antinomie (criterio gerarchico, criterio cronologico e criterio di specialità), al contrario le collisioni di principi sono risolte mediante la tecnica argomentativa del bilanciamento. Inoltre, mentre per i conflitti tra regole si tiene conto della loro validità, al contrario, nei conflitti tra i principi, risolti con bilanciamento, si prende come riferimento la dimensione del peso.

Ciò che emerge da queste operazioni è che quando si presenta all'interprete un'antinomia tra norme del tipo totale- totale o del tipo totale- parziale, allora siamo in presenza di un conflitto tra regole, perché in entrambi i casi almeno una delle due alternative è l'eliminazione di una delle due norme in competizione, cioè si tratta di un problema di validità. Se, invece, l'interprete si trova a risolvere un'antinomia parziale- parziale, che non possa essere risolta sulla base dei tradizionali criteri, il cronologico, il gerarchico e ovviamente trattandosi di un'antinomia parziale- parziale, quello della specialità, allora si tratta di un conflitto tra principi, perché qualunque decisione l'interprete assumerà entrambe le norme rimarranno dentro l'ordinamento, trattandosi di una decisione attinente alla dimensione del peso. <<Il peso del principio si esprime nella legge di prevalenza nel senso che un P1 prevale sul principio concorrente P2 sotto una data circostanza C. L'esito di questa relazione concreta di prevalenza è la descrizione di una fattispecie concreta nella forma di una regola R>>.

Le regole sono, per Alexy, l'esito di un bilanciamento tra principi. Risulta evidente come tra principi e regole venga a instaurarsi una <<relazione interna>> tale per cui l'ordinamento giuridico potrebbe essere visto come un insieme piramidale di norme derivate da principi. Viene a stabilirsi

un rapporto tra principi e regole, una relazione simmetrica tra gerarchia materiale e gerarchia assiologica nella misura in cui le regole sono materialmente subordinate ai principi e, al contempo, esprimono un contenuto assiologico in esse riversato dai principi. L'attività del bilanciamento e il peso sottolineano la differenza e la connessione tra principi e norme: da questa relazione Alexy definisce il doppio carattere delle norme dei diritti fondamentali, cioè di norme che sono regole o principi. Se una norma di diritto fondamentale con carattere di principio collide con un principio concorrente, allora la possibilità giuridica della realizzazione della norma di diritto fondamentale dipende dal principio concorrente. Per giungere alla decisione è necessario un bilanciamento nel senso della legge di collisione.

Così come per la proporzionalità anche bilanciamento prevede tre fasi o gradi del processo. Nel primo grado, si deve dichiarare il grado di non realizzazione o di lesione di un principio. A ciò deve seguire, in un secondo passo, l'accertamento dell'importanza della soddisfazione del principio concorrente. Nel terzo momento, infine, si deve constatare se l'importanza della realizzazione del principio concorrente giustifichi la lesione o la non realizzazione dell'altro principio.

La formula del <<peso>> nasce dall'idea di fornire al giudice uno strumento per decidere in concreto la ponderazione di interessi e valori in gioco. Essa intende fornire uno strumento ulteriore per guidare in concreto i giudici; mira a fornire un criterio di ulteriore strutturazione razionale dei giudizi contro decisioni irragionevoli e strategicamente orientate. <<Quanto più alto è il grado di non- realizzazione o di lesione di un principio, tanto più grande deve essere l'importanza della realizzazione dell'altro principio>>. Si presuppone che i principi collidano e che, quindi, un principio sia realizzabile solo a spese dell'altro. Si arriva a collisioni sempre in vista di soluzioni di casi. Ciò che si pone in rapporto attraverso la regola è, pertanto, la lesione di un principio attraverso una determinata soluzione di un caso determinato e l'importanza della realizzazione dell'altro principio nello stesso caso. Questa è la regola del bilanciamento. Secondo la legge del bilanciamento, la misura consentita di non- realizzazione o di lesione di un principio dipende dal grado di importanza di soddisfazione dell'altro. Il peso del principio non è determinabile in sé o in maniera assoluta, ma è relativo, dipendendo dalla soluzione di casi individuali.

CAPITOLO II - *RAPPORTO TRA LE CORTI: ARGOMENTI ERMENEUTICI E COMPARATIVI*

1. RAPPORTO TRA CORTE DI GIUSTIZIA U.E. E CORTE COSTITUZIONALE

Quando si parla di Europa, di integrazione europea si deve necessariamente fare riferimento alla cultura, alla civiltà, ai diritti e ai valori oggetto di integrazione; questi, così come indicato nell'articolo 6.1 TUE, costituiscono il patrimonio costituzionale europeo fondato su differenze e somiglianze. Il cittadino europeo è titolare di situazioni giuridiche soggettive derivanti da diverse fonti che operano in un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali. Ciò, se da un lato contribuisce a dare maggiore tutela al cittadino, dall'altro genera problemi dovuti a diversi fattori quali: la non identica disciplina giuridica per uno stesso diritto; la non identica interpretazione e applicazione di uno stesso diritto. Questi problemi potrebbero essere risolti attraverso un processo di integrazione e di gerarchizzazione tra i diversi ambiti ordinamentali e tra i diversi organi giurisdizionali. Per quanto riguarda l'Italia nel processo di integrazione dobbiamo distinguere diversi ambiti che meritano, ciascuno, una singola trattazione: l'integrazione tra Corte di Giustizia U.E. e la Corte Costituzionale; tra Corte edu e Corte Costituzionale e, infine, tra Corte di Giustizia U.E. e Corte edu. Per quanto attiene al primo rapporto vi è una forte integrazione tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento comunitario dovuto alla presenza dell'articolo 6 del TUE sulla garanzia dei diritti fondamentali. Su questo tema inizialmente la Corte di Giustizia aveva elaborato un catalogo di diritti fondamentali abbastanza esiguo, facendoli rientrare tra i principi generali del diritto comunitario e legandoli essenzialmente alla sfera di libertà di mercato o di attuazione del diritto comunitario. Proprio per questo motivo gli Stati adottarono la tecnica del *self restraint* che permetteva di avere in ambito comunitario la stessa sfera di protezione dei diritti fondamentali garantita dalle Costituzioni nazionali dei singoli Stati appartenenti. Ciò è valso fino al 2000, quando la Corte di Giustizia inizia a cambiare orientamento, inizia a effettuare un controllo penetrante negli ordinamenti dei singoli Stati, anche in riferimento all'interpretazione delle singole Costituzioni, ampliando il suo intervento su qualsiasi atto che rientrasse nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. Sulla base dell'articolo 13 TCE l'Unione può emanare norme in materia di diritti fondamentali, può assumere nuovi compiti e poteri attraverso la clausola di flessibilità (articolo 308) e dal 2000, in seguito alla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., la Corte di Giustizia può ampliare gli strumenti a sua disposizione, includendo non solo la Carta di Nizza, ma anche la Cedu, in vista di un'imminente adesione che permetterà il riconoscimento e

L'unificazione dei diversi diritti fondamentali esistenti e tutelati. Nonostante ciò, le Corti (Corte U.E. e Corte Costituzionale) operano diversamente, innanzitutto perché riconoscono una diversa natura ai diritti fondamentali. La Corte di Lussemburgo è legata alle esigenze di mercato e di economia, mentre la nostra Corte Costituzionale ritiene questi ultimi valori importanti ma non fondamentali, valori che devono costituire oggetto di bilanciamento con gli altri già presenti nell'ordinamento giuridico. Queste divergenze potrebbero essere superate applicando l'articolo 6 TUE anche se, finora, la Corte di Lussemburgo non ne ha fatto molto uso; l'unica sentenza in cui la Corte ha riportato in motivazione questo articolo è la sentenza Hauer¹⁰⁴. Il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni e ai diritti fondamentali si evince anche dal testo dell'articolo II-124.2¹⁰⁵ del Trattato Costituzionale. Inoltre, l'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali (inserito nell'articolo II-113 Trattato Costituzionale), spesso definito come clausola di sussidiarietà analogamente all'articolo 53 Cedu, prevede che nessuna disposizione della Carta debba essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute. Questa clausola permette al cittadino di avere una maggiore tutela in quanto, nel caso in cui la tutela di un diritto fondamentale fosse più ampia rispetto a quella dell'Unione, si applicherebbe tale articolo, inteso come norma speciale derogatoria, al posto dell'articolo I-6 (clausola di supremazia).

Il dialogo tra la Corte di Giustizia e la Corte Costituzionale italiana si basa su due assunti fondamentali: il diritto comunitario si impone sui diritti e sui principi costituzionali e tali diritti e principi devono essere parte delle motivazioni della Corte di Giustizia. Per evitare una totale supremazia del diritto comunitario sul diritto interno e la limitazione di sovranità che ne discende, la nostra Corte Costituzionale, al fine di salvaguardare l'integrità costituzionale, ha elaborato la nozione di principi costituzionali supremi. La presenza di tali principi è riportata in alcune sentenze della Corte a partire dagli anni '60¹⁰⁶ in cui si precisa che, anche se l'ordinamento comunitario è un ordinamento distinto e separato da quello interno e che l'ordinamento italiano ha rinunciato a parte della propria sovranità, tutto questo non deve pregiudicare il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale in quanto questa rientra tra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dall'articolo 2 della Costituzione, diritti che resistono all'ingerenza del diritto comunitario su quello costituzionale. In riferimento a tali diritti sia la Corte costituzionale italiana sia quella tedesca hanno affermato

¹⁰⁴ Sentenza del 13/12/1979 in cui si afferma che «nel diritto comunitario il diritto di proprietà è tutelato alla stregua dei principi comuni alle tradizioni degli Stati membri, recepiti nel Protocollo addizionale alla Cedu».

¹⁰⁵ Tale articolo stabilisce che «laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni».

¹⁰⁶ Corte Cost., n. 98/65.

l'inderogabilità delle norme costituzionali preposte alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana, anche da parte degli atti delle istituzioni europee¹⁰⁷. Qualche anno più tardi con le sentenze Frontini¹⁰⁸ e Granital¹⁰⁹ la Corte, pur affermando il principio della diretta applicabilità del diritto comunitario e del suo primato sul diritto interno, prevede la possibilità che le norme di origine comunitaria potessero derogare le norme di rango costituzionale, riservandosi la possibilità del controllo di costituzionalità sulle leggi di esecuzione di Trattati in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inviolabili della persona umana. Questo perché per la Corte Costituzionale al vertice del nostro ordinamento ci sono dei diritti costituzionali supremi o sovra costituzionali, principi che *<<(forse) sono scritti nelle costituzioni, ma che in qualche modo e in qualche senso stanno sopra gli altri principi costituzionali comuni¹¹⁰>>*. Questa idea è presente nella dottrina maggioritaria e viene ribadita in diverse pronunce, tra cui quella del 1988¹¹¹ in cui si legge che *<<la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (articolo 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza di valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle norme o alle leggi di rango costituzionale sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono di copertura costituzionale data dall'articolo 7, non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale sia quando ha affermato che le leggi di esecuzione del Trattato CEE possono essere assoggettate al sindacato di questa Corte in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana>>*. L'esistenza dei principi costituzionali supremi è frutto dell'attività creativa

¹⁰⁷ Cfr., G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli, Jovene, 2009.

¹⁰⁸ Corte Cost., sent. n. 183/1973.

¹⁰⁹ Corte cost., sentenza n. 170/1984.

¹¹⁰ Cfr., M. TROPER, *La nozione di principio sovraconstituzionale*, in AA. VV., *Analisi e diritto*, 1996. *Ricerche di giurisprudenza analitiche*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1997.

¹¹¹ Corte cost., sentenza n. 1146/1988.

giurisprudenziale dipendente dalle pratiche interpretative e argomentative degli interpreti¹¹². La loro creazione può avvenire al fine di considerare l'importanza, la validità di norme e di principi e al fine di spiegare, di giustificare e di conformare l'interpretazione di altre norme; come *ratio* unificatrice di una serie di altre norme o principi; per riempire clausole in bianco presenti nel testo costituzionale. Nel caso di conflitto tra principi costituzionali, l'attività di bilanciamento ha come effetto quello di dare prevalenza ad un principio sull'altro, a seconda del caso concreto, lasciando che possa configurarsi l'inverso in relazione a altri casi¹¹³. Con la creazione della categoria dei principi sovracostituzionali viene a crearsi, anche in riferimento ai principi e non più solo alle norme, una gerarchia assiologica. Sul punto la dottrina non è concorde: ci sono autori che affermano¹¹⁴, mentre altri negano¹¹⁵, che dalla creazione di tali principi consegua una gerarchia tra gli stessi o, quantomeno, non la stessa gerarchia assiologica che si crea tra le norme¹¹⁶. Tale gerarchia non si rinviene nel testo costituzionale, essendo il risultato dell'attività discrezionale di creazione interpretativa ispirata dai valori etico- politici presenti nella società. La presenza di tali principi è utile per favorire il dialogo tra le Corti in vista non solo di interessi economici, ma della creazione di uno spazio pubblico comune.

2. *RAPPORTO TRA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CORTE COSTITUZIONALE*

Il rapporto tra la Corte di Strasburgo e la Corte Costituzionale italiana è differente rispetto a quello che quest'ultima ha con la Corte di Lussemburgo. Ciò è dipeso da diversi fattori: innanzitutto dal fatto che gli Stati aderenti alla Cedu hanno conservato l'autonomia dei propri ordinamenti rispetto all'ordinamento della Cedu; la Cedu nel nostro Paese è stata ratificata e ha avuto esecuzione

¹¹² Cfr., M. TROPER, *La nozione di principio sovracostituzionale*, cit.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *costituzionalismo.it*, 2006.

¹¹³ Cfr., G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2006,1.

¹¹⁴ Cfr., F. P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Foro italiano*, 1995, V, cc. 153-161.

¹¹⁵ Cfr., F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *costituzionalismo.it*, 2006.

¹¹⁶ Secondo il modello kelseniano l'ordinamento ha una struttura a gradi e quindi le norme sono poste tra loro in posizione gerarchica creando diversi tipi di gerarchie: gerarchia strutturale, materiale e assiologica. Quest'ultimo modello di gerarchia giustifica l'interpretazione adeguatrice.

attraverso una legge ordinaria e, di conseguenza, le sue norme non hanno efficacia prevalente rispetto alle norme costituzionali interne; manca un dialogo diretto tra i giudici appartenenti alle due Corti non essendo previsto lo strumento del rinvio pregiudiziale¹¹⁷. La Corte di Strasburgo, a norma dell'articolo 46 Cedu, ha il compito di valutare se vi è stata o meno violazione da parte di uno Stato di un diritto da essa tutelato; di conseguenza valuta il comportamento degli Stati non incidendo con poteri di annullamento sugli atti (provvedimenti o sentenze) dei giudici interni. Questo perché la Corte edu ha come obiettivo primario quello di garantire un ordine pubblico europeo¹¹⁸ sulla base del principio di sussidiarietà. Nella valutazione del comportamento di uno Stato può prevedere, in caso di violazione di un diritto o di una libertà fondamentali, che quest'ultimo provveda a pagare alla parte un'equa soddisfazione¹¹⁹. Nel suo operare come giudice dei diritti fondamentali, la Corte edu effettua un bilanciamento tra i diritti e i valori circa la personalità e la dignità dell'uomo: ciò è quanto riportato nelle motivazioni delle sue sentenze, una tra tante, la sentenza Pretty del 29/04/02 circa un caso di eutanasia nella forma del suicidio assistito. Nel caso di specie la ricorrente lamentava la violazione da parte della legge inglese degli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) Cedu. La Corte, in questo caso, si è trovata costretta a effettuare un bilanciamento tra quanto previsto dall'articolo 8 Cedu e l'interesse generale dei malati terminali, psicologicamente vulnerabili, per evitare un abuso di questa forma di fine vita. Con il passare del tempo la garanzia dei diritti della Cedu sta aumentando sempre più: ciò è dovuto al fatto che la Corte di Lussemburgo garantisce il rispetto dei diritti garantiti dalla Cedu riconoscendoli come principi generali del diritto comunitario, così come stabilito dall'articolo 6 n. 2 e dall'articolo 46 lettera d TUE. Ne deriva che i diritti tutelati e garantiti dalla Cedu rientrano a

¹¹⁷ L'Italia ha sottoscritto, ma non ha ancora ratificato, il Protocollo n. 16 Cedu, il quale dà la possibilità ai giudici nazionali di richiedere alla Corte di Strasburgo pareri consultivi, meramente facoltativi, sulle questioni relative all'interpretazione all'applicazione dei diritti e delle libertà contenuti nella Convenzione e nei Protocolli, per cause pendenti dinanzi alle autorità richiedenti, che dovranno chiarire il contesto giuridico e fattuale della causa stessa. La richiesta di parere viene accolta o meno su decisione di 5 giudici, l'eventuale rigetto viene motivato, mentre in seguito all'accoglimento della richiesta sarà la Grande Camera a emettere il parere. Il parere deve essere motivato e, in caso di opinione discordante, questa deve essere allegata. Le Corti di ultima istanza possono rivolgersi in via pregiudiziale alla Cedu, in modo che la Corte possa chiarire il significato delle disposizioni della Convenzione, possa garantire una maggiore diffusione della sua giurisprudenza e possa essere di aiuto agli Stati per evitare future violazioni. La ratio di questo istituto è quella di fornire agli Stati dei mezzi necessari per evitare l'intervento dei giudici sovranazionali successivamente all'esaurimento delle vie di ricorso interne. Il Protocollo entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui almeno 10 tra le Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso ad essere vincolate da tale Protocollo; in A. COSTAGLIELLA, *Il giudice nazionale potrà chiedere pareri sull'interpretazione sull'applicazione delle disposizioni della Cedu*, in *Normativa europea*, 2013.

¹¹⁸ Corte dir. Uomo, ric. n. 788/60 del 11/11/61, Austria c. Italia, ric. n. 15318/89 del 30/01/98, Loizidou c. Turchia.

¹¹⁹ Articolo 46 Cedu.

pieno titolo nel diritto comunitario. A tal riguardo si sono evidenziate differenti vedute in dottrina e in giurisprudenza¹²⁰, contrapposizioni tra chi ritiene che nel nostro Paese la Cedu sia integrata come legge ordinaria e chi, invece, ritiene un problema ancora aperto il ruolo e il rango della Cedu nel nostro ordinamento, anche alla luce del nuovo testo dell'articolo 117 della Costituzione, facendo sì che la Cedu acquisti se non il valore di diritto comunitario quello di norma interposta nel giudizio di costituzionalità della legge. Secondo alcuni autori le norme Cedu avrebbero un valore gerarchicamente inferiore¹²¹ rispetto a quelle comunitarie ed internazionali; questo orientamento lo si ritrova anche nella Legge Loggia¹²² che, all'articolo 1 comma 1, prevede che le limitazioni alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni possano derivare solo dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (richiamate dall'articolo 10 Cost.), da accordi di reciproca limitazione di sovranità (richiamate dall'art. 11 Cost.), dall'ordinamento comunitario e dai Trattati internazionali. A prescindere dal rango e dalla classificazione data alle norme Cedu, non si può non riconoscere il loro ruolo sempre più incisivo nei singoli ordinamenti degli Stati aderenti e ratificanti la Cedu, permettendo a quest'ultima, in alcuni casi, di agire sulla base delle proprie norme disapplicando quelle interne con essa contrastanti.

3. *RAPPORTO TRA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CORTE DI GIUSTIZIA U.E.*

Il rapporto tra l'ordinamento comunitario e la Cedu, tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo si caratterizza per il fatto di essere un rapporto di coordinamento e di armonizzazione. Una testimonianza di ciò è data dal Trattato Costituzionale, il quale ha ribadito che la Corte di Lussemburgo è giudice dei diritti fondamentali così come la Corte di Strasburgo deve giudicare del rispetto o meno degli articoli della Convenzione da parte dell'U.E. e dei suoi organi. In base all'articolo 6 TUE la Corte di Giustizia applica la Cedu facendo sì che le norme edue si inseriscano nel diritto comunitario con valenza di principi generali: sarebbe, quindi, più corretto affermare che la Corte di Giustizia applica i principi generali ricavati dalle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le due Corti operano in maniera differente e tale differenza è facile cogliere dalla lettura delle rispettive sentenze redatte secondo metodi e stili diversi.

¹²⁰ Corte di Cass., Sez. Unite civili, sent. 26/01/04 n. 1339.

¹²¹ Corte di Cass., Sez. Tributaria, sent. 10/12/2002 n. 17564.

¹²² L. del 05/06/2003 n. 131.

Mentre le sentenze della Corte di Giustizia, se contengono un principio, hanno un effetto in base all'articolo 11 della Costituzione e se rese in sede di rinvio pregiudiziale hanno vincolatività *ultra partes*, le sentenze della Corte di Strasburgo hanno un contenuto più ampio rispetto alla singola causa perché individuano misure per ripristinare la situazione precedente alla violazione e le misure generali per rimuovere le cause delle violazioni riscontrate.

La mancanza di un rapporto gerarchico tra le Corti potrebbe portare ad avere un conflitto tra le rispettive sentenze, nonché conflitti interpretativi. Quest'ultimo profilo può essere ovviato applicando il Preambolo¹²³ della Carta dei diritti fondamentali, il quale, se inserito nel Trattato Costituzionale, acquisterà valore normativo vincolando la Corte di Lussemburgo ad interpretare le norme Cedu in base alla giurisprudenza elaborata dalla Corte edu. Questo orientamento è racchiuso nell'articolo II-112 del Trattato il quale afferma che i giudici dell'Unione devono prendere in considerazione le spiegazioni elaborate e gli orientamenti per l'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali. Il fatto che la Corte di Lussemburgo sia giudice dei diritti fondamentali non estende le sue competenze, ossia giudica sui diritti fondamentali nell'ambito delle competenze della CE e dell'U.E. derivanti dal Trattato istitutivo: ciò è presente nell'articolo 46 TUE, nell'articolo 51.2 della Carta di Nizza e nell'articolo II-111.2 del Trattato Costituzionale.

Al fine di evitare contrasti sulle interpretazioni fornite dagli organi europei, l'articolo 52, paragrafo 3, prevede che il significato e la portata dei diritti della Carta, che corrispondono a quelli tutelati dalla Cedu, sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione (principio di equivalenza). Per garantire coerenza e omogeneità il giudice europeo dovrà aderire ai parametri minimi utilizzati dal giudice di Strasburgo. Per la tutela dei diritti fondamentali si dovrà fare riferimento non solo a quanto contenuto nella Carta Ue e nella Convenzione, ma anche alla giurisprudenza della Corte Edu, fonte di diritto vivente. A norma dell'articolo 53 (clausola di compatibilità) nel rapporto tra le parti il giudice dovrà valutare il grado di tutela apprestato da ciascuna fonte applicando quella che conferisce una maggiore tutela dei diritti in relazione alla fattispecie concreta. Ulteriore differenza tra le Corti è ravvisabile nella modalità di accesso alle stesse: alla Corte edu possono ricorrere tutti i cittadini personalmente purché abbiano esaurito tutte le vie di ricorso interne, così come prescritto dagli articoli 34 e 35 Cedu; alla Corte di Lussemburgo possono accedere solo le persone, fisiche e giuridiche, contro atti che le riguardano direttamente e individualmente (art. 230.4 TCE) negando

¹²³ I diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo.

alle parti la possibilità di impugnare gli atti che si pongano come lesivi dei loro diritti. È interessante notare che ci siano diversità di opinioni; nel 2002 con la sentenza *Jégo-Quéré*¹²⁴ sembra essersi avuto un cambiamento giurisprudenziale che permetteva alle persone pregiudicate in modo certo ed attuale di proporre ricorso di annullamento in base agli articoli 6 e 13 Cedu nonché l'articolo 47 Carta di Nizza in riferimento a un ricorso effettivo. Qualche mese più tardi, nel luglio dello stesso anno, con sentenza *Unión De Peque os Agricultores*¹²⁵ e poi dopo due anni con quella *Commissione c. Jégo-Quéré* si è tornati ad un'interpretazione restrittiva dell'articolo 230 TCE, anche se l'articolo III-365 del Trattato Costituzionale (che sostituisce il precedente articolo citato) prevede che ogni persona possa ricorrere «contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente e che non comportino misure di esecuzione». Altra differenza si ha in merito alle sentenze: sia le sentenze che i regolamenti comunitari hanno un effetto diretto e prevalente negli ordinamenti degli Stati membri dovuto al fatto che tra la Corte di Lussemburgo e la nostra Corte Costituzionale vi è un rapporto di cooperazione e la possibilità per il giudice comunitario di incidere sulle decisioni dei giudici nazionali.

L'articolo I-9.2 del Trattato Costituzionale prevede l'adesione dell'U.E. alla Cedu, riconoscendo ai giudici di Strasburgo la possibilità di sindacare gli atti CE che si pongano come lesivi dei diritti tutelati dalla CEDU. In questi casi, come ribadito dalla Corte di Strasburgo in diverse sentenze¹²⁶, lo Stato che pone in essere l'atto lesivo non può giustificarlo invocando l'esistenza di un accordo internazionale: lo Stato deve assolvere alle obbligazioni concluse con accordi, ma, se successivamente conclude accordi internazionali che non gli permettono di assolvere ai precedenti obblighi, è comunque responsabile delle violazioni poste in essere. Inoltre, la Corte di Strasburgo non effettua un controllo sugli organi della CE purchè essi riconoscano i diritti fondamentali e controllino sul loro effettivo rispetto. Questo orientamento della protezione per equivalente è ribadito nella sentenza *Solange II* del 22/10/86 in riferimento, però, ai rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale in materia di diritti fondamentali. Si deve tener presente il rapporto tra diritto comunitario e la CEDU: mentre il diritto comunitario deve essere interpretato e applicato in maniera uniforme in tutti gli Stati membri per motivi di certezza, di uniformità e di ordine pubblico europeo, la Cedu svolge un ruolo di ordine pubblico sussidiario, prevedendo che ogni Stato adotti un livello minimo di tutela nei confronti dei diritti e delle libertà garantiti dalla

¹²⁴ Tribunale di prima istanza Ce, sentenza *Jégo-Quéré e Ciesa c. Commissione* (T- 177/01) del 30/05/2002.

¹²⁵ Corte di Giustizia, 25 luglio 2002, C- 50/00, *Unión De Pasque os Agricultores c. Consiglio UE e Commissione UE*.

¹²⁶ Sentenze *Tête c. Francia*, ric. n. 11123/84 del 09/12/87; *Waite e Kennedy c. Germania*, ric. n. 26083/94; *Matthews c. Regno Unito*, ric. n. 24833 del 18/02/1999; T. I. C. c. *Regno Unito*, ric. n. 43844/98 del 07/03/02.

Convenzione, lasciando liberi gli Stati di accordare anche un livello di garanzia superiore. Quindi, mentre nel diritto comunitario la protezione per equivalente deve essere riconoscibile in generale, nel rapporto tra diritto comunitario e Cedu deve esserci un livello minimo di protezione che deve essere oggetto di controllo da parte del giudice di Strasburgo in riferimento al singolo caso che gli viene sottoposto. Tutto questo rende difficile e delicato il rapporto tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo creando disagi ai giudici nazionali che, in determinate situazioni, devono fare una scelta di «fedeltà»: o adire alla Cedu e violare il diritto comunitario o non applicare quest'ultimo violando la Cedu. Tutti questi inconvenienti potrebbero trovare soluzione con l'adesione dell'U.E. alla Cedu e con il Trattato costituzionale; ciò si tradurrebbe in un vantaggio per i cittadini, che si sostanzia in una maggiore certezza dei loro diritti fondamentali riconosciuti e garantiti allo stesso modo in tutti gli Stati aderenti, eliminando così il doppio *standard*. Dal punto di vista strutturale e organizzativo un giudice comunitario potrebbe prendere parte dell'organico della Corte edu, essendo parte nei giudizi contro l'U.E., secondo quanto previsto dagli articoli 20, 22, 27.2 CEDU, e favorendo una maggiore armonizzazione tra le norme Cedu e quelle comunitarie. Passando agli svantaggi, sicuramente la Corte di Strasburgo non avrà un ruolo di superiorità nei confronti della Corte di Lussemburgo, così come le sentenze della Corte edu saranno vincolanti per la Corte U.E., come previsto dall'articolo 46 CEDU, ma non potranno invalidare né gli atti né le sentenze dell'U.E.

4. I DIVERSI LIVELLI DI PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI E I CRITERI DI COORDINAMENTO

Il livello di protezione dei diritti fondamentali nel rapporto tra le due Corti (Strasburgo e Lussemburgo) deve avvenire in modo sussidiario, ossia secondo un *minimum standards* procedendo via via da ambiti generali a ambiti specifici. Il rapporto che si viene a creare è, così, un rapporto dal superiore all'inferiore, inteso non secondo una scala gerarchica, ma sulla base di una maggiore o minore estensione del livello di tutela effettivamente garantito da uno Stato. Ciò comporta che l'ordinamento più esteso vigila sul rispetto dei diritti fondamentali degli ordinamenti inferiori, restando questi ultimi liberi di accordare a un determinato diritto un livello di tutela maggiore, che soddisfi la maggioranza degli interessi dei suoi cittadini. Questo modello di sistema presuppone che tra i vari Stati vi sia un rapporto circolare, di coordinamento tra gli organi giurisdizionali per far sì che si possa garantire la più ampia tutela dei diritti fondamentali. La Corte edu si pone, in questo

schema, come garante dell'ordine pubblico europeo in materia di diritti fondamentali, secondo un *minimum standard*, lasciando liberi gli Stati membri e l'U.E. di garantire un livello più ampio di tutela, come previsto dall'articolo 53 CEDU. L'ordine pubblico europeo viene, così, ad essere garantito da una Corte esterna, imparziale rispetto ai singoli ordinamenti, che possa giudicare nel miglior modo possibile circa una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A sua volta, l'U.E., oltre a assicurare l'effettivo rispetto delle norme Cedu, può provvedere a estendere il livello di tutela, previsto per alcuni diritti, alla garanzia di ulteriori diritti tra cui i diritti sociali previsti dalla Carta di Nizza o dal Trattato Costituzionale o i nuovi diritti frutto del progresso scientifico, culturale e storico. Sulla base di queste differenze si può affermare che la Corte di Strasburgo ha un ruolo negativo, ossia di garanzia di un livello minimo di tutela, mentre la Corte di Lussemburgo un ruolo positivo dal momento che può estendere il livello di tutela, provvedere all'effettiva realizzazione e implementazione di nuovi diritti. Ciò deve avvenire sulla base della clausola di sussidiarietà prevista dall'articolo 53 Carta di Nizza e dall'articolo II-113 Trattato Costituzionale, derogando così, in materia di diritti fondamentali, al principio di uniformità e di prevalenza del diritto dell'U.E. La Corte di Giustizia svolge un ruolo penetrante circa il rispetto dei diritti fondamentali attraverso due tipi di controllo sugli atti: un controllo diretto sugli atti emanati dagli organi e dalle istituzioni dell'U.E., concretizzantesi nel potere di annullamento, e un controllo indiretto tramite la pregiudiziale comunitaria per atti incompatibili con la sfera di tutela accordata a tali diritti. Per quanto attiene al rapporto tra U.E. e Costituzione non bisogna tralasciare il fatto che l'U.E., in virtù dei principi di riserva di sovranità e della teoria dei controlimiti, non può giudicare sui principi fondamentali su cui si ispira la Costituzione, in quanto principi essenziali ma soprattutto inderogabili. Spetta alla Corte Costituzionale vigilare sul rispetto di questi principi, nonché sui diritti fondamentali, sulle leggi di ratifica degli atti dell'U.E. e sugli atti derivati; quest'ultimo aspetto è ribadito nella sentenza n. 232/89 e successivamente nella sentenza 168/91¹²⁷. Alla Corte di Lussemburgo spetta giudicare delle leggi e degli atti di esecuzione con cui gli Stati esercitano il loro potere discrezionale, ma non solo, in quanto il loro giudizio si estende anche sugli atti di competenza concorrente¹²⁸, sugli atti relativi ai diritti garantiti dalle rispettive Costituzioni, sugli atti garantiti dall'U.E., sugli atti che prevedono un livello maggiore di tutela rispetto a quello garantito dall'U.E. frutto di scelte autonome e discrezionali dei singoli Stati.

¹²⁷ Da queste sentenze si evince che il controllo esercitato dalla Corte Costituzionale circa il rispetto dei controlimiti costituzionali può essere svolto sia attraverso il giudicato delle leggi di esecuzione dei Trattati sia sulla specifica norma del Trattato su cui si fonda l'atto derivato.

¹²⁸ Articolo I- 11.2 Trattato costituzionale.

5. ARGOMENTI ERMENEUTICI E COMPARATIVI DEI GIUDICI DELLA CORTE EDU

La Corte europea dei diritti dell'uomo, quale garante dell'ordine pubblico europeo, nelle sue attività di tutela e di interpretazione dei diritti fondamentali ricorre spesso all'utilizzo degli argomenti comparativi, richiamando la legislazione e le prassi nazionali, di organizzazioni sovranazionali ed internazionali, a un'analisi comparata delle normative, delle prassi e delle esperienze nazionali. Il sistema di controllo, posto in essere dalla Cedu, ha carattere sussidiario¹²⁹ e complementare rispetto agli ordinamenti nazionali; di conseguenza spetterà in primo luogo ai singoli Stati garantire la tutela dei diritti fondamentali restando alla Corte edu il compito di intervenire nel caso in cui le misure poste in essere si rivelino inefficaci. Nel suo intervento la Corte dovrà tener conto delle peculiarità giuridiche e di fatto che caratterizzano la vita della società nello Stato interessato, interpretando l'intero complesso normativo e individuando al suo interno i principi e i diritti da essa proclamati. Nel fare ciò, la Corte si pone come mediatrice tra l'interpretazione dei diritti fondamentali contenuti nella Convenzione e il riconoscimento delle diversità di tradizioni e di culture dei singoli Stati aderenti: la Corte elabora il concetto di «società democratica» intendendo non solo il contesto sociale in cui viene ad aversi la limitazione dei diritti, ma anche l'insieme dei valori e dei principi espressivi di quel determinato contesto. Tale nozione è il luogo in cui la Corte svolge la sua attività interpretativa nel dialogo tra gli Stati, attività che non si sostanzia solamente nel riconoscimento di determinati diritti e principi presenti nell'ordinamento del singolo Stato, ma che porta appunto alla formazione della «società democratica» attraverso gli strumenti del margine di apprezzamento¹³⁰ concesso agli Stati, cui lascia un'area di insindacabilità circa la valutazione delle peculiarità locali. Gli Stati possono adottare delle decisioni per la tutela di un fine garantito dalla Convenzione e del ricorso all'interpretazione evolutiva che permette al testo della Convenzione di adattarsi allo sviluppo della società, il formarsi di nuove tradizioni e la nascita di nuovi diritti. L'adozione di tali strumenti fa sì che il contenuto della Convenzione sia dinamico. La Corte, con l'utilizzo

¹²⁹ Fino alla metà degli anni Settanta la Corte e la Commissione Edu, in riferimento alla libertà degli Stati di interpretare e applicare la Convenzione, hanno elaborato un insieme di regole ispirate alle situazioni di emergenza contenute nell'articolo 15 Cedu, §1: "in caso di guerra o di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richiama e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale". Il maggior margine di apprezzamento lasciato alle autorità nazionali era per la loro capacità di valutare meglio quanto avveniva sul piano nazionale; esse potevano giudicare fino a che punto le situazioni di emergenza giustificassero delle limitazioni dei diritti fondamentali. A partire dagli anni Settanta la Corte ha iniziato a giudicare sempre sui ricorsi che non avevano ad oggetto l'articolo 15 Cedu utilizzando il margine di apprezzamento anche in relazione agli altri diritti e al principio di non discriminazione contenuto nell'articolo 14.

¹³⁰ Cfr., F. DONATI- P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA. VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea- A. Spadaro- L. Ventura, Giappichelli, Torino, 2003.

dell'argomento comparativo, può prendere atto delle diversità normative e rielaborarle per renderle compatibili con il contenuto della Convenzione, valutando l'impatto che una certa decisione può avere in un determinato contesto, segnando il passaggio da uno spazio normativo, in cui la Corte da una molteplicità di soluzioni possibili elabora un unico criterio, ad uno spazio eterogeneo, in cui la tutela messa in campo dalla Corte convive con la pluralità di situazioni possibili. L'argomento comparativo, quindi, serve alla Corte per individuare principi e regole di giudizio ai fini di un equilibrio nel caso specifico, equilibrio tra le pretese individuali e gli interessi di ordine pubblico. Le disposizioni contenute nella Cedu sono contrassegnate da una maggiore neutralità contenutistica rispetto alle norme degli ordinamenti nazionali; per questo motivo queste ultime fungono da fonti per riempire di contenuti molte delle disposizioni vaghe della Cedu. Esse rappresentano dei «quadri argomentativi aperti che interagiscono con una serie di principi giuridici e giuridico- costituzionali e contribuiscono a colorare il significato dei diritti più di quanto possa fare il metodo sistematico o quello storico¹³¹». Proprio per il carattere *open- textured* delle disposizioni Cedu, e non come disposizioni a contenuto predeterminato, si può affermare che la Convenzione è un ordinamento ermeneutico e contestuale con caratteristiche evolutive e adattative, le cui disposizioni presentano un linguaggio indeterminato. «In società caratterizzate da momenti di conflittualità e di indeterminatezza degli stessi principi giuridici, l'attenzione del giurista si sposta dall'esegesi della singola disposizione verso un'ermeneutica più complessa, diretta a evidenziare i contenuti di principio che si fanno valere da parte della giurisprudenza e della legislazione, verso uno studio della dialettica delle argomentazioni che possono sorreggere il riconoscimento di alcuni principi giuridici¹³²». Il significato e l'interpretazione delle disposizioni Cedu non vengono posti in maniera granitica secondo un'interpretazione sistematica del testo, ma sono oggetto di eterointegrazione¹³³ grazie all'utilizzo dell'argomento comparativo dei diversi valori e principi. Molti autori sono critici sul punto, in quanto valutano negativamente il fatto che il contenuto delle disposizioni Cedu possa riempirsi facendo riferimento alle normative nazionali ed internazionali. Inoltre, la Corte deve valutare il ruolo e le reazioni degli Stati membri, deve garantire una tutela oggettiva dei diritti e delle libertà fondamentali, mantenendo uno *standard* di razionalità e di prevedibilità delle proprie

¹³¹ Cfr., G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, Jovene Editore, 2011, p. 125.

¹³² Cfr., A.A. CERVATI, *In tema di percorsi per il riconoscimento del diritto costituzionale*, in ID, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 125.

¹³³ La Corte di Strasburgo opera secondo un approccio ermeneutico valorizzare e equitativo che si presta a quello che E. Betti definisce un'esigenza di eterointegrazione tramite un apprezzamento di equità. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2 edizione, a cura di G. CRIFO', Milano, Giuffrè, 1971.

decisioni. La presenza di tali caratteristiche consente di affermare che la giurisprudenza Cedu è atipica rispetto a quella degli ordinamenti interni ed internazionali, in quanto la Corte deve giudicare sulla violazione dei diritti fondamentali prendendo in riferimento un quadro normativo più ampio rispetto al singolo ordinamento, valutando caso per caso le pretese fatte valere dai ricorrenti nel contesto in cui la violazione è avvenuta e, quindi, valutando la ricaduta degli effetti della propria decisione. Quest'ultima sarà il frutto di diverse valutazioni, quali la sicurezza nazionale, la protezione dell'ordine, della salute, della pubblica sicurezza, della morale. L'oggetto della sua decisione non è solo la qualificazione, secondo un ragionamento sillogistico della violazione, ma la ricaduta degli effetti della decisione nel contesto storico, politico, sociale, economico e culturale delle singole realtà nazionali alla luce dei valori che ispirano l'ordine pubblico europeo dei diritti fondamentali. L'argomento comparativo è, quindi, legato al cosiddetto *consensus standard* che si ottiene sulla base delle diverse valutazioni effettuate dai giudici per individuare la regola di giudizio da applicare al caso di specie; tali regole si basano sull'esame del testo della Convenzione e il contesto dell'ordinamento nazionale in cui la decisione produrrà i suoi effetti. Per giungere alle sue decisioni la Corte si trova a dover effettuare tra i vari diritti un bilanciamento tra la sfera morale e quella dell'ordine pubblico europeo affermando la priorità di un certo diritto, cui attribuire un peso maggiore rispetto a quello concorrente, facendo tesoro delle diversità e delle affinità dei diversi ordinamenti, interpretandoli e calandosi nella realtà locale. Il diritto comparato, quindi, è alla base del ragionamento giuridico della Corte ed, ha carattere di norma di mediazione, di regola di riconoscimento per risolvere il conflitto tra interessi individuali e interessi collettivi, tra identità e pluralità in materia di diritti fondamentali. <<L'affidamento al diritto comparato come evolutive *consensus standard* rappresenta una tecnica di giudizio cui la Corte fa riferimento [...] l'elaborazione di uno standard comune legato al consenso europeo si fonda su un uso cauto e prudente della comparazione, sia perché attento a considerare adeguatamente la rivendicazione in concreto e la connessa gravità della violazione, sia perché strategicamente consapevole che l'unificazione non può essere fatta discendere solamente da un arbitrio interpretativo, ma deve essere accompagnata e sostenuta da altre componenti del giudizio, così che un ruolo più attivo dei giudici di Strasburgo appare nel complesso maggiormente giustificato agli occhi degli Stati contraenti¹³⁴>>. Dall'evoluzione giurisprudenziale della Corte ed si evince che l'utilizzo del margine di apprezzamento è legato alla valutazione di tre elementi: delle dinamiche legate all'assenza, alla presenza o all'insorgere del consenso europeo ricavato dalla comparazione tra i

¹³⁴ Cfr., G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, cit. pp. 144-145.

diversi ordinamenti (interpretazione consensuale e/o evolutiva); delle peculiarità e della natura del diritto tutelato; del rapporto di proporzionalità tra la misura restrittiva di un diritto e la finalità legittima da proteggere. La considerazione di questi elementi, da parte della Corte, non sfocia in una costruzione gerarchica tra gli stessi in base alla quale ricercare un consenso comune, ma nella valutazione di soluzioni possibili e condivisibili nei diversi Paesi, conservando e mantenendo le rispettive diversità delle soluzioni accettabili.

Il dinamismo che caratterizza l'attività interpretativa della Corte non è arbitrio interpretativo: essa deve relativizzare il testo normativo, ricorrendo alla comparazione sia per introdurre nuovi significati sia per selezionare tra i diversi significati possibili quelli più pertinenti al caso specifico. E' il caso dell'articolo 8 Cedu che, letto con l'aggiunta di margini di flessibilità quali la natura del soggetto leso e/o del soggetto che viene in questione, il rispetto del principio di proporzionalità, che ha mutato la consistenza della regola, ha assunto le sembianze di un precedente giudiziario da interpretare: questo permette alla Corte di discostarsi dall'interpretazione data a quest'articolo fino a quel momento in vista della nascita e dell'elaborazione di nuovi diritti e del formarsi di nuove opinioni contrarie. L'utilizzo dell'argomento comparativo fa sì che le norme della Convenzione vengano intese come regole inserite in un quadro più ampio rispetto all'interpretazione letterale e sistematica, regole che si pongono come precedenti il cui contenuto si arricchisce di nuovi significati al mutare dei quadri di riferimento. Il criterio di corrispondenza dei significati, che è alla base del metodo comparativo, non si basa su una corrispondenza formale tra gli stessi, ma va alla ricerca di condizioni sociali, culturali e storiche: ciò segna il passaggio dall'analogia formale, che si basa sull'eshaustività del linguaggio delle norme poste in essere dal legislatore, ad un'analogia argomentativa che valuta comparativamente le diverse soluzioni, scartando quelle inappropriate o non opportune per il caso specifico. Dall'utilizzo che la Corte fa dell'argomento comparativo si evince che questo debba avere il consenso dell'uditorio per dare certezza alle sue decisioni. Il criterio scelto sarà quello della rilevanza e non quello della corrispondenza.

6. ARGOMENTI ERMENEUTICI E COMPARATIVI DEI GIUDICI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

Per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali la Corte di Giustizia segue un percorso diverso rispetto a quello della Corte edu, ciò si riflette anche sull'utilizzo dell'argomento comparativo. Come si sa, inizialmente tra le funzioni svolte dalla Comunità non vi era la tutela dei diritti fondamentali e, quando la Corte doveva giudicare sulla violazione di tali diritti ad opera di atti

comunitari o nazionali, lo ha fatto facendo rientrare tali diritti nella categoria dei principi generali del diritto comunitario inseriti in un vario *corpus* normativo in cui rientrano le tradizioni costituzionali comuni, gli strumenti internazionali di tutela degli Stati membri e la Cedu. Tali principi generali, in assenza di un catalogo dei diritti, si ricavano dall'attività di interpretazione e di cooperazione tra le tradizioni costituzionali comuni, permettendo un'integrazione ordinamentale, fermo restando l'autonomia e la prevalenza della Comunità rispetto agli ordinamenti nazionali. Questo è un aspetto che differenzia le due Corti: mentre la Corte di Strasburgo agisce in maniera sussidiaria e complementare per la tutela dei diritti fondamentali, concependo le norme con questo contenuto norme a carattere aperto la cui interpretazione e comparazione teneva in forte considerazione le tradizioni nazionali, la Corte di Lussemburgo riuniva a sé le tradizioni nazionali per colmare l'assenza di un catalogo scritto di diritti e di principi da tutelare. Proprio a causa della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno la Corte, con l'attività interpretativa e comparativa, elaborava principi uniformi da affiancare alle norme contenute nei Trattati istitutivi: le tradizioni costituzionali comuni assolvevano il compito di colmare le lacune e di integrare l'ordinamento comunitario garantendo, così, la tutela dei diritti fondamentali. Questi fanno ingresso nel sistema comunitario in seguito sia all'attività interpretativa posta in essere dai giudici comunitari secondo una visione dinamica e circolare delle tradizioni costituzionali comuni sia alla recezione dell'ordinamento comunitario dei principi posti a loro tutela¹³⁵. Di conseguenza le tradizioni costituzionali comuni costituivano le basi dell'ordinamento comunitario¹³⁶: ciò ha contribuito alla formazione di un *corpus* di regole e di principi, quei principi generali che, in mancanza di norme scritte, hanno orientato l'attività interpretativa e applicativa del diritto comunitario. E' così che rientrano nel contenuto del Trattati diversi principi generali quali: la certezza del diritto; la tutela dell'affidamento; la garanzia dei diritti quesiti; la legalità dell'amministrazione; il divieto di doppia sanzione (*ne bis in idem*) e la non retroattività. Tali principi e valori, presenti nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, una volta recepiti dalla

¹³⁵ L'attenzione al diritto comparato è stata ricondotta, inizialmente, all'articolo 164 del Trattato CEE (oggi articolo 19 TUE), ma anche all'articolo 215, comma 2, TCEE (oggi articolo 340 TFUE). Dal primo articolo si evince che la Corte è tenuta a garantire l'osservanza del diritto, mentre dal secondo si prevede che la responsabilità extracontrattuale della Comunità è disciplinata nel rispetto dei principi generali comuni al diritto degli Stati membri.

¹³⁶ Cfr., G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, cit., p. 211 in cui l'autore afferma che "La primissima fase della giurisprudenza comunitaria, quella che va dall'istituzione della Corte alla metà degli anni Sessanta, conosce, grazie al contributo di due avvocati generali Karl Roemer e Maurice Lagrange, un'intensa attività di elaborazione di principi comuni desunti a partire dall'analisi comparativa degli ordinamenti nazionali, grazie alla quale vengono proiettati a livello sovranazionale alcuni istituti classici di diritto amministrativo nazionale, come l'eccesso di potere, la colpa di servizio o il principio del risarcimento nel rapporto di impiego pubblico.

Corte assicuravano il rispetto del diritto¹³⁷ e contribuivano a far sì che la Comunità europea fosse una comunità di diritto. Le prime pronunce in ambito comunitario dei diritti fondamentali possono farsi risalire a cavallo degli anni '60 e '70, anni in cui la Corte, pur mantenendo la struttura esterna delle precedenti decisioni, ossia l'estrema esclusività dell'esame comparato, la stringatezza nell'elaborazione dei principi e l'inesistenza sulla loro natura originariamente comunitaria, cambia il modo di conciliare le tradizioni comuni con il principio di autonomia del diritto comunitario. Ciò è testimoniato da tre celebri sentenze: *Satuder, Internationale Handelsgesellschaft, Nold*. Nella prima il ricorrente lamenta la violazione del principio della dignità umana garantito dall'articolo 1 della Legge Fondamentale tedesca: la Corte, per la prima volta, afferma che i diritti fondamentali fanno parte dell'ordinamento comunitario in quanto principi generali; nella seconda¹³⁸ si legge che la salvaguardia dei principi fondamentali «è informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» unita alla constatazione secondo cui tale salvaguardia deve avvenire entro «l'ambito della struttura e della finalità della Comunità»; nella terza viene affermato che i «diritti garantiti a livello nazionale incontrano delle limitazioni corrispondenti a delle finalità di interesse pubblico e che queste ultime, a livello sovranazionale, non possono che coincidere con gli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità». Dalla lettura di queste sentenze si evince che la Corte, partendo dalle tradizioni comuni, cerca delle soluzioni che possano inserirsi nel diritto comunitario senza creare conflitti con i principi interni degli Stati e che si armonizzino ed integrino con i bisogni comunitari. In questa fase la Corte ha come obiettivo la formazione di un ordine istituzionale che, partendo dalle tradizioni costituzionali comuni, sia funzionale agli obiettivi della Comunità e sia fonte di legittimazione per la tutela dei diritti fondamentali, diritti che assumono il valore di diritti- principi collegati agli scopi perseguiti dalla Comunità¹³⁹. Dalle pronunce degli anni '80 in poi si evince come la Corte utilizzi l'argomento comparativo in funzione di orientamento degli obiettivi comunitari al rispetto di una serie di garanzie tra cui quella dell'ordine processuale. A partire dagli anni '90 il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni si affianca sempre più spesso al richiamo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla giurisprudenza Cedu. Con l'entrata in vigore dell'articolo 6, comma 2, TUE la Convenzione ha assunto sempre più un ruolo importante per la ricerca di quei principi di tutela condivisi dagli Stati membri, i quali permettono anche un

¹³⁷ Diversi autori hanno notato come un tale operazione permetteva in ambito comunitario di non applicare il diritto italiano, francese, tedesco etc., ma di considerare la loro portata per giungere a soluzioni comuni; non vi era diretta applicazione del diritto nazionale ma fungevano da orientamento.

¹³⁸ Corte cost., 14 maggio 1974, n. 4.

¹³⁹ Cfr., P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 1999.

controllo sull'operato delle istituzioni nell'applicazione del diritto comunitario. Sicuramente la costituzionalizzazione europea ha permesso un rapporto sempre più stretto tra giurisprudenza comunitaria e Cedu, previsto dagli articoli 52 e 53 della Carta di Nizza e, in vista anche dell'adesione dell'U.E alla Cedu, rientrando nell'articolo 6, comma 2 del TUE Lisbona, attribuendo a quest'ultima un peso sempre maggiore ai fini dell'allargamento degli obiettivi comunitari per la tutela dei diritti fondamentali¹⁴⁰. Ciò a conferma del fatto che il richiamo alla giurisprudenza Cedu, seppure contestualizzato nel quadro comunitario, raggiunge l'obiettivo di integrazione e di allargamento delle *chances* di libertà <<lasciate aperte dai Trattati¹⁴¹>>. Dagli anni '90 in poi la giurisprudenza comunitaria richiama quella della Cedu direttamente, senza il richiamo all'integrazione ordinamentale effettuato a mezzo dei principi generali¹⁴²: da ciò si è ricavato in dottrina la conferma della supremazia dei diritti fondamentali rispetto alle finalità dei Trattati che non sarebbero, quindi, gli unici valori che ispirano il diritto comunitario. Da quanto si evince dagli orientamenti degli avvocati generali, il problema del richiamo della giurisprudenza Cedu da parte della Corte di Lussemburgo è un problema ancora aperto, in quanto <<la recezione dei principi di tutela Cedu nel contesto comunitario, infatti, determina inevitabilmente una traduzione, una sostituzione, del principio elaborato altrove, senza che un esito del genere debba necessariamente attribuirsi solamente ad un disegno assimilazionista della Corte comunitaria. Più in profondità, è possibile intravedere in ciò un'esigenza di natura propriamente ermeneutica, strutturalmente necessaria in un'operazione di eterointegrazione su base comparativa come quella portata avanti dalla Corte di giustizia, che mostra significative analogie, ad esempio, con quelle "leggi di corrispondenza ermeneutica" studiate da Emilio Betti nella *Problematica sul diritto internazionale*¹⁴³>>.

I rapporti tra le Corti dovrebbero essere guidati da un ideale metodologico che dovrebbe basarsi non su una ricerca di una teoria dell'interpretazione comunitaria elaborata attraverso la comparazione, ma attraverso quella che Häberle chiama forma di integrazione pragmatica tra teorie interpretative diverse. Per lungo tempo, invece, la Corte U.E. ha cercato, attraverso il richiamo alle tradizioni

¹⁴⁰ E' il caso delle sentenze 11/7/2002, C-60/00 Carpenter; 23/09/2003, C- 109/01, Akrich; 16/06/2005, C- 105/03, Pupino; 17/02/2009, C- 465/07 Elgafaji in cui la Corte U.E. effettua ampi richiami alla giurisprudenza Cedu.

¹⁴¹ Cfr., P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le <<tradizioni costituzionali comuni>> degli Stati membri*, in S. Pannunzio, E. Sciso, *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 98 e ss.

¹⁴² Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, C- 482/01, G. Orfanopoulos e a. c. Land Baden- Württemberg; Corte di Giustizia, 09 marzo 2006, C- 499/04 Hans Werhof c. Freeway Traffic System GmbH & co. KG.

¹⁴³ Cfr., G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, cit., p. 234.

costituzionali comuni, la formazione di un'unica teoria interpretativa ponendo in essere la teoria dello standard minimo elaborata da Leonard Besselink. Il giudizio comparativo, svolto sulla base del richiamo delle tradizioni costituzionali comuni e della Cedu, non deve concretizzarsi nella creazione di un diritto fondamentale comune a tutti gli Stati membri dell'Unione, ma deve garantire al singolo una soglia di tutela più elevata (teoria dello standard massimo) in quanto la ricerca di un minimo comune denominatore abbasserebbe tale soglia anziché elevarla. Tale teoria è oggetto di critiche rivolte, per lo più, alle premesse su cui si fonda, ossia la pretesa di isolare le norme costituzionali in tema di diritti fondamentali dal quadro valoriale e di significato che hanno all'interno del singolo ordinamento. Ciò porterebbe a considerare i diritti per la loro contrapposizione e differenziazione rispetto agli ordinamenti interni senza attribuire alcun peso agli aspetti di natura storica, sociale e culturale che ispirano la formazione di tali norme; i diritti verrebbero valutati a seconda della maggiore o minore libertà garantita, senza alcun riferimento al rapporto tra questi, gli interessi e gli obiettivi della Comunità. Teoria più accreditata è la c.d. *wertende Rechtsvergleichung* elaborata da Konrad Zweigert; tale teoria prevede che il rapporto tra giurisprudenza comunitaria, tradizioni costituzionali comuni e la Cedu avvenga su tre livelli. Il primo livello (di stabilizzazione) prevede che la ricerca di compatibilità tra il giudizio comparativo e le finalità dei Trattati ha come obiettivo quello di garantire la coerenza e la stabilizzazione delle dinamiche comunitarie e, solo secondariamente, di trovare un nucleo comune dei diritti fondamentali. Il secondo livello (della tolleranza) prevede che gli istituti previsti dal diritto nazionale, per essere utilizzati in ambito comunitario, devono presentare una compatibilità sistematica: l'istituto preso in esame non deve rispettare il contesto di provenienza potendo la Corte «assemblare pezzi isolati di regole differenti». Il terzo livello (della giustizia) non prevede un richiamo ai diritti fondamentali, in quanto a prevalere sono gli obiettivi contenuti nei Trattati. I tre livelli, o meglio queste tre direttive di adeguamento seguite dalla Corte, non operano l'uno indipendentemente dall'altro, ma insieme contribuiscono a individuare i percorsi lungo i quali l'attività di *rechtliche Rechtsfortbildung* della Corte fa perno sull'argomento comparativo per giungere all'elaborazione dei diritti come principi e dare loro una conformazione concettuale comunitaria.

7. ARGOMENTI ERMENEUTICI E COMPARATIVI NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE EUROPEO

Nonostante le diversità che le due Corti hanno nell'operare concretamente, il loro agire è spinto da un obiettivo comune quale la necessità di mettere in relazione il modo di intendere i diritti fondamentali rispetto ai valori e ai principi posti a fondamento della Costituzione. Nel fare ciò la Corte edu si avvale, attraverso l'attività comparativa, di un catalogo scritto di diritti lasciando un margine di discrezionalità agli Stati, mentre la Corte dell'U.E. ha introdotto tra i suoi obiettivi la tutela dei diritti fondamentali contemperandola con la salvaguardia degli obiettivi dei Trattati, delle specificità dell'identità costituzionale della Comunità, successivamente, Unione europea. Ciò che accomuna le due Corti è senza alcun dubbio l'orientamento ermeneutico sottostante il loro operato.

Nella prima fase della loro giurisprudenza le Corti consideravano la diversità ordinamentale come un fatto accertabile oggettivamente per poi considerarla come una valutazione, frutto di un'analisi comparata dei diversi significati normativi emergenti.

Quando si riflette sull'uso interpretativo della comparazione ci si riferisce alle condizioni affinché una certa soluzione possa entrare a far parte dell'ordinamento cui il giudice dovrà fare riferimento. Autori come Betti e Saleilles puntano la loro attenzione sull'aspetto dell'adattamento del diritto alle soluzioni proposte dal diritto straniero e/o comparato; tale adattamento incontra e risente delle difficoltà provenienti dall'integrazione materiale e formale del diritto. Per Saleilles si tratta di trovare la compatibilità del diritto straniero con le condizioni di esperibilità tecnica di una certa soluzione, mentre per Betti si tratta di trovare la coerenza ermeneutica tra la massima di decisione straniera e l'ordinamento della *lex fori*: per entrambi gli autori il problema della massima di decisione non si ferma di fronte agli aspetti di una compatibilità formale tra le norme, ma va oltre risolvendo problemi legati alla coerenza, all'adeguatezza e alla pertinenza della soluzione straniera con l'intero ordinamento interno.

Anche la nozione di «società democratica» con il passare del tempo muta significato in quanto passa da essere intesa come un luogo ideale in cui poter valutare eventuali limiti da apporre ai diritti fondamentali a assumere il valore di cornice in cui includere i valori accolti dalla Convenzione. Inizialmente per la Corte edu la <<società democratica>> racchiudeva i contenuti che provenivano dall'indagine comparativa considerato il margine di apprezzamento lasciato agli Stati; successivamente serviva per valutare tali risultati alla luce della sostenibilità o meno delle soluzioni da parte degli Stati aderenti. E' solo di recente che tale nozione assume il ruolo di quadro

fondamentale di riferimento dell'argomentazione comparativa ed è proprio su di essa che i giudici di Strasburgo «movimentano i richiami ai diritti degli Stati membri, contribuendo così ad alimentare una dialettica che vede nella costruzione di significati condivisi dagli stessi la premessa per la definizione di uno standard di tutela». Ciò permette alla Corte di valutare le prassi nazionali che continuamente e ripetutamente si formano nei diversi Stati nel corso del tempo: tale nozione funge sia come criterio di stabilizzazione delle prassi all'interno degli Stati sia come funzione di orientamento interpretativo, di eterointegrazione basata sulla comparazione nel rispetto dei valori presenti nei singoli ordinamenti e nella Cedu. Inizialmente le tradizioni costituzionali comuni e la Cedu venivano utilizzati in chiave anti-comparativa individuando i limiti entro cui potessero avvenire sia la creazione di nuovi diritti fondamentali sia il rafforzamento della tutela già esistente attraverso una compatibilità sistematica con i principi presenti nei Trattati. L'attività di comparazione, operata dal giudice al fine di decidere un caso specifico, è orientata in base al fine da raggiungere, per emettere una sentenza giusta. Su questo orientamento si inserisce il pensiero di Tullio Ascarelli¹⁴⁴ in riferimento al rapporto tra interpretazione e comparazione che, seppur strettamente legate all'interno delle argomentazioni dei giudici, seguono due strade epistemologiche diverse: l'interpretazione è un'operazione intellettuale legata al dover essere, mentre la comparazione, come scienza pratica, riproduce l'essere del diritto considerando le norme nella loro effettività e non come premesse per l'applicazione al caso concreto. La Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo non hanno elaborato un unico metodo di interpretazione comparativa, ma di sicuro tendono a individuare la finalità da perseguire con la comparazione: colmare le lacune dei vari ordinamenti attraverso delle massime di decisione che siano mezzi di unificazione tra i vari Stati e criteri su cui fondare un giudizio equo. Questo perché il metodo comparativo e interpretativo devono essere sempre funzionali alla realizzazione degli obiettivi prefissati dalle Corti. Il giudice, preso atto dei dati normativi, prima di effettuare una loro valutazione oggettiva, deve attribuire un senso a tali dati; successivamente sceglie di dar prevalenza a una parte o a un interesse elaborando la costruzione di una pretesa oggettiva. Respinta una visione formale e/o qualitativa dell'argomentazione comparativa, gli argomenti non debbono andare a coincidere con i margini di autonomia degli ordini giuridici e/o con il rapporto conflittuale che una simile dialettica può

¹⁴⁴ Cfr., T. ASCARELLI, *Prefazione agli studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1925; T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949; T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949; T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952; T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955.

innescare, né con la consapevolezza che le soluzioni devono lasciare aperta la strada a un confronto derivante da altri modi di intendere i diritti fondamentali. Il nuovo diritto comune possibile, che non rescinde il suo legame con la tradizione classica del *ius commune* e si serve di tecniche dialogiche della ragione, in cui la capacità di controvertere, di selezionare e di valutare le soluzioni diverse - se resta affidata a un'ermeneutica comparativa consapevole della complessità dei quadri di riferimento e di rigore con cui deve adottare le proprie scelte - si misurerà proprio sul grado del consenso che è in grado di ottenere nei vari uditori coinvolti e non solamente sul rispetto di esigenze sistematiche. All'interno del dialogo tra i giudici nazionali, sovranazionali e europei, in effetti, c'è chi lo intende come capacità di favorire una globalizzazione dei valori giuridici e politici che sono alla base dei diritti fondamentali e chi sostiene che tale rapporto sia del tutto eccezionale non incidente sul riconoscimento dei diritti nei diversi ordinamenti.

8. IL RAPPORTO TRA INTERPRETAZIONE E COMPARAZIONE GIURIDICA PER LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

I rapporti tra i vari ordinamenti giuridici costituisce una questione quanto mai attuale. Compito del comparatista non è quello di formulare, in una determinata ipotesi, la soluzione coerente con un determinato ordinamento, bensì cogliere il problema che soluzioni e istituti intendono risolvere nel quadro di determinati Paesi.

Questo ragionamento apre la strada alla comparazione tra i vari ordinamenti che non può essere posta in essere senza considerare <<l'attrezzatura logica del giurista¹⁴⁵>> e la diversa formazione storica degli ordinamenti giuridici stessi. La necessità della conoscenza degli ordinamenti giuridici si accompagna allo studio del diritto comparato diventando attività imprescindibile del comparatista: il diritto comparato e le indagini di natura storiografica, complementari e costituenti, formano il substrato storico e giuridico per la formazione di una matura teoria generale dell'interpretazione. <<Il diritto comparato è essenzialmente conoscenza storica¹⁴⁶>>. Esso consente all'interprete di rendersi meglio conto della relatività e storicità dei propri dogmi e concetti, ossia di quelle premesse giuridiche che egli è portato a considerare come dogmi immutabili mentre, in realtà, sono in diretto rapporto con la struttura degli orientamenti reali del

¹⁴⁵ Cfr., E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in Archivio giuridico "Filippo Serafini", 1928, vol. XCIX.

¹⁴⁶ Cfr., T. ASCARELLI, *Prefazione agli studi di diritto comparato*, in ID., *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.

proprio ambiente. L'interpretazione, quindi, non è mai fine a se stessa, ma sempre strumento idoneo a regolare l'agire dell'uomo nella società. L'interprete e il giurista devono comprendere per applicare, ossia devono interpretare e decidere il caso concreto: ciò comporta una circolarità tra soggetto e oggetto tipica del mondo giuridico. Il diritto, in tal modo, non viene inteso solo come fatto, come un insieme di regole i cui significati linguistici sono convenzionalmente fissati, ma come un'impresa interpretativa cui i giuristi partecipano, ognuno con il proprio contributo. E l'opera interpretativa è essenzialmente creativa non solo perché i giudici e gli interpreti devono trasformare l'astratta norma regolatrice in un caso concreto, ma perché è innegabile la natura creativa di ogni atto spirituale. I giudici non si limitano a dichiarare ciò che, comunque, è già presente nel diritto positivo, ma attribuiscono alla norma interpretata un significato diverso rispetto a quello originariamente attribuitole dal legislatore. L'interpretazione non costituisce una semplice attività conoscitiva dei dati precostituiti, ma un'attività conoscitiva e pratica insieme perché volta a ordinare e ricostruire un *corpus iuris* precostituito ai fini della sua applicazione ai casi sempre nuovi e diversi. Il giurista, ricomponendo il divario tra norma giuridica e realtà sociale, con l'obiettivo di assicurare l'unità dell'ordinamento giuridico, crea diritto, anche se le tecniche interpretative cui di volta in volta ricorre sono quelle che derivano dalla tradizione giuridica di un determinato ordinamento giuridico elaborate dalle valutazioni che risultano dalla sensibilità giuridica dell'interprete. L'interpretazione è accrescimento, adattamento, integrazione, opera continua di riformulazione e, quindi, rinnovamento. A tali conclusioni giungono, oggi, non solo la Corte costituzionale, ma tutte quelle Corti Superiori italiane che con il loro operato finiscono per ricorrere costantemente a un'ermeneutica correttiva¹⁴⁷ degli atti giuridici.

La soluzione è ricondurre i diversi modi di risolvere il medesimo problema giuridico nei vari ordinamenti a partire dalla diversa formazione storica degli ordinamenti giuridici stessi. Il compito dello studioso non è quello di risolvere i problemi, né tantomeno quello di descrivere le diverse soluzioni che i vari ordinamenti formulano per la soluzione allo stesso problema, quanto quello di verificare perché a una medesima questione nei diversi ordinamenti giuridici si arrivi a conclusioni tra loro diverse. L'analisi storica consente di verificare come un determinato ordinamento giuridico, pur rimanendo immutato nella lettera, possa rivelarsi capace di perseguire uno scopo diverso da quello per cui è stato creato. <<L'ermeneutica è il cammino della conoscenza della verità nella storia da parte dell'uomo attraverso la valorizzazione del *sensus communis*, posto alla base di una concezione veritativa della storia in quanto il *verum* della storia non è inventato dagli uomini, ma è

¹⁴⁷ Cfr., F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, cit.

insegnato alle nazioni dalla Provvidenza divina>>. L'interprete, di conseguenza, non detiene la conoscenza dei fatti storici, ma la ricava dalla sua analisi risalendo, successivamente, ai principi¹⁴⁸. Attraverso un'attenta ricostruzione storica lo scopo è quello di mostrare non solo come negli ordinamenti continentali e in quelli di *common law* alla medesima questione giuridica si diano delle risposte tra loro diverse, proprio per la diversa formazione storica dei vari istituti, ma anche evidenziare che l'interprete non può liberamente ricorrere a questo o quel criterio interpretativo, in quanto anch'egli è legato alla funzione che è assegnata all'interpretazione nell'ordinamento in cui esso opera e alle categorie interpretative cui deve normalmente ricorrere. Lo studio del diritto comparato non deve limitarsi a misurare il contenuto delle diverse legislazioni relativamente a un determinato tema, ma partire da un problema giuridico: la comparazione non avviene tra istituti diversi, ma tra i diversi modi di impostare e risolvere il medesimo problema giuridico. Il metodo comparativo, nello studio del diritto, non può ridursi a un'estrinseca giustapposizione di leggi avulse dal loro contesto storico: il comparatista deve prendere in considerazione il sistema giuridico nel suo complesso¹⁴⁹. Oltre gli istituti bisogna tener conto anche della giurisprudenza, ossia il diritto nella realtà dei fatti, quello quotidianamente applicato e seguito: il cosiddetto diritto vivente. Oggetto dell'indagine è la *law in action*, la regola socialmente vigente accertabile in virtù del suo effettivo operare¹⁵⁰. Attraverso la comparazione risulteranno più chiari i nessi tra sistema giuridico da un lato e strutture sociali e economiche, tradizioni di pensiero, sviluppo storico e, perciò, anche le connessioni e le caratteristiche del diritto. Lo studio del diritto comparato deve mirare a risalire dalle soluzioni tecniche dei vari diritti e dai relativi problemi così risolti a quelle premesse di carattere filosofico, storico, economico che poi condizionano, ancor prima della soluzione, la stessa posizione e impostazione del problema. Il diritto comparato è considerato un utile ampliamento

¹⁴⁸ Cfr. I.KORZENIOWSKI, *L'ermeneutica di Emilio Betti*, Città Nuova, Roma, 2010, p.56. L'autore, grazie all'influsso vichiano e alla tradizione storico-giuridica umanistica, è riuscito a formulare una teoria dell'interpretazione giuridica che si distanzia dall'ermeneutica romantica. L'interpretazione, quindi, è un fatto che si evolve nella storia mantenendo un'intenzionalità di verità scientifica.

¹⁴⁹ Cfr. T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. Il problema della comparazione è diverso da quello dell'interpretazione. La comparazione è la scelta tra norme dei diversi ordinamenti, negli spazi non ordinamenti non va a scegliere le norme dell'uno o dell'altro ordinamento, ma si occuperà di stabilire come interpretare il documento normativo.

¹⁵⁰ Utile risulta la differenza tra lo storico e l'interprete. Mentre per il primo si ha un intendere fine a se stesso, per il secondo l'intendere serve alla decisione del caso concreto, in quanto la norma deve servire a regolare la vita sociale. Bisogna ribadire la fondamentale differenza di compiti che sussiste tra il giurista, che interpreta una legge in funzione normativa al fine di ricavarne una direttiva per l'azione, e lo storico del diritto, che deve ricostruire un diritto ormai "tramontato". La differenza di vedute attiene al diverso modo di impostare il problema: o si procede in modo descrittivo-trascendentale o secondo uno schema metodologico- prescrittivo avendo come obiettivo primario il retto conoscere.

dell'esperienza giuridica nello spazio, consentendo di comprendere e valutare meglio i diversi sistemi giuridici, consentendo di trarre dall'esperienza altrui un aiuto indispensabile al progresso giuridico nei diversi Paesi. Il diritto comparato concorre alla formazione di un linguaggio giuridico internazionale che facilita la comprensione e perciò una sempre maggiore cooperazione internazionale.

La creazione di un diritto europeo incontra difficoltà legate alla pluralità di linguaggi, di contesti storici e culturali in cui le norme nascono e operano. Il linguaggio giuridico si caratterizza per un contenuto aperto e vago, rendendo difficile il processo di armonizzazione del diritto dei singoli Stati. Il problema è che non sempre esiste, nelle diverse lingue, una perfetta e assoluta coincidenza di significati di un testo normativo. Da non dimenticare è anche il differente contesto sociale, economico e culturale in cui la normativa trae origine ed è destinata a operare e interagire. I contesti hanno un ruolo selettivo. La soluzione alle difficoltà e ai problemi evidenziati è rappresentata dalla ricerca di criteri e canoni molto precisi in grado di fissare un'unità di senso, nonostante le differenze. <<E' necessario adottare un chiaro criterio ermeneutico che punti non soltanto all'integrazione, ma alla qualità della tutela giuridica, in modo da realizzare una motivata ricerca di senso principalmente ed essenzialmente mirata alla ottimizzazione del livello e della portata della tutela, in un'ottica di bilanciamento di diritti e valori e secondo canoni di ragionevolezza misurabili alla stregua del tipo e dello stile di vita dei popoli europei>>.

Il rapporto tra i sistemi normativi comunitari e internazionale e i sistemi normativi nazionali deve intendersi come un continuo e costante dialogo in una dimensione circolare, cioè dal diritto comunitario ai diritti nazionali e da questi ultimi al primo.

I concetti chiave sono quelli di precomprensione critica e di circolarità ermeneutica. La precomprensione è determinata dalla vita e dalle esperienze professionali dell'interprete. Tra il testo e la precomprensione si crea un rapporto circolare. <<Da un lato, senza un'ipotesi interpretativa il testo della norma non può neppure essere percepito come problematico o non problematico. Dall'altro lato, l'ipotesi interpretativa deve essere verificata sulla base del testo della norma con l'aiuto delle regole della metodologia giuridica. Questa teoria ha il pregio di mettere in risalto l'apporto dato dall'interprete>>.

Il secondo riguarda la parte e il tutto. Da un lato la comprensione della norma presuppone la comprensione dell'intero sistema normativo al quale essa appartiene, dall'altro lato la comprensione dell'intero sistema non può avvenire se non sono state comprese le singole norme che lo compongono. Il terzo tipo attiene al rapporto tra norma e fatto: le norme sono astratte e universali, i fatti sono concreti e individuali.

Anche in ambito europeo l'attività ermeneutica deve avere come finalità la ricerca di un senso che, andando oltre il tenore letterale del testo normativo e tenendo conto delle peculiarità di ciascun ordinamento, utilizzi il canone ermeneutico della totalità per considerare il diritto comparato e nazionale nel suo complesso. Ruolo primario deve essere riconosciuto anche all'attività giurisprudenziale e alle convenzioni internazionali attraverso l'utilizzo di tutti i canoni ermeneutici. L'interprete, dunque, <<non si limiti a far leva sul momento teleologico- funzionale quale rappresentato dalla *ratio* e dallo scopo della singola disposizione nonché dagli obiettivi e dalle finalità di integrazione economica dei Trattati, ma tenga soprattutto conto del più ampio e complessivo insieme dei principi e dei valori sui quali si è venuta strutturando e evolvendo l'Unione Europea e così pure in rapporto di reciproca armonizzazione e mutuo bilanciamento e assorbimento, del quadro di principi e valori derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e anche dei diritti fondamentali della persona, considerati anch'essi secondo la dimensione confermativa risultanti dalle diverse Carte internazionali dei diritti dell'uomo, tra cui la Cedu e dalla correlativa attività giurisprudenziale delle rispettive Corti (tra cui la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo)>>. Tra tutti gli esiti ermeneutici deve essere privilegiato il risultato interpretativo maggiormente aderente e conforme ai testi normativi e ai principi comunitari di cui la disposizione è espressione e base giuridica. Il diritto è interpretazione e applicazione. Interpretare comporta sempre un decidere e un volere e non un semplice riconoscere. Il diritto è dialogo con la realtà, è diritto vivente in continuo divenire in cui l'interprete è il mediatore tra la norma e la fattispecie, è parte di un circolo in cui vi è invenzione e creazione normativa.

“Un metodo ermeneutico che metta in stretta e diretta correlazione la regola giuridica sia con i fatti sia con la storia è di importanza capitale per il diritto europeo, per non correre il rischio che un tale diritto si costituisca senza sostegno di tradizioni né di eredità di passato, ma semplicemente quale prodotto tecnico- economico¹⁵¹”.

Il ruolo dei diritti fondamentali è di primaria importanza per il pieno e integrale sviluppo della persona umana. Nello studio dei diversi ordinamenti giuridici, dei diversi testi normativi, tra cui le Carte e le Convenzioni internazionali, si evince la diversa qualificazione data a tali diritti: c'è chi qualifica come <<fondamentali>> anche diritti attinenti all'avere della persona, ossia situazioni tipicamente patrimoniali (quali ad esempio il diritto di proprietà, la libertà di impresa) e non

¹⁵¹ Cfr., V. SCALISI, *Fonti- Teoria- Metodo. Alla ricerca della <<regola giuridica>> nell'epoca della postmodernità*, Giuffrè, 2012, p. 299.

all'essere in sé della persona, ossia alla persona in sé e per sé considerata (ad esempio la dignità umana).

Fondamentali sono, comunque, quei diritti che racchiudono bisogni, esigenze, interessi della persona umana che rispecchiano valutazione di ordine sociale nonché lo stile di vita della comunità giuridica¹⁵². Di conseguenza l'atto fondato di siffatta categoria di diritti è da riporsi propriamente e direttamente nella stessa esperienza di vita dei consociati e cioè in quei consolidati valori di esperienza e di civiltà quali è possibile immediatamente desumere dalla realtà storico- sociale nel suo concreto e effettivo divenire¹⁵³. La tutela dei diritti fondamentali e inviolabili della persona spetta all'interprete e, in modo particolare, alle Corti deputate a garantire la loro pratica e giuridica osservazione e realizzazione.

Interpretare non è il semplice riconoscere, ma un decidere. L'interpretazione è attività creativa dal momento che l'interprete spesso è chiamato a ricavare deduttivamente nuovi diritti da quelli già esistenti oppure ricavarli direttamente dagli interessi da tutelare, sulla base di valutazioni di conformità o di compatibilità con i valori su cui si basa una comunità, ossia principi non scritti di diritto. Anche i diritti fondamentali della persona pongono problemi, potendo verificarsi situazioni di concorso e di conflitto tra gli stessi, ma anche con altri diritti. L'interprete è chiamato spesso a trovare il necessario temperamento e bilanciamento sulla base dei criteri, per giungere a una situazione di equilibrio e di salvaguardia. Un ulteriore problema ermeneutico è l'individuazione del rimedio maggiormente in grado di assicurare nella situazione data il più elevato standard di protezione possibile: il che comporta “non solo una buona dose di interpretazione, ma anche di scelte assiologiche e di valori tra regimi giuridici e *standards* di tutele attingendo al tipo e allo stile di vita della comunità nel loro reale e storico divenire è possibile pervenire a persuasivi e oggettivamente fondati criteri selettivi”. Il rapporto tra norme e principi è in continuo divenire, dovendo includere, come loro oggetto di tutela, non solo le situazioni soggettive già esistenti, ma anche e soprattutto i nuovi diritti che emergeranno dai nuovi bisogni, interessi, esigenze della realtà storico- sociale nell'evoluzione dei sistemi giuridici contemporanei.

¹⁵² Cfr., A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, 6 ed. ampli., Giuffrè, Milano, 2008, pp. 385 ss., 436 ss.

¹⁵³ Cfr., G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Giuffrè, Milano, 2007, p. 62 ss.

CAPITOLO III - IL DIRITTO DI PROPRIETA'

1. RAPPORTO TRA CONFISCA E PROPRIETA'

Nello studio del diritto di proprietà si evidenzia la difficoltà nel far rientrare tale concetto nelle tradizioni costituzionali comuni: la proprietà in alcuni Paesi, tra cui l'Italia, per lungo tempo è stata classificata come assoluta, in quanto basata su un modello di diritto soggettivo assoluto. Si presupponeva, cioè, un legame tra la persona e la terra, tanto che i rapporti di proprietà erano intesi come rapporti di dominio, di godimento del bene esercitati nel rispetto dei limiti scaturenti dal diritto altrui. Accanto allo statuto privatistico di tutela del diritto o, meglio, di tutela dei poteri del titolare di tale diritto si affiancava uno statuto pubblicistico che aveva lo scopo non solo di tutelare attraverso norme l'altrui diritto di proprietà, ma di consentire al legislatore di intervenire a garanzia di un interesse pubblico e generale sia assumendo la titolarità di beni pubblici sia ponendo dei limiti di natura pubblicistici al godimento di alcuni beni regolamentando, ad esempio, l'espropriazione per pubblica utilità. Veniva a configurarsi, così, lo stretto legame tra la tutela del singolo, della pienezza e dell'intangibilità del potere del proprietario con le molteplici forme di sovranità dello Stato; ciò richiedeva di definire il contenuto minimo o essenziale del diritto, quali interessi pubblici potessero legittimare il potere di espropriazione esercitato dallo Stato e, infine, stabilire le modalità di reintegrazione degli interessi del privato. La convergenza che si è avuta nel tempo tra interesse privato e interesse pubblico ha fatto sì che in dottrina si dovesse pensare ad un nuovo modello di proprietà autonomo rispetto a quello civilistico, non potendo prendere in riferimento unicamente quello elaborato dalla Corte costituzionale legato al concetto di proprietà immobiliare, agraria, urbanistica. Questo risulta essere, ancora oggi, un passo obbligato se si considera la progressiva dematerializzazione della ricchezza, la nascita di nuovi beni quali la proprietà industriale, la proprietà immateriale, proprietà non configurate più da un potere statico di godimento, ma dal valore nascente dalla circolazione dei beni e dal loro scambio. Da quest'ultimo punto consegue che, data la sempre crescente e rapida circolazione dei beni, la disciplina di questo fenomeno non possa restare chiusa all'interno di limiti territoriali e spaziali di un singolo Stato e di una singola sovranità comportando una deterritorializzazione giuridico- economica. L'ordinamento giuridico, in tema di proprietà, deve considerare i rapporti tra autorità e libertà, tra potere pubblico e potere privato, ma anche i rapporti tra privati. La dottrina ha avvertito sempre più la necessità di ridurre i confini del

diritto soggettivo assoluto aprendo lo studio anche ai rapporti tra proprietari e terzi chiamati a partecipare alla situazione proprietaria¹⁵⁴.

La garanzia apprestata dal diritto europeo concerne la proprietà non come mera appartenenza o titolarità, bensì come situazione formata da poteri e obblighi e, quindi, avente un dato contenuto funzionale al conseguimento degli scopi propri del singolo statuto proprietario. Il problema non dovrebbe essere quello di accertare se il diritto primario tuteli un contenuto minimo della proprietà o se piuttosto la determinazione dei poteri del proprietario sia discrezionalmente rimessa al legislatore ordinario. Il diritto europeo, infatti, definisce e tutela la proprietà nel suo vario articolarsi come godimento e disposizione, limitati nella misura e nei modi in cui è necessario per rispettare i valori fondamentali dell'ordinamento. Le limitazioni al diritto di proprietà sono giustificate solo se razionali e, quindi, non arbitrarie e assurde e se proporzionali agli scopi da realizzare in quanto previsti dall'ordinamento come conformi all'interesse generale. Proporzionalità da valutare non in astratto, ma in concreto per controllare che le disposizioni non siano eccessive rispetto a quanto è necessario per conseguire lo scopo o non presentino effetti tali da pregiudicare, seppure indirettamente o successivamente, il raggiungimento dell'obiettivo.

La conformità delle misure di prevenzione patrimoniali ai precetti costituzionali in tema di proprietà si basa sui concetti di prevenzione e di sicurezza sociale. Sono proprio le caratteristiche delle misure di prevenzione- la presunzione di illegittima provenienza dei beni e la sproporzione tra il patrimonio posseduto e il reddito dichiarato o l'attività economica svolta- che rendono tali misure conformi al contenuto della Carta costituzionale. La privazione della proprietà privata, che si realizza a seguito dell'applicazione di una misura patrimoniale, è consentita dal nostro ordinamento giuridico in quanto realizza la funzione di giustizia sociale, rientrando nelle azioni di lotta contro il crimine organizzato, la tutela del mercato e della libera concorrenza. Tali misure impediscono l'ingresso nel mercato di beni e denaro frutto di attività delittuose e di affari illeciti e evitare che l'infiltrazione di capitali illeciti alteri la genuinità dei traffici e la libera concorrenza. In tale prospettiva, le misure di prevenzione patrimoniali “tendono a far conseguire ai soggetti privati l'unico possibile corretto significato del diritto di proprietà, invocato con riferimento alla norma parametro, diventando mezzi

¹⁵⁴ Cfr., A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006, p.9 in cui l'autrice sottolinea come “la questione proprietaria, intesa quale manifestazione di interessi- valori in conflitto tra loro, quali quello privato del proprietario alla accumulazione di ricchezza, quello generale della conformazione del diritto alla funzione sociale, quello dei terzi che a vario titolo possono interagire con il proprietario ed entrare nello schema procedurale di esercizio dei poteri proprietari, abbia trovato una sua composizione, un assetto stabile, all'esito dell'entrata in vigore delle disposizioni costituzionali e dell'interpretazione adeguatrice che ne è seguita, delle norme del codice civile”.

di attuazione della funzione sociale di cui all'articolo 42 della Costituzione¹⁵⁵". Se non si assolve alla funzione sociale, il diritto di proprietà diventa antisociale, venendone meno anche la ragione della sua tutela: la confisca è un utile strumento per assicurare il recupero dei beni ai fini enunciati dall'articolo 41 della Costituzione. I diritti di proprietà, di libertà e di iniziativa economica devono essere assicurati, al pari degli altri diritti costituzionali, in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; la loro tutela può essere limitata solo nel caso in cui bisogna tutelare altri valori e altre libertà che richiedono un uguale grado di tutela. La funzione sociale della proprietà viene a coincidere con la riallocazione sociale delle risorse accumulate illecitamente dalla criminalità organizzata, alla luce della disciplina prevista per la destinazione dei beni confiscati. Infatti, i beni immobili sono mantenuti nel patrimonio dello Stato per finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile e, se idonei, adibiti a usi governativi o pubblici per lo svolgimento di attività istituzionali, a meno che non si debba procedere alla vendita per risarcire le vittime di reati di tipo mafioso. I beni mobili sono affidati all'autorità giudiziaria in custodia agli organi di polizia o affidati all'Agenzia o a altri organi dello Stato o a enti pubblici non economici per finalità di giustizia, di protezione civile o tutela ambientale. La confisca, che si applica nel caso in cui il soggetto non provi l'origine dei beni¹⁵⁶, non si pone in contrasto con i principi costituzionali in tema di proprietà, se questa viene acquisita con le modalità previste dal diritto per ripristinare la legalità dei traffici. Bisogna comunque garantire il principio di equità, un giusto temperamento tra esigenze pubbliche di prevenzione, difesa sociale e gli interessi privati legati alla proprietà, così come prescritto dall'articolo 42 della Costituzione. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato la conformità della misura di prevenzione patrimoniale della confisca ai principi presenti nella Convenzione nella misura in cui sia: prevista dalla legge; finalizzata a uno scopo legittimo quale il contrasto alla criminalità organizzata; proporzionata allo scopo perseguito e imposta secondo un procedimento giurisdizionale.

Il sistema di prevenzione può qualificarsi come un processo al patrimonio, con funzione sanzionatoria diversa e autonoma rispetto al processo penale e del concetto di pena; trova il suo

¹⁵⁵ Corte cost., 19 novembre 1992, n. 464.

¹⁵⁶ In riferimento ai patrimoni personali e aziendali, il giudice è tenuto a compiere accertamenti per ciascun bene e per le somme impiegate per l'acquisto degli stessi, al fine di differenziare le acquisizioni e i profitti leciti da quelli derivanti da attività illecite. La sproporzione tra reddito dichiarato e patrimonio va accertata in relazione a ogni singola res, tenuto conto della situazione patrimoniale dell'indiziato al momento dell'acquisto della res. Nel caso di accrescimento, trasformazioni o miglioramento dei beni, la confisca si applica al valore del bene stesso, proporzionato al reimpiego in questo effettuato dai profitti illeciti o ingiustificati. Cfr., Cass., 24 febbraio 2011 n. 10219; Cass. 28 agosto 2007 n. 33479; Cass. 24 luglio 2007 n. 30131; Cass. 18 maggio 1992 n. 2186; Cass. 14 giugno 2002 n. 23041; Cass. 27 agosto 2004 n. 35628; Cass. 16 gennaio 2007 n. 5234.

fondamento nei diritti garantiti dalla Costituzione: non solo quelli racchiusi negli articoli 13, 16 e 17, ma anche negli articoli 41 e 42. Ma non solo. A livello europeo il principio di iniziativa economica privata <<*cessa di essere un semplice diritto fondamentale del singolo per assurgere, nel quadro del moderno ordinamento comunitario, al ruolo di elemento ordinatore dell'intero sistema economico, capace di incidere fortemente sull'organizzazione sociale degli Stati membri a salvaguardia delle libertà individuali*¹⁵⁷>>.

Non può dirsi lo stesso per la confisca conseguente al reato di lottizzazione abusiva, in cui la Corte ha ravvisato un contrasto con l'articolo 1 Protocollo I Cedu, la mancanza di una base legale che giustificasse l'ingerenza nel diritto di proprietà privata, la violazione del principio di proporzionalità.

2. LE ORIGINI STORICHE DEL DIRITTO DI PROPRIETA'

Il tema del diritto di proprietà presuppone l'esame del rapporto tra diritto soggettivo assoluto, secondo la concezione civilistica, e la garanzia costituzionale della proprietà privata, secondo la teoria dei diritti pubblici soggettivi. L'esame del rapporto tra diritto di proprietà e garanzia costituzionale non può non partire dalla situazione presente nella Francia di fine Settecento, in cui si affermò una concezione esterna del diritto rispetto al potere politico rompendo, così, il binomio proprietà- sovranità tipica dello Stato assoluto; in America, nello stesso periodo, si affermò il fenomeno opposto, secondo cui i diritti sono *basis of foundation of government*. In Francia, quindi, dall'Ancien Régime si passò ad una nuova organizzazione del potere fondata sul patto stipulato liberamente dai contraenti, superando la teoria razionalistica del patto sociale. Il nesso tra sovranità e proprietà lasciava il posto alla concezione oppositiva dei diritti rispetto allo Stato; ciò lo si rinviene anche nel pensiero di Locke, che distingue la proprietà dei beni, i cui vantaggi spettano al proprietario, dalla sovranità del potere pubblico posto a tutela della conservazione del diritto e della proprietà. Il giusnaturalismo, invece, si basava sull'esistenza di diritti naturali concessi dalla volontà divina all'uomo per il solo fatto di essere uomo e, tra tali diritti, rientravano la proprietà e la libertà. E' solo tra la fine del XVI e il XVII secolo che l'uomo stipulò un patto sociale con lo Stato, in base al quale gli uomini cedono parte dei propri diritti e delle libertà innate a favore dello Stato per veder riconosciuti i diritti che formano oggetto delle leggi scritte e assicurarsi il benessere garantito dallo

¹⁵⁷ Cfr., V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del del diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 161.

Stato. In riferimento al diritto di proprietà alcuni autori tra cui Grozio e Pufendorf affermano che un simile diritto debba trovare garanzia in qualsiasi circostanza e debba essere oggetto di un contratto universale ai fini della tutela di un ampio diritto quale l'uguaglianza. La tutela del diritto di proprietà è strumentale alla conservazione della pace tra gli uomini in continua lotta tra loro per l'appropriazione di beni regolata da leggi naturali che Grozio non fa discendere più dalla volontà divina, ma da un accordo reciproco tra gli uomini, secondo una visione volontaristico-convenzionale e non divina. In Pufendorf il diritto dell'uomo di godere dei beni per soddisfare i propri bisogni nasce dall'istituzione di uno stato civile, non discendendo, quindi, dallo stato di natura caratterizzato da un regime comunitario dei beni e, quindi, conflittuale vigendo la lotta per l'appropriazione dei beni. Per uscire dalla situazione di conflitto c'è bisogno di un atto dell'uomo, cioè di una convenzione che regoli l'istituto della proprietà: solo con una regolamentazione del diritto di proprietà si può garantire la pace tra gli uomini. E' da qui che emerge il rapporto o, meglio, l'ingerenza del potere pubblico su quello privato nel diritto di proprietà. Lo Stato assoluto elabora tre forme di ingerenza sulla proprietà privata: la tassazione pubblica regolata da leggi approvate da un consiglio o da un'assemblea di ceti; l'esproprio per i casi urgenti e il rispettivo risarcimento adeguato ed infine la potestà dello Stato di prescrivere con prestiti, vendite e acquisti forzati l'uso a cui destinare la proprietà. In Inghilterra nel XVII secolo venne ad affermarsi la corrente di pensiero dell'individualismo possessivo in cui si afferma sempre più la separazione tra proprietà e sovranità e il ruolo autonomo del diritto di proprietà. La Rivoluzione francese pose la proprietà tra i diritti naturali e inalienabili dell'uomo, limitando così il potere della monarchia e l'intromissione del potere sovrano. Infatti l'Assemblea Nazionale incluse, negli articoli 2 e 17 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, i principi dell'inviolabilità e della sacralità del diritto di proprietà rompendo con la tradizione e formando un nuovo ordine giuridico basato sulla libertà personale, sull'uguaglianza, sulla separazione dei poteri e sulla centralità della legge, espressione della volontà generale. Il diritto di proprietà perde la sua connotazione pubblicistica divenendo diritto fondamentale. In America, fin dall'elaborazione dei *Bill of rights* del 1776 i diritti, pur essendo *basis and foundation of government*, mantengono la loro base istituzionale costituendo il fondamento unico e legittimo del potere. In America, a differenza dell'Europa, il legame tra diritti naturali e proprietà è molto più stretto, considerando il diritto di proprietà quale presupposto di vita e di libertà.

Kant elaborò una teoria liberale e costituzionalistica dei diritti; egli analizza il legame tra libertà, ossia la facoltà di obbedire solamente alla legge a cui si è prestato il consenso, e il possesso, inteso come relazione privilegiata con il bene. Nello stato di natura gli uomini godono di un possesso

provvisorio, possesso che viene legittimato solo con il passaggio al diritto. Per Kant, alla base della proprietà vi è la libertà di tutti gli uomini riconosciuta da una legge universale, ma soprattutto il rapporto tra libertà, autodeterminazione e proprietà. Il pensiero di Hegel si pone tra una visione della libertà tipica del liberalismo dell'identificazione tra libertà e proprietà e la negazione dei diritti di libertà al di fuori dello Stato etico. Per l'autore alla base della proprietà c'è la volontà della persona; egli fa una differenza tra proprietà e possesso: per aversi la proprietà devono esserci sia la volontà di appropriarsi del bene sia la presa di possesso, quest'ultimo elemento serve per rendere ciò riconoscibile agli altri. Per Hegel la proprietà si determina nella volontà con la cosa che si traduce in immediata presa di possesso, nel senso che la volontà esiste nella cosa; che la cosa è negativa di fronte alla volontà, che esiste in essa; riflessione della proprietà in sé dalla cosa. La volontà di appropriazione e la presa di possesso sono l'essenza della proprietà che si fonda sulla libertà dell'uomo, divenendo la proiezione esterna della libertà personale.

3. LA PROPRIETA' NEI TESTI NORMATIVI ITALIANI

Tra la fine del '700 e l'inizio dell' 800 il diritto di proprietà trova la sua disciplina nei codici, ad iniziare dall'articolo 544 del codice civile francese del 1804, che considera "la proprietà quale diritto di godere e di disporre delle cose nel modo più assoluto, purché non se ne faccia un uso proibito dalle leggi e dai regolamenti". Dalla lettura degli articoli del codice e della Dichiarazione dei diritti del 1789 si evince una visione individualistica del diritto di proprietà, riservando al legislatore il potere di intervenire per porre in essere delle limitazioni purché da ciò non derivi il venir meno della pienezza del diritto soggettivo assoluto. Si afferma, quindi, l'assolutezza del diritto naturale della proprietà di ogni uomo sul suo patrimonio, per liberare tale diritto dalla tradizione dell'*Ancien Régime* e dai vincoli derivanti dai legami familiari. All'intero del Code la proprietà ha carattere assoluto, il titolare ha poteri illimitati, viene esclusa la proprietà di gruppi prevedendo l'appropriazione individuale. Le prime interpretazioni dell'articolo 544 del *Code* oscillavano tra un'interpretazione letterale del codice e le tradizioni medievali ancora presenti. Secondo la dottrina dominante, la Scuola dell'esegesi doveva interpretare il contenuto del *Code* con la convinzione che tutto il diritto e tutte le fattispecie che potessero presentarsi nella vita fossero racchiusi in quegli articoli, eliminando, così, la discrezionalità del giudice. Secondo una tesi minoritaria bisognava effettuare un'interpretazione sistematica del codice, non fermandosi, quindi, all'interpretazione del singolo articolo. Per la Scuola dell'esegesi l'essenza del diritto sta nel rapporto diretto e esclusivo

del soggetto con la cosa nella sua assolutezza e perpetuità. Per molti, invece, il diritto di proprietà è un diritto naturale anteriore alla nascita della società, un diritto che viene riconosciuto e conservato all'interno dell'ordinamento giuridico. In Italia lo Statuto albertino, all'articolo 29, sanciva l'inviolabilità del diritto di proprietà privata e prevedeva la cessione della stessa dietro giusta indennità. Il Codice del 1865 prevede tre libri: il primo dedicato ai soggetti; il secondo ai beni e alle modificazioni della proprietà; il terzo ai modi di acquisto della proprietà. Questo Codice, elaborato sul modello di quello francese, prevede all'articolo 436 un modello di proprietà¹⁵⁸ individuale, assoluta, stabile, piena, il potere di godimento e di disposizione, e una disciplina diversa rispetto ai diritti reali minori: la proprietà non è altro che l'insieme di diritti e di poteri che, presi singolarmente, possono dar vita a diritti reali minori. In una prospettiva a metà strada tra la filosofia giusnaturalistica e il liberalismo economico, il diritto di proprietà assume centralità nell'organizzazione della società e nel sistema dei diritti; la proprietà è sì un diritto naturale della persona, ma anche un mezzo idoneo per assicurare al soggetto l'indipendenza e l'autonomia dagli altri consociati. Sul piano giuridico positivo la proprietà è un diritto fondamentale, <<è un diritto soggettivo <<primo>> tra i diritti fondamentali, quale diretta espressione della potestà del volere che si atteggia a signoria sulla cosa¹⁵⁹>>. La visione giusnaturalistica presto cede il posto ad una visione opposta, secondo cui il diritto di proprietà non ha più carattere naturale, bensì è un istituto giuridico di creazione normativa: il diritto di proprietà diventa fonte di obblighi cui è sottoposto il titolare del diritto. Con il passare del tempo, però, viene sempre più affermandosi l'incidenza delle leggi speciali sul diritto di proprietà, prevedendo che il potere pubblico possa porre in essere delle limitazioni mai arbitrarie, ma supportate da ragioni giuridiche, e, a volte, dando prevalenza all'interesse generale su quello individuale. Inizia, così, a venir meno il carattere individuale¹⁶⁰ di tale diritto introducendo la nozione di funzione sociale della proprietà; essa diviene un elemento per

¹⁵⁸ il diritto di proprietà si divide in: *ius utenti et fruendi*, ossia nel diritto di godere della cosa e di ricavarne i frutti naturali o civili; *ius abutendi*, ossia nel diritto di disporre della cosa, di alienarla in tutto o in parte a terzi, a titolo oneroso o gratuito; nello *ius excludendi alios*, cioè nella facoltà di escludere terzi dal godimento della cosa.

¹⁵⁹ Cfr., V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, cit.

¹⁶⁰ Cfr., G. RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale (*) e la competizione tra modelli*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 3, 2010, p. 861. L'autore sottolinea che, nell'ordinamento italiano, la ratio della tutela del diritto di proprietà non è tanto la personalità, come il pensiero liberista tende a sostenere, quanto la funzionalità al sistema socio-economico delineato dalla Costituzione.

valutare la ricchezza e la dignità sociale¹⁶¹. Si passa, così, da una visione statica della proprietà, ossia della facoltà di godere e di disporre delle cose in modo assoluto, a una visione dinamica della stessa legata alla circolazione della ricchezza, per cui il semplice utilizzo della cosa e il lavoro diventano titolo di accesso alla proprietà.

Per quanto attiene la garanzia costituzionale della proprietà, il dibattito¹⁶², svoltosi nell'Assemblea Costituente, introduce un nuovo modello rispetto a quello civilistico: il modello costituzionale. Con l'entrata in vigore della Costituzione, per molti autori si apre il periodo del neocostituzionalismo, ossia la presenza scritta, all'interno del testo costituzionale, dei diritti fondamentali. A ciò deve aggiungersi il potere riconosciuto al legislatore di intervenire su tali diritti, l'applicazione delle disposizioni costituzionali nei rapporti tra privati, nonché l'interpretazione estensiva del testo costituzionale e l'interpretazione adeguatrice delle leggi. A partire dagli anni '60 del secolo scorso, nella fase di attuazione costituzionale, il ricorso ai principi fondamentali veniva effettuato per contestare la legittimità delle norme, per proporre una diversa interpretazione delle stesse o per inquadrare diversamente un istituto dal punto di vista teorico. I principali istituti del diritto civile, tra cui la proprietà privata, l'autonomia privata, i contratti, la responsabilità civile, i diritti della persona vengono letti alla luce dei principi costituzionali attribuendo maggior rilievo all'interesse generale e all'utilità sociale rispetto alla logica individualistica e privatistica. In materia di proprietà privata il riferimento normativo è racchiuso nei principi costituzionali, nelle norme del codice civile e nell'attività del giurista interprete di interpretazione estensiva e adeguatrice della Costituzione. Il contenuto del diritto di proprietà è previsto dalla legge e i limiti apposti al godimento di tale diritto non sono limiti esterni, ma interni; sono conseguenza della formula racchiusa nel principio

¹⁶¹ Cfr., L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 455 in cui *“La funzione sociale deve essere pensata insieme con il concetto di proprietà come elemento qualificante della posizione del proprietario (...). Nella visuale del pensiero funzionale il rapporto tra libertà della proprietà e funzione sociale si presenta non come un'antinomia, che può risolversi in una compressione della proprietà fino ad annullarla, ma come rapporto tra due funzioni concorrenti all'interno di un medesimo ambito operativo: la funzione di partecipazione del singolo al sistema delle decisioni economiche e la funzione di omogenizzazione dell'interesse individuale con l'interesse generale. Scopo della riserva di legge statuita dall'articolo 42 è la composizione delle due funzioni in un'organica unità istituzionale operante quale strumento di integrazione sociale”*. *“L'articolo 42 garantisce la proprietà privata non più come diritto fondamentale della persona delimitante una sfera privata libera di intromissione del potere politico, bensì come diritto di partecipazione all'organizzazione e allo sviluppo della vita economica (...). Tale articolo non garantisce la proprietà per sé sola, come spazio riservato alla libertà individuale fine a se stessa, bensì in funzione della libertà politica, come elemento dell'emancipazione politica”*.

¹⁶² Il dibattito vede confrontarsi tre prospettive: i cattolici, secondo cui la proprietà è espressione della persona umana frutto del lavoro e del risparmio inserendo la proprietà tra i diritti fondamentali; gli esponenti del partito socialista e comunista, secondo i quali la proprietà appartiene allo Stato o a organismi collettivi riservando alla proprietà privata un ruolo marginale; i liberali, secondo cui la proprietà è funzionale alla realizzazione dell'economia di mercato.

costituzionale della funzione sociale¹⁶³. Negli stessi anni, però, accanto alla tesi della “funzionalizzazione” della proprietà si pone quella dell’enunciazione del riconoscimento e della garanzia della proprietà privata; il contemperamento tra i due principi è effettuato dalla Corte Costituzionale. E’ proprio in alcune sue sentenze¹⁶⁴, tra il 1966 e il 1968, che la Corte da un lato ribadisce la necessità di una regolamentazione legislativa proprio in virtù del principio della funzione sociale e dall’altro afferma che il riferimento normativo per la garanzia del proprietario è racchiuso nel 3 comma dell’articolo 42 Cost. anziché nel 2 comma.

Il diritto di proprietà, o meglio la sua tutela, è racchiusa nell’articolo 42¹⁶⁵ della Costituzione ed è composto da due commi¹⁶⁶: nel primo si ha il riconoscimento della natura pubblica e privata della proprietà, nonché della proprietà dei beni produttivi; nel secondo comma è racchiusa la garanzia costituzionale della proprietà privata riservando al legislatore la scelta dei modi di acquisto, di godimento e i limiti per rendere la proprietà accessibile a tutti e riconoscendo la sua funzione sociale. Continuando nell’analisi di tale articolo si nota come sia venuto meno il carattere assoluto della proprietà, dal momento che la stessa può essere privata dalla disponibilità del proprietario per motivi di interesse pubblico dietro un indennizzo che possa soddisfare l’interesse privato. In seguito alla formulazione dell’articolo 42 Cost. nacque un dibattito all’interno dell’Assemblea costituente circa la natura del diritto di proprietà, ossia se si dovesse propendere per accordare ad essa natura civilistica, lasciando quindi il potere di intervento del legislatore, o natura costituzionale, assicurando una tutela maggiore a tale diritto. Dalla formulazione letterale di tale articolo non può non notarsi come la scelta sia ricaduta sulla prima opzione dal momento che <<la proprietà privata

¹⁶³ Cfr., C. SALVI, *Proprietà, libertà e funzione sociale Principi e regole*, p. 50 in *Proprietà e diritto europeo*. Atti del Convegno, Reggio Calabria 11 e 12 ottobre 2013, a cura di G. D’Amico, Edizioni scientifiche italiane, 2013. L’autore sottolinea come l’aggettivo “sociale”, previsto dall’articolo 42 della Costituzione, utilizzato in riferimento alla funzione svolta dalla proprietà privata, non è da intendersi in modo generico alla stregua di quello utilizzato per “l’interesse pubblico”. I suoi contenuti risultano dai principi fondamentali e dalle altre norme costituzionali nonché dal dovere di solidarietà, di uguaglianza sostanziale e dalla tutela dei diritti sociali.

¹⁶⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 1966; sentenze n. 55 e 56 del 1968.

¹⁶⁵ Cfr., G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1974, p. 452 in cui l’autore propone una diversa lettura dell’articolo 42 Costituzione. “*Esso contiene due disposizioni. La prima (la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge) pone l’obbligo per la legge di riconoscere e garantire la proprietà privata e rende incostituzionale la legge che a questo precetto contravvenisse; la seconda pone l’obbligo per la legge regolatrice della proprietà privata di non garantirla in termini tali da menomarne la funzione sociale o di renderne possibile o soverchiamente difficile l’accesso a tutti*”.

¹⁶⁶ Articolo 42 Costituzione “La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”.

è riconosciuta e garantita dalla legge>>, facendo derivare lo stesso diritto di proprietà privata da una fonte normativa¹⁶⁷. Tale visione, però, non è pacifica in dottrina dal momento che molti autori fanno derivare il diritto di proprietà dalla garanzia costituzionale e non dalla legge; l'oggetto del dibattito è, quindi, il potere attribuito al legislatore in ordine alla definizione del diritto di proprietà, cioè se ha, o meno, piena disponibilità del contenuto del diritto. Da ciò deriva una concezione costituzionale del diritto di proprietà diversa da quella inserita nel codice civile: la proprietà non è più un diritto inviolabile dell'uomo, un diritto soggettivo assoluto, ma un valore costituzionale da bilanciare con gli altri valori e interessi previsti nel testo costituzionale. Inoltre, oggetto di tutela non è più solamente il diritto del singolo al pieno godimento individuale, ma anche gli interessi dei terzi coinvolti¹⁶⁸. Anche l'inserimento della clausola della funzione sociale è stata oggetto di dibattito in dottrina: secondo la tradizione civilistica, legata al modello tradizionale del diritto di proprietà, la funzione sociale ha un ruolo esterno, una valenza negativa avente la funzione di escludere un comportamento antisociale del proprietario, ma comunque incompatibile con il diritto soggettivo. A tal proposito, molti autori ritengono conforme la funzione sociale, non, però, in virtù dell'articolo 42 Cost., ma di un'interpretazione sistematica degli articoli 2 (diritti e doveri) e 4 (diritto al lavoro) ossia di partecipazione sociale seguito dalla promozione della dignità della persona. Da ciò scaturisce la visione della proprietà non più come diritto soggettivo assoluto, bensì come potere- dovere da esercitarsi nell'intera società, sulla base dell'appartenenza del singolo ad un organismo sociale, e dovendosi, quindi, porre in essere un'attività di bilanciamento tra la tutela della situazione giuridica soggettiva del singolo e gli interessi dei terzi che partecipano agli interessi proprietari. La funzione sociale diviene, dunque, contenuto di diritto da cui scaturiscono rapporti socio- economici; da ciò la collocazione del diritto di proprietà all'interno dei rapporti economici¹⁶⁹

¹⁶⁷ L'articolo 2 della Costituzione riconosce e tutela, tra i diritti inviolabili, il diritto di proprietà personale riferibile al soddisfacimento dei bisogni primari dell'uomo. Ciò lo si deduce dal fatto che, quando si vuole tutelare un diritto preesistente alla Costituzione, si utilizza la formula "la Repubblica riconosce e garantisce". Nel caso del diritto di proprietà, la sua tutela è apprestata dall'articolo 42 e non dagli articoli che tutelano i diritti fondamentali e inviolabili o i diritti e doveri dei cittadini, ma nei rapporti economici. Difatti, nel testo dell'articolo è inserita la formula "la legge riconosce e garantisce": il diritto di proprietà esiste in quanto diritto riconosciuto dalla legge e non quale diritto fondamentale, Cfr., P. MADDALENA, *Incontro trilaterale a Lisbona. I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica italiana*.

¹⁶⁸ La funzione sociale permette di considerare all'interno del diritto di proprietà non solo gli interessi del singolo titolare del diritto, ma anche gli obiettivi dei terzi in vista della soddisfazione di molteplici interessi intorno allo stesso bene.

¹⁶⁹ Cfr., C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976; P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*.

e non più nei diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo¹⁷⁰. A ciò deve aggiungersi la non unitarietà della disciplina del diritto di proprietà, la presenza di legislazioni speciali, di diversi statuti particolari e di regimi differenziati dell'uso dei beni.

Il secondo comma dell'articolo 42 Cost. prescrive di rendere la proprietà accessibile a tutti. Secondo l'interpretazione comune¹⁷¹, esso è specificazione dell'articolo 3 Cost., ossia del principio di uguaglianza sostanziale, mentre secondo altri è collegato all'articolo 47 Cost., ossia un collegamento con le forme di proprietà oggetto di garanzia speciale distinguendo, così, la proprietà dei mezzi di produzione da quella dei beni di consumo cioè personali¹⁷². Ne discende l'obbligo di non discriminazione di categorie sociali dall'accesso dei beni economici e della proprietà (ad esempio la proprietà abitativa o la proprietà diretta coltivatrice e di tutte quelle che hanno un'utilità sociale) e quindi di un collegamento stretto tra l'articolo 42 e l'articolo 3 della Cost., in ossequio al principio di uguaglianza, anziché con l'articolo 47 di un'equa ripartizione della ricchezza.

In dottrina si sono prospettate diverse soluzioni al conflitto di principi, ossia tra la funzione sociale e il diritto di libertà: c'è chi sostiene che dalla supremazia del diritto europeo debba derivare anche la disapplicazione dell'articolo 42 della Costituzione (Comporti¹⁷³) e che la Costituzione esiste, ma non è più reale e di conseguenza è venuta a scemare anche la funzione sociale (Nivarra); per altri, invece, è proprio dalla nozione di bene comune che si deve dare attualità alla funzione sociale (Rodotà); c'è chi sostiene che l'articolo 17 della Carta dei diritti e l'articolo 42 Costituzione possano coesistere (presidente del Tribunale UE, M. Jaeger). Secondo altri (C. Salvi) c'è

¹⁷⁰ La differenza tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali sta in ciò: mentre i diritti fondamentali sono universali, spettanti indistintamente a tutti i soggetti o classi di soggetti che ne sono titolari, i diritti patrimoniali sono diritti singolari. Di conseguenza, in riferimento ai primi trova applicazione il principio di uguaglianza, per i secondi trovano applicazione i principi di differenziazione e di esclusione.

¹⁷¹ Cfr., M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, Pol. dir., 1971, 475 ss.

¹⁷² Cfr., S. RODOTÀ, *Il progetto della Corte europea e l'articolo 42 Costituzione*, in M. COMPORTI, *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005.

¹⁷³ Secondo il Comporti la funzione sociale non è un controlimite alla supremazia del diritto europeo sul diritto costituzionale italiano, così come afferma la Corte Costituzionale. La Corte, anche se sostiene la prevalenza del diritto dell'Unione sulle norme costituzionali in virtù dell'articolo 11 Cost., ribadisce il sindacato di legittimità in ordine ai principi fondamentali dello Stato e ai diritti inalienabili della persona (corte cost. 227/10). Quindi oltre ai diritti inalienabili ci sono altri principi che prevalgono sul diritto sovranazionale. La funzione sociale non rientra tra i principi fondamentali previsti dagli articolo 1- 12 della Costituzione, essendo inserita nell'articolo 42, ma è collegata agli stessi per mezzo dei doveri inderogabili di solidarietà e di eguaglianza sostanziale. Come ricorda Mortati gli articoli 41- 45 Cost. hanno il ruolo di supremo criterio interpretativo; la sentenza 348/07 stabilisce che "la funzione sociale deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione con l'articolo 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento del dovere inderogabile di solidarietà economica e sociale" e la tutela della proprietà non deve pregiudicare la tutela effettiva dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione.

incompatibilità tra il principio che considera la proprietà un diritto di libertà e il principio della funzione sociale; ciò, però, non comporta la vanificazione della funzione sociale.

Il diritto di proprietà assume diverse connotazioni a seconda che lo si affronti dal punto di vista del diritto civile¹⁷⁴ o del diritto costituzionale¹⁷⁵ trattandosi di una diversità di metodi. La dottrina civilistica risulta concentrata sulla questione dei limiti amministrativi o pubblici della proprietà privata, i secondi sulla collocazione di tale diritto tra i rapporti economici e non tra i diritti fondamentali della persona, rompendo, così, con la tradizione e superando i concetti di assolutezza e di inviolabilità della proprietà privata. Il punto di incontro tra le due concezioni è racchiuso nell'articolo 42 della Costituzione e nel ruolo della funzione sociale: il testo dell'articolo impone ad entrambe le categorie di giuristi di interpretare la legislazione di attuazione di tale articolo e di rileggerlo alla luce delle nuove situazioni soggettive che il legislatore dell'epoca deliberava.

Nella Costituzione, il diritto di proprietà è inserito nel Titolo III, ossia nei Rapporti economici, all'articolo 42¹⁷⁶; tale diritto viene inserito dopo l'enunciazione del principio che "l'iniziativa economica privata è libera", senza alcun riferimento ai rapporti etico- sociali previsti dal Titolo I e ai rapporti civili previsti dal Titolo II.

Nel codice civile la disciplina della proprietà è prevista nel Libro III¹⁷⁷, intendendo la proprietà come diritto sulle cose ed effettuando un richiamo alle esigenze e agli interessi generali o privati che ne determinano l'esercizio.

¹⁷⁴ All'interno della nostra dottrina civilistica c'è chi sostiene che, in seguito al recepimento della giurisprudenza delle due Corti europee, ci sia sempre più una "disapplicazione dei principi costituzionali concernenti i profili sociali dei diritti patrimoniali" Cfr. SALVI, *Codice civile e Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189; L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 575.

¹⁷⁵ L'attività giurisdizionale della Corte costituzionale permette di conformare il diritto interno al diritto convenzionale, anche se, né all'interno della Convenzione Edu e della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., non è presente alcun riferimento al vincolo sociale che, invece, è imposto dalla nostra Costituzione alla proprietà. Secondo alcuni autori il fatto che il vincolo sociale non sia presente nei testi normativi citati non esclude che il diritto di proprietà sia oggetto di bilanciamento al pari degli altri diritti fondamentali. Cfr. M. GRAZIADEI, *Disciplina internazionale e circolazione dei modelli proprietari*, in *L'incidenza dei dir. intern. sul dir. civ.* Atti del 5 Convegno nazionale 25-26-27 marzo 2010, Esi, 194; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo- comunitario delle fonti*, II, Esi, 2006, 890 ss.; F. GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione sociale com principio ordinatore dello statuto proprietario multilivello*, in *Giust. amm.*, 2009, 107. Secondo quest'ultimo "non è tanto l'omissione del riferimento alla funzione sociale della proprietà nella Corte a fare la differenza, quanto la struttura del bilanciamento operata dalla Corte di Strasburgo". S. PRADUROUX, *Una costellazione europea: la proprietà e i beni nel quadro dei parametri di legalità enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *NGCC*, 2012- Parte seconda, 771-772.

¹⁷⁶ Articolo 42 Costituzione: La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, agli enti o ai privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

¹⁷⁷ Articolo 832 del codice civile: Il proprietario ha il diritto di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

4. LA TUTELA DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ IN EUROPA

L'Unione europea, dopo un'iniziale indifferenza per il tema della protezione dei diritti fondamentali, ha elaborato una propria dottrina sull'argomento includendovi, tra i principi generali non scritti dell'ordinamento comunitario, anche la tutela del diritto di proprietà privata. L'U.E., in un primo momento, ha fatto rientrare tra le quattro libertà fondamentali (di circolazione di merci, di capitali, di persone e di servizi) il diritto di proprietà, di impresa e di lavoro, attribuendo un diverso punto di vista funzionale e facendo nascere un conflitto con i sistemi costituzionali nazionali, in riferimento al principio di uguaglianza, al diritto di proprietà e al diritto di libera iniziativa economica. In diversi casi la Corte di Giustizia ha chiarito, in via pregiudiziale, la portata del diritto comunitario e la tutela dei diritti fondamentali, nonostante il silenzio normativo dei Trattati; già nel 1969 con la sentenza *Stauder*¹⁷⁸ la Corte U.E. ribadisce l'attenzione dell'ordinamento giuridico comunitario alla tutela dei diritti fondamentali, riprendendo i principi della Cedu e le tradizioni costituzionali comuni¹⁷⁹. Il diritto di proprietà è trattato alla stregua dei principi comuni alle Costituzioni degli Stati membri recepiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Successivamente, nel 2000 con l'approvazione della Carta dei diritti di Nizza, l'articolo 17¹⁸⁰ ha sancito il diritto dell'individuo di godere della proprietà dei beni acquistati legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità; ha ribadito la possibilità di perdere la proprietà in vista di un interesse pubblico e dietro pagamento di una giusta indennità nonché la possibilità di regolare l'uso dei beni nei limiti imposti dall'interesse generale.

Per la Corte di Giustizia la proprietà è un diritto fondamentale appartenente alle tradizioni costituzionali comuni¹⁸¹ ai Paesi membri, è un principio generale dell'ordinamento europeo, a differenza della precedente giurisprudenza secondo cui oggetto di protezione e di eventuale limitazione era il diritto di libertà di iniziativa economica che, attraverso atti, regolamenti o

¹⁷⁸ Corte di Giustizia, sentenza C 29/69 del 12/11/1969.

¹⁷⁹ I principi ricavati dalla Cedu e le tradizioni costituzionali comuni, inserite dell'articolo 6 del Trattato di Maastricht, sono diventate parte integrante del diritto comunitario. La Corte di Giustizia ha fatto ampio ricorso a tale articolo con la conseguenza di legare le istituzioni comunitarie e gli Stati al rispetto di tali diritti: ciò comporta un'espansione del diritto comunitario e la prevalenza dello stesso sul diritto nazionale.

¹⁸⁰ Articolo 17 Carta dei diritti, Proprietà: "Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta".

¹⁸¹ Il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni è previsto dall'articolo 52 della Carta di Nizza, in base al quale "laddove la Corte riconosca i diritti fondamentali quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti devono essere interpretati in armonia con dette tradizioni".

decisioni ponevano in essere una limitazione del diritto di proprietà¹⁸². Tale diritto trova regolamentazione diretta nell'articolo 17 della Carta di Nizza che, letto in base all'articolo 51, par. 1, si applica <<alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione¹⁸³>>. La fattispecie concreta rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione Europea quando non sia disciplinato esclusivamente dalle norme dell'ordinamento interno, ma presenti un legame con quelle del diritto europeo. Il campo di applicazione della Carta di Nizza è sancito dagli articoli 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'articolo 51 della Carta: il primo stabilisce, al primo comma, che le disposizioni contenute nella Carta non estendono le competenze dell'Unione definite dai Trattati e, al terzo comma, che i diritti fondamentali fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali; il secondo fissa il campo di azione di tali norme nel rispetto del principio di sussidiarietà.

5. LA TUTELA DELLA PROPRIETA' NEL PANORAMA GIURIDICO EUROPEO

In ambito europeo la situazione è un po' diversa: il diritto di proprietà nasce dall'evoluzione giurisprudenziale delle Corti europee fino a trovare riconoscimento normativo nell'articolo 1 del Protocollo aggiuntivo Cedu e negli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti UE. Inizialmente il riferimento normativo in materia era l'articolo 345 del Trattato sul funzionamento dell'U.E., in base al quale <<*i Trattati lasciavano impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*¹⁸⁴>>. L'attuale interpretazione data dalla Corte di Strasburgo deriva da un percorso giurisprudenziale iniziato intorno agli anni '80 del secolo scorso; lo stesso percorso è stato effettuato dalla Corte di Giustizia UE in materia di libertà economiche, considerate prevalenti

¹⁸² E' in questo contesto che la tutela della proprietà risulta inscindibilmente connessa alla valorizzazione di un'economia di mercato: tutelare la proprietà è funzionale per garantire la piena concorrenza.

¹⁸³ Cfr., G. D'AMICO, *Le ragioni di un convegno*, in AA.VV., *Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno, Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, a cura di G. D'Amico, Edizioni Scientifiche italiane, 2013, p. 14. L'autore sottolinea che, in base l'articolo 51 Carta di Nizza, riportato anche nella sentenza della Corte costituzionale n. 80/2011, la Carta dei diritti rilevi "unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale".

¹⁸⁴ L'articolo 345 del Trattato risale al Trattato di Roma del 1957 e rispecchia l'orientamento dominante dell'epoca, in base al quale bisognava consentire la proprietà pubblica anche per i beni economici, così come riportato anche nel 1 comma dell'articolo 42 Costituzione, e operare la distinzione tra la tutela della concorrenza previste dalle norme europee e la rendita fondiaria disciplinata dalle norme interne degli Stati.

rispetto ai diritti sociali¹⁸⁵. I diritti di proprietà e di libertà economica, quindi, sono frutto di attività giurisprudenziale creativa e interpretativa della Corte Edu e della Corte di Giustizia UE che hanno trovato riconoscimento nella Costituzione italiana, nella parte in cui viene riconosciuta la prevalenza delle norme europee così come interpretate dai giudici europei, e nel Trattato di Lisbona che ha costituzionalizzato la Carta dei diritti e ha inserito la Cedu nel sistema del diritto dell'Unione. Per quanto attiene al concetto e alla tutela del diritto di proprietà in ambito europeo, ai fini di un'indagine comparatistica, la disciplina della proprietà deve essere letta e studiata in una prospettiva diacronica, non secondo la storia dei concetti giuridici, ma secondo il ruolo svolto dalla proprietà nei sistemi giuridici che attorno a questo istituto si sono plasmati. Negli Stati costituzionali contemporanei, l'indagine storica diacronica deve partire dal passaggio dalla società medievale alla società moderna, momento in cui il fondamento e il contenuto della proprietà vennero identificati con la libertà individuale, come manifestazione di tale libertà di espressione e della personalità umana, considerandola, quindi, un diritto inviolabile¹⁸⁶. Al fine di arrivare all'elaborazione di un concetto di proprietà comune ai vari Paesi, considerando le tradizioni costituzionali comuni, è opportuno fare riferimento agli ordinamenti di *Common law*, francese, tedesco e spagnolo.

Nel sistema di *Common law* il termine *property* indica l'insieme dei diritti di uso, di godimento e tutti i diritti sui beni di cui il titolare può disporre, non riferendosi, quindi, all'appartenenza del bene alla persona. E' possibile distinguere tra *Real property* e *Personal property*: il primo termine, in genere, indica la situazione di appartenenza tutelate con i rimedi recuperatori, anche se tale termine non ha un significato univoco potendo indicare tanto i diritti sul bene quanto il bene stesso; il secondo fa riferimento alle situazioni tutelate con i rimedi risarcitori. Entrambi gli aspetti sono tutelati dall'*equity*, cioè da un sistema di soluzione dei conflitti in cui prevale l'interesse del più meritevole di ricevere protezione attraverso l'utilizzo di criteri elastici ed efficaci. Nel sistema anglosassone, quindi, la proprietà coincide con la titolarità delle situazioni giuridiche soggettive di contenuto patrimoniale collegate ad un bene aventi un valore economico rilevante. Nella nozione di *property* rientrano, inoltre, anche quelle situazioni giuridiche soggettive che non rientrano appieno nelle situazioni con rilevanza economica, ma che si sostanziano in una pretesa nei confronti dello Stato sociale; ciò serve a garantire tutela a situazioni nuove che altrimenti ne rimarrebbero prive all'interno dell'ordinamento giuridico. La *property*, quindi, tutela il valore del bene, il valore

¹⁸⁵ Ciò a partire dalle sentenze Laval e Viking del 2007.

¹⁸⁶ Cfr., F. AMIRANTE, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale*, Lisbona 8-9 ottobre, 2009.

dell'utilità che può trarsi dal bene e il valore di scambio nella circolazione del bene all'interno del mercato.

Nell'ordinamento francese vi sono due teorie che disciplinano la proprietà: la teoria del *dominium*, di origine romanistica, che fa coincidere la proprietà con un diritto soggettivo assoluto, e la teoria di origine germanistica del *coutumière*, secondo cui la proprietà è un insieme di utilità indipendenti di più persone su un bene. E' nel XIV secolo che, con l'ascesa della borghesia, si afferma l'idea della pienezza della relazione materiale con il bene; successivamente nei secoli XVI e XVII si afferma una cultura giusnaturalistica secondo cui il diritto di proprietà è preesistente rispetto allo Stato. Con la *Déclaration* del 1789, precisamente con gli articoli 2 e 17, si afferma la proprietà quale diritto sacro e inviolabile, accordando a tale diritto garanzia costituzionale. La proprietà è intesa, quindi, nella relazione tra la persona e la cosa, come libertà di godimento e di trarre profitto dall'utilizzo della cosa, sempre nel rispetto della legge e dei regolamenti in materia. Anche in Francia, come in Italia, il pieno riconoscimento del diritto di proprietà costituzionalmente tutelato non è esente dalle limitazioni derivanti dal rispetto dell'interesse pubblico generale, dall'utilità e dalla funzione sociale. E' negli anni '90 che il *Conseil constitutionnel* afferma la primarietà del diritto di proprietà privata e l'illegittimità costituzionale di disposizioni che non tutelano adeguatamente tale diritto sia sotto il profilo delle garanzie procedurali sia sotto il profilo sostanziale.

Il sistema tedesco, nel periodo medievale, è caratterizzato dal possesso collettivo dei beni, la *Gewere*, che, se riferita ai beni mobili indica il possesso materiale del bene, se riferita ai beni immobili indica la facoltà di trarre dalla cosa maggiore utilità. All'interno del sistema tedesco si avverte l'esigenza di bilanciare la visione dell'investitura medievale, secondo la quale il diritto reale coincide con l'utilità economica che il godimento della cosa consente, con la tradizione romanistica in cui la proprietà collettiva assume la forma di *res communis*. Con il giusnaturalismo storico si distingue un profilo privatistico della proprietà, tipica del sistema romano e di diritto naturale, con un profilo pubblicistico, tipico del sistema tedesco delle investiture. Il libro III BGB, da un lato, richiama la tradizione romanistica e, dall'altro, le tradizioni tedesche fino a giungere alla costituzione di *Weimar* (articolo 153, capitolo I, sezione I) e alla *Grundgesetz* (articolo 14 GG) che intendono la proprietà in un'accezione più ampia, di ispirazione pubblicistica, secondo cui la proprietà non è un dominio assoluto del titolare del diritto, ma presuppone, nell'esercizio di tale diritto, un obbligo che deve servire al bene della collettività. Inoltre, l'articolo 18 della Costituzione tedesca prevede la perdita dei diritti fondamentali, tra cui la proprietà, nel caso in cui i cittadini abusino di tali diritti. La proprietà, in quanto diritto fondamentale, è espressione della libertà personale, è preordinata allo sviluppo della persona e all'organizzazione dignitosa della sua vita;

tale diritto non è coperto da garanzia assoluta essendo collegato all'utilità sociale. Per questo motivo la legislazione fissa il contenuto e i limiti di tale diritto tenendo presente la garanzia di tale istituto, ossia la conservazione di ciò che la coscienza sociale, in base al momento storico, ritiene rientrante nell'istituto proprietario. Nella costituzione tedesca l'intervento del legislatore si misura in ragione della necessità dell'intervento, della consequenzialità rispetto allo scopo perseguito e della proporzionalità rispetto agli interessi in gioco.

Il sistema costituzionale spagnolo è molto vicino a quello italiano e tedesco, pur mantenendo degli aspetti di autonomia. Il diritto di proprietà è regolato dall'articolo 33, è un diritto fondamentale con funzione sociale, la cui esistenza è riconosciuta prima di essere inserito nel testo costituzionale. La nozione di proprietà risente sia di una visione economica di mercato sia di democrazia sociale; infatti l'articolo 33 è un articolo che riconosce validità al sistema di libertà economica vigente e dall'altro configura l'incidenza dell'utilità sociale sulla forma di Stato. Nella Costituzione spagnola il diritto di proprietà non è inserito né tra i diritti fondamentali né tra quelli inviolabili contenuti nella sezione II, del capo I "Diritti fondamentali e delle libertà pubbliche"; non è un diritto a cui è riconosciuta massima garanzia costituzionale. Tale diritto è inserito nella sezione II del capo II tra i diritti e doveri dei cittadini, ossia tra le situazioni giuridiche soggettive funzionali alla partecipazione dei cittadini alla sfera pubblica e agli impegni di solidarietà, anche economica. Il contenuto del diritto di proprietà è ricavato dalla nozione civilistica dell'articolo 348 del codice civile spagnolo.

Il diritto di proprietà, secondo un'indagine comparativa tra i diversi ordinamenti, risulta accomunare l'ordinamento italiano, francese, tedesco e spagnolo sotto diversi punti: un primo punto è quello di considerare lo schema proprietario dal punto di vista dello Stato liberale e sociale includendo nella nozione di proprietà anche i beni immateriali; il secondo la non inclusione del diritto di proprietà tra i diritti fondamentali, bensì tra le libertà economiche; il terzo nel prevedere la tutela del diritto di proprietà alla luce della funzione sociale, prevedendo una concezione della proprietà secondo legge, sia pubblica che privata, garantendo il contenuto minimo di tale diritto da compressioni eccessive, ammesse se temporanee e eccezionali, comportando un bilanciamento di interessi tra il proprietario, i terzi e gli interessi generali.

Il diritto di proprietà in ambito comunitario è strettamente collegato al diritto di libertà di iniziativa economica, è uno strumento di promozione dell'economia di mercato e della piena concorrenza

degli operatori economici¹⁸⁷. Il diritto di proprietà deve essere temperato con gli interessi comunitari quali la tutela dell'ambiente, la tutela del consumatore, cosicché il diritto di proprietà potrà essere limitato purché si perseguano interessi generali con interventi proporzionali allo scopo da perseguire¹⁸⁸. Al diritto di proprietà potranno essere apposte restrizioni a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla comunità e non costituiscano interventi sproporzionati e inaccettabili, tali da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti¹⁸⁹. La disciplina del diritto di proprietà, in ambito europeo, risente della limitazione imposta dall'articolo 222 del Trattato che afferma l'intangibilità del regime di proprietà esistente negli Stati membri.

6. LA PROPRIETA' TRA INTERPRETAZIONE E COMPARAZIONE: LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

La Carta dei diritti fondamentali, firmata a Nizza nel 2000, è un'enunciazione di principi generali del diritto comunitario applicati dalla Corte di Giustizia; la Carta riconosce e afferma non solo i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni, dagli obblighi internazionali degli Stati membri, dai Trattati comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ma anche i diritti derivanti dalla giurisprudenza delle Corti europee e comunitarie.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia fa propria la nozione di *Property*, tipica dei paesi di *Common law*, facendo rientrare nella garanzia proprietaria i diritti di natura personale scaturenti da un'attività economica e le utilità patrimoniale che possono essere ricavate dai beni; amplia la nozione di bene, così come la Corte Edu seppur con argomentazioni e fini differenti, intendendo con esso l'interesse patrimoniale sussistente e non lo strumento materiale di soddisfazione di un determinato interesse. Le pronunce della Corte di Giustizia in tema di diritto di proprietà possono

¹⁸⁷ Cfr., L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, 56 in cui si afferma che le azioni della comunità incidono sul diritto di proprietà dell'imprenditore o del professionista, sui propri beni, ma anche sul libero esercizio delle attività economiche nella misura in cui l'imprenditore o il professionista non potranno liberamente utilizzare i beni strumentali necessari alla loro attività.

¹⁸⁸ CG, 10/12/02 n. 491.

¹⁸⁹ CG, 06/12/05, in dottrina Cfr. F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, Relazione tenuta al 2 incontro italo-francese di diritto amministrativo, Parigi, 12 ottobre 2007.

essere classificate in tre settori: il primo¹⁹⁰ in cui tale diritto è connesso con il diritto alla libertà di iniziativa economica e in cui la violazione della proprietà corrisponde all'applicazione di misure restrittive della produzione poste in essere dalle istituzioni comunitarie; il secondo¹⁹¹ in cui al diritto di proprietà corrisponde la produzione considerata come imposizione in via diretta alle imprese di prelievi coattivi e di perdita dei benefici; il terzo¹⁹² si caratterizza per l'emissione da parte della Corte di sentenze in cui il diritto di proprietà trova ampia tutela. La limitazione dei diritti fondamentali può avvenire attraverso l'uso del parametro degli obiettivi di interesse generale. La Corte di Giustizia, infatti, in diverse pronunce (Hauer; Schraeder; von Deetzen; Fishermen's organizations), pur richiamandosi alle tradizioni costituzionali comuni e ai principi internazionali, elabora autonomi parametri di diritto comunitario attraverso i quali giudicare la legittimità delle decisioni in ordine al diritto di proprietà.

Il parametro utilizzato dalla Corte di Giustizia nelle sue decisioni per giustificare le limitazioni dei diritti fondamentali in vista di un interesse generale¹⁹³ risiede proprio nel diritto comunitario; ossia nelle sue sentenze la Corte riconosce il diritto di proprietà e il diritto di libera iniziativa economica come principi del diritto comunitario e, quindi, il parametro con cui valutare la legittimità o l'illegittimità di un atto limitativo dei diritti fondamentali risiede nel diritto comunitario¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Tra i casi del primo tipo: Nold, Corte di Giustizia 14 maggio 1974, causa 4- 73, caso in cui il concetto di funzione sociale coincide con quello di interesse pubblico. Il diritto di proprietà deve essere considerato alla luce della sua funzione sociale dei beni delle attività oggetto di tutela, non essendo prerogative assolute. In tal senso, le garanzie apposte a tali diritti risentono delle limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico; il caso Hauer vs. Land RheinlandPfalz, Corte di Giustizia, 13 dicembre 1979, causa 44/79; Metallurgiki Halips, Corte di Giustizia, 9 dicembre 1982, C- 258/81; Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania, Corte di Giustizia, 19 aprile 1983, C-113/82; Zuckerfabrik, Corte di Giustizia, 14 gennaio 1987, C-281/84; Fishermen's Organisations, Corte di Giustizia 17 ottobre 1995, C-44/94; Valsabbia, Corte di Giustizia 18 marzo 1980; Biovilac, Corte di Giustizia 6 dicembre 1984, C-59/83.

¹⁹¹ Tra i casi del secondo tipo: Intermills, Corte di Giustizia 14 novembre 1984, C-323/82; Schraeder, Corte di Giustizia 11 luglio 1989 C-265/87; von Deetzen, Corte di Giustizia 22 ottobre 1991, C-44/89; Booker Aquaculture, Corte di Giustizia 10 luglio 2003, procedimenti riuniti c-20/00 e c-64/00.

¹⁹² Tra i casi del terzo tipo: Testa ed altri, Corte di Giustizia 19 giugno 1980, C-41, 121, 796 del 1979; Fearon and Company limited contro Irish Land Commission, Corte di Giustizia 6 novembre 1984, C-182/83; Wachauf, Corte di Giustizia 13 luglio 1989, causa C-5/88; Bosphorus, Corte di Giustizia 30 luglio 1996, causa C-84/95.

¹⁹³ La Corte in alcune sentenze effettua un richiamo agli obiettivi di interesse generale e in altre alla funzione sociale non prevedendo alcuna distinzione di contenuto tra le due formule utilizzate in quanto entrambi ascrivibili all'ordine pubblico comunitario di natura prevalentemente economica, basato sulla visione di un mercato aperto e in libera concorrenza.

¹⁹⁴ Cfr., R. SCARPA, *Diritti fondamentali ed ordinamento comunitario*, in Giust. civ., 1980, 1213 ss. in cui la Corte, in occasione della sentenza Hauer, di seguito richiamata come precedente nelle pronunce successive, nel suo operato prende in considerazione non solo le norme scritte dei Trattati o degli atti legislative, ma anche le regole di diritto non scritte "presenti nella coscienza giuridica degli europei in quanto costituenti i fondamenti della loro civiltà giuridica". Questo fenomeno viene definito dall'autore "prendendo l'espressione a prestito dal Common Law il diritto della terra, espressione particolarmente efficace per indicare l'immanenza nell'ordinamento di regole di diritto non codificate".

Gli unici motivi limitativi dei diritti fondamentali sono l'equilibrio economico di mercato, la produzione, i rapporti tra i mercati dei diversi Paesi. Nel bilanciamento tra il diritto di proprietà e il mercato aperto e in libera concorrenza, la Corte di Giustizia dà prevalenza al secondo valore ritenuto superiore rispetto ai diritti fondamentali della persona, anche se il diritto di proprietà è un diritto strumentale per la realizzazione e il mantenimento di un mercato aperto. La Corte garantisce l'osservanza delle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri del diritto comunitario per evitare provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dai vari Stati. Un esempio di ciò è proprio il Protocollo 1 aggiuntivo della Cedu che, disciplinando la tutela del diritto di proprietà e richiamando le tradizioni costituzionali comuni, fornisce indicazioni utili per il diritto comunitario a cui la Corte fa costante riferimento nelle sue sentenze in cui vi è sempre un richiamo ai testi costituzionali degli Stati membri che tutelano tale diritto, prevedendo obblighi e limiti per i proprietari (ad esempio il richiamo effettuato agli articoli 14, 2 comma, della Costituzione tedesca; articolo 42 della Costituzione italiana e l'articolo 43 della Costituzione irlandese). La proprietà, nelle sentenze della Corte di Giustizia e della Corte edu, è intesa sia come proprietà personale molto spesso sacrificata in vista di un interesse generale sia in un'accezione più ampia per poter accordare tutela e garanzia anche a nuovi beni giuridici. Intesa come "personale", la tutela della proprietà implica il ricorso al principio della proporzionalità in base al quale la misura adottata dalle Corti europee e comunitarie non deve essere sproporzionata rispetto all'interesse generale perseguito e non deve incidere in modo significativo sulla sostanza e sul contenuto del diritto, in modo da garantire un equilibrio tra il contenuto minimo del diritto e la limitazione posta in essere.

7. LA CARTA EUROPEA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

La Carta Europea dei Diritti Fondamentali, proclamata a Nizza nel 2000, ratificando i risultati della Corte di Giustizia, riconosce valenza giuridica ad una serie di diritti e di principi fondamentali tra cui i diritti di libertà civile e i diritti sociali, nonché il diritto di proprietà. Quest'ultimo è previsto dall'articolo 17 della Carta di Nizza secondo un'impostazione individualistica e non sociale, che si rinviene nel primo comma in cui manca qualsiasi riferimento alla proprietà pubblica e alla funzione sociale¹⁹⁵: ciò fa sì che la tutela della proprietà non rientri più tra i diritti economici, bensì tra quelli

¹⁹⁵ Nella formulazione dell'articolo 17 era stata proposta l'introduzione di due emendamenti, uno dei quali volto ad affermare che le limitazioni alla proprietà devono essere previste dalla legge nell'interesse generale e per assicurare la funzione sociale. Tale emendamento non è stato recepito e di conseguenza è venuto meno qualsiasi riferimento alla funzione sociale, anche in vista di una contrapposizione tra gli interessi dei proprietari e dei non proprietari.

civili. L'interesse generale a cui fa riferimento la norma è un interesse di natura economica, ispirato ai valori economico- sociali che possono limitare un diritto fondamentale a condizione che l'interesse sia giustificato, che la limitazione sia proporzionata e che non leda la sostanza del diritto. La Corte riconosce agli Stati un ampio margine di discrezionalità nell'individuazione degli interessi generali, elaborando la sua nozione di interesse generale sull'ordine pubblico economico: da ciò deriva che le misure restrittive devono essere conformi al principio di proporzionalità (per gli Stati) e giustificate da un ordine pubblico comunitario (per gli organi comunitari).

Questa impostazione si riflette anche nelle sentenze della Corte di Giustizia la quale, dopo un'apertura alla tutela dei diritti fondamentali, rimane ancora legata alle esigenze di mercato e alle libertà fondamentali a differenza della Corte di Strasburgo che, con la sua giurisprudenza, tende ad ampliare la sfera dei diritti fondamentali in un'ottica personalista. Le tradizioni costituzionali comuni, richiamate anche dall'articolo 6 del Trattato di Amsterdam, sono utili ai fini di una maggiore tutela dei diritti, ma anche per correggere e ampliare le interpretazioni date agli stessi dalle Corti interne e dai vari interpreti.

8. *LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*

La tutela del diritto di proprietà è racchiusa nell'articolo 1 Protocollo 1 Cedu, ratificato con legge 4 agosto 1955 n. 848 e firmato a Parigi il 20 marzo 1952; tale articolo ha permesso che fosse inserito un sistema di tutela del diritto di proprietà uniforme, la cui regolamentazione non fosse riservata alla competenza del singolo Stato. L'articolo 1 Protocollo 1 è una novità nello scenario internazionale, in quanto istituisce per la prima volta un controllo internazionale istituzionalizzato in un settore che, fino ad allora, era di competenza esclusiva dei singoli Stati. Ciò ha permesso che dall'esclusiva tutela offerta dalla Costituzione si è dato vita a una collaborazione tra Corti, in quanto la regolamentazione dei beni oggi come oggi non può restare legata a una disciplina e a concetti statici e territorialmente limitati. Ciò permette di apprestare una maggiore tutela a tale diritto

rispetto a quella garantita a livello costituzionale e legislativo dal singolo Stato¹⁹⁶. L'articolo 1 prevede che *<<Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali di diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.>>* Come si evince dalla lettura di tale articolo è possibile ricavare tre norme distinte¹⁹⁷: la prima (prima frase del primo comma), di carattere generale, enuncia il rispetto del diritto di proprietà; la seconda (seconda frase del primo comma) enuncia le cause limitative del diritto di proprietà; la terza (secondo comma) riconosce agli Stati il potere di regolamentare tale diritto nel rispetto dell'interesse generale. E' importante sottolineare che la seconda e terza norma devono essere lette secondo l'interpretazione data alla prima, ma soprattutto che l'interpretazione del contenuto della terza regola costituisce un'interpretazione autonoma, ossia deve ricercarsi il significato delle espressioni all'interno della Convenzione e all'interno dei singoli ordinamenti. Le nozioni autonome sono nozioni giuridiche che, a prescindere dal loro significato nel diritto interno (che rappresenta solo il punto di partenza), sono interpretate alla luce della Convenzione, alla luce del suo oggetto e del suo scopo. Queste nozioni permettono alla Corte di determinare il campo di applicazione della Convenzione e di controllare la conformità dell'interpretazione data dagli organi giudiziari del diritto nazionale alla Convenzione. Tali nozioni, inoltre, sono strettamente collegate con la nozione di margine di apprezzamento: maggiore è il margine lasciato agli Stati minore è lo spazio riservato alla Corte per l'elaborazione di nozioni autonome e viceversa. Ciò fa sì che gli Stati applichino i principi contenuti nella Cedu e non invocino disposizioni interne per non applicarli. L'attività ermeneutica svolta negli anni dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto ad oggetto la nozione ampia di bene¹⁹⁸: tale concetto

¹⁹⁶ I giudici di Strasburgo, in relazione al concetto di proprietà, adottano un approccio sostanzialistico volto alla ricerca e al soddisfacimento dell'interesse individuale che emerge dal caso specifico, al di là delle qualificazioni date dai singoli ordinamenti nazionali. Ciò permette alla Corte eu di ampliare il campo di tutela dei diritti sanciti nella Convenzione, per far sì che il suo agire non si traduca in una limitazione di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Inoltre, dal confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve emergere una maggiore garanzia per i diritti, estendendo anche le potenzialità di tutela insite nelle norme costituzionali. Le norme della Convenzione integrano e arricchiscono di contenuti le norme costituzionali, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali.

¹⁹⁷ Nel corso del tempo si è passati da un'interpretazione restrittiva dei diritti tutelati dall'art. 1 alla pronuncia della Corte eu *Spjornong and LÖnnroth c. Svezia* del 23 settembre 1982 e *Iatridis c. Grecia*, 25 marzo 1999, che racchiudono le tre norme collegate, ma autonome.

¹⁹⁸ Corte eu. dir. uomo, *Gasus Dosier- une FÖrdertechnik gmbH c. Paesi Bassi*, par. 53 del 23 dicembre 1995; *Azas c. Grecia* del 19 settembre 2002; *Dagan c. Turchia* del 29 giugno 2004.

comprende, oltre la proprietà, i beni attuali, esistenti, i valori patrimoniali, i crediti, qualora questi siano dimostrabili dal titolare nel diritto interno e siano liquidi e esigibili, l'aspettativa legittima che un soggetto può avere per il riconoscimento effettivo del diritto di proprietà. La Corte edu ritiene sufficiente, perché vi sia un bene attuale, che il singolo possa far valere una pretesa giuridica. La prima applicazione di questo principio si è avuta nel caso Pine Valley in cui la Corte afferma <<Jusqu'À son prononcé, les requérants avaient pour le moins l'espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement; il faut y voir, aux fins de l'article 1 du protocole n. 1 (P1-1), un élément de la propriété en question>>. Anche un bene che non sia considerato appartenente ad un soggetto, secondo le norme di diritto interno, può essere considerato tale dalla Convenzione quando le autorità statali con il loro comportamento abbiano indotto il privato a considerarsi in buona fede titolare di una determinata situazione giuridica.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha valore di Trattato internazionale approvato e reso esecutivo dagli Stati e le sue norme sono vincolanti per gli Stati che l'hanno ratificata¹⁹⁹; tali norme, in virtù del nuovo testo dell'articolo 117 della Costituzione, possono essere invocate per sostenere l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge in violazione dell'articolo costituzionale.

La giurisprudenza di Strasburgo, in alcuni casi, è andata al di là del criterio dell'*espérance légitime*, attribuendo rilievo decisivo al comportamento delle autorità statali, prescindendo dalla buona fede e dal rispetto della legislazione interna delle parti: è il caso *Beyeler c. Italia*²⁰⁰. La Corte, negli anni, ha assimilato sempre più il concetto di bene con quello di proprietà, indipendentemente da quanto riportato negli ordinamenti dei singoli Stati. La tutela del diritto di proprietà include il rispetto del principio di legalità che richiede la conformità degli atti e della condotta alla normativa in questione. La Corte di Strasburgo non sempre applica in modo rigoroso il test di legalità: vi sono casi in cui omette qualsiasi riferimento a esso²⁰¹ e altri in cui, seppur applicandolo, si limita al dato formale²⁰². In altri casi ancora, pur avendo constatato una violazione dell'articolo 1 Protocollo 1 ha formulato rilievi sulla mancanza di proporzionalità dell'interferenza²⁰³: è il caso Corte eur. dir. uomo *Sud Fondi srl e altri c. Italia* del 20 gennaio 2009. In questo caso la Corte edu ha ritenuto che

¹⁹⁹ E' solo a partire dagli anni '80 che la Corte di Cassazione ha riconosciuto la natura percettiva delle norme della Convenzione che, fino a quella data, si pensava avessero natura programmatica.

²⁰⁰ caso *Beyeler c. Italia* del 05 novembre 2000.

²⁰¹ ad esempio Corte eur. dir. uomo, *Immobiliare Saffi c. Italia* del 28 luglio 2007.

²⁰² Corte eur. dir. uomo, *Broniowski c. Polonia* del 22 giugno 2004.

²⁰³ è il caso Corte eur. dir. uomo *Sud Fondi srl e altri c. Italia* del 20 gennaio 2009.

la norma disciplinante la lottizzazione abusiva e le relative sanzioni non soddisfacesse il requisito di legalità in quanto redatta in modo non sufficientemente chiara e accessibile, negando, così, la confisca urbanistica, negando la base legale ai sensi della Convenzione, ritenendo, inoltre, l'azione statale non conforme alla Convenzione. Constatata la violazione dell'articolo 1 Protocollo 1 sotto il profilo della legalità (§137), la Corte ha affermato che la confisca dell' 85% terreni senza indennizzo non fosse proporzionata allo scopo di rendere i lotti interessati conformi alle disposizioni urbanistiche (§140). La Corte edu, non essendo giudice di quarta istanza, non emette un sindacato sulle misure previste dal diritto interno per il rispetto del diritto di proprietà; nelle sentenze *Belvedere Alberghiera c. Italia* e *Carbonara e Ventura c. Italia* la Corte ribadisce il suo potere limitato nel sindacare la legalità del provvedimento, ossia se questo rispetti o meno il diritto interno. Nel 1999 si è assistito a un mutamento di orientamento della Corte di Strasburgo in merito al principio di legalità: a partire da tale data il rispetto di questo principio non si valuta considerando solo l'adeguatezza del risarcimento riconosciuto e del bilanciamento tra interesse pubblico e diritto di proprietà, ma comprende la valutazione di qualsiasi ingerenza sul diritto dominicale. La Corte, per la prima volta, afferma il principio che "un'ingerenza illegale nel diritto al rispetto dei beni comporta di per sé una violazione dell'articolo 1 del Protocollo n.1, indipendentemente dalle questioni relative alla modalità e all'adeguatezza del risarcimento e quindi dall'esigenza di un bilanciamento tra interesse pubblico e salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, ingerenza che rileva unicamente a fronte di un'ingerenza illegale." Nella giurisprudenza più recente la Corte nelle sue valutazioni ha anteposto la tutela dei diritti fondamentali alla sovranità degli Stati: ciò ha prodotto contrasti tra il sistema di tutela previsto dal diritto interno e quello previsto dalla Convenzione. In diverse pronunce la Corte non ha mancato di ribadire che, proprio a norma dell'articolo 1, l'ingerenza delle autorità statali sul diritto di proprietà deve essere legale; le limitazioni a tale diritto devono avvenire solo per le condizioni indicate dalla legge, pur riconoscendo agli Stati il potere di disciplinare l'uso dei beni applicando delle leggi. La preminenza del diritto, principio fondamentale in una società democratica, include anche il rispetto del dettato normativo della Convenzione; di conseguenza, la valutazione del giusto equilibrio tra interesse generale e rispetto dei diritti umani fondamentali deve avvenire solo nel caso in cui l'interferenza del potere statale sia legale. La Corte di Strasburgo nella sua attività di bilanciamento tra interesse generale e tutela del diritto di proprietà ha sempre cercato di salvaguardare la sicurezza della collettività, ponendo in essere un rapporto di proporzionalità tra mezzi utilizzati e fini perseguiti. La Corte edu ha autonomia nell'applicazione del principio di proporzionalità o di giusto

equilibrio: ciò si rinviene in diverse pronunce della Corte²⁰⁴. E' il caso Scordino e altri c. Italia n.1 del 29 luglio 2004 e Poiss c. Austria, in cui la Corte ha stabilito che un'ingerenza del legislatore nazionale nella sfera dell'individuo deve realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali individuali. Ci deve essere, quindi, una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito.

9. IL DIRITTO DI PROPRIETA' NELL'INTERPRETAZIONE DATA DALLE DUE CORTI

Il diritto di proprietà è disciplinato, a livello europeo e comunitario, sia dall'articolo 1 del Protocollo 1 Cedu sia dall'articolo 17 della Carta di Nizza²⁰⁵: mentre il primo enuncia il diritto "al rispetto dei beni", il secondo enuncia il diritto di proprietà e il suo contenuto intendendolo come "diritto di godere e di disporre dei beni acquistati legalmente e di lasciarli in eredità". Aspetto comune è rappresentato dal fatto che entrambi le disposizioni fanno esplicito riferimento ai limiti alla proprietà imposti dagli interessi generali. La Carta di Nizza inquadra il diritto di proprietà tra i diritti individualistici e soggettivi, enunciando i poteri e le facoltà dei proprietari, non secondo il profilo oggettivo del diritto e dei suoi limiti, nonché della funzione sociale²⁰⁶.

La nozione di "regime di proprietà", letta secondo un'interpretazione letterale, ci suggerisce una distinzione tra il regime pubblico e il regime privato in relazione alla natura giuridica del proprietario, mentre letta secondo un'interpretazione finalistica ed economica considera la regolamentazione dell'economia nazionale posta in essere da ogni Stato membro. A livello comunitario, la *ratio* dell'articolo 295 Trattato CE è quella di non interferire nella regolamentazione interna di ciascuno Stato in materia di diritto di proprietà né quella di nazionalizzare tale diritto; il diritto comunitario tutela il diritto di proprietà in quanto principio generale cui la Corte di Giustizia è tenuta a garantirne l'osservanza contro gli atti comunitari che incidono su tale diritto. La Corte edu, nell'apprestare la tutela a tale diritto, fa riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, ai Trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Mentre la Corte di Giustizia giudica sulle limitazioni al diritto di proprietà nei limiti in

²⁰⁴ caso Poiss c. Austria del 28 luglio 1999; caso Scordino e altri c. Italia n.1 del 29 luglio 2004.

²⁰⁵ Il diritto di proprietà inserito in tale norma è da intendersi come diritto soggettivo fondamentale, come diritto del proprietario che può subire delle limitazioni in vista di interessi generali purché vengano rispettati i principi di proporzionalità e di salvaguardia del contenuto minimo del diritto, ma soprattutto il principio di legalità.

²⁰⁶ Ciò a differenza degli ordinamenti tedesco, spagnolo e italiano in cui la proprietà è soggetta a limiti derivanti proprio dalla funzione sociale, ossia dal temperamento degli interessi tra privati e interessi generali.

cui la legislazione nazionale rientra nel suo campo di competenza, la Corte europea dei diritti dell'uomo garantisce anche l'aspetto privato del diritto di proprietà giudicando sui sacrifici imposti a tale diritto alla luce dei principi del giusto equilibrio²⁰⁷, della proporzionalità, ponendo in essere un giudizio sulla legittimità delle misure previste da uno Stato e le eventuali responsabilità.

La *ratio* che ispira i giudici di Strasburgo nella decisione di un caso di specie è sicuramente il bilanciamento degli interessi in gioco e, nel caso del diritto di proprietà, anche la valutazione della misura limitativa posta in essere dallo Stato alla luce del principio di legalità. Tale valutazione viene sempre fatta in via preliminare: se la Corte ritiene violato il principio di legalità²⁰⁸, allora ci sarà anche violazione dell'articolo 1, a prescindere da un bilanciamento tra interesse generale (della comunità) e interesse particolare (del proprietario).

10. LA PROPRIETA' IN EUROPA TRA FUNZIONE SOCIALE E INTERESSE GENERALE

Lo studio del diritto di proprietà nel rapporto tra le tre Corti e tra le tre Carte ha lo scopo di vedere se, a prescindere dal diverso contesto storico, sociale, culturale ed economico, la differenza tra funzione sociale e interesse generale sia solo linguistica e quindi priva di ricadute pratiche sulla configurazione dell'istituto, o determini un conflitto tra valori e, in questo caso, vedere la crisi in che cosa consiste e trovare una soluzione²⁰⁹.

La diversità non è né lessicale né dovuta alla diversa collocazione che l'istituto ha nei diversi ordinamenti; essa risiede nel diverso tipo di riserva di legge prevista dalla Costituzione, dalla Carta dei diritti U.E. e dalla Cedu. Mentre l'articolo 42 della Costituzione contiene una riserva di normazione confermativa del contenuto del diritto che assicuri la funzione sociale, quella prevista dalle normative europee è una riserva di possibili deleghe che la legge ordinaria autorizza, qualora

²⁰⁷ Corte edu, sentenza del 29 luglio 2004, Scordino c. Italia, in cui la Corte ha giudicato sulla base del principio del giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia di un diritto fondamentale.

²⁰⁸ La valutazione della violazione del principio di legalità è prevista dalla seconda norma dello stesso articolo 1 Protocollo I Cedu sia nella prima parte in cui è previsto che "la privazione della proprietà può aver luogo nelle condizioni previste dalla legge" e nella terza norma in cui "le limitazioni all'uso dei beni siano stabilite dalle leggi in vigore". Il rispetto del principio di legalità si può ricavare anche dalla lettura della prima norma dello stesso articolo nella parte in cui prescrive in generale il rispetto dei beni: il principio di legalità viene ricavato dal rispetto delle misure poste in essere dallo Stato nel rispetto dell'ordinamento interno, del diritto vivente e della prassi giurisprudenziale purché le norme o i principi su cui si fondano le decisioni siano sufficientemente accessibili, precisi e prevedibili.

²⁰⁹ Cfr., A. ZAPPOLATO E A. RIELLO PERA, *Il diritto di proprietà e i suoi limiti* in (a cura di) Pasquale Gianniti *I diritti fondamentali nell'U. E.*, 2013, p. 1067; S. PRADUROUX, *Diritto di proprietà (come dir. fond.)*, Dig. Disc. priv., Sez. civ. Aggiornamento, Torino, 2012, p.327; A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in Riv. dir. civ., II, 2010, p. 116 e ss.

ricorrano determinate condizioni, nell'interesse generale. Alla prima riserva di legge corrispondono i diritti fondamentali che assicurano una tutela relativa e, quindi, sono privi del carattere dell'inviolabilità; alla seconda specie corrispondono quei diritti che assicurano una tutela assoluta e quindi sono inviolabili e, in quanto tali, i limiti che possono essere apposti dal legislatore non incidono sul contenuto del diritto, ma sono limiti esterni che lo Stato pone in vista di un interesse generale da tutelare²¹⁰.

La dottrina italiana è abbastanza discorde sul rapporto tra il modello europeo e quello italiano di proprietà, sviluppando, così, diversi indirizzi interpretativi circa tale rapporto e sulle sue conseguenze. Autorevole dottrina ha ritenuto irragionevole la scelta di inserire l'istituto della proprietà tra i diritti fondamentali di natura personale, dando maggiore attenzione al profilo soggettivo dei poteri e delle facoltà del proprietario rispetto ai limiti del diritto ricalcando il modello liberale e individualistico ottocentesco rispetto al modello sociale e funzionalizzante delle Costituzioni più recenti. I due modi diversi di intendere la proprietà danno vita a un conflitto che potrebbe risolversi depotenziando l'articolo 42 della Costituzione, facendolo diventare norma programmatica e di indirizzo e non più norma precettiva di diretta applicazione; il legislatore, quindi, potrà disciplinare l'uso dei beni nei limiti imposti dall'articolo 17 della Carta di Nizza, non potendo prevedere compressioni incisive e importanti del contenuto del diritto di proprietà, così come avveniva alla luce del 2 comma dell'articolo 42 Costituzione²¹¹.

Secondo altri autori, l'articolo 17 della Carta differisce dall'articolo 42 Costituzione sia sul piano esegetico che sistematico²¹²: sia che si interpreti la norma alla luce delle clausole orizzontali, ossia delle disposizioni previste dal titolo VII della Carta, ai sensi dell'articolo 6, comma 3, TUE secondo cui "i diritti fondamentali devono essere interpretati e applicati", sia in base all'articolo 52, comma 1, circa "la portata e l'interpretazione dei diritti e dei principi" le eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale dei

²¹⁰ Cfr., L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Atti del Convegno, Milano 6-7 maggio 1988, Milano, 1990; G. RAIMONDI, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p.429; R. ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 1074 ss.

²¹¹ Cfr., M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, a cura di L. Bruscutiglia, G. Grisi, O. T. Scozzafava, *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, Napoli, 2007.

²¹² Cfr., L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva*, cit. L'autore individua almeno cinque profili di discrepanza variamente interconnessi: 1) attenzione dettagliata più per le facoltà del soggetto proprietario che per le limitazioni; 2) sostituzione della causa del pubblico interesse ai motivi di interesse generale; 3) legittimità dell'espropriazione se legata a una giusta indennità da corrispondere in tempo utile invece del mero indennizzo; 4) previsione del contenuto della proprietà del diritto di lasciare beni in eredità, a differenza dell'articolo 42, comma 4, Cost., che si ispira invece alla logica novecentesca della funzione redistributiva del diritto successorio; 5) tutela della proprietà intellettuale.

diritti e delle libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano all'esigenza di proteggere le libertà e i diritti altrui. Inoltre, l'articolo 53 della Carta sembra non rendere possibile una lettura dell'articolo 17 compatibile con l'articolo 42, in quanto prevede un meccanismo di sbarramento volto ad inibire operazioni ermeneutiche di bilanciamento²¹³ in grado di inserire gli interessi protetti attraverso il riconoscimento del diritto interno e delle libertà. Altra parte della dottrina propone una diversa soluzione al conflitto: dalla funzione sociale della proprietà e dall'utilità sociale in riferimento all'iniziativa economica privata attua la tutela dei diritti sociali e personali che caratterizza la nostra Costituzione, lasciando al legislatore il compito di risolvere, con concrete soluzioni normative, eventuali conflitti. Dalla Costituzione, quindi, è possibile ricavare un principio sociale inquadrabile tra i principi fondamentali o supremi, come ad esempio dagli articoli 2, seconda parte, (dovere di solidarietà) e 3, comma 2, (uguaglianza sostanziale), che funga da controlimite sociale alla preminenza del diritto europeo sul diritto costituzionale²¹⁴. Altra parte della dottrina ritiene che la visione individualistica dell'articolo 17 sia frutto di una lettura parziale e riduttiva e, di conseguenza, non sistematica della Carta, che non prenda in considerazione gli articoli 2 e 3 del Trattato di Lisbona che prevedono il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia e dell'uguaglianza²¹⁵. Inoltre, alla luce degli articoli 52.3 e 52.4 della Carta bisogna tener conto non solo della tutela assegnata alla proprietà dalla Convenzione edu, ma anche delle tradizioni costituzionali comuni.

²¹³ Il bilanciamento, quale tecnica di risoluzione di conflitti tra diritti antagonisti, cioè tra un conflitto di norme in concreto prevede che si debbano coordinare due valori contrapposti. L'attività di bilanciamento richiede di individuare alcuni criteri per risolvere tale conflitto: il primo è la gerarchia dei valori, in base al quale si individuano i limiti insuperabili del contenuto minimo dei diritti inviolabili e la verifica dei mezzi impiegati a garantirne il rispetto. Se i valori sono dello stesso grado, il bilanciamento va effettuato in base al caso concreto, valutando l'adeguatezza della norma generale rispetto al valore del caso concreto. Questo spiegherebbe la diversità di trattamento tra situazioni identiche o analoghe e la possibilità di verificare se la diversità di trattamento sia o meno giustificata. Il bilanciamento, inoltre, è legato <<all'elevatezza>> o <<al peso>> dei valori: con l'elevatezza si vede il rango gerarchico del valore nell'ordinamento; con il peso si denota il grado di apprezzamento di quel determinato valore nei confronti degli altri contrapposti, in riferimento a una determinata fattispecie. Il calcolo sarà il frutto di una sproporzione negativa in relazione sia al sacrificio del valore (cioè alla sua mancanza) sia al disvalore corrispondente.

²¹⁴ Cfr., C. SALVI, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema*, in "Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani", Convegno – Perugia, 25 e 26 marzo 2011. P. PERLINGIERI, *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, in G. Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Cedam, Padova, 2002.

²¹⁵ Cfr., M. TRIMARCHI, *La proprietà nella Costituzione europea*, p. 262, "Nel sistema costituzionale europeo si prospetta una concezione personalistica della proprietà, una concezione nella quale i valori fondamentali della persona umana, assunti quali valori di vertice dell'ordinamento comunitario, fondano al tempo stesso la ragione d'essere dell'istituto e la giustificazione dei suoi contenuti". C. TENELLA SILLANI, *Panoramica del diritto di proprietà*, in *Fra individuo e collettività la proprietà nel secolo XXI*, p.62.

In dottrina si registrano diversi orientamenti circa l'interpretazione dell'articolo 17 della Carta europea dei diritti fondamentali. Una corrente di pensiero ritiene che, anche se nel testo normativo non vi è alcun riferimento alla funzione sociale, i poteri e le facoltà dominicali non siano limitati²¹⁶. Altra parte della dottrina, più cauta, propone un'interpretazione sistematica²¹⁷ dell'articolo 17 con gli altri articoli della Carta: tale operazione richiede tecniche interpretative e ricostruttive diverse rispetto a quelle adoperate²¹⁸. Secondo altra dottrina²¹⁹ il diritto di proprietà, art. 17, non presenta contenuti né liberali né giusnaturalistici, per cui tale diritto è una componente della personalità. L'interpretazione sistematica delle fonti comunitarie comporta che, accanto a un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, vengano tutelati anche obiettivi solidaristici quali la tutela dei diritti fondamentali, la protezione sociale e l'ambiente ponendo in essere un nuovo bilanciamento tra interesse generale e interesse individuale. Contro²²⁰ tale dottrina si sostiene che la tutela apprestata dalla Corte di Giustizia alla proprietà è strumentale alla garanzia del libero esercizio delle attività economiche: quando la Corte U.E. richiama la funzione sociale della proprietà la fa coincidere con la nozione di interesse generale. Altra dottrina²²¹ afferma che il diritto di proprietà fa parte del patrimonio comune dell'identità europea che non trova fondamento in un'unica disciplina, ma in principi di ordine generale; tra tali principi non rientra la funzione sociale. Pur procedendo a un'identificazione tra diritti inviolabili e diritti fondamentali, la proprietà non rientra nei primi.

A conclusione di ciò, può dirsi che un punto di contatto tra l'articolo 17 della Carta e l'articolo 42 della Costituzione è rappresentato dal fatto che entrambi pongono al centro della loro tutela la persona umana: l'articolo 17 è uno strumento o una tecnica giuridica di attribuzione e gestione delle

²¹⁶ Cfr., M. TRIMARCHI, *La proprietà nella Costituzione europea*, p. 262, "Nel sistema costituzionale europeo si prospetta una concezione personalistica della proprietà, una concezione nella quale i valori fondamentali della persona umana, assunti quali valori di vertice dell'ordinamento comunitario, fondano al tempo stesso la ragione d'essere dell'istituto e la giustificazione dei suoi contenuti". C. TENELLA SILLANI, *Panoramica del diritto di proprietà*, cit., p. 62.

²¹⁷ Cfr. S. RODOTA', *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, in M. Comporti, *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, cit. L'autore propone una lettura positivista dell'articolo che tutela il diritto di proprietà, privandola di qualsiasi dato valoriale, ideologico o di diritto innato, basata esclusivamente sulla logica legislativa.

²¹⁸ Cfr., S. RODOTA', *La proprietà tra ritorno e rifiuto*, in *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*.

²¹⁹ Cfr., G. VETTORI, *Circolazione dei beni e ord. comunitario*, in Riv. dir. priv., n.2, 2008; M. TRIMARCHI, *La proprietà*, in C. Castronov- s. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.

²²⁰ Cfr., F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Dir. amm., n. 2, 2008, 400 ss.

²²¹ Cfr., A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., pp. 226-227.

risorse per il raggiungimento di diversi scopi e per la realizzazione dei valori della persona umana. Bisogna tener conto che la Carta afferma l'indivisibilità dei diritti civili, politici e sociali e che la protezione accordata alla proprietà non deve essere determinata soltanto in base ai parametri di mercato. Una soluzione plausibile²²² per il rapporto tra il sistema normativo dell'Unione europea e i sistemi normativi nazionali risiede in un rapporto circolare e dialogico degli stessi; la soluzione²²³ deve essere cercata non sul piano delle fonti del diritto, bensì su quello dell'interpretazione .

Un'interpretazione ermeneutica circolare che metta in rapporto la regola giuridica con i fatti e con la storia, che sia capace di rinnovarsi, svilupparsi e trasformarsi alla luce delle nuove esigenze, dei nuovi valori emergenti dalle nuove realtà storiche e dal vivere sociale: questo fa sì che il diritto europeo non si imponga sul diritto interno come diritto arbitrario²²⁴. La funzione sociale e l'interesse generale, anche se assolvono a funzioni diverse, non possono elidersi, ma devono integrarsi per migliorare la tutela giuridica²²⁵.

Ciò si traduce oggi in un dialogo sempre più fitto, sul piano interno, tra le Corti Superiori e i tribunali nazionali e, sul piano europeo, tra le Corti europee nell'ottica di una lettura dell'articolo in questione e di prospettive evolutive. La tutela del diritto di proprietà si inserisce in un discorso più ampio, che supera il singolo ordinamento per inserirsi in un quadro di tradizioni costituzionali comuni che, inserite nell'articolo 6 del Trattato di Maastricht²²⁶, sono diventate nel diritto comunitario principi generali e fonti di diritto. La Corte di Strasburgo, in diverse sentenze, ha fatto proprio il principio della funzione sociale della proprietà contenuto nell'articolo 42, comma 2 della Costituzione, realizzando la "circolazione dei principi generali". Ciò comporta che tale principio deve essere letto, all'interno di un sistema unitario, in maniera circolare per far sì che possa esserci un sistema unitario formato da regole e principi che, seppur di provenienza diversa, si completino e si integrino a vicenda. L'attività posta in essere dalle Corti- costituzionale e europee- non può che

²²² Cfr., V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Fonti-teoria-metodo*, cit.

²²³ Cfr., A. RUGGERI, *Cedu, diritto eurounitario e diritto interno: alla ricerca del sistema dei sistemi*, in www.giurcost.org, 19 aprile 2013; P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008.

²²⁴ Cfr., V. SCALISI, *Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Fonti- teoria- metodo*, cit.

²²⁵Cfr., R. ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, cit.

²²⁶ L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri, in quanto principi generali di diritto comunitario. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche.

essere ermeneutica e circolare creando un “circolo virtuoso” o “*un constitution européenne en matière de liberté*”²²⁷.

Questo principio è stato adottato anche dalla Corte costituzionale in una recente sentenza²²⁸ in cui si ribadisce che <<unicamente in rapporto alla fattispecie in cui il diritto dell’Unione è applicabile, e non anche a fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale>>. Non ultima la sentenza della Corte di Lussemburgo²²⁹ secondo cui, l’articolo 51, par.1, della Carta deve essere letto in continuità con la giurisprudenza della Corte relativa alla misura il cui operato degli Stati membri deve conformarsi alle prescrizioni derivanti dai diritti fondamentali garantiti nell’ordinamento giuridico dell’Unione²³⁰.

La Carta dei diritti fondamentali, firmata a Nizza nel 2000, è un’enunciazione di principi generali del diritto comunitario applicati dalla Corte di Giustizia; la Carta riconosce e afferma non solo i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni, dagli obblighi internazionali degli Stati membri, dai Trattati comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ma anche i diritti derivanti dalla giurisprudenza delle Corti europee e comunitarie.

Alla luce di quanto detto e della natura ibrida dell’istituto della confisca non può non avvertirsi l’esigenza di un’attività di reinterpretazione e ricostruzione del rapporto tra i valori e i principi costituzionali, di diritto penale e di diritto privato. In ambito interno come in quello euro-comunitario bisogna garantire la tutela dei diversi diritti coinvolti quali la funzione economica e sociale, la proprietà, il lavoro e l’impresa, il principio di proporzionalità delle sanzioni, di affidamento incolpevole. Solo così vi può essere un equilibrio tra l’esigenza di funzionalità del sistema e le legittime istanze di non vedere sacrificati, al di là del consentito, i diritti e le garanzie dell’individuo.

²²⁷ Cfr., J. VELU- R. ERCEG, *La Convention européenne des droit de l’homme*, Bruxelles, 1990.

²²⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 80/2011.

²²⁹ Corte U.E., Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, c. 617/10, Akerberg Fransson, reperibile su www.curia.eu.

²³⁰ Cfr., G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra Carte e Corti*, in *Dir. fam.*, 2013, p. 173; A. RUGGIERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *Quad. europ.*, 2010, p.41.

CAPITOLO IV - LA CONFISCA DEI BENI NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

Sezione I - *LA MISURA DI PREVENZIONE PATRIMONIALE DELLA CONFISCA ANTIMAFIA*

1. *L'ISTITUTO DELLA CONFISCA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO*

Il nostro ordinamento giuridico prevede, al fine di contrastare il crimine organizzato di tipo mafioso, un intervento patrimoniale sui beni e/o sui profitti che il soggetto ha illecitamente accumulato. Ci riferiamo, dunque, alle misure di prevenzione, intese a prevenire la commissione di un reato in base a un giudizio di probabilità del soggetto, le cui caratteristiche fondamentali sono la funzione preventiva e il mancato previo accertamento della commissione di un reato. Tali misure vengono, quindi, applicate indipendentemente dalla commissione di un reato, in assenza di una sentenza penale e essenzialmente per esigenze di prevenzione nei confronti dello Stato, nonché per agevolare il controllo e la vigilanza per la tutela della pubblica sicurezza.

La caratteristica delle misure di prevenzione, infatti, è proprio la tutela della sicurezza, indipendentemente e a prescindere dalla commissione di un fatto- reato da parte del soggetto a cui si applicano, incidendo sulla sua libertà. Tali misure, per la funzione preventiva e per il mancato accertamento della commissione di reato, per lungo tempo sono state considerate come misure esclusivamente in ambito amministrativo²³¹ con finalità compensative e riparatorie della collettività. In dottrina si è molto discusso sulla compatibilità o meno di tali misure con il nostro ordinamento giuridico, *<<essendo misure fondate sul sospetto e di conseguenza incompatibili con un ordinamento democratico che riconosce e tutela i diritti della persona²³²>>*.

La lotta alla criminalità organizzata ha avuto come conseguenza l'introduzione nel nostro ordinamento di diverse forme di confisca che possono essere racchiuse, principalmente, in quattro categorie: a) il modello classico di confisca previsto dall'art. 240 c.p.; b) la confisca obbligatoria per i reati di mafia prevista dall'art. 416 bis, comma settimo, c.p.; c) la confisca estesa prevista dall'art.

²³¹ Il carattere di sanzione civile- amministrativa deriva dal fatto che la finalità delle misure in oggetto non è né esclusivamente afflittiva né repressiva, ma entrambe. Le misure di prevenzione non richiedono: la necessità della condanna, con conseguente operatività dello strumento della reale anche in caso di proscioglimento e/o estinzione del reato o della pena (come nel caso di morte del reo); l'attivazione della procedura indipendentemente dall'azione penale; l'applicabilità della stessa anche nei confronti degli eredi e aventi causa dell'indiziato.

²³² Cfr., F. MENDITTO, *Misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex articolo 12 sexies l. n. 356/92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 2.

12 sexies del d.l. n. 360/92, convertito con l. n. 356/92; d) Legge Rognoni La Torre: l. n. 575/65; l. n. 646/82; l. n. 94/09; l. n. 50/10; d.lgs. n. 159/11.

a) Dobbiamo distinguere la confisca come misura di prevenzione dalla confisca come misura di sicurezza, applicabile nel processo penale, prevista e disciplinata dall'articolo 240 c.p.. Essa è “*un provvedimento ablatorio reale con effetto definitivo*”, diverso dal provvedimento amministrativo sanzionatorio che ha come conseguenza l'acquisto da parte dello Stato di beni che, in varie forme, sono collegati con il reato commesso. La misura di sicurezza della confisca consiste sostanzialmente nell'espropriazione forzata e gratuita a favore dello Stato e, in materia urbanistica, a favore del patrimonio del Comune, di tutte le cose che costituiscono il prezzo del reato, che sono servite a commettere il reato, di quelle che ne sono il prodotto e il profitto, nonché di quelle che sono di per sè criminose. Tale misura può essere facoltativa o obbligatoria. L'articolo 240 c.p., al primo comma, disciplina la confisca facoltativa che potrà essere irrogata dal giudice, in presenza di condanna, per le cose che servirono- l'espressione “cose che servirono a commettere il reato” è stata interpretata facendo riferimento alle cose che effettivamente sono state utilizzate dal reo per commettere il reato- e che furono destinate- l'espressione “cose che furono destinate a commettere il reato” si riferisce alle cose che il soggetto avrebbe dovuto utilizzare per commettere il reato, ma che per una qualsiasi ragione non furono utilizzate a commettere reato-, nonché per le cose che sono suo il prodotto o il profitto²³³. Gli strumenti utilizzati e/o utilizzabili, per poter essere oggetto di confisca, dovranno avere un nesso di pertinenzialità, ossia dovranno avere un nesso strumentale tale da far ritenere che la sola disponibilità dei beni sia sufficiente per la commissione di reati o, secondo una visione più rigida²³⁴, dovranno avere una diretta strumentalità lesiva tra l'interesse giuridico protetto dalla norma e i beni ipoteticamente confiscabili. Dal secondo comma si ricava che la confisca dovrà intervenire necessariamente in considerazione della pericolosità intrinseca della *res* e che dovrà essere disposta dal giudice, a cui non sarà lasciato alcun margine valutativo, per le cose che costituiscono il prezzo del reato e per le cose la cui detenzione, fabbricazione, uso, porto o alienazione costituisce reato, anche in assenza di condanna. In tale ipotesi, la condanna non costituisce un presupposto per l'applicazione della confisca.

²³³ Cass. S.U. n. 10280/08 “qualsiasi trasformazione che il denaro illecitamente conseguito subisca per effetto dell'investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia collegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato- il danaro- conseguito e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto; inoltre (...) la funzione general- preventiva non può essere frustata da un'interpretazione restrittiva dell'articolo 240 c.p.”.

²³⁴ Cfr., A. M. MAUGERI, <<*Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*>>, Giuffrè, Milano, 2001, p. 119.

b) l'art. 416 bis, comma settimo, c.p. prevede, per il condannato per il reato di associazione mafiosa, la confisca obbligatoria delle cose che servirono o furono destinate a commettere reato o che di questo ne sono il prezzo o il profitto o che ne costituiscono l'impiego. Tale articolo specifica tre categorie di beni che possono essere oggetto di confisca: le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, ossia i beni che sono stati utilizzati ai fini dell'associazione mafiosa in virtù del rapporto di pertinenzialità del bene con il reato; il prezzo, il prodotto o il profitto, ossia tutte le utilità indebite e, infine, l'impiego del prezzo o del prodotto e del profitto del reato associativo, ossia il reinvestimento dei profitti e degli utili. Anche tale misura, però, è scarsamente adottata per le difficoltà di accertamento del nesso di strumentalità o di derivazione tra il singolo bene e la condotta criminosa posta in essere.

c) la confisca estesa obbligatoria si applica al soggetto condannato per uno dei reati tassativamente indicati dalla legge, tra cui l'associazione mafiosa o anche l'agevolazione della stessa. Rispetto ai modelli di confisca finora esaminati, l'art. 12 sexies l. n. 356/92 prescrive l'applicabilità di tale misura una volta verificata non solo la titolarità, ma anche la disponibilità "a qualsiasi titolo" dei beni. Non è richiesto la pertinenzialità, in quanto vige una presunzione *juris tantum* di origine illecita del patrimonio sproporzionato del condannato che possa agevolarlo nella commissione di altri delitti²³⁵. Tale misura risulta utile nelle fattispecie in cui non è possibile ricostruire in maniera documentata l'origine illecita dei capitali.

d) la confisca, oggi prevista dal d.lgs. n. 159/11, abrogando la disciplina contenuta nella legge Rognoni La Torre, prevede per il sequestro e per la confisca dei beni sia la disponibilità, diretta o indiretta, del patrimonio riconducibile alla persona cui si applica tale misura sia la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta e la verifica, sulla base di sufficienti indizi, che le stesse siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Tale misura è, dunque, la più efficace per la lotta alla criminalità organizzata anche perché richiede un procedimento autonomo da quello penale e si fonda sul concetto di pericolosità che prescinde dalla commissione precedente di un reato da parte del soggetto indiziato.

²³⁵ Cass. pen. S.U. n. 920/03.

2. IL QUADRO STORICO NORMATIVO ITALIANO

La presenza delle misure di prevenzione, nel nostro ordinamento, risale al periodo post unitario, precisamente al 1926 quando venne emanato il *Testo Unico delle legge della Pubblica Sicurezza* (Capo II, Titolo VI) in vista dell'esigenza del controllo del dissenso politico da parte del fascismo. Tali misure ebbero efficacia fino all'entrata in vigore della Costituzione. E' solo allora che si pose il problema del contrasto di tali misure con alcuni diritti e principi sanciti nella nostra Carta Costituzionale, in particolar modo con il diritto di libertà e di proprietà. E' così che nel '56 la Corte Costituzionale, con due sentenze (n. 2 e 11/56) sancì i principi e i presupposti per l'applicazione di misure di prevenzione. Si stabilisce che le misure preventive personali dovessero essere applicate in conformità con l'articolo 13 della Costituzione; le misure limitative della libertà di circolazione in conformità con l'articolo 16 della Costituzione e soprattutto che i provvedimenti dovessero essere adeguatamente motivati, fondati su fatti e emessi nel rispetto delle garanzie difensive, introducendo l'intervento del giudice per l'applicazione di misure più gravi. Sull'impulso di tale sentenza, il legislatore, con Legge n. 1423/56, riorganizzò la materia e precisò la categoria di soggetti cui potevano essere applicate tali misure, lasciando però l'indeterminatezza dei criteri di applicabilità, non fornendo maggiori garanzie e maggiori tutele all'individuo rispetto all'applicazione di misure preventive fondate unicamente sul sospetto. Qualche anno più tardi la Legge n. 575/65 (cd. Legge Antimafia) dispose l'applicabilità della sorveglianza speciale alle persone indiziate di appartenere ad associazioni mafiose: si passò ad applicare le misure preventive non solo ai soggetti con una pericolosità cd. comune, ma a soggetti ritenuti pericolosi (cd. pericolosità qualificata) sulla base del grado di attribuibilità della partecipazione ad un'associazione criminale. E' solo nel 1982 che la Legge n. 646- Legge Rognoni La Torre- introdusse le misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca a carico degli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso; ciò consentì di poter prima sequestrare e poi, all'esito del contraddittorio, confiscare beni che, sulla base di indizi, fossero di provenienza illecita.

La confisca, quale misura di prevenzione, era prevista dall'articolo 2 ter della legge n. 575/1965, a seguito della modifica introdotta tramite l'articolo 14 della legge n. 646/1982, Legge Rognoni La Torre. Tale misura è stata molto utilizzata dall'autorità giudiziaria per la lotta alla criminalità organizzata per il fatto che per la sua applicabilità non bisognasse attendere il giudicato penale. La confisca, dunque, *<<è un provvedimento ablativo implicante la devoluzione dei beni, mobili o immobili, allo Stato che siano stati già oggetto di sequestro e dei quali non si è dimostrata la*

*legittima provenienza*²³⁶>>. E' proprio sulla "non legittima provenienza del bene" che sono state avanzate diverse critiche fondate sulla non compatibilità di tale misura con alcuni principi consacrati nel nostro ordinamento quali l'inversione dell'onere della prova e la violazione del principio di non colpevolezza²³⁷.

Nel 1982 la legge Rognoni- La Torre²³⁸ apportò, come modifica fondamentale, l'applicazione delle misure patrimoniali nei confronti di soggetti indiziati di appartenenza alla mafia. Nel 1990, l'articolo 14 della legge n. 55²³⁹ estese l'ambito di operatività della procedura di prevenzione a persone con "pericolosità generica", ossia soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi e soggetti che, per condotta e tenore di vita, si riteneva vivessero abitualmente o anche in parte con i proventi di attività delittuose. La pericolosità era collegata allo stratificarsi di ricchezze derivanti da specifiche attività delittuose. Nel 2008, il primo "pacchetto sicurezza" ha abrogato l'articolo 14 legge 55/90 creando non poche perplessità circa i destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali. Ci si chiedeva se tali misure dovessero applicarsi ai soggetti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose o similari dei delitti indicati dall'articolo 51, comma 3 bis, c.p.p. e del delitto di intestazione fittizia o anche a tutti i soggetti genericamente pericolosi dediti ai traffici illeciti o detentori di ricchezze provenienti da qualsiasi delitto, indicati nell'articolo 1, comma 1, nn. 1 e 2 Legge n. 1423/56. Non unanime la risposta data al quesito dalla Corte di Cassazione e dalla dottrina dominante. Sempre nel 2008 la Legge n. 125 introdusse l'applicabilità delle misure di prevenzione agli indiziati di gravi reati in materia di mafia per i delitti indicati nell'articolo 51, comma 3 bis, del c.p.p. e l'applicabilità di misure di prevenzione patrimoniali alle persone cd. pericolose semplici. Nel 2011 il d. lgs. n. 159, il Codice delle leggi Antimafia, non solo riunisce in un unico testo la copiosa legislazione in materia, ma costituisce un codice delle misure di prevenzione e della documentazione antimafia. Attualmente, il d.lgs. n. 159 prevede l'applicazione della confisca di prevenzione alle categorie di persone indicate nell'art. 1, indipendentemente dall'esistenza e dall'esito dell'eventuale processo, su impulso dell'Autorità giudiziaria e amministrativa e di competenza del Tribunale del capoluogo di provincia.

²³⁶ Cfr., G. FIANDACA, E. MUSCO, <<Diritto penale- parte generale>>, p.866.

²³⁷ Cfr., R. GAROFOLI <<Costituzione economica, trasformazione in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale>>.

²³⁸ Legge n. 646 del 13 settembre 1982.

²³⁹ Legge n. 55 del 19 marzo 1990 recante "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione della pericolosità sociale".

L'articolo 1 del Codice leggi antimafia statuisce che le misure di prevenzione patrimoniali si applicano anche ai soggetti abitualmente dediti ai traffici delittuosi, a coloro che per condotta o tenore di vita, debba ritenersi che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose e a coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica²⁴⁰.

La confisca prevista in sede di prevenzione viene a coesistere nell'ordinamento con quella in sede penale, adottata ai sensi dell'articolo 12 sexies d.l. n. 306/92 che segue la disciplina del processo penale e richiede la condanna del reo.

3. LA CATEGORIA DEI DESTINATARI: DALLA DISCIPLINA TRANSITORIA AL CODICE ANTIMAFIA

Inizialmente nel 1982, le misure di prevenzione patrimoniali, applicabili nei confronti degli indiziati di appartenere a associazioni mafiose, si caratterizzavano per la loro natura accessoria rispetto alle misure di prevenzione personali. Potevano essere applicate unitamente alle misure personali, o anche successivamente, ma non dopo la loro cessazione. Le misure patrimoniali venivano adottate solo dopo aver accertato la pericolosità dell'indiziato, in quanto ciò che prevaleva non era il carattere illecito dei beni sospettati di provenienza illegittima, ma dei beni nella disponibilità delle persone socialmente pericolose in quanto indiziate di appartenere a associazioni mafiose. La pericolosità, dunque, non risiedeva nel bene in sé, ma nella persona che lo deteneva. Ecco perché non poteva applicarsi misura di prevenzione patrimoniale se la persona non era stata dichiarata pericolosa attraverso l'applicazione della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza o se questa misura, già applicata precedentemente, era cessata. Da qui il carattere "subalterno" delle misure patrimoniali, secondo cui per poter applicare una misura patrimoniale occorre una preventiva adozione nei confronti dello stesso di una misura personale o che questa non doveva essere cessata. Questo implicava non solo il rispetto del diritto di proprietà, ma anche dei diritti legati alla sfera esistenziale del soggetto nei cui confronti si procedeva. In questo modo non poteva

²⁴⁰ La categoria dei destinatari è stata così ampliata, facendovi rientrare anche i soggetti indicati nell'art. 1 n. 3 l. n. 1423/56. ciò al fine di garantire un efficiente controllo pubblico degli effetti inquinanti prodotti dal fenomeno associativo criminale nel circuito economico. La scelta del legislatore mira a colpire la ricchezza illecita quale fattore autonomo di pericolosità.

attaccarsi il patrimonio del proposto senza prima incidere in modo limitativo sulla sua libertà personale; allo stesso modo i rimedi delle misure personali finivano per travolgere quelli patrimoniali di accertata provenienza illecita. Tipico caso è la morte del proposto: in questa circostanza, il venir meno del requisito della pericolosità sociale e, di conseguenza la misura di prevenzione personale, comportava il venir meno della misura patrimoniale e la consegna agli eredi di ingenti patrimoni frutto di attività illecite e criminali. Con il passare del tempo e con l'aumento del fenomeno della criminalità organizzata in dottrina si è sottolineato sempre più il profilo critico di questa normativa che, per motivi quali ad esempio la morte del proposto o il decorso del termine, impediva che i beni di provenienza illecita continuassero a restare nel mercato a danno dell'economia e della collettività. Nel 1990 la Legge n. 55 introduceva due ipotesi di applicazione disgiunta delle misure di prevenzione patrimoniali, consentendone l'applicazione anche per i beni di persone a cui non potevano applicarsi le misure personali. Sono stati introdotti i commi 7 e 8 all'articolo 2 ter della Legge n. 575/65, in base ai quali le misure patrimoniali potevano essere applicate: a) a persone sottoposte a misure di sicurezza detentiva o a libertà vigilata che, pur ritenendole pericolose all'esito di un accertamento giudiziale, non potevano essere destinatarie della misura di prevenzione personale per l'incompatibilità fissata dagli articoli 10 e 12 della Legge n. 1423/56; b) alle persone assenti, residenti o dimoranti all'estero per le quali era, comunque, necessario accertare incidentalmente la pericolosità sociale. Nel 1992 il d.l. n. 306, convertito in Legge n. 356, consentiva indagini e provvedimenti patrimoniali nei confronti di beni diretti a agevolare l'attività della persona nei cui confronti sia proposta o applicata una misura di prevenzione personale. In seguito a una lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale, nel 2008, è stata introdotta l'applicazione disgiunta delle misure di prevenzione personali da quelle patrimoniali, aprendo, così, un dibattito che ancora oggi risulta acceso.

La disciplina transitoria derivante dalle modifiche del 2008 prevedeva che potevano essere oggetto di misura patrimoniale i beni acquistati anche prima dell'entrata in vigore della d.l. n. 92/08, convertito dalla L. n. 125/08, da persone riconducibili alla categoria di pericolosità per le quali la nuova normativa consentiva l'applicabilità del sequestro e della confisca (indiziati di gravi delitti in materia di mafia e alle persone dedite ai traffici delittuosi o che vivono abitualmente col provento di attività delittuosa). Operano i principi elaborati dalla giurisprudenza, secondo cui era consentita la confisca dei beni acquisiti dai soggetti indiziati di appartenere ad associazione mafiosa anche prima dell'entrata in vigore della l. n. 646/82, che ha introdotto tali misure, sempre che ricorrevano le altre condizioni poste dal legislatore. Tali conclusioni venivano dedotte, non solo dall'estraneità del principio di irretroattività della legge penale alla materia delle misure di prevenzione, ma anche da

altre considerazioni della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui “<<a regola dell’applicabilità della legge in tema di misure di prevenzione patrimoniale anche ai cespiti acquistati prima della sua entrata in vigore, si giustifica in quanto il provvedimento ablatorio è norma intimamente collegata a ricchezze accumulate e consolidate attraverso gli anni precedenti il momento in cui la normativa in questione è divenuta operante²⁴¹>>”.

Oggi l’art. 16 d. lgs. 159/11 definisce le categorie dei destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali. La confisca, così come il sequestro, può essere applicata: a) agli indiziati di appartenere alle associazioni di tipo mafiose e di commissione di gravi delitti in materia di mafia; b) alle persone dedite a traffici delittuosi che vivono col provento di attività delittuose, persone dedite alla commissione di reati contro la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica; c) alle persone pericolose con riferimento alla prevenzione di fenomeni sovversivi; d) alle persone indiziate di aver agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all’art. 6 L. n. 401/89. In tali casi, la misura patrimoniale può essere applicata solo ai beni nella disponibilità degli stessi che possono agevolare, in qualche modo, le attività di chi prende parte attiva a fatti di violenza in occasione o a causa delle manifestazioni sportive. Tali misure possono essere adottate, inoltre, nei confronti delle persone fisiche o giuridiche segnalate dal Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che questi possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni, di attività terroristiche, anche internazionali.

4. I PRESUPPOSTI SOGGETTI E OGGETTI DELLE MISURE DI PREVENZIONE

Per disporre una misura patrimoniale occorre accertare la presenza dei presupposti soggettivi e oggettivi.

Il presupposto di carattere soggettivo consiste, dopo l’introduzione del principio di applicazione disgiunta delle misure di prevenzione personali dalle patrimoniali, nella riferibilità del bene alla persona nei cui confronti sia irrogabile la misura di prevenzione. Occorre, come prima cosa, verificare la presenza del presupposto soggettivo e solo successivamente quella dei presupposti oggettivi. A seconda della natura della proposta patrimoniale, sia essa congiunta o disgiunta,

²⁴¹ Trib. di Napoli, sez. mis. prev., dec. 9 dic. 2010, Pres. e Est. Menditto.

possono aversi diversi effetti. Nel caso di proposta congiunta occorre, in primo luogo, accertare il presupposto soggettivo sulla base della categoria di pericolosità; della pericolosità sociale e della sua attualità. La pericolosità da prevenire mediante la confisca è un concetto relazionale, che afferisce al rapporto tra l'autore della presunta attività illecita e i proventi che da essa derivano (il concetto relazionale di pericolosità diviene quindi riferibile al rapporto tra il patrimonio di origine illecita e l'organizzazione criminale cui appartiene il soggetto destinatario della misura di prevenzione). Nel caso di proposta disgiunta si possono verificare due situazioni: se vi è già stato un accertamento della pericolosità sociale, indipendentemente da ogni ulteriore circostanza, la proposta può essere esaminata, dovendo accertare i presupposti oggettivi; se manca un precedente accertamento deve, preliminarmente, procedersi all'esame incidentale dei requisiti di astratta applicabilità della misura personale a una certa data. La pericolosità del proposto va in ogni caso accertata, ma essa può anche riferirsi ad un momento anteriore alla conclusione ed allo stesso inizio del procedimento di prevenzione²⁴². Il collegamento con l'attività criminosa deve essere stabile e funzionale, non meramente occasionale, tale da rivelare effettivamente la probabilità della commissione di un nuovo illecito. Indice costitutivo è il collegamento eziologico diretto e essenziale con il reato commesso e i beni confiscati²⁴³. Quando si parla di pericolosità del destinatario non si parla di particolare capacità a delinquere rivolta al futuro, ma semplicemente della sussistenza degli indizi circa lo svolgimento nel presente o nel passato (se la pericolosità non è più attuale) di quell'attività criminale che consente di ascrivere il soggetto tra i destinatari delle misure di prevenzione o di una mera contiguità criminale espressa con non ben tipizzate categorie sociologiche (*<<ogni comportamento che, pur realizzando il reato di associazione di tipo mafioso, sia funzionale tuttavia agli interessi dei poteri criminali e costituisca una sorta di terreno più generale di cultura mafiosa²⁴⁴>>*) o nell'ipotesi di pericolosità generica di un'indeterminata attività delinquenziale. All'esito di tale giudizio si possono verificare diverse situazioni: se sono ravvisati

²⁴² L'articolo 18 codice antimafia ha ribadito la previsione secondo cui l'applicazione della misura patrimoniale prescinde da ogni accertamento di pericolosità sociale del suo destinatario al momento della richiesta, a fortiori lo stesso deve valere per la pericolosità del soggetto nel momento anteriore dell'acquisto dei beni.

²⁴³ L'elaborazione interpretativa fornita sul tema dalla Corte europea di Strasburgo è orientata verso la legittimità della confisca unicamente ove "sia riconosciuta la natura illegale dei beni", da considerare, non già soltanto nella relazione reato- bene, ma secondo i criteri di attribuzione certa di responsabilità, che deve consistere in un reato e che non può prescindere dalla sentenza di condanna dell'imputato- proprietario. Cfr. Corte eur. dir. uomo, 15 aprile 1991, M. c. Italia; 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia; a norma della decisione quadro 2005/212/GAI secondo la quale ciascuno Stato membro <<adotta le misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con la pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi>> dal corpo della quale risulta che la confisca è inscindibilmente collegata <<alla condanna per un reato>>.

²⁴⁴ Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2009 n. 17229.

gli ordinari requisiti di applicabilità della misura personale si può procedere al successivo esame dei presupposti oggettivi. Se la misura personale non può essere irrogata perché manca l'attualità della pericolosità si può comunque procedere all'esame dei presupposti oggettivi; se la persona non è mai stata portatrice di pericolosità sociale è precluso ogni esame delle misure patrimoniali. Nell'esame del presupposto soggettivo assume una sua specificità il solo requisito della riconducibilità della persona a una categoria di pericolosità cui sia applicabile, oltre che la misura personale, anche la misura patrimoniale²⁴⁵.

I presupposti di carattere oggettivo, che riguardano i requisiti del bene che deve essere assoggettato a sequestro e a confisca, sono: A) disponibilità diretta o indiretta del bene da parte del proposto; B) sufficienti indizi, prima tra tutti la sproporzione tra il valore dei beni e i redditi dichiarati o l'attività economica svolta, tali da farli ritenere frutto di attività illecita o reimpiego di questa. L'art. 24, comma 1, d. lgs. n. 159/11, stabilisce che: *“il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti 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, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego”*. Il riferimento alla disponibilità del bene che, per espresso dettato normativo, può essere diretta o indiretta o per interposta persona fisica o giuridica esprime la possibilità di ampliare la possibilità di intervento della misura patrimoniale, rendendo inoperanti i tentavi di aggiramento della normativa. Non è rilevante la titolarità formale del bene, quanto la disponibilità sostanziale degli stessi, assumendo rilievo ogni caso in cui si tenti di mascherare l'effettiva disponibilità del bene da parte del proposto attraverso l'intestazione fittizia ad altri soggetti. La giurisprudenza afferma che il concetto di disponibilità non può ritenersi limitato alla mera relazione naturalistica o di fatto con il bene, ma deve essere esteso al pari della nozione civilistica di possesso, a tutti quelle situazioni in cui il bene stesso ricade nella sfera degli interessi economici del soggetto, anche nel caso in cui costui eserciti il proprio potere su di esso per il tramite di altri che pure ne godano direttamente²⁴⁶. La disponibilità indiretta ricorre nelle ipotesi in cui, al di là della formale intestazione del bene a un terzo diverso dalla persona del proposto,

²⁴⁵ Nel tempo non vi è stata una perfetta coincidenza, raggiunta solo col d. lgs. n. 159/11. Prima del decreto legislativo n. 159 le misure di prevenzione patrimoniale erano consentite nei confronti delle categorie di pericolosità destinatarie delle misure personali previste dalle leggi fondamentali n. 1423/56; 575/75; dall'art. 7-ter l. n. 401/89, a eccezione delle persone pericolose perché dedite alla commissione di reati contro i minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica (art. 1 n.3 l.n. 1423/56).

²⁴⁶ Orientamento costante in giurisprudenza, da ultimo Cfr. S. C. sent. n. 6977/11.

quest'ultimo ne sia l'effettivo *dominus* potendone determinare la destinazione o l'impiego. Con l'uso dell'avverbio "indirettamente" (art. 20, comma 2) il legislatore ha inteso chiaramente prevenire ogni possibile elusione della norma sino a ricomprendere beni che, seppur intestati a terzi, facciano di fatto parte del patrimonio del proposto. Non è richiesta la dimostrazione che il soggetto sia titolare del bene, giacché è sufficiente accertare che possa in qualsiasi maniera determinare la destinazione o l'impiego *uti dominus*, comprendendo il concetto di disponibilità in ipotesi diversificate: dal diritto di proprietà vero e proprio a situazioni di intestazione fittizia ad un terzo soggetto, fino a situazioni di mero fatto basate su una posizione di mera soggezione in cui si trovi il terzo titolare del bene nei confronti del destinatario della misura di prevenzione personale²⁴⁷ Nel sistema delle misure patrimoniali non si richiedono né la commissione del reato né la condanna del responsabile. Le misure preventive patrimoniali, in quanto svincolate dall'accertamento del commesso reato o di uno specifico illecito (amministrativo), perciò prive di natura sanzionatoria penale o amministrativa, hanno un connotato preventivo perché adottate nei confronti di soggetti pericolosi di cui si vuole prevenire la realizzazione di condotte che costituiscono reato. Oltre la finalità preventiva vi è l'esigenza di sottrarre dal circuito economico i patrimoni illecitamente acquisiti o illecitamente accumulati per evitare la commissione di altri reati e agevolare la condotta criminosa, senza per questo dover snaturare le misure trasformandole in sanzionatorie. L'illiceità o la pericolosità del bene deriva dal collegamento con il soggetto pericoloso che lo ha acquistato.

5. IL QUADRO STORICO- NORMATIVO DELL'UNIONE EUROPEA

In ambito europeo il primo strumento utilizzato è stato la Convenzione del Consiglio d'Europa su riciclaggio, ricerca, sequestro e confisca dei proventi di reato firmata a Strasburgo nel 1990, attraverso cui uno Stato può richiedere assistenza ad un altro per rinvenire e congelare beni e proventi di reati. In questo modo gli Stati possono eseguire i provvedimenti di confisca emessi da un altro Stato direttamente o chiedere alle rispettive autorità di ottenere provvedimenti interni. La confisca, in questo caso, deve essere oggetto di una decisione giudiziaria emessa a seguito di un procedimento per fatti costituenti reato, non applicandosi ai soggetti nei cui confronti non sia intervenuto un giudizio di colpevolezza in sede penale. La Convenzione afferma tre punti

²⁴⁷ S.C. sent. nn. 1520/00, 35628/04.

fondamentali: a) è irrilevante la natura della confisca (penale, di sicurezza o di altro genere), finché tale misura è collegata a un'attività criminosa; b) ciò che conta è il carattere giudiziario della decisione; c) oggetto della Convenzione sono le attività criminali, ovvero i fatti a esso connessi, come i fatti civili *in rem*. Lo scenario che si apre nel diritto vivente è quello del “doppio binario” nell'esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali²⁴⁸.

Altro strumento europeo è l'azione comune 98/699/GAI del 1998, in base alla quale “*ciascuno Stato membro deve garantire che la propria legislazione e le proprie procedure consentano di rintracciare i presunti proventi di attività illecite; essa amplia la possibilità di ricorrere alla confisca quale strumento di lotta contro i fenomeni criminali*”. Al fine di facilitare la lotta al crimine transnazionale, l'azione comune fa riferimento alla Rete giudiziaria europea nell'ambito della quale ogni Stato membro deve fornire indicazioni di facile consultazione che indichino come ottenere assistenza. In sostituzione di questa azione comune, successivamente, è stata adottata la decisione quadro 2001/500/GAI del 2001 in materia di riciclaggio e individuazione, sequestro e confisca di strumenti e proventi di reato che rafforzava la normativa già esistente e prevedeva che per i gravi reati previsti dall'articolo 6 della Convenzione di Strasburgo, nelle legislazioni interne, siano introdotte pene detentive non inferiori nel massimo a quattro anni. Si prevedeva espressamente, poi, anche la confisca di valore. Nel 2003, è stata adottata dal Consiglio la decisione quadro 2003/577/GAI che regolamentava l'esecuzione - nel territorio dell'Unione europea - dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio anche in relazione a disposizioni provvisorie emesse in fase pregiudiziale. Questa decisione prevedeva che, per i reati particolarmente gravi o comunque per i reati puniti con una pena detentiva non inferiore a tre anni non era necessario che lo Stato di esecuzione, verificasse l'incriminabilità anche nel proprio ordinamento. Il fatto per il quale la decisione è stata emessa, inoltre, deve essere riconducibile ad una fattispecie per la quale sia prevista nello Stato di esecuzione la misura del congelamento dei beni.

A seguire, nel 2005 il Consiglio europeo adottò la decisione quadro 2005/212/GAI relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato. La decisione, oltre a confermare gli strumenti già esistenti, prevedeva che ciascuno Stato contraente assumesse tutte le misure necessarie a confiscare strumenti e prodotti ovvero il loro equivalente nel caso di reati punibili con pena privativa della libertà di durata superiore ad un anno. Gli Stati, nei rispettivi ordinamenti, dovevano inserire una normativa efficace in relazione all'onere della prova circa l'origine dei beni posseduti da soggetto riconosciuto colpevole di un reato in materia di criminalità organizzata. Sul piano procedurale, la

²⁴⁸ Cfr., A. BALSAMO, *Il “Codice Antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 9.

confisca poteva essere applicata solo se un giudice avesse accertato che il bene in questione fosse frutto di attività criminosa. Lo Stato poteva anche aggredire beni acquisiti da persone con cui il soggetto aveva rapporti particolarmente stretti ovvero anche *res* trasferite dallo stesso soggetto ad una persona giuridica sulla quale esercitava un certo controllo ovvero dalla quale il soggetto riceveva parte rilevante del suo reddito.

Nel 2006 è intervenuta la decisione quadro 2006/783/GAI in materia di reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca. Il principio su indicato dovrebbe essere alla base della cooperazione giudiziaria sia in materia civile che in materia penale riducendo, per tale ragione, le possibilità di rifiutare l'esecuzione della confisca. Il fine era ovviamente quello di semplificare la cooperazione tra Stati membri in materia. La decisione affrontava il problema della doppia incriminabilità. Se i fatti posti alla base della decisione erano puniti nello Stato di emissione con pena privativa della libertà della durata massima di almeno tre anni, la confisca poteva essere applicata anche senza la verifica della doppia incriminabilità. Se si trattava di reati diversi, lo Stato poteva subordinare l'esecuzione alla verifica che i fatti oggetto di accertamento fossero classificabili come reati per cui lo Stato prevede l'applicazione della confisca. Al tempo stesso, se si provvedeva in ordine alla confisca di valore, era necessario che la legislazione di entrambi gli Stati contemplasse la misura per equivalente. Si dava, inoltre, la possibilità di rinviare l'esecuzione quando la confisca fosse relativa ad una somma di denaro e il relativo valore superasse l'importo della decisione stessa perché vi era, ad esempio, l'esecuzione in più d'uno Stato contestualmente ovvero nel caso in cui vi era stata un'impugnazione. Nel caso di concorso di decisioni, se queste concernevano una somma di denaro contro la medesima persona fisica o giuridica e il soggetto non disponeva di somme sufficienti o se vi erano diverse decisioni di confisca sullo stesso bene, doveva essere lo Stato di esecuzione a decidere. Oggetto della decisione era anche la destinazione dei beni confiscati disponendo che, se l'importo residuo dalla confisca fosse inferiore o pari a mille euro, doveva essere destinato allo Stato di esecuzione, altrimenti doveva essere diviso in parti uguali tra Stato di esecuzione e Stato di emissione. Eventuali beni diversi dal denaro possono essere venduti con conseguente suddivisione del ricavato e, in caso di mancata vendita, il bene verrà trasferito allo Stato di emissione.

Nel 2007, il Consiglio ha adottato la decisione quadro 2007/845/GAI, in materia di reperimento e identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi, che disciplina anche la cooperazione tra gli uffici degli Stati nella piena consapevolezza che il fine unico della criminalità organizzata transfrontaliera è il profitto economico. La decisione si proponeva l'obiettivo di completare la rete interagenzie Camden per il recupero dei beni istituita all'Aja nel 2004 per rafforzare la conoscenza

reciproca dei metodi e delle tecniche utilizzati nel settore dell'identificazione, del congelamento, del sequestro e della confisca transfrontalieri dei proventi di reato e altri beni connessi.

Il Parlamento europeo, con la risoluzione del 25 ottobre 2011, ha valorizzato le misure di prevenzione patrimoniali non solo al fine di tutelare il diritto fondamentale dell'individuo all'iniziativa economica, ma anche come fattore ordinatore dell'economia. La Commissione europea ha proposto, in materia di sequestro e confisca dei proventi di reato, un sistema di misure che ricalca quello italiano secondo cui *<<l'elaborazione di norme che consentano l'utilizzo efficace di strumenti quali la confisca senza condanna, con l'attenuazione dell'onere della prova sull'origine dei beni in possesso delle persone condannate o imputate per i reati connessi alla criminalità organizzata e la confisca nel caso di intestazione dei beni a terzi (punto 8)>>*. Il sistema si basa, quindi, sul presupposto dell'assenza di condanna, anche in aderenza a quanto riconosciuto legittimo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e del rispetto delle garanzie e del principio di proporzionalità. Nel 2012 la Commissione europea ha presentato la proposta di direttiva europea in materia di congelamento e di confisca dei proventi di reato nell'Unione europea per contrastare l'attività criminale a livello transnazionale, facendo leva sull'art. 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in base al quale *<<L'Unione deve garantire ai cittadini un livello elevato di sicurezza attraverso la prevenzione e la lotta alla criminalità, consente di sostenere che la confisca dei proventi di reato costituisce strumento essenziale per combattere la criminalità organizzata>>*. La Commissione si proponeva di armonizzare le norme sulla confisca dei proventi di reato nel rispetto dei diritti fondamentali; armonizzare al meglio le norme e le decisioni degli Stati membri, al fine di un reciproco riconoscimento di tutti i tipi di provvedimenti; di creare norme "minime" che permettevano il congelamento di beni e proventi di reato in attesa della confisca; di agevolare l'operazione di congelamento e confisca di beni agli Stati nei rapporti transfrontalieri. La direttiva non può prescindere dall'atto di indirizzo del Parlamento europeo adottato il 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la correzione e il riciclaggio di danaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere. Il Parlamento europeo invita gli Stati membri *<<sulla base delle legislazioni nazionali più avanzate, a prendere in considerazione l'applicazione di modelli di confisca di beni nel quadro del diritto civile, nei casi in cui, può essere stabilito che i beni derivano da attività criminali o sono utilizzate per attività criminali">>*(punto 21). Dalla lettura del testo approvato si può notare come si ricalchi il sistema italiano delle misure di prevenzione dal momento che: al punto 27 si invitano gli Stati membri, sulla base delle legislazioni nazionali più avanzate, a introdurre modelli di confisca non conseguenti la condanna, nei casi in cui, sulla base degli elementi di prova disponibili e subordinatamente alla decisione dell'autorità

giudiziaria, possa essere stabilito che i beni in questione derivano da attività criminali o sono impiegati per svolgere attività criminali; al punto 28 si considera che, nel rispetto delle garanzie costituzionali nazionali e, fatti salvi il diritto di proprietà e il diritto di difesa, possono essere previsti strumenti di confisca preventiva applicabili a seguito di decisioni dell'autorità giudiziaria; al punto 29 si chiede alla Commissione di presentare una proposta legislativa atta a garantire in maniera efficace il reciproco riconoscimento degli ordini di sequestro e confisca connessi alle misure di prevenzione patrimoniali adottate in diversi Stati membri; si chiede agli Stati membri di disporre fin da quel momento le misure operative necessarie a rendere efficaci tali provvedimenti.

Il 20 maggio 2013 la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo ha proposto degli emendamenti al fine di superare alcuni limiti della proposta precedente e precisamente agli articoli 1 e 7 ter. L'articolo 1 prevede che *<<Al fine di lottare più efficacemente contro le organizzazioni criminali e le forme gravi di crimine, il motore principale della criminalità organizzata transfrontaliera, comprese le organizzazioni criminali di tipologia mafiosa, è il profilo economico. Di conseguenza, le autorità competenti dovrebbero disporre dei mezzi per rintracciare, congelare, gestire e confiscare i proventi di reato. Tuttavia, una prevenzione e lotta efficaci in materia di criminalità non dovrebbero limitarsi a neutralizzare i proventi di reato, ma piuttosto essere estese, in altri casi, a qualsiasi proprietà che risulti dalle attività di natura criminale. Il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca dei proventi di reato non è sufficientemente efficace. Una lotta efficace contro la criminalità economica, la criminalità organizzata e il terrorismo richiederebbe il riconoscimento reciproco delle misure adottate in un settore diverso da quello del diritto penale o altrimenti adottate in assenza di una condanna penale nelle circostanze definite all'articolo 5 aventi per oggetto, più in generale, ogni possibile bene o reddito attribuibile ad una organizzazione criminale o ad una persona sospettata o accusata di appartenere ad un'organizzazione criminale>>*;

L'art. 7 ter nel seguente modo *<<Gli Stati membri sono liberi di adottare le procedure di confisca collegate a una causa penale dinanzi a qualsiasi giudice penale, civile o amministrativo. L'emissione di provvedimenti di confisca richiede in via generale una condanna penale. In taluni casi deve comunque essere possibile, anche laddove non possa ottenersi una condanna penale, confiscare beni al fine di contrastare le attività criminali quali la criminalità organizzata o il terrorismo e fare in modo che i profitti derivanti da tali attività non vengano reinvestiti nell'economia lecita. Alcuni Stati membri autorizzano la confisca laddove non vi siano prove sufficienti per l'azione penale, qualora l'autorità giudiziaria ritenga, secondo quanto è probabile, che i beni siano di origine illecita, nonché in situazioni in cui l'indagato o imputato si dia alla fuga*

per evitare l'azione penale o la condanna, sia incapace di essere processato per altri motivi o deceda prima del termine del procedimento penale. In altri casi alcuni Stati membri permettono la confisca per esempio laddove non si possa dar seguito a una condanna penale o non la si possa ottenere, qualora l'autorità giudiziaria sia convinta, dopo aver utilizzato tutti i mezzi di prova disponibili, inclusa la sproporzionalità dei beni rispetto al reddito dichiarato, che i beni derivano da attività di natura criminale. Questa tipologia è definita confisca non basata sulla condanna. È necessario che siano adottate disposizioni per consentire la confisca non basata sulla condanna in tutti gli Stati membri>>.

Inoltre, al punto 38 si stabilisce che *<<la presente Direttiva rispecchia i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché delle tradizioni costituzionali degli Stati membri. La presente direttiva dovrebbe essere attuata conformemente a tali diritti e principi>>*. La Direttiva riconosce a entrambi i testi normativi europei ruolo primario nella tutela dei diritti fondamentali, in conformità con l'articolo 6 del Trattato di Lisbona.

La confisca senza condanna è stata recepita anche nella Direttiva in materia di confisca approvata dal Parlamento europeo il 25 febbraio 2014. Il modello di confisca senza condanna previsto nella proposta di Direttiva nella versione emendata dalla Commissione Libe²⁴⁹ prevede un rigoroso *standard* della prova, richiedendo che il giudice sia convinto dell'origine illecita dei beni per applicare la confisca senza condanna. Il paragrafo 5, nello stabilire i presupposti che consentono al giudice di pronunciare la confisca allargata senza condanna, alla quale può essere ricondotta la confisca di prevenzione, richiede che "l'autorità giudiziari, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivano da attività di natura criminale rispettando, al contempo, pienamente le disposizioni dell'articolo 6 Cedu e della Carta dei diritti fondamentali".

²⁴⁹ Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato dell'Unione europea (COM (2012)0085- C7- 0075/2012- 2012/0036 (COD) da parte della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, A7- 0178/2013, 20 maggio 2013.

6. LE MISURE DI PREVENZIONE E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

La Corte europea dei diritti dell'uomo inquadra la confisca antimafia tra le misure di prevenzione e non tra le sanzioni penali, altrimenti dovrebbero applicarsi le garanzie e le regole tipiche del processo penale, previste dall'articolo 7 Cedu, incompatibili con il sistema delle misure di prevenzione. Le misure di prevenzione, anche i per i giudici di Strasburgo, hanno natura e funzione distinte dalle sanzioni penali: mentre queste ultime tendono a sanzionare la violazione di una norma penale e sono subordinate all'accertamento di un reato e alla colpevolezza dell'imputato, la misura di prevenzione non presuppone un reato e tende a prevenire la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi²⁵⁰. Per la Corte, la confisca antimafia rientra tra quelle misure, non necessariamente a carattere penale, necessarie e adeguate alla protezione dell'interesse pubblico. Proprio per questo la Corte ha ribadito la differenza tra misure di prevenzione e sanzione penale alla luce della loro natura e della loro funzione: la sanzione penale tende a sanzionare la violazione di una norma penale ed è subordinata all'accertamento di un reato e alla colpevolezza dell'imputato mentre le misure di prevenzione non presuppongono la commissione di un reato e tendono a prevenire la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi²⁵¹. La Corte europea ha ben delineato le caratteristiche delle misure patrimoniali (sequestro e confisca) *<<finalizzate a impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui provenienza legittima non è stata dimostrata²⁵²>>*. Alla Corte è ben chiara la ragione delle misure patrimoniali, fondate su "presunzioni di fatto o di diritto", cui la Convenzione non vi si oppone in via di principio, essendo assicurata una garanzia giurisdizionale effettiva. Inoltre, la misure di prevenzione della confisca antimafia è una misura necessaria e adeguata per la protezione dell'interesse pubblico non rientrante tra le sanzioni penali perché non rispondente ai tre criteri precedentemente individuati dai giudici di Strasburgo per classificare una sanzione penale (la qualificazione nel diritto interno; la natura della sanzione e severità della sanzione)²⁵³. Secondo la Corte ed il godimento del diritto al rispetto dei beni, garantito dal primo comma dell'art. 1 Protocollo I, secondo cui *<<Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale>>*, è consentita dal secondo comma che lascia agli Stati il diritto di adottare *<<quelle leggi che giudicano necessarie per disciplinare l'uso dei beni in relazione*

²⁵⁰ Corte eur. dir. uomo, sent. 22 feb. 1994, caso Raimondo; dec. 15 giugno 1999, caso Prisco.

²⁵¹ Corte eur. dir. uomo, 22 febbraio 1994, caso Raimondo c. Italia; dec. 15 giugno 1999, Prisco.

²⁵² Corte eur. dir. uomo, sent. 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia.

²⁵³ Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, caso Engel.

all'interesse generale>>, desumendosi l'interesse generale dall'obiettivo di <<*impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui provenienza lecita non è stata dimostrata*²⁵⁴>>. L'ingerenza degli Stati non è ritenuta dalla Corte sproporzionata al legittimo scopo perseguito, consistente in una politica di prevenzione della criminalità per la cui attuazione il legislatore deve avere ampio margine di manovra sia sull'esistenza di un problema di interesse pubblico, che richiede una normativa, sia sulla scelta delle modalità applicative di quest'ultima. Tale ingerenza va valutata tenendo conto che <<*il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto, in Italia, dimensioni davvero preoccupanti. I guadagni che le associazioni mafiose ricavano dalle loro attività illecite danno loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato. Quindi, i mezzi per combattere questo potere economico possono essere indispensabili per poter efficacemente combattere tali associazioni*²⁵⁵>>. Riferendosi alle misure di prevenzione la Corte Edu ha sempre richiamato l'articolo 6 della Convenzione- in materia di giusto processo- , nella parte civile, tenuto conto dell'oggetto patrimoniale²⁵⁶. Per la loro applicazione ha affermato alcuni principi secondo cui: non è compito della Corte conoscere degli errori di fatto o di diritto assertivamente commessi da un organo giudiziario interno, salvo nel caso e nella misura in cui essi potrebbero aver leso i diritti e le libertà tutelati dalla Convenzione; l'ammissibilità delle prove dipende essenzialmente dalle norme del diritto nazionale e spetta in linea di principio ai giudici interni, in particolare ai tribunali, di interpretare tale legislazione.

Da non dimenticare, dunque, è il monito- sempre più insistentemente lanciato dalla Corte Edu- secondo cui non bisogna abbandonare il canone del giusto processo per giustificare in tutti i modi la lotta ai fenomeni criminali.

Il ruolo della Corte è limitato alla verifica della compatibilità con la Convenzione degli effetti di tale interpretazione. E, per quanto attiene il procedimento di applicazione delle misure, la Corte pone in evidenza due aspetti, uno formale e l'altro sostanziale. Sul piano formale il controllo ha ad oggetto la sussistenza di una garanzia giurisdizionale effettiva, ossia verifica che: la parte sia stata rappresentata da un avvocato di fiducia, abbia partecipato alla procedura, abbia avuto la possibilità di presentare le memorie e i mezzi di prova necessari per tutelare i suoi interessi e che la procedura si svolga in contraddittorio dinanzi ai tre organi di giudizio. Sul piano sostanziale verifica che: i giudici italiani non fondino il proprio convincimento sulla base di semplici indizi, ma che accertino e

²⁵⁴ Corte eur. dir. uomo, sent. 22 feb. 1994, caso Raimondo; dec. 4 sett. 2001, caso Reila; 5 luglio 2001, caso Arcuri; sent. 5 gen. 2010, caso Bongiorno; dec. 6 lug. 2011, caso Pozzi; dec. 17 mag. 2011, casi Capitani e Campanella.

²⁵⁵ Corte eur. dir. uomo, sent. Bongiorno e decisione Arcuri c. Italia.

²⁵⁶ Corte eur. dir. uomo, Arcui c. Italia; Riela e altri c. Italia; dec. Bocellari e Rizza c. Italia.

valutino oggettivamente i fatti esposti dalle parti in riferimento alla partecipazione del proposto ad associazioni di tipo mafioso; gli aspetti patrimoniali; la disponibilità di risorse finanziarie sproporzionate rispetto alle entrate del soggetto, nonché le relazioni intercorse tra le persone coinvolte.

La Corte europea si è pronunciata anche per le garanzie attribuite ai terzi nel procedimento di applicazione di misure di prevenzione, non riscontrando la violazione dell'articolo 6 Cedu. Dalle argomentazioni della Corte si ricava che l'ingerenza dello Stato nel godimento dei beni della persona sottoposta a misura di prevenzione non è sproporzionata rispetto al legittimo scopo perseguito, tenuto conto della discrezionalità che gli Stati hanno quando disciplinano "l'uso dei beni conformemente all'interesse generale". Ciò in riferimento ai terzi che hanno potuto partecipare al procedimento e vedere tutelati adeguatamente i loro interessi.

7. L'ISTITUTO DELLA CONFISCA NELLA COMPARAZIONE TRA UNIONE EUROPEA E CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Il modello della confisca senza condanna è stato ripreso anche in Europa da alcuni documenti quali: la risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011²⁵⁷ che, al punto 8 prevede <<l'utilizzo efficace di strumenti quali la confisca in assenza di condanna, con l'attenuazione dell'onere della prova sull'origine dei beni in possesso delle persone condannate o imputate per i reati connessi alla criminalità organizzata e la confisca nel caso di intestazione dei beni a terzi>>;

Nella risoluzione del Parlamento europeo del 2011, vi è l'auspicio dell'adozione di una vera e propria *actio in rem* nella lotta alla criminalità organizzata. L'invito rivolto agli Stati è quello di elaborare norme per l'utilizzo efficace degli strumenti della confisca, anche in assenza di condanna; l'attenuazione dell'onere della prova sull'origine dei beni, in seguito alla condanna di una persona per reati gravi, compresi quelli attinenti a fenomeni di criminalità organizzata; per consentire il sequestro e la conseguente confisca nel caso di intestazione di beni a terzi. La direttiva contiene, inoltre, anche una nozione più estesa di provento di reato in modo da includere la possibilità di confiscare non solo i proventi diretti, ma tutti gli utili valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato. Questo orientamento è stato ripreso dalla Corte di Cassazione italiana che, nella decisione Miragliotta stabilisce che <<l'indiretto profitto....., siccome frutto di reimpiego da parte

²⁵⁷ Cfr., A. BALSAMO C. LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, Gennaio 2012, in www.penalecontemporaneo.it.

del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi, nei limiti in cui fosse possibile tracciare il legame causale tra i diretti profitti e gli utili derivati²⁵⁸, anche se solo un anno dopo²⁵⁹ esclude la confiscabilità degli utili, restringendoli ai soli surrogati. La direttiva impone, all'articolo 4, l'adozione di *<< misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato laddove, sulla base di fatti specifici, l'autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti dal condannato mediante attività criminali analoghe, piuttosto che da attività di altra natura²⁶⁰>>*. Riferendoci alla natura delle attività poste in essere, la direttiva non intende fare riferimento allo stesso tipo di attività, bensì alla stessa gravità o gravità analoghe nei confronti dello stesso bene tutelato o beni omogenei.

La proposta di direttiva non prevede alcun limite temporale per l'accertamento dell'eventuale correlazione temporale tra il momento dell'acquisto dei beni e i reati per i quali il soggetto è stato condannato, o tra le attività illecite e i reati accertati.

L'articolo 5 introduce la "confisca senza condanna" statuendo che *<< Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per poter procedere alla confisca dei proventi e strumenti di reato in assenza di una condanna penale a seguito di un procedimento che, se l'indagato o l'imputato avesse potuto essere processato, avrebbe potuto portare a una condanna penale >>*. La direttiva prevede l'applicazione dell'*actio in rem* solo per quelle situazioni in cui non si può procedere *in personam* perché ad esempio il reo è deceduto, è affetto da malattia permanente o quando la fuga o la malattia non consente di agire in tempi ragionevoli. Non è una vera e propria *actio in rem* ma un procedimento autonomo da applicarsi quando non si può procedere con quello *in personam*. La confisca antimafia prevista dall'ordinamento giuridico italiano soddisfa quanto richiesto dalla Direttiva, andando addirittura oltre estendendo il campo di applicazione della misura.

L'articolo 6 fa riferimento alla confisca nei confronti dei terzi, la cui applicazione prevede il soddisfacimento di due requisiti: il requisito oggettivo, ossia che "i proventi di reato o i beni siano trasferiti a titolo gratuito o in cambio di un importo inferiore al valore di mercato del bene" e il

²⁵⁸ Corte di Cass. Sez. Unite, 6 marzo 2008, n. 10280.

²⁵⁹ Corte di Cass. Sez. Unite, 25 giugno 2009, n. 38691.

²⁶⁰ In riferimento alla "natura dell'attività" compiuta dal soggetto, il giudice dovrebbe ritenere che il soggetto abbia compiuto altre attività della medesima natura che non riesce a provare ai fini della condanna, ma dalle quali il soggetto ha tratto i proventi del suo patrimonio. Il legislatore presume che il soggetto abbia svolto la medesima attività, o simili, in maniera continuativa, pressoché professionale accumulando nel tempo quei cespiti patrimoniali consolidati nel suo patrimonio non riconducibili al reato oggetto di condanna. Cfr. A. M. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2012, pp. 189 e ss.

requisito soggettivo che il terzo deve essere consapevole dell'origine illecita dei beni e, se si tratta di origine lecita, del fatto che vengono trasferiti per sottrarli alla confisca, oppure che, in mancanza di tale consapevolezza, si deve trovare in una situazione di incauto affidamento nel senso che una persona ragionevole nella sua stessa posizione avrebbe sospettato, in base a circostanze e fatti concreti, dell'origine illecita dei beni oppure, nel caso di altri beni, che erano trasferiti al fine di evitare la confisca. Spetta al terzo provare la sua buona fede e il suo affidamento incolpevole, nonché la mancanza di collegamento tra il proprio diritto e l'attività illecita del proposto.

L'articolo 7 prevede il congelamento dei beni da confiscare, che deve essere confermato dall'autorità giudiziaria, al fine di garantire la loro confisca contro le operazioni poste in essere dall'interessato di dispersione, occultamento o trasferimento dei beni prima della decisione dell'autorità giudiziaria.

L'articolo 8 prescrive il diritto di informare prontamente l'interessato per potergli garantire l'esercizio del diritto di difesa. Nel caso di applicazione dell'articolo 7, poiché il provvedimento può essere emesso *inaudita altera parte*, spetterà all'autorità competente, successivamente all'adozione della misura, darne tempestiva informazione all'interessato.

La proposta della Commissione europea del 12 marzo 2012 relativa "al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione Europea" per contrastare la criminalità organizzata privandola dei suoi proventi a livello transnazionale. Viene riconosciuta la necessità di inserire la misura della confisca senza condanna riconosciuta dai giudici di Strasburgo nel rispetto del principio di proporzionalità e dei delle garanzie procedurali, anche nei confronti dei terzi, al fine di "obbligare i criminali a modificare le loro pratiche e rendere, così, più difficile l'occultamento dei beni".

La risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di danaro, raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere invita gli Stati membri ad adottare modelli di confisca senza condanna nel quadro del diritto civile. Precisamente, stabilisce che <<nei casi in cui sulla base di elementi di prova disponibili e subordinatamente alla decisione dell'autorità giudiziaria, possa essere stabilito che i beni in questione derivano da attività criminali o siano impiegati per svolgere attività criminale>> (punto 27) ; <<nel rispetto delle garanzie costituzionali nazionali e fatti salvi il diritto di proprietà e il diritto di difesa, possono essere previsti strumenti di confisca preventiva applicabili solo a seguito di decisione dell'autorità giudiziaria>> (punto 28); chiede alla Commissione una proposta legislativa che possa disporre le misure operative per rendere efficaci i provvedimenti di sequestro e di confisca adottate dalle autorità giudiziarie italiane e dagli Stati membri in ambito civile. Nel 2013

sono stati avanzati degli emendamenti proposti nella Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni al Parlamento europeo, per modificare alcuni articoli, o parte di essi: in particolare modo ci riferiamo agli articoli 1 e 7 ter.

La Corte europea dei diritti dell'uomo riconduce la confisca antimafia tra le misure di prevenzione e non tra le sanzioni penali perché altrimenti si snaturerebbe la natura di tale istituto e si richiederebbe l'applicazione di principi e di garanzie tipiche del processo penale. A detta dei giudici di Strasburgo le misure di prevenzione non possono essere paragonate alle sanzioni penali per diversi motivi perché: mentre le prime non presuppongono un reato, ma evitano la commissione dello stesso le seconde, per poter essere applicate, richiedono l'accertamento di un reato e la colpevolezza del soggetto che lo ha commesso²⁶¹; sono misure necessarie e adeguate all'interesse pubblico e non possiedono i requisiti individuati, precedentemente, dalla Corte Edu per qualificare una sanzione penale, ossia la qualificazione nel diritto interno, la natura della sanzione e la severità della sanzione²⁶². La Corte edu, dunque, affermando i principi contenuti nell'articolo 1 Protocollo addizionale alla Convenzione prevede l'ingerenza nel godimento del diritto al rispetto dei beni è resa possibile dal secondo comma che prevede che gli Stati possano adottare *<<quelle leggi che giudicano necessarie per disciplinare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale>>*, *desumendosi tale interesse dallo scopo di impedire "un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui provenienza lecita non è stata dimostrata"*²⁶³>>. L'ingerenza degli Stati, secondo la Corte, è proporzionata in quanto posta per evitare il dilagarsi del fenomeno della criminalità organizzata; per tale motivo agli Stati è riservato un margine di apprezzamento sia sulla valutazione del problema in relazione alla tutela dell'interesse pubblico sia sulla esigenza o meno di una normativa per disciplinare le modalità di applicazione delle misure di prevenzione. Per far fronte alla necessità di ridurre l'aumento della criminalità organizzata la confisca in questione è considerata uno strumento indispensabile per combattere le associazioni mafiose²⁶⁴. Prima di dichiarare la violazione dell'articolo 1 Protocollo 1, prima parte del §1, che sancisce il principio di pacifico godimento dei propri beni occorre verificare se la privazione risponde ai requisiti indicati nella seconda parte del §1 (la conformità alla legge, la quale deve essere precisa, accessibile e che si

²⁶¹ Corte eur. dir. uomo, sent. del 22.2.94, caso RAIMONDI; dec. 15.6.99, caso PRISCO.

²⁶² Corte eur. dir. uomo, sent. 8.6.76, caso Engel.

²⁶³ Corte eur. dir. uomo, sent. 22.2.94, caso Raimondi; dec. 4.9.01, caso Riela; 5.7.01, caso Arcuri; 5.1.10, caso Buongiorno; dec. 6.7.11, caso Pozzi; dec. 17.5.11, casi Capitani e Campanella.

²⁶⁴ Corte eur. dir. uomo, dec. Arcuri e sent. Bongiorno.

possano prevedere le conseguenze); il rispetto dei principi di diritto internazionale; bilanciamento tra interesse pubblico e interesse individuale; se lo Stato abbia previsto un intervento conformemente all'interesse generale per cui occorre una base legale; un interesse generale che giustifichi la regolamentazione e la proporzionalità tra il fine e la necessità invocata. Il parametro della proporzionalità, ossia di un giusto equilibrio tra esigenze collettive e esigenze individuali, è forse il parametro che assume più rilevanza nella tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. L'applicazione di tale parametro alla confisca antimafia fa discendere l'interesse generale a che la proprietà dei beni del proposto non continui a produrre, a costui o all'associazione, vantaggi a danno della collettività. E' su questa base che i giudici di Strasburgo hanno considerato legittimo, proprio perché non sproporzionato, il sacrificio del diritto di proprietà. Afferma la Corte edu che <<la misura controversa rientra nell'ambito di una politica di prevenzione della criminalità e ritiene che, nell'attuazione di tale politica, il legislatore debba avere un ampio margine di manovra per pronunciarsi sia sull'esistenza di un problema di interesse pubblico che richiede una normativa che sulla scelta delle modalità applicative di quest'ultima²⁶⁵>>. Allo Stato è riservato un ampio potere nel disciplinare i presupposti della confisca in tutti i casi in cui tra gli interessi generali emerge la prevenzione alla criminalità, che rappresenta lo scopo per cui vengono applicate le misure di prevenzione.

8. L'ISTITUTO DELLA CONFISCA NELLA COMPARAZIONE TRA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E ORDINAMENTO ITALIANO

Le misure di prevenzione, per loro natura, non sono soggette ai principi applicabili alle sanzioni penali, contenuti nell'articolo 7 della Convenzione. *In primis* non è possibile applicare il principio di irretroattività della legge, previsto dall'articolo 25 della Carta Costituzionale e dall'articolo 2 del codice penale dal momento che la disciplina applicabile alle misure di prevenzione segue quella delle misure di sicurezza; esse sono regolate, quindi, dalla legge in vigore al tempo della loro

²⁶⁵ CORTE EUR. DIR. UOMO, sent. Bongiorno, Capitani e Campanella 17.5.11; Pozzi 26.7.11.

applicazione (art. 200 c.p.). La disciplina normativa a cui dover fare riferimento è quella della norma in vigore al momento in cui la misura viene irrogata²⁶⁶.

E' applicabile, invece, l'articolo 6 della Convenzione, come ribadito di recente nella sentenza Pozzi e altri c. Italia²⁶⁷, in cui si legge che «l'articolo 6 si applica alle procedure di applicazione delle misure di prevenzione nella sua parte civile, tenuto conto in particolare del loro oggetto patrimoniale²⁶⁸». Circa la compatibilità delle misure di prevenzione con quanto stabilito dalla Cedu, i giudici di Strasburgo precisano che non è compito loro conoscere degli errori di fatto o di diritto commessi dagli organi giurisdizionali interni, a meno che questi non violino la Convenzione e che l'ammissibilità delle prove dipende dalla normativa nazionale, i cui interpreti sono i giudici interni. Alla Corte spetta valutare la compatibilità di tale interpretazione con la Convenzione. La Corte, inoltre, verifica che il soggetto nei cui confronti si procede sia assistito da un avvocato di fiducia, che abbia partecipato alla procedura, abbia presentato memorie e i mezzi di prova necessari per tutelare i propri interessi, che la procedura si svolga in contraddittorio dinanzi a giudici terzi e che i giudici italiani devono non fermarsi ai sospetti, ma accertare e valutare i fatti.

In questo filone rientra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel 1995, caso Welch c. Regno Unito ha affermato la natura penale della confisca in relazione all'essenza e allo scopo di tale misura "*il confiscation*" si basa sulla presunzione che tutti i beni acquistati (in assenza di allegazioni probatorie contrarie) siano frutto dei proventi derivanti dall'azione delittuosa e si estenda a tutti i profitti del reato²⁶⁹. Lo Stato, quindi, pone in essere una misura afflittiva senza che vi sia stato un regolare processo, con la compressione del diritto di difesa, con un'inversione dell'onere della prova a carico del proposto e con l'impossibilità di contro esaminare i testimoni, in contrasto con gli articoli 3, 13, 25, 27 e 111 della Costituzione. Per di più, per volontà del legislatore, è prevista l'assenza del pubblico dalle udienze camerale ex L. 1423/56. L'accostamento delle misure di prevenzione alle sanzioni di carattere penale determina una disparità di trattamento

²⁶⁶ Corte Cass., sent. n. 40703/02; 7116/07; 33597/09.

²⁶⁷ Corte eur. dir. uomo, sent. 26.7.11, Pozzi e altri c. Italia.

²⁶⁸ Corte eur. dir. uomo, Arcuri c. Italia; Riela e altri c. Italia; Bocellari e Rizza c. Italia (dec.).

²⁶⁹ Nel caso specifico la Corte ha ritenuto che nel tipo di confisca considerata (*value confiscation*) si integrassero funzionalmente scopi preventivi e esigenze propriamente punitive, affermando, al paragrafo 30, che "entrambi possono essere considerati elementi costitutivi della stessa nozione di penalty". Tale concetto convenzionale, per i giudici di Strasburgo, prescinde dalla qualificazione del diritto interno, risultando determinanti ai fini della sua integrazione: a) *the connection with a criminal offence*; b) *the nature and purpose of the measure in question*; c) *its characterisation under national law*; d) *the procedure involved in the making and implementation of the measure*; e) *its severity*. Come si evince la Corte nella sentenza Welch ha aggiunto ulteriori criteri di qualificazione rispetto a quelli fissati con la sentenza Engel.

tra persone che subiscono una limitazione e una privazione della libertà, la violazione dei diritti alla conoscenza del procedimento, nonché dei diritti relativi alla libertà e alla proprietà. Si vengono a violare non solo i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche la Cedu e la decisione quadro del Consiglio d'Europa del 24/2/2005 (2005/212/GAI). La Corte Costituzionale nel 2010²⁷⁰ ha sancito il carattere penale delle misure di prevenzione; ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della L. 27 dicembre 1956 n. 1423 e dell'art. 2 tre della L. 31 maggio 1965 n. 575 nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga nelle forme dell'udienza pubblica²⁷¹. La Corte, riconoscendo natura penale di tali misure, ha dichiarato la tutela dei diritti del proposto attraverso la giurisdizionalizzazione del procedimento.

La Corte edu, nei ricorsi presentati da soggetti italiani, ha riconosciuto la violazione dell'articolo 6§1 della Convenzione in riferimento alla mancata pubblicità delle udienze e che in siffatte materie le misure applicate incidono direttamente sui beni inalienabili quali la libertà e la proprietà. Non vi è dubbio che devono essere assicurate le prerogative difensive e che per la valutazione delle preminenze debba essere utilizzato il metodo del bilanciamento delle esigenze. A conclusione o si prevede la totale equiparazione delle misure di prevenzione alle sanzioni penali (così come indicato anche nelle sentenze CEDU) rispettando il principio del giusto processo o si dovrà ritenere che l'art. 4 L. 1423/56 viola l'ordinamento comunitario a cui, in base all'articolo 117 Cost., deve uniformarsi. L'udienza, secondo l'ordinamento italiano, si svolge a porte chiuse senza la presenza del pubblico, a meno che l'interessato non chieda la pubblicità dell'udienza (D. lgs. 159/11 art.7, comma 1). E' proprio su questo punto che è intervenuta diverse volte la Corte europea dei diritti dell'uomo sanzionando l'Italia: secondo la Corte *“pur tenendo conto di alcuni interessi superiori e dell'altro grado di tecnicità, in particolare della posta in gioco delle procedure relative all'applicazione delle misure di prevenzione e degli effetti che possono produrre sulla situazione personale delle persone coinvolte”* si impone agli interessati il diritto di chiedere pubblica udienza perché attraverso la pubblicità si rende possibile il controllo e la trasparenza dell'azione giudiziaria e l'equo processo. L'orientamento europeo è stato recepito sia dalla dottrina (dlgs. 159/11 art. 7, comma 1 e successivi che disciplinano il processo) che dalla giurisprudenza (Corte cost. 12 marzo 2010 n. 93) interne, con la precisazione che la pubblicità dell'udienza si applica solo al procedimento dell'applicazione della

²⁷⁰ Corte Cost., sent. n. 93/2010 del 12 marzo.

²⁷¹ Corte Edu Bocellari E Rizza C. Italia Del 13/11/07, Pierre C. Italia Dell'8/7/2008, Bongiorno C. Italia Del 5/1/2010.

misura di prevenzione e non per i diversi procedimenti che si svolgono nell'ambito delle misure di prevenzione (Corte Cass., 1848/11).

E' utile ricordare il monito- sempre più insistentemente lanciato dalla Corte Edu- ad abbandonare l'idea di giustificare mezzi procedurali antinomici ai canoni del giusto processo, pur di raggiungere il fine legittimo di contrastare efficacemente i fenomeni economici di matrice e struttura criminali.

Va ricordato come, tra le varie indicazioni che giungono dal fronte europeo, vi sia anche la sottolineatura della relatività del concetto di pericolosità, concetto che, in quanto tale, andrebbe valutato sempre facendo riferimento alla relazione tra la cosa da confiscare e il soggetto proposto.

Nel tentativo di conformare i profili del procedimento di applicazione della confisca di prevenzione ai canoni del giusto processo, molto importante è stato l'influsso proveniente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo intenzionata a valorizzare e a fare efficacemente applicare a livello nazionale il principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari, previsto dall'art. 6§1 CEDU. Nello specifico, la Corte di Strasburgo è stata chiamata a valutare la conformità al principio di pubblicità dell'art. 4, comma 6 e dell'art. 11 l. 1423/56 che prescrivevano che il procedimento di prevenzione per l'applicazione sia delle misure personali che di quelle patrimoniali si svolgesse in camera di consiglio senza la partecipazione del pubblico. La Corte europea, nel censurare la non conformità del sistema italiano alla normativa sovranazionale, ha affermato come gli interessi coinvolti da un procedimento di prevenzione, per la loro rilevante incidenza sul patrimonio dell'individuo e sulla libertà di iniziativa economica, impongono quanto meno una tutela e un controllo da parte del soggetto coinvolto nel procedimento, controllo da attuarsi innanzitutto con la partecipazione di tale soggetto a un'udienza pubblica. Tali condanne hanno certamente avuto un eco nel sistema nazionale, ma certamente ancora molto forti sono le resistenze a scardinare un procedimento di prevenzione stratificatosi negli anni nelle sue rigidità palesemente anticostituzionali.

In riferimento alla natura delle misure di prevenzione, parte della dottrina propende per classificarle come sanzioni amministrative, escludendo il loro carattere sanzionatorio e ritenendo che la garanzia giurisdizionale non sia sufficiente per l'attribuzione del carattere di sanzioni giuridiche, altra parte sostiene la natura di sanzione penale, del carattere sanzionatorio delle stesse e l'appartenenza di tali misure al diritto penale. A favore della natura amministrativa si sostiene che la finalità di tali misure sia solamente quella preventiva e non repressiva, al fine di evitare che un soggetto pericoloso possa commettere reati; si prescinde dall'accertamento di una responsabilità penale nei confronti di un reato e dal conseguente giudizio di condanna. Tale teoria è oggetto di contestazioni da parte di chi crede che le misure patrimoniali incidano effettivamente sulla libertà patrimoniale e sulla proprietà del soggetto nei cui confronti vengono emesse sulla base di un sospetto di appartenenza a

associazioni mafiose e che il patrimonio sia il provento di attività illecita dell'organizzazione. A sostegno della natura sanzionatoria della confisca di prevenzione, oltre a parte della dottrina²⁷², è la recente sentenza della Corte di Cassazione²⁷³ in cui si afferma che la misura di prevenzione patrimoniale è "oggettivamente una sanzione" e che è possibile applicare il principio di irretroattività²⁷⁴. La Corte argomenta tale tesi basandosi sulla equiparazione tra misure di prevenzione e misure di sicurezza, sulla base del parallelismo tra le due categorie fondato sul presupposto dell'accertamento della perdurante pericolosità sociale ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale. Venuto meno questo parallelismo viene meno l'applicazione dell'articolo 200 c.p. e si deve applicare la legge in vigore all'epoca delle condotte che fondano l'adozione della misura. Leggendo tale sentenza non possono passare inosservate alcune forzature: la Corte, infatti, non tiene conto dell'applicazione disgiunta, su cui vi è ampia evoluzione giurisprudenziale; fa riferimento al mancato accertamento della pericolosità del proposto; quando richiama la data della sentenza che è anteriore alla L. n. 94/09, considerato il fatto che la modifica è del 2008; quando la Corte di Appello aveva aderito al principio di connessione temporale di acquisto dei beni; quando afferma che non è azzardato fare riferimento alla natura sanzionatoria della confisca di prevenzione, al pari della confisca per equivalente.

Non convince neanche la tesi che riconduce le misure di prevenzione a un *tertium genus* tra sanzione penale e provvedimento di prevenzione, equiparato a una sanzione amministrativa che produce gli effetti della misura di sicurezza prescritta dall'articolo 240 c.p.. Questa posizione è stata elaborata dalla Corte di Cassazione²⁷⁵ per poter applicare la misura di prevenzione patrimoniale anche nel caso di morte del proposto nel corso del procedimento, nonostante il principio di accessorietà tra misure personali e patrimoniali. Con ciò si poteva proseguire il procedimento ai fini di adottare la misura atipica della confisca dei beni <<*al fine di sottrarre definitivamente i beni di provenienza illecita dal circuito economico di origine e inserirli in altro esente da condizionamenti criminali*²⁷⁶>>. Questo espediente è stato vanificato dalla riforma del 2008 (L. n. 125/08) che, al

²⁷² Cfr., V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in www.penalecontemporaneo.it, n. 3-4 del 2012, p. 43 e ss.

²⁷³ Corte di Cassa., sent. n. 14044/13

²⁷⁴ Cfr., A. M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013.

²⁷⁵ Corte di Cass, S. U., sent. n. 18/96.

²⁷⁶ Cfr., F. MENDITTO, *La confisca di prevenzione nei confronti del morto. Un no liquet della Corte Costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate, Commento a Corte Cost., 9 febbraio 2012*, n. 21, in www.penalecontemporaneo.it, marzo 2012.

principio di accessorietà dell'applicazione delle misure personale e patrimoniali, ha sostituito il principio di applicazione disgiunta per le misure patrimoniali: oggi è possibile applicare la confisca sia in caso di morte del proposto nel corso del procedimento sia in presenza di persona pericolosa. Ciò che viene ad essere valutato, ai fini dell'applicazione di una misura patrimoniale, è la pericolosità del bene che deve essere sottratto dalla disponibilità del titolare, ma soprattutto dal mercato.

E' proprio questo passaggio che ha fatto nascere il dibattito sulla compatibilità o meno delle misure patrimoniali con la Costituzione, dibattito a cui ha dato risposta anche la Corte europea dei diritti dell'uomo statuendo la compatibilità di tali misure proprio per la loro funzione preventiva e non sanzionatoria. Secondo la Corte Edu la misura patrimoniale <<è finalizzata a impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui provenienza legittima non è stata dimostrata²⁷⁷>>. E ancora <<*i profitti smisurati che le associazioni di tipo mafioso traggono dalle loro attività illecite conferiscono loro un potere la cui esistenza mette in discussione il primato del diritto nello Stato. Così, i mezzi impiegati per combattere tale potere economico, in particolare la confisca in questione, possono risultare indispensabili ai fini di una lotta efficace contro le predette associazioni*²⁷⁸>>.

Tale orientamento è stato recepito sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte di Cassazione la quale, in numerose sentenze²⁷⁹, ribadisce l'autonomia dell'applicazione disgiunta delle misure di prevenzione, ma richiede l'accertamento incidentale dei presupposti della misura personale²⁸⁰. Quindi, se la persona non è pericolosa o non era pericolosa al momento dell'acquisizione dei beni non può applicarsi la misura di prevenzione patrimoniale perché manca il collegamento con la provenienza illecita dei beni, che discende dalla pericolosità della persona. Pur vigendo il principio di applicazione disgiunta delle misure personali e patrimoniali non si può prescindere dai requisiti richiesti per l'applicazione delle misure personali e, soprattutto, dal loro collegamento con l'illecita provenienza dei beni. La discrasia temporale tra pericolosità esistente e accertata e la sua attualità può, in alcuni casi, impedire l'applicazione di misure personali, ma non certamente di quelle patrimoniali²⁸¹. E' pur vero che tra la sussistenza dei requisiti richiesti per l'applicazione della

²⁷⁷ Corte Edu, sent. 5.7.01 sul caso Arcuri.

²⁷⁸ Corte edu, sent. 22.2.94, sul caso Raimondo e dec. di irricevibilità sul caso Arcuri.

²⁷⁹ Corte di Cass., sent. nn. 5361/11; 18327/11; 484/12.

²⁸⁰ Corte di Cass., sent nn. 3809/13; 24272/13; 39204/13.

²⁸¹ Cfr., F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, la confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*, cit., p. 359- 360.

misura personale e quella patrimoniale non deve trascorrere un lasso di tempo tale da far venir meno la correlazione tra la condizione soggettiva dell'indiziato di appartenere a associazioni mafiose e la presunzione di illecita accumulazione di beni, altrimenti i due requisiti non sarebbero più concorrenti, ma indipendenti l'uno dall'altro. Se non si facesse ciò vi sarebbe la trasformazione delle misure di prevenzione in sanzioni sicuramente incompatibili con il dettato della Costituzione e della Cedu.

Non si ha violazione delle tutele contenute nella Cedu purché venga assicurato il diritto di difesa delle persone citate in giudizio e l'accertamento incidentale della pericolosità del soggetto. Occorre fare corretta applicazione dei principi in tema di prova e di sufficienza indiziaria operanti in tema di misure di prevenzione. Altrimenti si renderebbe incompatibile l'istituto della confisca con i diritti racchiusi negli articoli 41 e 42 della Costituzione e l'articolo 1 Protocollo 1 Cedu, dal momento che il presupposto per applicare la confisca era un mero dato indiziario, costituito dalla sproporzione tra valore dei beni e redditi o attività economica, in presenza non di condanna, ma di mera pericolosità basata su indizi e giudizi probabilistici che "minano la garanzia giurisdizionale effettiva" richiesta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁸².

Con l'introduzione del principio di applicazione disgiunta e conformemente alla natura preventiva della confisca occorre la necessaria correlazione temporale tra gli indizi di carattere personale sull'appartenenza del soggetto a un'associazione di tipo mafioso e l'acquisto di beni, dovendo verificare se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto successivamente o contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso.

<<sono soggetti a confisca i beni acquistati dal proposto, direttamente o indirettamente, in epoca antecedente a quella cui si riferisce l'accertamento della pericolosità, purché risulti la sproporzione rispetto al reddito ovvero la prova della loro illecita provenienza a qualsivoglia tipologia di reato>>.

I dubbi di compatibilità con la Costituzione e con la Cedu vengono superati potendo il proposto fornire la prova della legittima provenienza dei beni. <<*il sistema resta affidato alla dinamica di una presunzione, temperata, nondimeno, della facoltà della controprova*>>. La Convenzione non si oppone, in vai di principio, alle presunzioni, di fatto o di diritto, essendo assicurata una garanzia

²⁸² Come ha affermato più volte la Corte edu le presunzioni sono consentite nella materia patrimoniale, non possono trovare ingresso quando viene in rilievo la libertà della persona. Va, perciò, contrastato il quasi costante orientamento della giurisprudenza di legittimità quando tende a affermare presunzioni, in particolar modo con riferimento all'attualità della pericolosità sociale dell'indiziato di mafia.

giurisdizionale effettiva²⁸³ con “un margine di discrezionalità” che spetta agli Stati quando disciplinano “l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale²⁸⁴”. La diversa qualificazione della confisca, analizzata sulle nozioni indicate negli articoli 6 e 7 della Convenzione²⁸⁵, è valutata dalla Corte edue che individua le caratteristiche sostanziali dell’istituto attraverso i criteri della natura dell’infrazione, della natura e della sanzione e della concreta gravità della stessa²⁸⁶.

9. LA CONFISCA TRA ESIGENZE DI SICUREZZA PUBBLICA E QUESTIONI CONTROVERSE

Il legislatore, specie negli ultimi anni, ha ritenuto che le misure di prevenzione rappresentassero una forma di tutela particolarmente efficace delle esigenze di sicurezza della società civile, prescindendo dallo specifico fatto di reato e consentendo una distribuzione dell’onere probatorio in termini favorevoli all’accusa. Spesso sono stati sollevati, dinanzi alla Consulta, dubbi circa la legittimità costituzionale delle misure patrimoniali, ma la Corte Costituzionale ha riconosciuto la finalità preventiva delle misure patrimoniali rendendole compatibili con i dettati normativi nazionali e internazionali. Si è affermata la piena compatibilità di tali misure con gli articoli 3 e 13 della Costituzione argomentando sul fatto che l’autorità giudiziaria, nell’applicare una misura patrimoniale, non può agire arbitrariamente, ma sulla base di fatti quali la condotta di vita abituale e il tenere di vita della persona, che siano manifestazione di una proclività al delitto e siano stati

²⁸³ La Corte europea richiama, per il procedimento di prevenzione personale e/o patrimoniale, l’articolo 6 della Convenzione, sottolineando che lo stesso si applica alle procedure di applicazione delle misure di prevenzione nella sua parte civile, tenuto conto del loro oggetto patrimoniale, Corte eur. dir. uomo, 6 luglio 2011, Pozzi c. Italia. In particolare la Corte verifica: che il ricorrente sia stato rappresentato da un avvocato di fiducia, abbia partecipato alla procedura, abbia avuto la possibilità di presentare memorie e i mezzi di prova da lui ritenuti necessari per tutelare i suoi interessi; che la procedura si svolga in contraddittorio dinanzi a tre organi di giudizio successivi e che i giudici italiani si basino non su semplici sospetti, ma devono accertare e valutare oggettivamente i fatti esposti dalle parti.

²⁸⁴ Corte eur. dir. uomo, 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia.

²⁸⁵ La tutela offerta dall’articolo 7 della Convenzione deve andare oltre le apparenze e valutare se una misura costituisce una “pena” ai sensi di tale norma, ossia se emessa a seguito di sentenza di condanna, valutando la natura e lo scopo della misura, la sua qualificazione in diritto interno, i procedimenti connessi alla sua adozione ed esecuzione, nonché la sua severità. Ad avviso della Corte la pena non è incompatibile con lo scopo preventivo della confisca perché <<non può escludersi che una legge che conferisce ai tribunali i poteri di confisca così ampi persegua lo scopo di punire il delinquente. Infatti, gli scopi di prevenzione e riparazione si conciliano con quello repressivo e possono essere considerati elementi costitutivi della stessa nozione di pena>>, Cfr., Corte eur. dir. uomo, 30 agosto 2007, Sud Fondi e altri c. Italia.

²⁸⁶ Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi; Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito.

accertati in modo da escludere giudizi puramente soggettivi e incontrollabili. In riferimento alla compatibilità con la Cedu si è discusso sull'applicabilità dell'articolo 6, comma 1, della Convenzione in materia di "equo processo civile"²⁸⁷, dal momento che l'applicazione di misure preventive patrimoniali può determinare una limitazione del diritto di proprietà. La procedura delle misure è stata valutata positivamente, in quanto assicura il contraddittorio dinanzi ai tre gradi di giudizio, rispettando le garanzie del dibattimento previste dall'articolo 6, comma 1, Cedu²⁸⁸ e negativamente sotto il profilo della pubblicità delle udienze "contro una giustizia segreta che sfugge al controllo pubblico"²⁸⁹. Si riconosce l'esigenza di un controllo del pubblico quale condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti degli interessati e la censura del procedimento camerale²⁹⁰. *<<E' essenziale che le persone soggette alla giurisdizione, coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione, si vedano per lo meno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza dinanzi alle camere specializzate dei Tribunali e delle Corti di Appello²⁹¹>>*. A parere della giurisprudenza di legittimità il rito camerale non si pone in contrasto con l'articolo 6, comma 1, Cedu non determinando, quindi, l'invalidità del procedimento. Come ha affermato la Cassazione *<<E' vero che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, ma è anche vero che tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto si applicabile (cioè atti comunitari, atti nazionali di attuazione de normative comunitarie), con esclusione, pertanto, della materia delle misure di prevenzione²⁹²>>*. La Consulta, sulla scia delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, e assumendo come parametro l'articolo 117, comma 1, della Costituzione ha statuito l'illegittimità degli articoli 4 L. n. 1423/56 e 2 ter L. n. 575/65, nella parte in cui non prevedevano che, su istanza dell'interessato, il procedimento di applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali potesse svolgersi in Tribunale e in Corte di Appello nelle forme dell'udienza pubblica.

²⁸⁷ Corte eur. dir. uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia § 26-30 in cui, afferma la Corte, "il riconoscimento della finalità preventiva e non punitiva della confisca ha invece portato i giudici di Strasburgo ad escludere l'applicabilità al procedimento preventivo della garanzia individuale della presunzione di innocenza e dei principi dell'equo processo penale, previsti dall'articolo 6.2 e 6.3 Cedu. Cfr. Corte eur. dir. uomo, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 5 luglio 2001, Arcuri e tre altri c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 4 settembre 2001, Riela e altri c. Italia.

²⁸⁸ Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2003, Yildirim c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 20 giugno 2002, Andersson c. Italia; Corte eur. dir. uomo, Arcuri; Corte eur. dir. uomo, Riela.

²⁸⁹ Corte eur. dir. uomo, Bocellari.

²⁹⁰ Corte eur. dir. uomo, Bocellari; Corte eur. dir. uomo, 8 luglio 2008, Perre e altri c. Italia.

²⁹¹ Corte eur. dir. uomo, Bocellari.

²⁹² Cass., 13 febbraio 2008, n. 8990.

La riforma del 2008, al principio di accessorietà ha sostituito quello di applicazione disgiunta della misura patrimoniale; anche sulla scia della giurisprudenza della Corte di Cassazione vi è una tendenza a rendere autonoma la misura patrimoniale da quella personale con una ricorrente affermazione di una pericolosità in sé dei beni che dovrebbero essere eliminati dal circuito legale attraverso il sequestro e la confisca di prevenzione. Questa tesi, motivata dalla necessità di giustificare l'operatività di tali misure per un'efficace azione di contrasto alle organizzazioni criminali, propongono una natura sanzionatoria dell'istituto che rischia di porsi in contrasto con la Costituzione facendo derivare una sanzione patrimoniale non dall'accertamento della commissione di un fatto (come la confisca penale derivante da condanna o la confisca amministrativa derivante dall'accertamento di un illecito amministrativo), ma dall'accertamento di soli presupposti patrimoniali. Queste posizioni si pongono in contrasto con la Corte edu²⁹³ proprio per la loro natura preventiva e non sanzionatoria. Degli eventuali rischi di incompatibilità della confisca con la Cedu sembra essere consapevole anche la più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui *<<il principio dell'autonomia della misura patrimoniale di prevenzione rispetto a quella personale..., pur mantenendo l'ovvio collegamento tra la cautela patrimoniale e la pericolosità e, una volta accertata, l'attenzione si sposta sulla pericolosità dei beni utilizzabili dalla criminalità economica di matrice mafiosa... una volta accertati i presupposti di pericolosità qualificata del soggetto e di indimostrata legittima provenienza dei beni a lui riconducibili, l'applicazione della confisca diviene comunque obbligatoria, ancorché tale risultato sia conseguibile solo all'esito definitivo della prevista procedura, senza che alcun effetto risolutivo possa ricollegarsi al venir meno del prevenuto ovvero della sua pericolosità²⁹⁴>>*.

La Corte europea ha fatto rientrare nella nozione di materia penale la misura di sicurezza detentiva tedesca, la *Sicherungsverwahrung* (§66 SIGB). La Corte ha fatto rientrare nella nozione di materia penale anche la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite, prevista dall'ordinamento italiano, art. 44, comma 2, d.p.r. n. 380/01 testo unico dell'edilizia, non consentendone l'applicazione in mancanza di colpevolezza e, in caso di estinzione per prescrizione, in mancanza di condanna²⁹⁵. Si tratta di una forma di confisca che assuma una chiara connotazione afflittiva, non consentendo di dedurre dalle relative pronunce valide considerazioni sulla natura della confisca dei profitti. La Corte Edu ha sempre negato la natura sanzionatoria della forma di

²⁹³ Secondo i giudici di Strasburgo la misura di prevenzione patrimoniale è “finalizzata ad impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui provenienza legittima non è stata dimostrata” (sent. 5 luglio 2001, caso Arcuri).

²⁹⁴ Cass. sent. 6977/11.

²⁹⁵ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 29 ottobre 2013, Preso Joeiene, Varava c. Italia.

confisca in esame e quindi l'applicabilità *ratione materiae* dell'art. 7 CEDU, principio di irretroattività, ma fondandosi sul riconoscimento della loro natura preventiva basata sul giudizio di pericolosità sociale; una misura preventiva non è destinata a reprimere un'infrazione, ma si commina sulla base di indici che denotano la propensione a delinquere. La Corte ha affermato che *<<la confisca dei beni in base all'art. 2 ter della legge 1965 è volta ad evitare l'uso non autorizzato e socialmente pericoloso di beni la cui provenienza legittima non è stata dimostrata. Si ritiene, quindi, che tale ingerenza risponde a un interesse generale^{296>>}*. Venendo meno tale presupposto, della pericolosità sociale, si dovrebbe verificare se la Corte edue confermi tale giudizio.

Una delle tematiche sempre più in evidenza, oggetto del rapporto tra giudice interno e Corte europea dei diritti dell'uomo, è quella della confisca urbanistica disposta dal giudice penale a seguito dell'accertamento del reato di lottizzazione abusiva. Sul tema, nel corso degli anni, si è avuta un'evoluzione giurisprudenziale dovuta al ruolo sempre più penetrante che la Convenzione Edu ha avuto nei singoli ordinamenti interni, soprattutto a seguito della comunitarizzazione avvenuta con il Trattato di Maastricht che impone la disapplicazione della norma interna in contrasto con quella Cedu, così come avviene con i precetti comunitari. La Corte di Cassazione si è occupata spesso del rapporto tra diritto interno e diritto comunitario e degli orientamenti giurisprudenziali italiani e europei in tema di confisca urbanistica a seguito del reato di lottizzazione abusiva prevista dall'articolo 44, comma 2²⁹⁷, del d.p.r., 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative regolamentari in materia edilizia). Secondo recenti orientamenti il giudice penale, accetta la lottizzazione abusiva, deve disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite a prescindere da un giudizio di responsabilità ed anche in riferimento a terzi estranei ai fatti. Ciò ha spinto le Corti a dover garantire un equilibrio tra il potere ablatorio di natura pubblicistica della confisca e le esigenze di tutela dei terzi alla luce della tutela dei diritti fondamentali. Sul tema si è pronunciata anche la Corte costituzionale, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 19 della legge 47/85 per asserita incertezza interpretativa²⁹⁸. La stessa Corte, qualche anno dopo, ha assicurato il rispetto delle norme Cedu non sminuendo, però, il ruolo di legge fondamentale della Costituzione anche in riferimento ai

²⁹⁶ Corte eur. dir. uomo, 26 luglio 2011, Paleari c. Italia, ric. n. 55772/08 §28; 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia, tic. n. 24920/07 §32-37.

²⁹⁷ Già articolo 19, comma 2, della Legge 28 febbraio 1985, n. 47.

²⁹⁸ Corte cost., 20 maggio 1998, n. 187/o.

problemi di interpretazione delle fonti e dei rapporti tra ordinamenti²⁹⁹. Questo perché le norme Cedu non hanno natura programmatica, ossia non richiedono un atto di recepimento delle stesse nel nostro ordinamento, ma sono direttamente applicabili in virtù del nuovo articolo 117 della Costituzione e non dell'articolo 10 Costituzione; inoltre, in caso di contrasto tra norme bisogna sollevare questione di legittimità costituzionale.

10. LA CONFISCA NEL PANORAMA GIURIDICO INTERNAZIONALE

Nei rapporti tra ordinamenti internazionali è difficile creare dei meccanismi di riconoscimento delle misure di prevenzione, difficoltà dovuta prettamente all'assenza di una condanna penale. Il dilagare del fenomeno della criminalità organizzata ha fatto avvertire sempre di più l'esigenza, nell'ordinamento europeo e internazionale, di dotarsi di un sistema di misure di prevenzione patrimoniali, o anche di dare maggiore impulso alla confisca allargata, ma soprattutto di creare un maggior dialogo e un più vasto campo di azione tra gli Stati nei confronti di provvedimenti emessi dai rispettivi organi nazionali. L'intento comune è sicuramente quello di aggredire la *res*, i patrimoni e i profitti derivanti da reati considerati pericolosi in sé, anche a costo di sacrificare il diritto fondamentale della proprietà, sempre nel rispetto dei diversi strumenti messi in campo da singoli Stati. Questo tipo di cooperazione permetterebbe di poter eseguire i diversi provvedimenti emessi nei singoli Stati anche a livello internazionale e transazione alla luce del mercato sempre più aperto e concorrenziale. La Comunità internazionale ha avvertito la necessità di cooperare al fine di eliminare dal circuito economico i proventi di attività criminali, di riciclaggio e di narcotraffico. Negli anni '80 gli strumenti adoperati per contrastare le attività criminali si basavano sul congelare e sottrarre i beni; l'Assemblea straordinaria generale dell'ONU intuì che <<i>proventi che nutrivano la criminalità, derivanti dal traffico di sostanze stupefacenti, consentivano ai sodalizi criminosi di entrare nel tessuto connettivo degli Stati inquinando l'intero sistema³⁰⁰>>. In un primo momento si individuò quale strumento utile la confisca, anche se non era perfettamente confacente con lo scopo concepito, esigendo una più incisiva strumentalità verso il raggiungimento degli obiettivi. Le Nazioni Unite nel 1988 adottarono a Vienna una Convenzione contro il traffico illecito di sostanze

²⁹⁹ Corte cost., sent. n. 348 del 2007, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'articolo 5 bis, L. 3597/92 e commi 1 e 2 del Testo unico sull'espropriazione; sentenza n. 349 del 2007, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 7 bis dell'articolo 5 bis della Legge n. 359/92.

³⁰⁰ Cfr. F. VERGINE, *Confisca*, in *Archivio penale*, 2013 n. 3, p. 2.

stupefacenti e di sostanze psicotrope, in base alla quale gli Stati dovevano prevedere nei rispettivi ordinamenti nuove fattispecie di reati per punire il riciclaggio dei proventi derivanti dal traffico di stupefacenti. La confisca, in questo caso, si effettuava non solo sui beni derivanti dal reato, ma anche sui beni il cui valore corrispondeva a quello dei proventi di reato. E' dalla Convenzione di Vienna che gli Stati si sono adoperati per introdurre nei loro ordinamenti giuridici figure diverse di confisca in cui non occorre la verifica di un nesso tra ricchezza e delitto presupposto; è proprio con la Convenzione che si inizia a confiscare non solo le sostanze psicotrope, gli strumenti di reato e i profitti illeciti, ma anche di somme di denaro o di beni di valore equivalente. Nel 1990 l'*UN model bilateral Mutual assistance*, insieme al Protocollo opzionale adottato dall'ottavo congresso dell'ONU sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei criminali tenutosi a Cuba nel 1990, ha puntato l'attenzione sulla ricerca, sul sequestro e sulla confisca dei proventi illeciti.

Gli ordinamenti internazionali, a differenza dell'Italia, contrastano i patrimoni illecitamente accumulati con l'istituto della confisca penale, applicato all'esito di un procedimento in cui si accerta la commissione del reato e, in caso di esito positivo, si irroga la pena. E' solo la condanna e la conseguente pena della confisca che consente di colpire i beni di valore sproporzionato e ingiustificato rispetto al reddito del condannato³⁰¹. I Paesi anglosassoni prevedono un *actio in rem* prevedendo dei meccanismi probatori più vicini al diritto civile che a quello penale, svincolati dall'accertamento della responsabilità penale. Nel Regno Unito la confisca si applica a seguito della condanna, mentre negli Stati Uniti si segue lo schema del *civil forfeiture*, se l'accusa pone in essere una *probable cause* (ossia una base ragionevole per ritenere probabile che il bene sia stato acquistato con proventi illeciti attraverso elementi che a *prima facie* non sembrano prove, ma che sono un qualcosa in più del sospetto), l'onere probatorio dell'estraneità dei beni dalla condotta delittuosa spetta alla difesa. E' sufficiente che l'accusa dimostri, anche con elementi che non sono prove *prima facie*, ma che siano più di un semplice sospetto, una *probable cause* che i beni siano stati acquistati con proventi illegali. A carico della difesa è la dimostrazione che i beni non sono frutto di attività criminale o la non consapevolezza di ciò da parte del proprietario. Oggetto del procedimento non è la responsabilità della persona e la confisca del bene avviene utilizzando la regola civilistica della *preponderance of evidence*, secondo cui a prevalere è la parte che può supportare la propria tesi con un grado di verosimiglianza superiore all'attendibilità dell'ipotesi contraria. La confisca del bene avviene non sulla base della responsabilità della persona, ma secondo la regola della *preponderance of evidence*, in cui prevale la parte che può supportare la

³⁰¹ Cfr., A.M. MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine. Reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione. Atti del convegno Catania, 19-20 gennaio 2007.*

propria tesi con un grado di verosimiglianza superiore all'attendibilità dell'ipotesi contraria. Come si può notare, lo scopo che ha ispirato il legislatore italiano nel predisporre le misure di prevenzione patrimoniali, all'interno di un procedimento penale e non civile, non è tanto quello di sanzionare la persona, quanto di aggredire i patrimoni illecitamente accumulati, sottraendoli dalla disponibilità della persona, facendoli acquisire al patrimonio dello Stato e evitare l'accentuarsi della pericolosità della persona attraverso l'uso di quei beni.

Nel panorama giuridico internazionale le misure di prevenzione <<*rappresentano un unicum perché tendono a colpire il patrimonio della persona pericolosa indipendentemente dall'accertamento di un commesso reato*³⁰²>>. Altri ordinamenti combattono la criminalità organizzata applicando la misura della confisca penale, intesa quindi come sanzione preceduta dall'accertamento della commissione di reati. Infatti, solo da un giudizio di condanna può scaturire l'applicazione della confisca del patrimonio illecito, <<*nella misura della confisca allargata che, allontanandosi dalla tradizionale forma di confisca delle cose che costituiscono prezzo o provento del reato per il quale si procede, consentono di colpire tutti i beni di valore sproporzionato e ingiustificato rispetto al reddito del condannato*³⁰³>>. Anche in altri Paesi, come in Italia, si è avvertita l'esigenza di introdurre misure non soggette all'accertamento della responsabilità penale, dal momento che nei rispettivi ordinamenti non sono previsti sistemi simili alle "nostre" misure di prevenzione. In Svizzera le misure patrimoniali sono applicate anche quando la persona non è punibile, quando l'autore non può essere identificato, è deceduto e/o non si trova più sul territorio elvetico. Il dato indispensabile è che ci siano i requisiti soggettivi e oggettivi e il legame tra la persona e la cosa da confiscare. La confisca non costituisce una sanzione *ad personam*, ma una misura *in rem*, con carattere repressivo che tende a impedire all'autore di beneficiare del prodotto dell'infrazione. Difficile disporre il sequestro o la confisca dei beni in Stati diversi dal nostro, sempre che non esista un accordo bilaterale- come nel caso tra Italia e Regno Unito in materia di traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope e di sequestro e confisca dei proventi- ove si prevede l'eseguibilità anche dei decreti applicativi di misure di prevenzione patrimoniali. La differenza con il sistema italiano è evidente: il nostro sistema prevede, come misura per aggredire i patrimoni illeciti, oltre la confisca allargata da applicarsi nel processo penale, la confisca di prevenzione da applicarsi in un procedimento "semplificato" a prescindere da un giudizio di condanna. Questo perché lo scopo

³⁰² Cfr., F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art.12- sexies l. n. 356/92*, cit., pp. 291 e ss.

³⁰³ Cfr., A. M. MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine. Reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, 2008.

delle misure di prevenzione patrimoniali non consiste nel punire la persona, ma la cosa, ossia far acquisire in favore dello Stato beni di provenienza illecita appartenenti a persone indiziate di gravi delitti e evitare la commissione di altri attraverso l'uso di quegli stessi beni. A differenza dei sistemi su indicati, in Italia la confisca attiene al settore del diritto penale e non civile, allo scopo di poter riutilizzare i beni confiscati a vantaggio della collettività.

Le misure di prevenzione patrimoniali sono diventate strumento di lotta alla criminalità organizzata per la loro applicazione agli indiziati di mafia, i cui beni vengono in un primo momento sequestrati e, all'esito del contraddittorio, confiscati. Tale confisca, però, non costituisce una sanzione penale in quanto non viene applicata in seguito all'accertamento di un reato, ma per il fatto che essa è espressione della pericolosità del soggetto e per il fatto che deriva da un'attività illecita. Tale misura, quindi, incide sul diritto di proprietà e sul diritto di impresa. La normativa delle misure di prevenzione patrimoniali deve relazionarsi e armonizzarsi con la legislazione penale antimafia, con l'ordinamento giuridico e con la giurisprudenza interni, ma anche e soprattutto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza sovranazionale. Al fine di coordinare il diverso materiale normativo³⁰⁴ nel 2011 con il d. lgs. n. 159 si è dato vita al codice antimafia, al fine di raccogliere in un unico testo le misure di prevenzione personali e patrimoniali.

³⁰⁴ Le misure di carattere preventivo sono previste da numerose legislazioni pre e post unitarie: il Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS) del 1926; Misure di carattere speciale r.d.l. n. 1404/34, convertito dalla legge n. 835/35. Sul piano giurisprudenziale: sentenza della Corte Costituzionale n. 2 del 1956 che fissa i principi per l'applicabilità di tali misure, ossia 1) la necessità che i provvedimenti siano basati su fatti e non su sospetti; 2) l'obbligo di motivazione; 3) l'operatività del diritto di difesa. Legge n. 575/65 (L. Antimafia) che prevede che le misure possano essere applicate anche a persone indiziate di appartenere a associazioni mafiose; Legge reale n. 152/75 che introduce una nuova misura patrimoniale ossia la sospensione dell'amministrazione dei beni. E ancora, Legge Rognoni La Torre n. 646/82 che introduce il sequestro e la confisca, misure che sottraggono in modo provvisorio, la prima e in modo definitivo, la seconda i beni illecitamente acquisiti dai soggetti destinatari di tali misure. Dagli anni '80 al 2010 si registrano numerosi interventi legislativi volti a migliorare e adeguare le misure di prevenzione personali e patrimoniali in relazione al fenomeno della criminalità, ad esempio: l. n. 327/88 che disciplina il giudizio di accertamento della pericolosità; l. n. 55/90 che limita l'applicabilità delle misure di prevenzione ad alcune persone pericolose; l. 203/91 misure aggravanti per i delitti con finalità o modalità mafiosa; l. 10/92 istituisce la Procura nazionale antimafia (PNA) e le Procure distrettuali antimafia (PDA); l. 356/92 sospensione dall'amministrazione dei beni, introduzione articolo 12 sexies; l. 109/96 prevede il riutilizzo ai fini sociali dei beni confiscati con l'obiettivo non solo di espropriarli alle organizzazioni criminali, ma di restituirli alla collettività cui sono stati illegalmente sottratti; l. 125/08 prevede l'applicabilità delle misure patrimoniali indipendentemente dall'applicazione di quelle personali; l. 50/10 istituisce l'Agenzia nazionale per i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

11. NATURA GIURIDICA DELLA CONFISCA E APPLICAZIONE DISGIUNTA: LE INTERPRETAZIONI PROPOSTE

Circa la natura giuridica della confisca in dottrina si registrano almeno tre orientamenti differenti tra loro. C'è chi ritiene che essa abbia natura sanzionatoria³⁰⁵; chi ritiene che abbia natura preventiva a maggior ragione dopo la consacrazione del principio di applicazione disgiunta³⁰⁶ e chi, prescindendo da formule definitorie dell'istituto in esame, richiede un più rigoroso accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare³⁰⁷. Secondo quest'ultimo orientamento, la ragione giustificatrice dell'istituto della confisca non è la pretesa punitiva *tout court* di comportamenti di cui il soggetto non riesce a dare prova, ma di sottrarre alla criminalità organizzata la ricchezza illecita per non inquinare il mercato e l'economia lecita. Come afferma parte della dottrina <<in mancanza di una condanna e di una valutazione di proporzionalità della sanzione ai parametri di commisurazione della pena, a partire dalla colpevolezza, si può allora giustificare in uno Stato di diritto, la sottrazione di profitti solo in quanto e nella misura in cui se ne accerti l'origine criminale, prevalendo la funzione di riequilibrio economica/compensatoria su quella punitiva, altrimenti la misura draconiana, di cui parla la sentenza Occhipinti, diventa una pena patrimoniale sproporzionata>>. <<In mancanza di una condanna e, addirittura, anche in mancanza di un perdurante giudizio di pericolosità sociale, si conferma, allora, ad avviso di chi scrive, la necessità di un più rigoroso accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare, perché solo la prova indiziaria dell'origine illecita ex art. 192 c.p.p. può giustificare in uno Stato di diritto la confisca di beni, ed impedire che la confisca antimafia rappresenti una mera pena del sospetto, di reati che non si riescono a provare o ancora peggio di indeterminate forme di contiguità criminale, non tipizzate dal legislatore>>.

- Gli effetti della natura preventiva:

a) inapplicabilità del principio di irretroattività

Dalla natura preventiva della confisca segue il principio irretroattività; la legge da applicare al caso di specie deve essere in vigore al momento dell'adozione della misura. Ciò proprio per la natura dell'istituto della confisca che ha lo scopo di eliminare dal mercato il bene di provenienza illecita. E' proprio la pericolosità del bene acquistato illecitamente, e quindi la sua perenne illiceità, che

³⁰⁵ Cfr., V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte e altre ancora aperte*, in www.penalecontemporaneo.it, nn. 3-4, 2012.

³⁰⁶ Cfr., F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*, cit., 282 ss., 358 ss.

³⁰⁷ Cfr., A. M. MAUGERI, *Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività, la necessità della correlazione temporale*, in *diritto penale contemporaneo*.

imporre l'applicazione della legge in vigore al momento in cui si interviene con la confisca e l'ablazione dei beni allo Stato, sottraendoli dal mercato.

b) la necessaria correlazione temporale tra pericolosità della persona e acquisto del bene

Sull'istituto della confisca sono state elaborate diverse teorie, quelle che la intendono come sanzione o come *tertium genus* individuando degli aspetti importanti della questione, ma commettono un errore di metodo. E' la natura dell'istituto che influenza la scelta tra diverse opzioni interpretative derivanti dalla ratio della confisca e non viceversa. L'orientamento in base al quale la confisca rientra tra il *tertium genus* non può essere condivisa dal momento che i sostenitori fondavano questa scelta interpretativa sulla giustificazione del principio di applicazione disgiunta della confisca quando operava il principio di accessorialità tra misura personale e patrimoniale. Necessità venuta meno nel 2008. Inoltre, questa prospettiva rendeva incompatibile l'istituto della confisca con i diritti racchiusi negli articoli 41 e 42 della Costituzione e l'articolo 1 Protocollo 1 Cedu, dal momento che il presupposto per applicare la confisca è un dato indiziario, costituito dalla sproporzione tra valore dei beni e redditi o attività economica, in presenza non di condanna, ma di mera pericolosità basata su indizi e giudizi probabilistici che "minano la garanzia giurisdizionale effettiva" richiesta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³⁰⁸.

Con l'introduzione del principio di applicazione disgiunta e conformemente alla natura preventiva della confisca occorre la necessaria correlazione temporale tra gli indizi di carattere personale sull'appartenenza del soggetto a un'associazione di tipo mafioso e l'acquisto di beni, dovendo verificare se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto successivamente o contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso.

"sono soggetti a confisca i beni acquistati dal proposto, direttamente o indirettamente, in epoca antecedente a quella cui si riferisce l'accertamento della pericolosità, purché risulti la sproporzione rispetto al reddito ovvero la prova della loro illecita provenienza a qualsivoglia tipologia di reato". I dubbi di compatibilità con la Costituzione e con la Cedu vengono superati potendo il proposto fornire la prova della legittima provenienza dei beni. "il sistema resta affidato alla dinamica di una presunzione, temperata, nondimeno, della facoltà della controprova". La Convenzione non si oppone, in via di principio, alle presunzioni, di fatto o di diritto, essendo assicurata una garanzia

³⁰⁸ Come ha affermato più volte la Corte edu le presunzioni sono consentite nella materia patrimoniale, non possono trovare ingresso quando viene in rilievo la libertà della persona. Va, perciò, contrastato il quasi costante orientamento della giurisprudenza di legittimità quando tende a affermare presunzioni, in particolar modo con riferimento all'attualità della pericolosità sociale dell'indiziato di mafia.

giurisdizionale effettiva³⁰⁹ con “un margine di discrezionalità” che spetta agli Stati quando disciplinano “l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale³¹⁰”. La diversa qualificazione della confisca, analizzata sulle nozioni indicate negli articoli 6 e 7 della Convenzione³¹¹, è valutata dalla Corte edue che individua le caratteristiche sostanziali dell’istituto attraverso i criteri della natura dell’infrazione, della natura e della sanzione e della concreta gravità della stessa³¹².

12. LA TUELA DEI TERZI NELLA DISCIPLINA ANTIMAFIA

Il quadro normativo delle misure patrimoniali riprende concetti tipici del diritto penale, sostanziale e processuale, del diritto civile o amministrativo non rendendo possibile definirlo in un unico settore disciplinare. Il legislatore, nel regolare l’istituto preventivo patrimoniale ha fatto spesso uso di nozioni indeterminate, generiche e a-tecniche aumentando l’incertezza semantica delle regole in materia creando “un intreccio tra discipline normative eterogenee che tagliano trasversalmente i diversi ambiti del diritto³¹³”. Necessario, quindi, è il ricorso all’attività dell’interprete che in situazioni come questa di vaghezza di contenuti è chiamato ad andare al di là del dato letterale normativo o addirittura della categorie giuridiche colmando le carenze del sistema per assicurare

³⁰⁹ La Corte europea richiama, per il procedimento di prevenzione personale e/o patrimoniale, l’articolo 6 della Convenzione, sottolineando che lo stesso si applica alle procedure di applicazione delle misure di prevenzione nella sua parte civile, tenuto conto del loro oggetto patrimoniale, Corte eur. dir. uomo, 6 luglio 2011, Pozzi c. Italia. In particolare la Corte verifica: che il ricorrente sia stato rappresentato da un avvocato di fiducia, abbia partecipato alla procedura, abbia avuto la possibilità di presentare memorie e i mezzi di prova da lui ritenuti necessari per tutelare i suoi interessi; che la procedura si svolga in contraddittorio dinanzi a tre organi di giudizio successivi e che i giudici italiani si basino non su semplici sospetti, ma devono accertare e valutare oggettivamente i fatti esposti dalle parti.

³¹⁰ Corte eur. dir. uomo, 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia.

³¹¹ La tutela offerta dall’articolo 7 della Convenzione deve andare oltre le apparenze e valutare se una misura costituisce una “pena” ai sensi di tale norma, ossia se emessa a seguito di sentenza di condanna, valutando la natura e lo scopo della misura, la sua qualificazione in diritto interno, i procedimenti connessi alla sua adozione ed esecuzione, nonché la sua severità. Ad avviso della Corte la pena non è incompatibile con lo scopo preventivo della confisca perché <<non può escludersi che una legge che conferisce ai tribunali i poteri di confisca così ampi persegua lo scopo di punire il delinquente. Infatti, gli scopi di prevenzione e riparazione si conciliano con quello repressivo e possono essere considerati elementi costitutivi della stessa nozione di pena>>, Cfr., Corte eur. dir. uomo, 30 agosto 2007, Sud Fondi e altri c. Italia.

³¹² Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi; Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito.

³¹³ Cfr., V. POMPEO, La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà, cit, p. 49.

l'effettività della tutela³¹⁴. Un esempio è dato proprio dal termine “disporre”: la norma statuisce la possibilità di aggredire i beni di cui il proposto può disporre, pur non essendone formalmente il titolare. Difatti, il termine “disporre” presente nell'art. 19 del Codice leggi antimafia prevede che le indagini patrimoniali vanno espletate anche nei confronti del coniuge, dei figli, dei conviventi nell'ultimo quinquennio, persone fisiche e giuridiche, società, consorzi e associazioni del cui patrimonio i soggetti possono disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente³¹⁵; nell'articolo 2 ter, comma 2, l. 575/65 (ora articolo 20, Codice leggi antimafia) nella parte in cui prevede che il Tribunale può ordinare il sequestro rispetto a beni “dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente”; articolo 2 ter, comma 3, l. 575/65 (ora art. 20 Codice leggi antimafia) il Tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona non possa giustificare la legittima provenienza e di cui la persona risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito. Al termine “disponibilità” si è attribuito il significato che consentisse l'ablazione dei beni soggetti al potere di destinazione, godimento e impiego da parte dell'indiziato, anche se formalmente appartenenti a terzi. Tale significato è stato attribuito dalla dottrina e dalla giurisprudenza per bilanciare le esigenze di tutela con quelle di garanzia. In dottrina c'è chi ha proposto di applicare al termine disponibilità le teorie sviluppate in ambito penalistico con riferimento alla distinzione tra reato di furto e di appropriazione indebita; in ambito civilistico in relazione all'istituto del possesso. Un primo orientamento adotta una nozione estesa di disponibilità, tanto da ricomprendere tutte le situazioni in cui il bene ricade nella sfera degli interessi economici del prevenuto, anche se lo stesso esercita il suo potere per il tramite di altri. La disponibilità coincide con la signoria di fatto sulla *res*, cioè dell'effettività del rapporto tra soggetto e cosa, comprendendo ipotesi di diritto di proprietà, di intestazioni fittizie ad un terzo fino alla posizione di soggezione del terzo titolare nei confronti del proposto, andando al di là delle categorie giuridiche tradizionali. Spetterà all'autorità giudiziaria dimostrare, sulla base di indagini rigorose e approfondite, la non coincidenza tra intestazione e disponibilità del bene.

³¹⁴ Cfr., G. SMORTO, *Alcune riflessioni di metodo sulla tutela dei terzi di buona fede in materia di sequestro e di confisca antimafia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 41 ss. in cui l'autore afferma che “Ciò che colpisce lo studioso che si accosta al tema, infatti, non è tanto il numero e la varietà degli argomenti cui si ricorre per giungere a una proposta di decisione... quanto il diverso grado di decisività attribuito da ciascun interprete ad ognuno di essi all'interno del processo interpretativo. Ciò dipende dall'assenza di schemi di motivazione e di argomentazione largamente condivisi, ... difficili da ottenere tra parti diverse dell'ordinamento.

³¹⁵ Prima della riforma del 2008 si riteneva che la disponibilità dei beni rientranti nella titolarità del coniuge, dei figli, dei conviventi del proposto doveva intendersi presunta in capo allo stesso senza effettuare ulteriori accertamenti, dal momento che tali soggetti rientravano nell'elenco dell'articolo 2 bis, comma 3, l. 575/65.

La nuova dimensione concettuale del termine “disponibilità” è stato avallato dalla giurisprudenza, la quale ha riconosciuto di non potersi unicamente fare limitato riferimento alla relazione naturalistica o di mero fatto col bene, ma lo ha esteso, al pari della nozione civilistica del possesso, a tutte quelle situazioni in cui il bene ricada nella sfera degli interessi economici del prevenuto, ancorché il medesimo eserciti il proprio potere su di esso per il tramite di altri.

Il diritto del terzo deve essere oggetto di prova del requisito soggettivo dell’incolpevole affidamento e della buona fede³¹⁶, ossia della mancata conoscenza, senza colpa, dell’appartenenza a associazioni mafiose del soggetto e del requisito oggettivo del collegamento funzionale, necessario o occasionale, dell’attività compiuta rispetto all’illiceità di impresa. L’importanza del requisito oggettivo è sottolineata sia dall’articolo 52, comma 3, Codice leggi antimafia che attribuisce quali le condizioni delle parti, i rapporti personali e patrimoniali tra le stesse, il tipo di attività svolta dal creditore, la sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale sia dalla giurisprudenza³¹⁷. Al terzo spetta la prova di essere in buona fede e in situazione di affidamento incolpevole, ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza, che rende scusabile l’ignoranza, l’errore e il difetto di diligenza. I diritti reali o personali di godimento rimangono effettivi fino a confisca definitiva, spettando al terzo un equo indennizzo commisurato alla durata del contratto o del diritto reale.

13. *LA CONFISCA ANTIMAFIA: NATURA PREVENTIVA O SANZIONATORIA*

Nello scenario giuridico italiano si è molto discusso, e in parte ancora si discute, sulla natura giuridica della confisca come misura di prevenzione patrimoniale. In dottrina e in giurisprudenza si è molto dibattuto se la confisca in esame dovesse rientrare tra le sanzioni penali o tra le misure amministrative; il dibattito è alimentato anche dalla spinta che si è avuta sia dall’Unione Europea sia dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo³¹⁸. In dottrina sono state elaborate diverse tesi sulla natura preventiva o sanzionatoria della confisca di prevenzione. In diverse

³¹⁶ Spetta alla pubblica accusa l’onere di dimostrare la disponibilità in capo all’indiziato dei beni intestati a terzi, sulla base di elementi di prova. Nel caso in cui i parenti riescano a superare la presunzione, provando di aver acquistato i beni - a titolo gratuito o oneroso- si procederà, tranne se in malafede, nei confronti di altri beni di valore equivalente rispetto a quelli acquistati sempre che gli stessi siano sproporzionati o di origine illecita e che nel patrimonio del proposto ci siano altri beni con queste caratteristiche.

³¹⁷ Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532.

³¹⁸ La Corte Edu, difatti, in numerose sentenze ha fissato regole e canoni applicativi, fissando i principi minimi di garanzia che il provvedimento ablativo deve rispettare.

occasioni, si è affermato la natura preventiva dell'istituto in esame, ponendo in risalto la funzione di neutralizzare la situazione di pericolosità <<derivante dal permanere della ricchezza nelle mani di chi la utilizza per produrre altra ricchezza e perpetuare l'attività delinquenziale³¹⁹>>. Altra parte della dottrina afferma la natura sanzionatoria o ibrida in considerazione degli effetti che provoca, parlando di sanzione amministrativa o penale. Sulla natura giuridica di tale misura la dottrina è ancora divisa. Un primo orientamento sostiene che la confisca debba essere considerata unicamente come misura di prevenzione a carattere patrimoniale, con la finalità di interrompere il legame tra il soggetto e il suo patrimonio essendo, quest'ultimo, causa di ulteriore pericolosità³²⁰. Secondo un altro orientamento il procedimento di prevenzione può essere classificato a doppio binario, sulla base della precedente normativa che prevedeva l'applicazione congiunta di misure personali e patrimoniali dove le prime rispondevano a esigenze preventive mentre le seconde a esigenze afflittive coincidendo, in questo modo, con delle vere e proprie sanzioni³²¹. Tale tesi, oggi, non può essere presa in considerazione per il fatto che è venuto meno il vincolo di applicazione congiunta tra le due misure e, difatti, un recente orientamento della Corte di Cassazione prevede che, venuto meno il legame tra le due misure, "il venir meno, per eventi successivi, dell'accertata pericolosità sociale del prevenuto, non ha influenza alcuna sulla confisca del patrimonio a lui riconducibile e ritenuto frutto o reimpiego delle sue attività illecite" inoltre <<la predetta misura, pur se applicata nell'ambito del procedimento di prevenzione, non ha natura di provvedimento di prevenzione, ma costituisce una sanzione amministrativa diretta a sottrarre in via definitiva i beni di provenienza illecita alla disponibilità dell'indiziato di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240, secondo comma, c.p.³²²>>. Parte della giurisprudenza³²³ sottolinea la funzione sanzionatoria della confisca di prevenzione mentre altra parte è divisa in due orientamenti: il primo richiede la presenza di una <<correlazione temporale tra gli indizi di carattere personale e l'acquisto, dovendosi verificare se i beni siano entrati nella disponibilità del proposto non già anteriormente, ma successivamente o almeno contestualmente al suo presunto inserimento nel sodalizio criminoso³²⁴>>; per il secondo

³¹⁹Cfr., G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto delle Discipline Penali*, vol. VIII, Torino, 1994, 123.

³²⁰ Ibem.

³²¹ A. GIALANELLA, Il punto su misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi: nuovi passi della lunga marcia verso un orizzonte di riforma, CD, n. 1-2, 2002.

³²² Cass. pen., sez. II, 14.03.2012, n. 21894 (rv. 252829).

³²³ Cass. pen., sez. I, 15.06.2005.

³²⁴ Cass. pen., sez. I, 04.07.2007, n. 33479.

non deve esserci una correlazione temporale, ma è sufficiente la presenza di <<un mero nesso di pertinenzialità tra i beni di cui non sia provata la legittima provenienza e soggetti portatori di pericolosità sociale, tale da includere i beni acquisiti dal proposto in epoca antecedente a quella a cui si riferisce l'accertamento dell'indizio della pericolosità, purché sia avviato un processo per l'applicazione della misura personale³²⁵>>. Sulla questione è intervenuta sia la dottrina³²⁶ che la giurisprudenza³²⁷ della Corte di Cassazione, entrambe, in un primo momento, concordi nel definire la confisca di prevenzione come misura atipica a carattere sanzionatorio, anche se successivamente l'oggetto della disputa non era soltanto il carattere o meno sanzionatorio della misura in questione, quanto evidenziare la diversità dei presupposti su cui si fondava ciascuna tesi. Se lo scopo preventivo era comune sia alle misure di prevenzione che alle sanzioni, ciò che deve essere indagato sono i presupposti riconosciuti dall'ordinamento per l'applicazione di una sanzione o di una misura di sicurezza.

La Suprema Corte ha ritenuto legittima la misura di prevenzione antimafia sui beni di soggetti genericamente pericolosi, creatori e fruitori di proventi di qualsiasi reato³²⁸. Non conviene con questa interpretazione la dottrina, secondo la quale la lettura data dalla Suprema Corte non concilia né con l'evoluzione storica del quadro normativo di riferimento né con la *ratio* delle riforme che hanno investito la materia della prevenzione. Secondo la dottrina, infatti, quanto affermato dalla Corte di Cassazione non può che valere per le misure personali previste dalla legge n. 575/65, dato che quelle patrimoniali sono entrate in vigore circa sette anni dopo con l'entrata in vigore della legge n. 646/82. La lettura data dalla dottrina maggioritaria sembra coerente anche con le riforme apportate nel 2008 e nel 2009, dal momento che le misure di prevenzione patrimoniali possono essere applicate a una cerchia ampia di persone con pericolosità "qualificata", e non più "semplice". Nel passaggio storico tra il 2008 e il Codice Antimafia, le misure si applicano "a coloro i quali, sulla

³²⁵ Cass. pen., sez. I, 29.05.2009, n. 34456.

³²⁶ Cfr., V. MAIELLO, <<Confisca, Cedu e diritto dell'Unione tra questioni irrisolte ed altre ancora aperte>>, in cui l'autore inserisce la confisca di prevenzione tra le sanzioni penali, con conseguente applicazione del principio di irretroattività. Su quest'ultimo punto di avviso contrario, D. PIVA, <<La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale>>, in www.penalecontemporaneo.it, secondo la quale alla misura di prevenzione in oggetto "non si applica il principio di irretroattività della legge penale sancito dall'articolo 25 della Costituzione, bensì l'articolo 200 c.p., ossia che tali misure devono essere regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, in quanto, al pari delle misure di sicurezza, sono applicate non quale diretta conseguenza di un determinato fatto ma per la condotta di vita del soggetto sviluppatasi nel tempo, tale da farne desumere uno stato di pericolosità sociale".

³²⁷ Cass. pen., sez. I, 15.02.1988.

³²⁸ Corte di Cass., Sez. I, 17 settembre 2008 n. 36748; Cass., sez. I., 4 febbraio 2009, n. 6000; Cass., sez. I, 5 febbraio 2009 n. 8510; Cass., Sez. II, 14 maggio 2009, n. 33597; Cass., Sez. I, 26 maggio 2009 n. 26571.

base di elementi di fatto, si ritiene vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi dei delitti indicati nelle tre macrocategorie individuate nell'art. 1 legge n. 575/65 cioè: associazione mafiosa e similari; delitti di cui all'articolo 51, comma 3 bis, c.p.p. e delitto di cui all'articolo 12 *quinqües*, comma 1, legge n. 356/92. Tali misure non potranno essere applicate nei confronti dei soggetti qualificati dalla pericolosità generica e meglio individuati nell'articolo 1, comma 1, n. 2 legge n. 1423/56. Il Giudice che deve applicare al caso di specie una misura di prevenzione deve compiere tre operazioni, ossia controllare se: il soggetto abbia una pericolosità "qualificata" derivante dall'appartenenza a associazioni mafiose; i beni siano frutto o reimpiego di delitti di associazioni mafiose e, infine, il valore dei beni sia sproporzionato ai redditi dichiarati o all'attività economica lecita svolta al momento dell'acquisto e del pagamento dell'immobile.

Il ragionamento seguito dal giudice delle prevenzioni è di tipo inferenziale: egli parte dalla premessa maggiore, ossia dall'indizio, e da questo svolge la sua inferenza che lo conduce a un'asserzione o una negazione del tema da provare, ossia la pericolosità sociale qualificata. Le regole che disciplinano il giudizio di prevenzione, proprio per la natura di questo giudizio, non coincidono con quelle utilizzate per la prova indiretta, cioè la gravità, la precisione e la concordanza. Nel giudizio di prevenzione non sono richieste perché: al posto della gravità vi è la pericolosità sociale qualificata; della precisione e concordanza vi sono i fatti che non devono essere certi, concreti, ma indizi. La non precisione dei fatti (indizi) rende imprecisa la conclusione (probabilità) del ragionamento; ed infatti, <<*tanto più basso sarà il tasso di consulenza fornito fornito dalla inferenza che su questo indizio si basa per ricavarne il giudizio prognostico di pericolosità sociale del proposto. Il tasso di inattendibilità del ragionamento sillogistico diventa direttamente proporzionale all'assoluta indeterminatezza della premessa maggiore*³²⁹>>.

14. L'ORIENTAMENTO DELLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

La Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza Simonelli³³⁰, e in diverse pronunce, classifica la confisca come *tertium genus* tra sanzione penale e provvedimento di prevenzione, equiparato a una sanzione amministrativa che produce gli effetti di una misura di sicurezza a norma dell'articolo 240, comma secondo, c.p. Anche se, dalla lettura di alcune sentenze si evince che la Corte, parlando di

³²⁹ Cfr., C. MIUCCI, *Profili di problematicità del procedimento di prevenzione in materia di mafia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013, p. 194.

³³⁰ Cass., Sez. Unite, 3 luglio 1996.

confisca, attribuisca a questo istituto le caratteristiche tipiche della confisca preventiva sostenendo che <<Il vero è che l'interesse pubblico all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza, per l'appartenenza del titolare ad associazioni di tipo mafioso, sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto a prescindere dal fatto che perduri in capo a quest'ultimo lo stato di pericolosità, perché la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell'impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anormali accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne in qualsiasi modo uso³³¹>>. La Corte segue questo orientamento per superare la declaratoria di improcedibilità in caso di morte del proposto nel corso del procedimento, potendo così applicarsi la confisca che, in quanto misura di sicurezza atipica, veniva adottata <<al fine di sottrarre definitivamente i beni di provenienza illecita dal circuito economico di origine per inserirli in un altro esente da condizionamenti criminali³³²>>. Per quanto riguarda la confisca dei beni nei confronti degli eredi o dei successori viene posto risalto il carattere di misura di prevenzione perché l'illecita del bene continua anche dopo la morte del proposto e continua <<qualora ci sia un soggetto che rappresenti, con continuità diretta, il de cuius e consente che permanga il carattere di illecita provenienza³³³>>. Gli effetti distorsivi del mercato permangono anche dopo il decesso del soggetto nella cui titolarità o disponibilità rientrano i beni di derivazione illecita, lasciando inalterata la necessità di porvi rimedio³³⁴. L'articolo 18, comma 3, Codice Leggi antimafia prevede che la misura patrimoniale può essere chiesta anche nell'ipotesi in cui la persona sia deceduta, da non più di cinque anni, prima dell'inizio del procedimento nei confronti dei successori a titolo universale o particolare. Il contenuto di tale articolo aveva fatto sorgere dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con il diritto di difesa e con il principio del giusto processo. Per la Corte la questione è infondata, non si pone un problema di conformità con l'articolo 111 della Costituzione, ma, al massimo, di verifica dell'articolo 24, comma 2, della Costituzione, dal

³³¹ Cass. pen., Sez. II, 9 febbraio 2011 n. 6977.

³³² Cass. pen., Sez. II, 9 febbraio 2011 n. 6977.

³³³ Cfr. F. MENDITTO *Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in *Diritto penale contemporaneo*, nota 88 in cui "Tali principi, espressi inizialmente dalla giurisprudenza di merito (Pres. ed. est. Mentito, 15 luglio 2011) sono stati accolti implicitamente dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., ord. 30 luglio 2012 n. 216) ed espressamente dalla Corte di Cassazione (Cass. Pen., Sez. I, 18 ottobre 2012 n. 10153) ove si pone in risalto che "nello stesso sistema del diritto civile, del resto, l'erede succede nel possesso del defunto, che continua nell'eredità con effetto dal momento dell'apertura della successione (art. 1146 c.c.) e con i medesimi caratteri che connotavano la signoria di fatto esercitata dal de cuius, con la conseguenza che se il defunto era possessore in mala fede, tale viene reputato l'erede, quand'anche questi ignori di ledere l'altrui diritto".

³³⁴ Cfr., V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenza di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, cit., p. 46.

momento che i successori godono di tutte le garanzie del contraddittorio. Diverso è il caso in cui la richiesta di misura patrimoniale avvenga successivamente all'applicazione di una misura personale: in questo caso il giudice valuterà solamente l'illegittimità dell'acquisizione dei beni dal momento che l'accertamento della pericolosità sociale è insito nell'applicazione della precedente misura.

Come si evince dalla giurisprudenza della Suprema Corte la confisca è sanzione amministrativa, non derivante dall'accertamento di un fatto illecito, con prevedibili conseguenze sulla necessaria applicabilità delle garanzie proprie delle sanzioni, escludendo, quindi, la natura preventiva dell'istituto³³⁵.

- La natura sanzionatoria proposta dalla V Sezione penale

La V Sezione penale della Corte di Cassazione³³⁶, nel 2012, ha proposto la natura sanzionatoria della confisca disgiunta, individuando una nuova ipotesi di non applicazione del binomio misure personali e patrimoniali. La Corte, confermando una giurisprudenza ormai dominante, non richiede più la correlazione cronologica tra la pericolosità del proposto e il momento di acquisizione dell'utilità da confiscare "giacché è la prima che rende pericolosa la seconda in funzione dell'intervento di prevenzione". La Corte in questo modo pone in relazione la natura della confisca e i suoi effetti con l'oggetto della confisca in relazione alla pericolosità del soggetto che subisce il provvedimento: "E' vero, dunque, che per dettato normativo la pericolosità sociale del proposto finisce con l'estendersi al suo patrimonio; ciò in quanto l'accertata appartenenza a consorteria organizzata riflette uno stile di vita la cui origine non si è ritenuto che possa farsi coincidere con la data del riscontro giudiziario, essendo, evidentemente maturato anche in epoca antecedente, sia pure

³³⁵ Le Sezioni Unite, andando al di là del testo letterale posto in essere dal legislatore, qualifica la confisca non come misura di prevenzione che può aggiungersi a quelle personali. Secondo le Sezioni Unite il dettato legislativo è diverso dal contenuto normativo, riconoscendo alla confisca carattere ablatorio e non preventivo a maggior ragione se si considera che la finalità della misura è quella di eliminare dal circuito economico beni provenienti da attività che devono ritenersi ricollegate alla ritenuta appartenenza del soggetto ad un'associazione di tipo mafioso. Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 14 febbraio 1997 n. 12541, Nobile e altri; Cass. Pen., Sez. II, 14 aprile 1999 n. 1790, Fici; Cass. Pen., 31 gennaio 2005 n. 19914, Bruno; Cass. Pen., S.U., 19 dicembre 2006 n. 57, Auddino; Cass. Pen., Sez. V., 11 giugno 2008 n. 25676, Alfano e altri.

³³⁶ Cass. Pen., sez. V, 13 novembre 2012 n. 10404, Occhipinti. La Corte accoglie il ricorso in cui si lamentava la violazione del principio di irretroattività ex art. 2 c.p. in un caso di confisca disposta dopo la pronuncia di una sentenza di condanna condizionalmente sospesa per reato commesso prima del luglio 2008 (ossia prima della l. n. 125/08); la Corte di Appello aveva ritenuto la pericolosità del proposto, anche se non più attuale, esclusivamente sulla base dei fatti risultanti dalla sentenza condizionalmente sospesa. La Corte decide per l'inapplicabilità del principio racchiuso nell'articolo 200 c.p. Nella motivazione, la Corte sostiene di non dover applicare alla confisca la legge entrata in vigore quando la pericolosità pregressa già non c'era più. Dal 2008, infatti, è possibile applicare la confisca anche in assenza dell'attuale pericolosità sociale del proposto. Se il presupposto manca, la norma non potrà che regolare fattispecie realizzatesi dopo l'entrata in vigore della stessa, non potendo applicare l'articolo 200 c.p., che richiede l'accertamento di una pericolosità in atto, ma applicare l'articolo 11 preleggi.

non determinata”.....”appare arduo- per la Corte- almeno con riferimento ad ipotesi in cui la misura di prevenzione patrimoniale possa addirittura svincolarsi da un necessario accertamento di attuale pericolosità sociale del proposto, continuare ad escludere una natura oggettivamente sanzionatoria”.

- Il motivato dissenso della I Sezione: verso la natura preventiva della confisca?

Non segue lo stesso orientamento la I sezione della Corte di Cassazione, riconoscendo alla confisca natura preventiva, dal momento che è imprescindibile, sia pur incidentalmente, accertare la pericolosità del proposto anche se non più attuale. Infatti, in una recente sentenza³³⁷, riesaminando i principi in materia di misure di prevenzione, da un lato afferma il precedente orientamento nonostante il principio di applicazione disgiunta e dall'altro contesta gli argomenti utilizzati dalla V Sezione a sostegno della natura sanzionatoria della confisca. Secondo questa sezione, quindi, “le misure di prevenzione, al pari delle misure di sicurezza, possono essere applicate anche quando siano previste da una legge successiva al sorgere della pericolosità sociale, in quanto le stesse non presuppongono uno specifico fatto di reato, ma riguardano uno stato di pericolosità attuale cui la legge intende porre rimedio”. In materia di misure di prevenzione è giusto dover considerare che i beni oggetto di sequestro e di confisca sono nella disponibilità di persone pericolose e che la pericolosità del bene deriva dalla pericolosità della persona che ne può disporre, ma non bisogna dimenticare che la riforma ha concentrato la sua attenzione sulla pericolosità del bene e sulle modalità di acquisto degli stessi. La Corte, in una recente sentenza³³⁸, riprendendo l'orientamento interpretativo della Corte edu, ribadisce che la confisca non ha natura di sanzione penale, non è un *tertium genus*, ma ha natura preventiva³³⁹ e afferma il principio in base al quale ciò che bisogna verificare è la correlazione temporale tra pericolosità del soggetto (quindi anche se non è più attuale) al momento dell'acquisto del bene che perciò è di provenienza illecita³⁴⁰. Secondo la Corte, inoltre, <<la confisca disgiunta, in altre parole, non è un istituto che ha introdotto nel nostro ordinamento una diretta actio in rem, non essendo possibile- per ragioni sistematiche e costituzionali- prescindere dal rapporto tra l'attività pericolosa di un soggetto e gli incrementi

³³⁷ Cass. Pen., Sez. I, 17 maggio 2013 n. 39204 Ferrara.

³³⁸ Cass. pen., Sez. I, 18 luglio 2013, n. 44327.

³³⁹ Cass. pen., sez. II, 13 gennaio 2013 n. 3809 “La pericolosità non è più un requisito legato alla persona che detiene il bene, ma al bene che richiama il sodalizio mafioso cui il pervenuto è indiziato di appartenere. Una pericolosità che pare trasferirsi dalla persona in quanto tale, alla specifica relatio che correla l'indiziato a fenomeni di accumulazione economica che non trovano spiegazioni congrue circa la loro lecita e trasparente origine; una pericolosità, per così dire relazionale, che dunque impone la rescissione di quel vincolo, non diversamente da come la misura personale tende a rescindere i legami personali con il sodalizio di riferimento”.

³⁴⁰ Cass. Pen, Sez. I, 11 aprile 2013 n. 40001; Cass. Pen., Sez. I, 17 gennaio 2014 n. 16729.

patrimoniali realizzati da tale individuo nel periodo di constatata pericolosità. Dunque risulta evidente che l'azione di prevenzione è sempre rivolta verso un determinato soggetto e, solo come proiezione dell'agire di un soggetto, sulle entità economiche (i beni) che rappresentano- in ipotesi- il frutto dei suoi comportamenti antisociali (in via diretta, attraverso la constatazione di pertinenziali tra azione illecita e beni o in via indiziaria, attraverso la constatazione della sproporzione tra reddito e investimenti), per cui i beni vengono in rilievo solo i quanto correlati alle manifestazioni di pericolosità delle persone fisiche e sono oggetto di sequestro e confisca esclusivamente in relazione alla loro componente di valore presente nel patrimonio (o nella possibilità di fatto) di dette persone fisiche>>.

Le misure di prevenzione sono un utile strumento di ablazione dei beni di provenienza illecita o frutto di essa allo Stato, per sottrarli dal circuito economico. Se la persona non è pericolosa o non era pericolosa all'epoca di acquisizione dei beni viene meno la ragione d'essere dalla misura di prevenzione patrimoniale perché manca il collegamento con la provenienza illecita dei beni, sia pure indiziaria e generica, che discende dalla pericolosità della persona. Si può prescindere dall'applicazione della misura personale, ma non dai suoi presupposti, e dal collegamento dell'illecita provenienza con la pericolosità manifestata, perché al soggetto pericoloso vanno sottratti tutti i beni di qualunque sia la loro origine illecita, ma non si può spezzare il nesso tra acquisto del bene e manifestazione della pericolosità, pena la trasformazione della misura di prevenzione patrimoniale in sanzione, con una scorciatoia probatoria incompatibile con i principi costituzionali e con la Cedu.

La Corte Edu inquadra la confisca antimafia tra le misure di prevenzione³⁴¹ e non tra le sanzioni penali, rientranti nella tutela posta in essere dall'articolo 1 Protocollo I, secondo cui *<<Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non ledono il diritto degli Stati di*

³⁴¹ La Corte edu, nelle sue pronunce, ha affermato la compatibilità delle misure di prevenzione personali con il testo della Convenzione, considerando tali misure limitative e non privative della libertà personali. La garanzia prevista dall'articolo 5 §1 della Cedu non opera nei confronti delle misure che comportano una restrizione della libertà personale, la cui legittimità va valutata in relazione all'articolo 2 Protocollo 4 Cedu in materia di libertà di circolazione. Dalla lettura di tale articolo si evince come la libertà riconosciuta e tutelata è "condizionata", potendo le autorità statali porre in essere delle restrizioni nei casi: a) previsti dalla legge; b) necessarie per la tutela degli interessi quali la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, l'ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute, della morale dei diritti e delle libertà altrui; c) proporzionalità tra i diritti garantiti dalle norme e le esigenze della collettività. Cfr. Corte eur. dir. uomo, 1 luglio 1961, *Lewless c. Irlanda*; 18 giugno 1971, *De Wilde e altri c. Belgio*; 6 gennaio 1980, *Guzzardi c. Italia*; 22 febbraio 1986, *Ciulla c. Italia*; 22 febbraio 1994 *Raimondo c. Italia*; 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*.

applicare quelle leggi che giudicano necessarie per disciplinare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri tributi o ammende>>.

15. LA CONFISCA NEI CONFRONTI DEGLI EREDI

Nell'evoluzione giurisprudenziale e nelle nuove proposte legislative il principio di accessorieta' delle misure di prevenzione veniva sempre meno³⁴² fin quando, nel 2008, con l. n. 125 si afferma che *<<le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente. Le misure patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. Nel caso la morte sopraggiunga nel corso del procedimento esso prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa³⁴³>>*. Inoltre *<<la confisca puo' essere disposta, in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di cinque anni dal decesso³⁴⁴>>*. Nel 2009 la l. n. 94 modificava il primo periodo del comma 6 bis in base al quale "Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosita' sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione". La poca chiarezza del testo normativo ha portato allo sviluppo di diverse correnti interpretative. Secondo una prima interpretazione le nuove disposizioni normative non solo riconoscevano ipotesi in cui il nesso di accessorieta' tra le misure personali e patrimoniali era gia' attenuato (come, ad esempio, l'applicabilita' della confisca dei beni al proposto morto dopo il provvedimento di primo grado), ma introducevano altre due ipotesi quali: a) morte del proposto prima della confisca di primo grado, ma dopo l'inizio del procedimento; b) alla proposta avanzata dopo il decesso del

³⁴² La possibilita' di proporre l'applicazione disgiunta delle due misure, in realta', era prevista gia' dalla normativa precedente con la sola eccezione per i casi di assenza, residenza e dimora all'estero del proposto. art. 2 ter, comma 7, l. n. 575/65.

³⁴³ introdotto con il comma 6 bis dell'art. 2 bis l. n. 575/65. Ora art. 18, comma 1, Codice leggi antimafia "Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste ed applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosita' sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione".

³⁴⁴ Art. 2 bis, comma 11.

titolare dei beni, nei cinque anni dalla morte³⁴⁵. Secondo un diverso orientamento il principio di applicazione disgiunta delle misure di prevenzione è principio generale, sulla base dell'intrinseca pericolosità dei beni confiscati e per non aver giustificato la legittima provenienza degli stessi. Questo indirizzo interpretativo proponeva un istituto in contrasto con i principi costituzionali contenuti negli articoli 41 e 42 della Costituzione e con quelli contenuti nell'articolo 1 Protocollo 1 Cedu perché diretti all'espropriazione del patrimonio, in assenza di accertamento, su una condotta illecita posta a fondamento dell'acquisto del bene. Un terzo orientamento considerava ormai desueta l'applicazione congiunta delle due misure, introducendo l'autonomia delle azioni di prevenzione reali estendendo il campo di applicazione del sequestro e della confisca a fattispecie in cui non poteva applicarsi una misura personale perché, ad esempio, mancava o era cessata l'attualità della pericolosità del soggetto. Tale approccio richiedeva la verifica, anche incidentale, della pericolosità del soggetto collegandola alla pericolosità della bene: si faceva riferimento all'acquisizione illecita del bene da parte della persona pericolosa, o che è stata pericolosa, e che ha acquistato i beni perché pericolosa. L'interpretazione posta in essere da questo orientamento è stata adottata anche dalla Corte di Cassazione, secondo cui *<<la nuova regola è, quindi, quella dell'autonomia tra le misure di prevenzione personali e reali; il procedimento di prevenzione patrimoniale può, pertanto, essere avviato a prescindere da qualsiasi proposta relativa all'adozione di misure di prevenzione personali³⁴⁶>>*. Anche la Corte costituzionale segue lo stesso indirizzo interpretativo ritenendo infondate le questioni di costituzionalità sottoposte in riferimento ai successori del *de cuius*, affermando che *<<al successore sono assicurati, nel procedimento in questione, i mezzi probatori e i rimedi impugnatori previsti per il de cuius, sicché ciò che può mutare è solo il rapporto di conoscenza che lega il successore stesso ai fatti oggetto di giudizio e in*

³⁴⁵ Cfr., G. ABBATISTA, *Misure di prevenzione patrimoniali antimafia e "pacchetto sicurezza" del 2008: un equilibrio instabile tra efficienza del sistema e recupero di garanzie*, in AA.VV. *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"* a cura di F. Cassano.

³⁴⁶ Cass. Pen., Sez. I, 13 gennaio 2011 n. 5361, in cui si legge che "... La nuova disciplina, introdotta dal D.L. n. 92 del 2008, art. 10, ha spezzato definitivamente il nesso di necessaria presupposizione tra i due tipi di misure, con la conseguenza che il procedimento di prevenzione patrimoniale può essere avviato a prescindere da qualsiasi proposta relativa all'adozione di misure personali. Ciò comporta, comunque, che il giudice accerti, in via incidentale, l'incurabilità del proposto nelle categorie dei soggetti che possono essere destinatari dell'azione di prevenzione, ancorché, come precisa la L. 15 luglio 2009, n.94, ex art. 2, comma 22, l'applicazione della misura patrimoniale prescinda da ogni valutazione in ordine alla "attuale" pericolosità sociale del suo destinatario (ovvero, come espressamente prevede la citata norma, "al momento della richiesta"); Cass. Pen., Sez. I, 13 gennaio 2011 n. 18327 "il significato letterale della norma rende evidente che non solo le due misure di prevenzione possono avere applicazione disgiunta, altresì che la seconda, di carattere real prescinde, ai fini della sua irrogazione, dalla sussistenza in capo al soggetto per il quale è richiesta il requisito dell'attuale pericolosità sociale"; Cass. Pen., Sez. VI, 10 ottobre 2012 n. 1282.

*particolare, nella specie, a quelli integranti i presupposti della confisca*³⁴⁷>>. Per la Consulta, quindi, non vi è alcuna violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio in quanto i successori, così come il *de cuius*, possono fornire tutti gli elementi per evitare la confisca.

Secondo la Corte costituzionale la *ratio* della confisca <<*comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene dal circuito economico di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminale e, dall'altro, va al di là delle misure di prevenzione nei confronti dei soggetti pericolosi perché può applicarsi anche oltre la permanenza in vita del proposto, incidendo sul patrimonio e non sulla libertà personale*>>. La Corte edu, non intervenendo in merito al principio di applicazione disgiunta, ha ribadito il suo precedente orientamento³⁴⁸ confermando la particolare attenzione alle garanzie poste in favore degli interessati.

16. IL PROBLEMA DELLA RETROATTIVITA' DELLE MISURE PATRIMONIALI NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA³⁴⁹

Oggi può dirsi che la confisca appare ancora estranea all'area della sanzione penale, ma definitivamente uscita, sul piano contenutistico e effettuale, dall'area della misure di sicurezza. Secondo un primo orientamento la confisca rientra tra le misure di sicurezza, applicando il principio fissato nell'articolo 200 c.p. di applicazione della legge attuale e della retroattività delle norme sopravvenute. La *ratio* della riconducibilità alle disposizioni concepite per le misure di sicurezza, del resto, deriva dalla presa d'atto della natura e funzione delle misure di prevenzione, da applicarsi non già quale diretta conseguenza di un determinato fatto, bensì avuto riguardo alla condotta di vita del proposto, tale da farne desumere un'attuale pericolosità sociale che è pacificamente il fondamento per dare corso a misure di sicurezza, ex art. 202 c.p. La giurisprudenza che aderisce a tale profilo ermeneutico si basa sull'assunto che dall'affrancamento della pericolosità del preposto, disposto a seguire le novelle del 2009, non ha comportato alcun riassetto dell'istituto, quanto se mai, un rafforzamento dell'efficacia rispetto all'originario fine della confisca, per aver approfondito una tendenza che percorreva da tempo la materia, senza quindi comportare alcuna frattura con il precedente sistema. L'opposto orientamento giurisprudenziale, sposato dalla V

³⁴⁷ Corte cost., sent. 9 febbraio 2012 n. 21, ord. 30 luglio 2012 n. 216, in www.cortecostituzionale.it.

³⁴⁸ Corte eur. dir.uomo, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 6 luglio 2011, Pozzi c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 26 luglio 2011, Paleari c. Italia.

³⁴⁹Cass. Pen. Sez. IV, 11 marzo 2014.

Sezione penale con la pronuncia Occipiti, rileva e porta a evidenza che esiste una possibile equiparazione tra le due tipologie di misura, solo in quanto se ne individui un comune presupposto nella verifica della perdurante pericolosità del soggetto che ne sia destinatario: *<<una pericolosità che dovrà comunque sussistere (sia pure se affermata in base a presunzioni) nel momento in cui il giudice della prevenzione sia chiamato a provvedere, proprio perché è ad una pericolosità in atto cui la legge- eventualmente, anche sopravveniente- mira a porre rimedio³⁵⁰>>*.

La sentenza Occhipinti riconoscendo la natura sanzionatoria della confisca antimafia vuole sottoporre tale sanzione alle garanzie della materia penale stabilite dagli articoli 6 e 7 CEDU, in particolare al principio di irretroattività. Tale modello non è scevro di perplessità; non basta, infatti, il riconoscimento della confisca antimafia come “sanzione” e l’applicabilità del principio di irretroattività per rendere magicamente conforme ai principi di uno Stato di diritto, la sanzione in esame. Il perno della confisca di prevenzione risiede nella neutralizzazione di una situazione di pericolo per l’ordine pubblico e per i mercati che deriva dalla ritenuta disponibilità di patrimoni illeciti in mano alle associazioni criminali. Proprio al fine di impedire che l’applicazione del principio economico della libera concorrenza possa venire vanificata dall’immissione nei mercati di flussi finanziari di provenienza criminosa a scapito degli operatori “sani”, il legislatore ha costruito l’istituto della confisca di prevenzione. Oggi tale misura è disciplinata dall’art. 24 Codice antimafia. La questione interpretativa circa la retroattività o meno delle misure di prevenzione è stata posta all’attenzione delle Sezioni Unite con ordinanza di remissione della VI sezione del 30 gennaio 2014 . Prima delle modifiche normative degli anni 2008- 2009 si applicava il principio di retroattività dei dati normativi in materia di prevenzione patrimoniale, in ragione dell’equiparazione della confisca ex lege 575/65 alle misure di sicurezza ex art. 240 cpv c.p. Per le misure di prevenzione occorreva tener conto della normativa in vigore al momento dell’applicazione, ai sensi dell’art. 200 c.p., non operando il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. Ciò che accomunava le due misure (di prevenzione e di sicurezza) è il dato della pericolosità.

La questione della natura giuridica della confisca è stata rimessa alle Sezioni Unite, considerando che l’indirizzo dottrinale maggioritario le attribuisce natura punitiva. La confisca avrebbe *<<surrettizia finalità sanzionatoria, in quanto presupporrebbe, al pari della pena, il progressivo svolgimento di attività criminose, con l’unica differenza che la confisca si appaga di un tasso probatorio meno elevato, ossia di elementi indiziari sfocati, privi di dignità di vera e propria*

³⁵⁰ Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, Occhipinti.

*prova*³⁵¹>>. Altri autori inquadrano l'istituto nell'ambito delle misure di prevenzione, attribuendole natura preventiva, finalizzata a sterilizzare manifestazioni di pericolosità e assimilabili alle misure di sicurezza, dalle quali la confisca si distingue per l'applicabilità ante e *praeter delictum*³⁵².

Come si legge nell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite <<*nella costante e condivisa lettura fornita da questa Corte dall'art. 2 bis, comma 6 bis, legge n. 575/65 (oggi riproposto dall'art. 18, comma 1, Codice antimafia) si afferma costantemente che il requisito della pericolosità costituisce presidio imprescindibile dell'applicazione di qualsivoglia misura di prevenzione, personale o patrimoniale, differenziandosi le seconde dalle prime solo in punto al profilo della attualità della pericolosità, chiesto per le persone ma non necessario per le patrimoniali*>>. Il codice antimafia, dopo i due pacchetti sicurezza del 2008 e 2009, sembra dischiudere una nuova prospettiva di intervento verso un più moderno paradigma di pericolosità *in rem* dei patrimoni frutto di attività criminali. L'*actio in rem* consente la confisca solo in difetto di attualità della pericolosità sociale, ma non degli indizi di appartenenza del soggetto ad un'associazione mafiosa³⁵³.

La destinazione repressiva della confisca di prevenzione cozza con quanto indicato dalla Corte costituzionale, la quale ha sempre salvato il sistema della prevenzione sulla base della diversità dei fini perseguiti nel processo penale, perché, essendo orientata in chiave sanzionatoria, dovrebbe corrispondere al principio di proporzionalità sancito dall'art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo la quale le pene non devono essere sproporzionate rispetto al reato. In questo senso, a prescindere dalla natura giuridica della confisca, ne consegue il suo carattere punitivo. Il limite di operatività della confisca antimafia, che la rende compatibile con i principi costituzionali ed in particolare con il rispetto del diritto di proprietà privata tutelata dall'articolo 42 Cost., è costituito dalla riconosciuta facoltà per il proposto di fornire la prova di legittima provenienza dei suoi beni.

La Corte di Strasburgo in diverse occasioni non ha mancato di definire la confisca, disposta ai sensi dell'art. 240, comma 2, c.p., come sanzione penale, e ciò indipendentemente dalla qualifica offerta dal diritto interno di sanzione amministrativa, precisando che “la confisca si traduce in una pena” anche quando <<*a livello interno la definizione di sanzione amministrativa data alla confisca permette di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che regolano la materia*

³⁵¹ Cfr., A. BALSAMO G.LUPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali*, a cura di Furfaro, Milano, Utet, 2013.

³⁵² Cfr., C.V. MACRÌ, *La legge antimafia*, Napoli, 1983.

³⁵³ Cfr., A. CISTERNA, *La confisca di prevenzione al test della verità: sanzione patrimoniale o solo misura di sicurezza?* in *Archivio penale*, 2014,1.

*penale*³⁵⁴>>. A tale risultato esegetico la Corte è pervenuta attraverso argomentazioni ineccepibili che vanno condivise anche in tema di confisca di prevenzione³⁵⁵. Anche se tale provvedimento, in assenza di un accertamento della responsabilità penale, non può definirsi tecnicamente pena, se si fa riferimento allo scopo della misura, al procedimento che ha condotto alla sua applicazione e alla sua vocazione di severità, non può non negarsi che si tratti di pena ai sensi dell'art. 7 CEDU. E' la repressione a costituire la caratteristica classica che definisce la pena, dacché il parametro di riferimento è costituito dal rapporto di proporzione tra la gravità della misura ablatori e gli scopi in concreto perseguiti dall'ordinamento. La confisca equiparata a misura di sicurezza o amministrativa è riconducibile all'alveo delle sanzioni giuridiche, e in particolare, delle sanzioni penali, per cui la sua applicazione deve essere subordinata al principio di legalità e del giusto processo, nonostante siano encomiabili nel merito le ragioni giustificative della confisca di prevenzione. Le misure di prevenzione hanno natura afflittiva³⁵⁶.

17. LA NECESSITA' DELLA "CORRELAZIONE TEMPORALE"³⁵⁷-

La Suprema Corte in una recente sentenza ha affermato che "nell'elaborazione giurisprudenziale, è ormai acquisita l'affermazione del naturale polimorfismo dell'istituto e della pluralità di funzioni (di misura di sicurezza, prevenzione o pena) di volta in volta perseguite dal legislatore" evidenziando che <<la confisca risponde a una logica prevalentemente sanzionatoria, configurandosi come uno strumento strategico di politica criminale, inteso a contrastare fenomeni sistematici di criminalità economica e di criminalità organizzata. Ne consegue che occorre considerare non già un'astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, così come risulta da una determinata legge³⁵⁸>>.

³⁵⁴ Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia.

³⁵⁵ E' stata confermata la "portata autonoma rispetto a quella degli ordinamenti interni" della nozione di pena di cui all'articolo 7 CEDU, posto che la Corte, per "rendere efficace la protezione offerta dalla disposizione, deve essere libera di andare al di là delle apparenze e... giudicare da sé se una misura particolare realizzi una pena ai sensi della disposizione convenzionale". In tal senso la Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, Ozturk c. Rep. federale tedesca; 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito; 30 agosto 2007, Sud Fondi c. Italia.

³⁵⁶ Cass., Sez. II, 3 maggio 2012.

³⁵⁷ Cass. Sez. VI, ord. 30 gennaio 2014 n. 11752.

³⁵⁸ Cass., 7 maggio 2008, n. 22903.

Secondo l'autrice in mancanza di una condanna e, addirittura, anche in mancanza di un perdurante giudizio di pericolosità sociale, si conferma la necessità di un più rigoroso accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare, perché solo la prova indiziaria dell'origine illecita ex art. 192 c.p.p. può giustificare in uno Stato di diritto la confisca dei beni, ed impedire che la confisca antimafia rappresenti una mera pena del sospetto di reati che non si riescono a provare o ancora peggio di indeterminate forme di contiguità patrimoniale, non tipizzate dal legislatore. Non basta insomma il riconoscimento della confisca antimafia come sanzione e l'applicabilità del principio di irretroattività a rendere compatibile con i principi della materia penale la confisca senza condanna, se non si fonda su una solida prova dell'origine illecita. In tale direzione, infatti, la confisca senza condanna non è stata recepita sostanzialmente, se non in delle ipotesi assolutamente circoscritte nella Direttiva in materia di confisca approvata dal Parlamento europeo il 25 febbraio 2014, ma il modello di confisca senza condanna previsto nella proposta di Direttiva nella versione emendata dalla Commissione Libe³⁵⁹ prevede un rigoroso *standard* della prova, richiedendo che il giudice sia convinto dell'origine illecita dei beni per applicare la confisca senza condanna. Il paragrafo 5, nello stabilire i presupposti che consentono al giudice di pronunciare la confisca allargata senza condanna, alla quale può essere ricondotta la confisca di prevenzione, richiede che "l'autorità giudiziari, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivano da attività di natura criminale rispettando, al contempo, pienamente le disposizioni dell'articolo 6 Cedu e della Carta dei diritti fondamentali.

<<Il decorso del tempo, o comunque la cessazione della pericolosità del soggetto, o qualunque ragione che non consenta di applicare la misura di prevenzione, non può avere l'effetto positivo di autorizzare il possesso del bene da parte di colui che lo ha illecitamente acquisito (quando era pericoloso) e ne trae la conseguente utilità³⁶⁰>>. Ed ancora afferma la Corte di Cassazione in una recente sentenza *<<la conquistata autonomia delle misure di prevenzione patrimoniali rispetto a quelle personali... consenta di ravvisare per le misure patrimoniali l'attrazione dei cespiti riconducibili al prevenuto, proprio perché indiziato di appartenenza ad una associazione mafiosa, e ove caratterizzati dal requisito della sproporzione tra valore dei cespiti e attività economiche trasparenti, nell'area di una presunzione di illecita accumulazione, secondo connotazioni di pericolosità che finiscono per attingere non la persona in sé, ma il mantenimento, in capo a quel*

³⁵⁹ Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato dell'Unione europea (COM (2012)0085- C7- 0075/2012- 2012/0036 (COD) da parte della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, A7- 0178/2013, 20 maggio 2013.

³⁶⁰ Corte di Cass., sent. n. 10532/13.

soggetto, di patrimoni la cui origine e la cui libera gestione finiscono per agevolare ontologicamente la vitalità (e lo stesso prestigio esterno) dello specifico sodalizio mafioso cui il prevenuto è indiziato di appartenere. Una pericolosità, dunque, che pare trasferirsi dalla persona in quanto tale, alla specifica relativo che correla l'indiziato a fenomeni di accumulazioni economica che non trovano spiegazioni congrue circa la loro lecita e trasparente origine; una pericolosità, per così dire relazionale, che dunque impone la rescissione di quel vincolo, non diversamente da come la misura personale tende a rescindere legami personali con il sodalizio di riferimento>>.

Il dato temporale non si considera del tutto neutro agli effetti dello scrutinio che il giudice della prevenzione deve condurre, ma lo si considera rilevante sotto il profilo probatorio, richiedendo “non un accertamento positivo di rigorosa coincidenza cronologica tra l'accumulo patrimoniale e le concrete manifestazioni di appartenenza del proposto al sodalizio mafioso, ma per lo meno la mancanza di un eccessivo iato temporale tale da scardinare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale fondata sui due elementi della pericolosità sociale e della sproporzione.

Al fine di consentire esegesi costituzionalmente e convenzionalmente orientate delle disposizioni normative non può prescindersi da un accertamento della pericolosità sociale del proposto quantomeno in relazione al momento in cui entrava nella diretta o indiretta disponibilità di beni di valore sproporzionato rispetto ai suoi redditi e, presuntivamente, di natura illecita e quindi possono essere sottoposti a sequestro e a confisca, sebbene nel momento in cui viene depositata la richiesta di misura di prevenzione non sussiste il presupposto dell'attuale pericolosità sociale. Entro questi limiti, non può ritenersi applicabile alla materia delle misure di prevenzione il principio di irretroattività di cui agli art. 25 Cost. e 2 c.p., bensì continua a trovare applicazione, in via estensiva, l'art. 200 c.p.”. Questa interpretazione appare in linea con la Cedu, che ha sempre riconosciuto il carattere preventivo della confisca in esame negando l'applicazione delle garanzie della materia penale alla forma di confisca in esame.

La richiesta della correlazione temporale rende sicuramente la confisca in esame maggiormente conforme ai principi di proporzione e di presunzione di innocenza, in quanto il suo accertamento rende meno onerosa per il proprietario la contro- prova dell'origine lecita dei suoi beni, circoscrivendo gli effetti della conseguente confisca e, in conformità alla presunzione di innocenza come regola dell'esclusività dell'accertamento della colpevolezza in sede processuale, alleggerisce il rischio che si debbano subire le conseguenze di fatti non accertati, rischio intrinsecamente connesso al mero carattere indiziario dello stesso accertamento di pericolosità e, quindi, della partecipazione ad organizzazione o attività criminali.

La sproporzione temporale si riferisce a un determinato periodo di tempo; l'indagato può dimostrare la legittima provenienza dei beni limitando le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero, senza dover assolvere alla *probatio diabolica* di dimostrare la legittimità dell'intero suo patrimonio.

18. COMPATIBILITA' DELLE MISURE DI PREVENZIONE CON LA COSTITUZIONE

Con l'entrata in vigore della Carta Costituzionale è iniziato il processo di giurisdizionalizzazione di tali misure per rendere compatibili le esigenze di prevenzione dello Stato e la tutela dei diritti riconosciuta non solo dalla Costituzione, ma anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Parte della dottrina ritiene tali misure incostituzionali a causa dell'indeterminatezza delle fattispecie di pericolosità che comporterebbe la violazione del diritto di iniziativa economica e del diritto di proprietà privata, garantiti dagli articoli 41 e 42 della Costituzione. Tesi contraria ammette la limitazione di tali diritti giustificate da esigenze di utilità generale e dalle esigenze di sicurezza (art. 41, comma 2, Cost) e dalla funzione sociale della proprietà (art. 42, comma 2, Cost). La Corte Costituzionale ha affermato, costantemente, la piena rispondenza delle misure di prevenzione patrimoniali, sottolineando la "razionalità" del sacrificio che ne deriva alla proprietà privata e all'iniziativa economica e la piena garanzia del diritto di difesa. In riferimento alla compatibilità delle misure di prevenzione con la Costituzione, la Corte in diverse pronunce³⁶¹ ha richiamato il principio di interpretazione conforme, in base al quale nel procedimento di interpretazione deve essere privilegiata la ricostruzione conforme a Costituzione per superare i possibili rilievi di illegittimità. Le misure di prevenzione, proprio per la loro natura e per l'evolversi della disciplina sulla spinta delle esigenze di politica criminale, richiedono una costante attività dell'interprete per porre in essere un'interpretazione costituzionalmente orientata prima di porre in essere lo scrutinio di costituzionalità. Questo orientamento si registra anche nella giurisprudenza di legittimità e di merito³⁶².

³⁶¹ Cfr., ad esempio, sent. n. 465/93 in cui la Corte ha individuato in alternativa al criterio letterale della norma un'interpretazione sistematica e finalistica per superare gli inconvenienti dell'illegittimità; sent. n. 10/09.

³⁶² Cfr., ad esempio, sent. n. 465/93 in cui la Corte ha individuato in alternativa al criterio letterale della norma un'interpretazione sistematica e finalistica per superare gli inconvenienti dell'illegittimità; sent. n. 10/09.

Le misure di prevenzione patrimoniali sono diventate strumento di lotta alla criminalità organizzata per la loro applicazione agli indiziati di mafia, i cui beni vengono in un primo momento sequestrati e, all'esito del contraddittorio, confiscati. Tale confisca, però, non costituisce una sanzione penale in quanto non viene applicata in seguito all'accertamento di un reato, ma per il fatto che essa è espressione della pericolosità del soggetto e per il fatto che deriva da un'attività illecita. Tale misura, quindi, incide sul diritto di proprietà e sul diritto di impresa. La normativa delle misure di prevenzione patrimoniali deve relazionarsi e armonizzarsi con la legislazione penale antimafia, con l'ordinamento giuridico e con la giurisprudenza interni, ma anche e soprattutto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza sovranazionale. Al fine di coordinare il diverso materiale normativo nel 2011 con il d. lgs. n. 159 si è dato vita al codice antimafia, al fine di raccogliere in un unico testo le misure di prevenzione personali e patrimoniali.

In tema di misure di prevenzione non è invocabile il principio di irretroattività della legge penale prevista dall'art. 25 Cost. e dall'art. 2 c.p. giacché le norme in materia sono uniformate non ai principi che riguardano le pene, bensì a quelli concernenti le misure di sicurezza. Pertanto, in base al disposto dell'art. 200 c.p. esse devono intendersi regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione³⁶³.

La Corte Costituzionale³⁶⁴, riprendendo l'orientamento della Suprema Corte, si mostra più cauta sostenendo che il procedimento di prevenzione per l'applicazione della confisca va al di là del procedimento utilizzato per le misure di prevenzione, riconoscendo quindi un *quid pluris* funzionale e un carattere polifunzionale dell'istituto, sia perché consiste nel sottrarre definitivamente il bene al

³⁶³ Cfr., sent. S. C. nn. 40703/02; 7116/07; 33597/09.

³⁶⁴ Le misure di carattere preventivo sono previste da numerose legislazioni pre e post unitarie: il Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS) del 1926; Misure di carattere speciale r.d.l. n. 1404/34, convertito dalla legge n. 835/35. Sul piano giurisprudenziale: sentenza della Corte Costituzionale n. 2 del 1956 che fissa i principi per l'applicabilità di tali misure, ossia 1) la necessità che i provvedimenti siano basati su fatti e non su sospetti; 2) l'obbligo di motivazione; 3) l'operatività del diritto di difesa. Legge n. 575/65 (L. Antimafia) che prevede che le misure possano essere applicate anche a persone indiziate di appartenere a associazioni mafiose; Legge reale n. 152/75 che introduce una nuova misura patrimoniale ossia la sospensione dell'amministrazione dei beni. E ancora, Legge Rognoni La Torre n. 646/82 che introduce il sequestro e la confisca, misure che sottraggono in modo provvisorio, la prima e in modo definitivo, la seconda i beni illecitamente acquisiti dai soggetti destinatari di tali misure. Dagli anni '80 al 2010 si registrano numerosi interventi legislativi volti a migliorare e adeguare le misure di prevenzione personali e patrimoniali in relazione al fenomeno della criminalità, ad esempio: l. n. 327/88 che disciplina il giudizio di accertamento della pericolosità; l. n. 55/90 che limita l'applicabilità delle misure di prevenzione ad alcune persone pericolose; l. 203/91 misure aggravanti per i delitti con finalità o modalità mafiosa; l. 10/92 istituisce la Procura nazionale antimafia (PNA) e le Procure distrettuali antimafia (PDA); l. 356/92 sospensione dall'amministrazione dei beni, introduzione articolo 12 *sexies*; l. 109/96 prevede il riutilizzo ai fini sociali dei beni confiscati con l'obiettivo non solo di espropriarli alle organizzazioni criminali, ma di restituirli alla collettività cui sono stati illegalmente sottratti; l. 125/08 prevede l'applicabilità delle misure patrimoniali indipendentemente dall'applicazione di quelle personali; l. 50/10 istituisce l'Agenzia nazionale per i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

circuito economico per inserirlo in un altro privo dei condizionamenti criminali sia perché non si limita a porre in essere una misura di prevenzione nei confronti dei soggetti pericolosi, ma produce la sua efficacia anche oltre la vita del proposto³⁶⁵.

La struttura e le caratteristiche delle misure di prevenzione hanno reso necessario l'intervento della Corte Costituzionale al fine di stabilire la loro compatibilità con i diritti protetti e tutelati dalla Costituzione, soprattutto per il fatto che nel testo della Costituzione non si prevede alcun riferimento. Con l'entrata in vigore della Costituzione si verificò una lacuna normativa circa le misure di prevenzione; ciò indusse parte della dottrina a considerarle incompatibili con la Carta Costituzionale per diversi motivi: per il vuoto normativo, per le modalità di definizione dei soggetti destinatari e per la natura criminogena delle misure. La Consulta, attraverso le sue decisioni, è intervenuta sull'argomento in virtù del fatto che spesso è stata sollevata questione di legittimità costituzionale sia nei confronti di provvedimenti che si pongono come lesivi delle libertà, anche economica, del soggetto nei cui confronti si procede sia per il presupposto del "sospetto" richiesto per l'applicazione di una misura di prevenzione. Tali misure, per poter essere applicate ed essere legittime, devono essere motivate da fatti specifici in modo da <<*assicurare il contemperamento tra due fondamentali esigenze, di non frapporre ostacoli all'esercizio di attività di prevenzione dei reati e di garantire il rispetto degli inviolabili diritti della personalità umana*³⁶⁶>>. Con sentenza del 2003 n. 309 la Corte sembra discostarsi dall'atteggiamento di difesa delle misure di prevenzione sancendo l'esigenza di contemperare l'invulnerabilità dell'*habeas corpus* e l'esigenza preventiva: l'esercizio dei diritti costituzionali non può essere sacrificato oltre la soglia minima resa necessaria dalle misure stesse. Con tale pronuncia la Corte, da un lato, afferma il fondamento delle misure di prevenzione e, dall'altro, le ritiene ammissibili solo nel caso in cui siano le meno restrittive in relazione allo scopo che intendono perseguire. Le misure di prevenzione vengono identificate come strumento straordinario dell'ordinamento italiano, utilizzabili nei casi in cui non sia possibile utilizzare altre misure meno restrittive per assicurare lo scopo per cui sono previste, nel rispetto dei criteri di proporzionalità e dei diritti di libertà e di proprietà.

Un dibattito, ancor oggi acceso, è sull'eventuale contrasto tra queste misure e specifici articoli costituzionali; in particolare si discute della compatibilità con i principi di legalità e di giurisdizione; di iniziativa economica; di presunzione di illegittima provenienza; di mancata tutela dei diritti dei terzi.

³⁶⁵ Corte cost., sez. II, 14 marzo 2012, Costa e altri.

³⁶⁶ Corte Cost. sent. n. 11/56.

In riferimento ai principi di legalità e di giurisdizione la Corte Costituzionale³⁶⁷, in riferimento alla legge n.1423/56, ha sancito la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione qualora: queste non siano fondate su semplici sospetti, vi sia una valutazione oggettiva dei fatti da cui risultino il tenore di vita e la condotta abituale della persona o che siano manifestazioni della proclività al delitto e che non siano basate su valutazioni puramente soggettive. Nello specifico rispettano il principio di legalità le misure che sono applicate “nei casi previsti dalla legge” legate a fattispecie di pericolosità descritte dalla legge, anche se fondate su un giudizio prognostico; rispettano il principio di giurisdizione se è assicurato il contraddittorio, se è instaurato un regolare giudizio e se vi è un provvedimento adeguatamente motivato per la dimostrazione della pericolosità del soggetto. Solo tre anni dopo, la Corte con sentenza³⁶⁸ riconosce la violazione di diritti costituzionalmente garantiti ad opera delle misure di prevenzione giustificando, però, la loro presenza nell’ordinamento per esigenze di prevenire i crimini e assicurare l’ordine sociale e il “pacifico svolgimento dei rapporti tra i cittadini”.

In riferimento al diritto di iniziativa economica, la Corte³⁶⁹ si è espressa per una compatibilità delle misure di prevenzione con il diritto tutelato dall’art. 42 Cost. argomentando che con il sequestro e la confisca non viene a ledersi il fondamento della libertà di iniziativa economica dal momento che le misure di prevenzione sono poste proprio per garantire i traffici economici e la corretta osservanza delle regole di mercato. Tali misure impediscono l’accesso nel mercato di beni e di denaro ricavato da attività delittuose o da traffici illeciti.

In riferimento alla presunzione di legittima provenienza la Consulta ha chiarito i dubbi di legittimità affermando che ciò che viene punito è la sproporzione del valore del bene o dell’attività economica rispetto al reddito ove di tale sproporzione il soggetto interessato non fornisca giustificazioni circa la legittima provenienza.

In riferimento alla mancata tutela dei diritti dei terzi creditori la giurisprudenza di merito³⁷⁰ ha stabilito che il diritto del terzo nel giudizio di confisca, previsto dall’art. 2 ter L. n. 575/65, in quanto titolare di un diritto reale di garanzia sul bene colpito dalla misura di prevenzione patrimoniale al riconoscimento della permanenza della garanzia reale sul bene, non può determinare la revoca del provvedimento ablatorio, stante il regime giuridico dei beni confiscati assimilabile a quello dei beni demaniali o quello dei beni compresi nel patrimonio indisponibile. Il terzo che vanta

³⁶⁷ Corte Cost., 22/12/80 n. 177.

³⁶⁸ Corte Cost. n. 27/59.

³⁶⁹ Corte Cost., ord. n. 105/89; ord. n. 675/88; sent. n. 192 del 19/11/92.

³⁷⁰ Corte d’Appello Catanzaro.

un diritto reale di garanzia su un bene sottoposto a confisca ha l'onere di provare la titolarità del diritto e la mancanza di collegamento tra il diritto vantato e l'attività illecita del proposto indiziato di mafia, derivante da condotte di fiancheggiamento o di agevolazione³⁷¹; deve, inoltre, dimostrare di aver adempiuto con diligenza agli obblighi di informazione e di accertamento e di aver fatto affidamento incolpevole³⁷². Come ricorda la Cassazione in recenti sentenze³⁷³, la confisca non cancella la garanzia dell'ipoteca iscritta sull'immobile prima che fosse instaurato il processo di esecuzione, così come la confisca non può pregiudicare i diritti reali di garanzia costituiti prima dell'instaurazione del procedimento di confisca sui beni oggetto del provvedimento di prevenzione in favore dei terzi di buona fede estranei al procedimento di prevenzione. Il creditore, però, non potrà adottare rimedi esecutivi per la soddisfazione coatta del credito dal momento che per la confisca antimafia si adotta un regime giuridico adottato per i beni demaniali.

19. LA “BUONA FEDE” NELLA PROSPETTIVA DELLA CORTE DI LEGITTIMITA' E DI MERITO

La Cassazione a Sezioni Unite ha ribadito che “il reimpiego del denaro illecitamente acquisito deve essere comunque casualmente ricollegabile al reato e al profitto immediato dello stesso, in tal modo confermandosi la necessità di un rapporto diretto tra profitto e reato”. Nella realtà, alla confisca “classica” è stata riconosciuta una limitata efficacia ablativa per la difficoltà, spesso incontrata, di stabilire la pertinenzialità della cosa rispetto al reato. Su questo punto è intervenuta la Cassazione³⁷⁴ che ha stabilito che “il profitto del reato presuppone sempre il preventivo accertamento della sua diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente, sicché il parametro di pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo”. La giurisprudenza dominante, molto spesso, ha sottoposto a confisca beni che avevano una funzione meramente agevolatrice della condotta del reo, così come parte della dottrina ritiene utile estendere il concetto di bene utilizzato, includendo anche gli strumenti utilizzati nella fase precedente e successiva alla consumazione del reato in quanto connessi. La confisca si fonda, inoltre, sul

³⁷¹ Corte di Cass., sez. I, n. 2501/09 del 14 gennaio 2009.

³⁷² Corte di Cass., sez. V, n. 15328/09 del 18 marzo 2009.

³⁷³ Cass., sez. III, n. 20664/10 del 5 ottobre 2010; Cass. n. 845/07 e n. 16227/03.

³⁷⁴ Cass. pen., S.U. n. 38691/09.

giudizio di pericolosità espresso dal giudice sia in riferimento al reo che alla *res*. Nel caso in cui il bene sia nella disponibilità del terzo, secondo quanto precisato dalla Cassazione³⁷⁵, “la formale titolarità del bene in capo ad un soggetto estraneo al reato non è sufficiente ad escludere la confisca stessa e a tutelare l’intangibilità del diritto del proprietario se costui abbia tenuto atteggiamenti negligenti che abbiano favorito l’uso indebito del bene”. Il terzo dovrà, inoltre, provare la sua estraneità al reato, la sua buona fede e l’effettiva titolarità del diritto vantato, in quanto l’intestazione fittizia a terzi del bene utilizzato per la commissione di un reato non potrà integrare la nozione di estraneità al reato ai fini della non confiscabilità, quando precisi elementi portino a ritenere che il bene fosse nelle mani dell’autore materiale del reato³⁷⁶. In riferimento alla figura del terzo estraneo al reato, se per terzo dovesse intendersi la persona che non abbia in alcun modo partecipato materialmente alla commissione del reato o anche coloro che non abbiano alcun collegamento teleologico con il reato, è intervenuta la Corte Costituzionale che, per evitare la violazione del principio di responsabilità personale, ma allo stesso tempo evitare che soggetti coinvolti potessero sfuggire alle conseguenze penali, ha introdotto il presupposto della buona fede. Alle pronunce della Consulta si sono affiancate quelle della Cassazione in base alle quali *<<in tema di confisca è persona estranea al reato, nei cui confronti non può essere emessa misura di sicurezza in esame, ai sensi dei commi 2 e 3 dell’art. 240 c.p., il soggetto che non abbia ricavato vantaggi ed utilità dal reato e che sia in buona fede, non potendo conoscere, con l’uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, il rapporto di derivazione della propria situazione soggettiva dal reato commesso dal condannato*³⁷⁷>>. Precisa, inoltre, la Corte che la buona fede del soggetto terzo deve sussistere al momento della commissione del reato, ma anche al momento dell’applicazione della confisca.

³⁷⁵ Cass. pen., sez. III, n. 2024/08.

³⁷⁶ Cass. pen., sez. II, n. 229495/09.

³⁷⁷ Cass. pen., sez. I, n. 29197/11.

Sezione II- CONFISCA PER LOTTIZZAZIONE ABUSIVA

PREMESSA

La confisca urbanistica, prevista dall'articolo 44, comma 2, TUE, a differenza di quella prevista dall'articolo 240 c.p., è una sanzione amministrativa applicata dal giudice penale prevedendo l'acquisizione, a titolo gratuito, del terreno e delle opere costruite abusivamente al patrimonio del Comune, a prescindere dal giudizio di condanna. Tale misura assume nel nostro ordinamento natura reale e per questo può essere disposta anche in danno di terzi estranei al reato anche se in buona fede, i quali, non potendo ottenere la restituzione del bene, potranno far valere i propri diritti in sede civile esercitando l'azione risarcitoria nei confronti dei loro danti causa. La confisca prevista nel settore dell'edilizia e dell'urbanistica è disciplinata dall'articolo 44, comma 2, DPR 380/01, secondo cui "la sentenza definitiva che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite". In dottrina è pacifica l'interpretazione di tale articolo, interpretazione secondo la quale la confisca può essere disposta anche in assenza di una sentenza di condanna³⁷⁸. Questo orientamento si fonda, essenzialmente, sul fatto che dal testo della norma si ricava che, per applicarsi la confisca, è sufficiente una sentenza che accerti la lottizzazione abusiva e che tale accertamento possa essere inserito anche in una sentenza di proscioglimento³⁷⁹. A partire dal 1990 l'interpretazione data all'articolo 44, comma 2³⁸⁰, del TUE è considerata diritto vivente³⁸¹ per cui la soluzione di un eventuale contrasto rispetto all'interpretazione fornita allo stesso articolo dai giudici interni deve essere risolta considerando l'intera attività svolta dalle autorità giudiziarie e non la singola norma di riferimento.

³⁷⁸ Cass., sez. III, 05/03/08 n. 9982; Cass., sez. III, 07/07/04 n. 37086; Cass., sez. III, 30/09/95 n. 10061; Cass., sez. III, 30/04/94 n. 4954.

³⁷⁹ Cass., sez. III, 13/07/95 n. 1995.

³⁸⁰ Tale articolo sostituisce integralmente l'articolo 19, comma 2, della Legge 47/85.

³⁸¹ Cfr., N. PICARDI, *La funzione del giudice nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in "Giust. Civ"., II, 2003, 370 in cui viene sottolineato il significato del diritto vivente. Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 302, 308, 324, 327, in "CED" 2008.

1. L'ORIENTAMENTO DELLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

La confisca è sanzione amministrativa e non misura di sicurezza applicabile, quindi, anche in assenza di condanna. L'istituto della confisca urbanistica pone una serie di problemi relativi sia alla natura³⁸² di tale misura (sia essa sanzione penale o sanzione amministrativa) sia ai soggetti destinatari della stessa (si applica al solo imputato o all'imputato colpevole, si applica o meno ai terzi estranei ai fatti). Nel corso degli anni vi sono stati diversi orientamenti sia della Corti di legittimità che di merito circa la qualifica della natura della confisca: un indirizzo delle Sezioni Unite qualificava la confisca come sanzione penale applicabile al soggetto imputato riconosciuto colpevole, non potendosi applicare ai terzi acquirenti in buona fede. Ciò comporta che occorre accertare la presenza degli elementi soggettivi, quali coscienza e volontà, e dell'elemento psicologico della colpa ai fini di rilevare la responsabilità dell'autore del reato³⁸³. Successivamente, si è affermato un altro orientamento³⁸⁴, oggi ripreso dalla Corte di Cassazione, secondo cui la confisca è sanzione amministrativa, applicata dal giudice penale una volta accertato il reato di lottizzazione abusiva, anche nei confronti dei terzi estranei al reato, indipendentemente da una pronuncia di condanna, salvo che il giudice non assolva l'imputato con la formula «perché il fatto non sussiste».

³⁸² Cfr., C. ANGELILLIS, *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame della Cedu e Corte Costituzionale*, in "Cass. Pen.", 2008, 11.

³⁸³ E' possibile sottolineare, a tal proposito, la differenza tra la misura della demolizione e quella della confisca entrambe previste dal d.p.r. 380/01: mentre la demolizione, prevista dall'articolo 31, è una sanzione amministrativa, la confisca, prevista dall'articolo 44, comma 2, è sanzione penale. Mentre alla confisca è riconosciuto carattere punitivo prevedendo la privazione della proprietà del terreno e degli edifici senza alcun indennizzo, alla demolizione è riconosciuto carattere riparatorio di un danno per evitare la reiterazione dell'illecito, operante nei confronti di tutti i soggetti in rapporto con il bene, che vantino un diritto reale o personale di godimento.

³⁸⁴ Cfr. G. TUCCI, *Confisca "urbanistica" e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. dir. priv. 1/2009, p. 35 ss in cui l'autore afferma che "Questa interpretazione, in definitiva, si basa unicamente sul fatto che, avendo il legislatore previsto nell'antecedente articolo 7 della legge 47/1985 (ora art. 31 del DPR. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), l'ammissibilità della sanzione della demolizione soltanto in caso di condanna, l'elisione della condizione di "colpevolezza dichiarata", contenuta nel successivo articolo 19, sarebbe da ritenere frutto di "consapevole volontà" di consentire l'applicazione della sanzione amministrativa della confisca in tutti i casi in cui fosse intervenuta un'assoluzione con la formula perché il fatto non sussiste; e ciò con l'effetto di vanificare i più rilevanti principi costituzionali e, come si vedrà, internazionali equiparando il soggetto che acquista un bene costruito in totale assenza di ogni permesso, oppure in totale difformità o con variazioni essenziali, con il soggetto che acquista un bene davanti al notaio dopo che sono stati accertati tutti i regolari permessi urbanistici".

Tale orientamento³⁸⁵, rimasto costante nella giurisprudenza (non nella dottrina³⁸⁶) della Corte, non è stato modificato neanche a seguito dell'entrata in vigore del T. U. in materia edilizia, approvato con DPR 6 giugno 2001 n. 380, che disciplina l'istituto della confisca all'articolo 44 all'interno delle disposizioni che fanno esplicito riferimento alle "sanzioni penali". Per effetto della confisca, quindi, i terreni e le opere realizzate sono acquisite a titolo gratuito dal Comune³⁸⁷ sul cui terreno è avvenuta la lottizzazione abusiva. La confisca, dunque, è una sanzione amministrativa obbligatoria, irrogata dal giudice penale, una volta accertata la lottizzazione abusiva. Questo rapporto tra illecito penale e provvedimento amministrativo è stato oggetto di orientamenti giurisprudenziali, non sempre seguiti in dottrina, secondo i quali un provvedimento amministrativo che mutasse la destinazione delle aree o permettesse ciò che prima era illecito, emesso dopo il passaggio in giudicato della sentenza che prevedeva la confisca, non poteva eliminare l'illeceità della condotta né incidere sul trasferimento della proprietà confiscata. Il rapporto tra giudicato penale e provvedimento amministrativo genera diversi problemi per la cui soluzione si auspica l'intervento del legislatore: la sentenza penale acquista efficacia di giudicato solo quando siano stati esperiti tutti i gradi di giudizio o siano trascorsi inutilmente i termini per le impugnazioni, mentre, trascorsi 90 giorni senza che intervenga la revoca dell'ordinanza, si dovrebbe operare l'espropriazione in via amministrativa senza che si sia concluso il processo penale. Si potrebbe verificare che, nel caso in cui sia divenuta definitiva la sentenza amministrativa che respinga il ricorso sulla legittimità dell'ordinanza del sindaco, la successiva sentenza penale che disponga la confisca risulterà inesorabile di fatto; così come l'imputato potrebbe essere assolto per inesistenza della lottizzazione abusiva ed il terreno essere stato acquisito al patrimonio del Comune perché il sindaco ha ritenuto illegittima la lottizzazione avvenuta su quel terreno. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁸⁸ qualificano la confisca come sanzione penale, applicabile al solo imputato riconosciuto colpevole secondo quanto disposto dall'articolo 240 c.p., non potendosi applicare al terzo acquirente del bene; negli stessi anni, però, si afferma l'orientamento giurisprudenziale ripreso dall'ordinanza del 2008.

³⁸⁵ L'orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione si rinviene dalla lettura di diverse sentenze emesse dalla Corte tra il 2004 e il 2007. In particolare: Cass., sez. III, 07/07/04 n. 229609; 27/01/05 n. 230979; 03/03/05 n. 230984; 07/11/06 n. 236076; 21/11/07 n. 236076.

³⁸⁶ Cfr. A. ALBAMONTE, *Demolizione dell'opera abusiva e poteri del giudice penale*, 1988 il quale riduce la confisca a una misura di sicurezza patrimoniale, ex articolo 240 c.p.; LECCESE, *Sulla natura giuridica della confisca disposta in caso di lottizzazione abusiva*, in *Dir. e formazione*, 2004, n. 2, in cui l'autore rileva che l'analisi del l'articolo 44 T.U.E. potrebbe mettere in crisi l'orientamento dominante relativo alla natura amministrativa della confisca prevista in caso di lottizzazione abusiva.

³⁸⁷ A differenza della confisca codicistica in cui il terreno viene acquisito dal patrimonio statale.

³⁸⁸ Cass. Pen., S.U., 3 febbraio 1990, C., in "Giur. It.", 1991, II, 229.

Tanto è vero che la Corte di Cassazione, Sezione III, nel 2008, in due pronunce non rappresenta un orientamento consolidato: una nel mese di giugno afferma che la confisca urbanistica «è sanzione amministrativa, che deve essere obbligatoriamente applicata dal Giudice penale, anche nei confronti di terzi estranei al reato e acquirenti in buona fede del bene, una volta che egli accerti la sussistenza di una lottizzazione abusiva, indipendentemente da una pronuncia di condanna, eccettuata soltanto l'ipotesi di assoluzione con la formula perché il fatto non sussiste³⁸⁹»; nell'altra nel mese di ottobre³⁹⁰ si discosta dal precedente indirizzo interpretativo ritenendo la misura in esame applicabile anche nei confronti di terzi estranei al reato venuti in possesso del bene in buona fede. Nella motivazione della sentenza si legge che la formulazione generica dell'articolo 44, comma 2, TUE, eliminato qualsiasi riferimento al processo penale all'interno del quale viene accertato il reato di lottizzazione abusiva, solleva problemi interpretativi e suscita dubbi di legittimità costituzionale quale conseguenza di una sua applicazione indiscriminata, considerando rilevante la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale la confisca è una pena come disposto dall'articolo 7 della Convenzione edu. La Corte di Cassazione, sulla base di importanti novità emerse nella materia in esame e di una diversa considerazione delle fonti dell'ordinamento giuridico ribadite dalla Corte Costituzionale nelle famose “sentenze gemelle³⁹¹”, giunge a qualificare la confisca urbanistica come sanzione amministrativa, e non misura di sicurezza penale di natura patrimoniale, emessa dal giudice penale in via di supplenza della Autorità amministrativa aggiungendo, però, che alla luce dei principi, contenuti nella Legge 689/81 in tema di modifiche al sistema penale, si richiede la presenza dell'elemento soggetto della coscienza e della volontà

³⁸⁹ Cass. Pen., Sez. III, 11 giugno 2008, n. 37274 e Cass. Pen., 26 giugno 2008, n. 37472, in “CED” 2008.

³⁹⁰ Cass. Pen., Sez. III, 24 ottobre 2008, n. 42741.

³⁹¹La confisca urbanistica differisce dalla confisca penale prevista dall'articolo 240 c.p. in quanto tale norma, al primo comma, prevede che solo in caso di condanna può essere disposta dal giudice penale, secondo criteri di discrezionalità da esercitarsi in vista di considerazioni di prevenzione speciale, la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere reato e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto; al secondo comma prevede che il giudice deve applicare la confisca 1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato e 2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata sentenza di condanna. Il terzo comma prevede che la disposizione 1) del secondo comma non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato, mentre al quarto comma prevede che la disposizione 2) non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e se la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.

La confisca prevista dall'articolo 44 è un istituto diverso da quello previsto dall'articolo 240 c.p. per diverse ragioni. La confisca prevista dall'articolo 44 configura un'espropriazione a favore del Comune e non dello Stato; è una sanzione amministrativa, non una misura di sicurezza patrimoniale, applicata dal giudice penale in supplenza dell'autorità amministrativa; è obbligatoria a prescindere da una sentenza di condanna. Inoltre, questo tipo di confisca differisce anche da quella prevista dal secondo comma e dall'ultimo comma dell'articolo 240 c.p.: dal secondo comma in quanto i terreni lottizzati e le opere costruite non costituiscono reato per se stessi, ma in quanto privi di autorizzazione o in contrasto con le prescrizioni degli strumenti urbanistici; dall'ultimo comma in quanto la confisca urbanistica è obbligatoria anche se i beni lottizzati “possono essere oggetto di autorizzazione amministrativa. Su quest'ultimo punto cfr. Cass., sez. III, 04/09/04 n. 38728.

dell'agente e quantomeno dell'elemento psicologico della colpa³⁹², giungendo ad affermare che la sanzione amministrativa non può, di conseguenza, essere applicata ai terzi in buona fede che non abbiano commesso alcuna violazione. Questa pluralità di orientamenti è dovuta al fatto che la confisca urbanistica pone una serie di problemi di diritto privato, di diritto penale e di diritto amministrativo: molto spesso gli interessi da tutelare sono sia di natura pubblica che privata; possono riguardare tanto aspetti legati alla natura urbanistico- paesaggistica quanto quelli di natura storico- artistica che ambientale. Ciò si ritrova anche nella già citata sentenza della Cassazione³⁹³ con la quale la Corte afferma che non vi è violazione dell'articolo 42, comma 2, della Costituzione, tenuto conto sia della funzione sociale della proprietà sia dell'esigenza primaria di tutela e di salvaguardia del territorio e che tra i il diritto della collettività e del singolo, entrambi costituzionalmente garantiti, a prevalere deve essere il primo.

2. LA CONFISCA URBANISTICA E LA CORTE EDU

Per quanto attiene al diritto penale l'articolo 7, comma 1, Cedu sancisce il principio di legalità attribuendo al concetto di pena un significato autonomo rispetto a quello previsto per gli illeciti e per le sanzioni penali dal diritto interno. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha elaborato un concetto autonomo di pena per assicurare la piena effettività dei diritti sanciti dagli articoli 6 e 7 della Convenzione, non fermandosi a definizioni di tipo formale o nominalistico³⁹⁴. La nozione di pena, anche se è rimessa alla discrezionalità del Giudice europeo, deve rispettare i principi di irretroattività e di legalità³⁹⁵, favorendo sia l'accessibilità della norma e della relativa giurisprudenza sia la possibilità per il cittadino di prevedere, al momento della commissione del reato, le conseguenze sanzionatorie³⁹⁶.

³⁹² Articoli 2 e 3 della Legge 24 novembre 1981, n. 689.

³⁹³ Corte di Cass., 26 giugno 2008, n. 37472.

³⁹⁴ Si tratta di un criterio ermeneutico coerente con la giurisprudenza europea, ma anche della necessità di inserire nell'ordinamento interno gli *standard* comuni introdotti dalla decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 del Consiglio dell'Unione europea, relativa alla confisca dei beni, strumenti e proventi di reato.

³⁹⁵ Sulla base delle differenze del sistema delle fonti tra ordinamenti *di common law* e di *civil law* il principio richiamato non richiede la presenza di una norma scritta, ma fa riferimento al diritto e non soltanto alla legge, comprendendo sia il diritto scritto che quello non scritto.

³⁹⁶ Cfr., E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006, pg. 171.

A conclusione diversa è giunta la Corte europea dei diritti dell'uomo, che inquadra la confisca urbanistica tra le sanzioni penali alla luce di un nuovo e autonomo concetto di pena, al fine di garantire una maggiore tutela prevista dagli articoli 6 e 7 della Convenzione. Dalla lettura del paragrafo 1 dell'articolo 7 Cedu si evince che per valutare l'esistenza di una pena occorre verificare: se la misura imposta sia a seguito di una sentenza di condanna per reato; la natura e lo scopo della misura; la sua qualificazione nel diritto interno o dalla giurisprudenza; le relative procedure per la sua adozione e l'esecuzione nonché la sua gravità e grado di afflittività. Ciò si rinviene in due pronunce dei giudici di Strasburgo, rispettivamente del febbraio e del giugno del 1995³⁹⁷, in cui viene ribadito il potere della Corte di andare “al di là delle apparenze”³⁹⁸ e valutare essa stessa se una data misura costituisca o meno una pena ai sensi della norma. Dall'applicazione di tale criteri la Corte è giunta alla conclusione secondo cui la confisca in questione è una vera e propria sanzione penale applicabile in forza dell'articolo 7 Cedu. In seguito a tali pronunce, la Corte ha elaborato uno statuto europeo della confisca, in cui si rinviengono dei principi minimi che un provvedimento di confisca deve rispettare. Sulla base di una valutazione autonoma del concetto di pena, il Giudice europeo ha stabilito che le misure rientranti nella categoria delle pene devono essere poste in ossequio ai principi di irretroattività, se sfavorevoli al reo; di presunzione di innocenza³⁹⁹; del giusto processo e di legalità, ossia riconoscere al cittadino la possibilità di accedere alla norma o alla giurisprudenza e di poter prevedere, al momento della commissione del fatto, le relative conseguenze sanzionatorie. Il principio di legalità, nel sistema Cedu a metà strada tra i sistemi di *civil law* e di *common law*, non richiede necessariamente la presenza della norma scritta, dal momento che l'attività della Corte non si lega al concetto più ristretto di “legge”, ma al concetto più ampio di “diritto”: l'articolo 7 Cedu si riferisce, quindi, sia al diritto scritto che a quello non scritto⁴⁰⁰. E' importante notare, inoltre, che il principio di legalità e il principio di irretroattività costituiscono un momento di collegamento tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e quella della Corte di Lussemburgo sotto tre profili: l'estensione di tali principi al di là degli illeciti e della nozione di pena presente nel diritto interno; l'applicazione di tali principi al

³⁹⁷ Corte eur. dir. uomo, 09/02/95, Welch c. Regno Unito; 08/06/95, Jamil c. Francia; in dottrina Cfr. A. BERNARDI, *Commento sub articolo 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo...*, in Bartole- Conforti- Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Cedam, 2001, p. 272.

³⁹⁸ Cfr., M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege data e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in Riv. it. dir. e proc. pen., fasc. 4, 2010, p. 1672.

³⁹⁹ Corte europea dei dir. uomo, sez. I, 25/09/08, Paraponiaris c. Grecia.

⁴⁰⁰ E' a partire dalla sentenza resa sul caso Sunday Times c. Regno Unito del 26 aprile 1979 che la Corte utilizza una nozione europea di legalità che comprende sia il diritto di origine legislativa quanto il diritto di origine giurisprudenziale.

diritto giurisprudenziale; la previsione della legalità non più circoscritta alla norma, ma estesa alle fonti legali e alla relativa giurisprudenza.

3. L'INTERPRETAZIONE DELL'ARTICOLO 44, COMMA 2, DEL D.P.R. 380/01 TRA GIUDICI INTERNI E GIUDICI DI STRASBURGO

In riferimento all'interpretazione della disposizione in esame, in tema di interpretazione sistematica prevista dall'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, il significato della disposizione normativa deve essere attribuito non guardando alla norma singolarmente nel suo significato letterale, ma inserendola all'interno del sistema ordinamentale, prendendo come riferimento i principi costituzionali e quelli del diritto internazionale e sovranazionale espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ciò come conseguenza del carattere aperto del nostro ordinamento che impone al giudice di interpretare le norme in modo conforme a quanto interpretato dai giudici di Strasburgo e, ove ciò non fosse possibile, sollevare questione di legittimità costituzionale della norma stessa, così come interpretata dal diritto vivente. In riferimento all'interpretazione conforme a Costituzione dell'articolo 44, comma 2, d.p.r. 380/01, la Corte di Cassazione riconosce il valore vincolante dei principi sanciti dalla Convenzione, secondo l'interpretazione data dalla Corte edu. Tale orientamento è ribadito anche dalla Consulta che, con le sentenze gemelle e, a seguito degli orientamenti consolidati nella nostra giurisprudenza, riconosce l'importanza del nuovo articolo 117, comma 1, della Costituzione avente la funzione di colmare la lacuna circa l'esistenza del parametro costituzionale che conferisce l'obbligo per il legislatore di rispettare le norme della Cedu, rendendo possibile un rinvio mobile alla norma individuata di volta in volta per dare contenuto agli obblighi generali internazionali evocati⁴⁰¹. La Cedu, quindi, non è un insieme di obblighi e di diritti reciproci assunti dagli Stati contraenti, ma è un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali, la cui interpretazione è attribuita, inizialmente, ai giudici nazionali lasciando ai giudici di Strasburgo l'interpretazione centralizzata della Cedu che, a norma dell'articolo 32, comma 1, della Convenzione, è competente per tutte le questioni di interpretazione e di applicazione della

⁴⁰¹ Cfr., R. CONTI, *La Corte dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea prevalgono sul giudicato e- sul diritto-nazionale*, in "Corr. Giur.", 2007, 689 ss.

Convenzione e dei suoi Protocolli⁴⁰². La Corte costituzionale, qualora sia sollevata questione di legittimità costituzionale rispetto al primo comma dell'articolo 117 della Costituzione per contrasto insanabile in via interpretativa tra norma interna e norma Cedu, deve accertare l'esistenza del conflitto normativo e verificare che le norme della Convenzione garantiscano un livello di tutela almeno equivalente rispetto a quello garantito dalla Corte Costituzionale: questo alla luce del bilanciamento tra accordi internazionali e natura della Costituzione⁴⁰³. A seguito di ciò, la Corte costituzionale, avendo rilevato che in base al diritto vivente la confisca possa essere applicata a norma dell'articolo 44, primo comma, TUE, ha riconosciuto a tale misura natura penale trovando, quindi, applicazione quanto disposto dall'articolo 7 della Convenzione per cui nessuno può essere condannato per un'azione o per un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno ed internazionale con conseguenza che non può esservi confisca per l'imputato assolto, per estinzione del reato né per i terzi estranei al reato. Secondo la Corte, quindi, tale misura è di natura penale sia perché, a differenza di altre misure, non implica l'esecuzione di attività materiali sullo stato dei luoghi, producendo la privazione della proprietà dei trasgressori e non, sia perché la funzione di supplenza del giudice penale ha natura eccezionale presupponendo sempre una espressa disposizione di legge, non potendo essere estesa a altre ipotesi di contravvenzioni edilizie non espressamente previste⁴⁰⁴.

⁴⁰² La Convenzione differisce dagli accordi internazionali, la cui interpretazione è rimessa alla Parti contraenti salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato.

⁴⁰³ Come osserva la Cassazione nella sentenza n. 349/07 il nuovo testo dell'articolo 117, primo comma, Cost. serve a colmare una lacuna che, in armonia con le costituzioni degli altri Paesi europei, si collega ai principi già presenti nel testo costituzionale che garantivano l'osservanza, da parte dello Stato, degli obblighi internazionali. Il parametro dell'articolo 117 Cost. impone non solo il rispetto delle norme internazionali, ma anche il rispetto degli altri parametri costituzionali nel caso di norme nazionali incompatibili con le norme Cedu e con gli obblighi internazionali. Ciò dà vita a un rinvio mobile alla norma convenzionale.

⁴⁰⁴ L'ordinanza in questione distingue le fattispecie previste dall'articolo 31 e dall'articolo 44 del d.p.r. 380/01: secondo l'articolo 31 il giudice penale può disporre la demolizione del bene, ma non la confisca, quest'ultima intesa come conseguenza non dell'illecito urbanistico, ma a tutela dell'ottemperanza all'ingiunzione a demolire evitabile con la spontanea ottemperanza. (Tar Lecce Puglia, III, 6 giugno 2008, n. 1658, in "Foro amm. Tar", 2008, 6) mentre nell'articolo 44 il giudice penale, accertato il reato di lottizzazione abusiva, non è vincolato alle scelte della Pubblica Amministrazione avendo un potere autonomo, senza nulla prevedere circa la demolizione dell'opera abusiva, pronunciandola in caso di assoluzione, tranne per la formula «perché il fatto non sussiste», nei confronti dei terzi estranei al reato.

4. *IL BILANCIAMENTO TRA TUTELA DEL TERRITORIO E DIRITTO DI PROPRIETA'*

Secondo la giurisprudenza comunitaria la confisca di diritto amministrativo è una sanzione penale irrogata dal giudice penale, a norma dell'articolo 44, comma 2, del TUE, pertanto il giudice che irroghi tale sanzione, al di fuori delle ipotesi di responsabilità penale, viola l'articolo 7 della Convenzione ed anche l'articolo 1 del Protocollo 1 addizionale alla Convenzione. Il carattere aperto del nostro ordinamento ha permesso un dialogo sempre più costante tra le nostre Corti superiori (Corte costituzionale e Corte di Cassazione) e la Corte europea dei diritti dell'uomo, apprestando una maggiore tutela ai diritti fondamentali della persona, anche in riferimento al diritto di proprietà. A norma dell'articolo 1 della Convenzione ed ogni persona soggetta alle giurisdizioni dei singoli Stati firmatari può adire la Corte per far valere i diritti tutelati dalla Convenzione e presenti nella nostra Costituzione⁴⁰⁵. Ed infatti «è tempo ormai- per tutti coloro che in vario modo partecipano alla costruzione del diritto penale italiano: legislatore, Giudici (ordinari e costituzionali), dottrina- di allargare gli orizzonti oltre i confini nazionali, nella consapevolezza che la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo anche nella materia penale non è, e non deve essere un problema solo nazionale, da affrontare con categorie meramente interne. I diritti fondamentali hanno da tempo un respiro sovranazionale, e per loro natura tendono ad una dimensione di universalità della quale il penalista italiano non può non tenerne conto⁴⁰⁶». La Corte di Strasburgo opera un raffronto tra il rispetto delle misure patrimoniali e la tutela dei diritti fondamentali e, in specie, nei casi di lottizzazione abusiva opera una comparazione tra le misure patrimoniali e il principio di proporzionalità. Questo è quello che è avvenuto nella vicenda di Punta Perotti in cui il processo penale si è concluso con l'assoluzione degli imputati ritenuti responsabili della violazione delle norme in materia edilizia, urbanistica e ambientale. Nonostante la mancanza di responsabilità penale è stata comunque disposta la confisca di tutti i terreni e degli edifici costruiti, oggetto di lottizzazione abusiva, secondo quanto previsto dall'articolo 19 della Legge n. 47/85 e dalla giurisprudenza di legittimità. Tale orientamento è stato, successivamente, sostituito con quello comunitario che prevede la valutazione autonoma della pena in ossequio agli articoli 6 e 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Secondo la Suprema Corte la confisca applicata in seguito alla lottizzazione abusiva è misura di natura penale e non amministrativa, tenuto conto del

⁴⁰⁵ Cfr., V. ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le corti sovranazionali*, in AA. VV., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, a cura di P. BILANCIA, E. DE MARCO, Milano, Giuffrè, 2004.

⁴⁰⁶ Cfr., F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in "Riv. It. Dir. e proc. Pen.", 2007, p. 55.

fatto che è connessa ad un reato accertato dal giudice penale, che ha carattere repressivo e preventivo, e tenuto conto della gravità e dalla qualifica data alla stessa dal d.p.r. del 2001. La Corte edu è intervenuta sulla questione effettuando un bilanciamento tra gli interessi collettivi della tutela del territorio, che giustificherebbe la privazione del diritto di proprietà del singolo⁴⁰⁷, e la tutela dei privati titolari di diritti reali sul terreno su cui si è realizzata la lottizzazione abusiva circa gli effetti lesivi di un atto ablatorio. Sulla prevalenza o meno dell'interesse collettivo su quello privato si è aperto un lungo dibattito, risolto attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 42 della Costituzione, che prevede che l'interesse dei privati può essere sacrificato a favore di un interesse generale preminente a fronte di un equo ristoro indennitario. Inizialmente la giurisprudenza era concorde nel ritenere che la confisca si applicasse anche ai terzi acquirenti in buona fede, i quali potevano vantare i propri diritti in sede del giudizio civile nei confronti del responsabile vista la natura di sanzione amministrativa e non penale, di conseguenza reale e non personale. Successivamente l'orientamento giurisprudenziale è cambiato, anche in seguito all'influsso della giurisprudenza comunitaria, considerando tale misura una pena e richiedendo, quindi, la presenza dell'elemento soggettivo della responsabilità del soggetto nel reato di lottizzazione abusiva; di conseguenza il soggetto, che non abbia avuto una condotta colposa o dolosa, non può essere destinatario della misura altrimenti si violerebbe quanto disposto in merito dalla Cedu. Occorre, quindi, non solo essere acquirenti in buona fede di un immobile abusivamente lottizzato, ma aver partecipato all'illecito penale, mentre la sanzione amministrativa non si applica ai soggetti cui sia stata accertata la buona fede, che non abbiano commesso violazioni e agli imputati prosciolti per intervenuta prescrizione del reato. Secondo gli ultimi orientamenti della Corte di Cassazione risponde del reato di lottizzazione abusiva anche il proprietario del terreno su cui si è costruito se, avuta la possibilità di intervenire, se ne sia astenuto a meno che non riesca a provare la sua buona fede. Per evitare contrasti tra l'articolo 44, comma 2, del d.p.r. n.380/01, l'articolo 7 della Convenzione edu e l'articolo 117 della Costituzione bisogna operare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 44 del TUE.

⁴⁰⁷ Articolo 1 Protocollo 1 Cedu secondo cui la limitazione al diritto di proprietà deve avvenire nel rispetto del principio di proporzionalità che risulti essere violato nel caso in cui alle misure ablatorie della proprietà per ragioni di pubblico interesse non corrisponda un indennizzo.

5. DUE RECENTI DECISIONI: IL CASO PUNTA PEROTTI E IL CASO VARVARA TRA CORTI INTERNE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

• *IL CASO PUNTA PEROTTI CONTRO ITALIA*

Il caso Punta Perotti viene portato dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo che, il 30 agosto 2007, emette la decisione⁴⁰⁸ sulla ricevibilità del ricorso n. 75909/01 presentato dalla società Sud Fondi srl e altri contro lo Stato italiano. In questa decisione i giudici di Strasburgo contestano la qualifica di sanzione amministrativa data dai nostri giudici alla confisca urbanistica, dichiarando la violazione della Convenzione nella parte in cui si prevede l'applicazione di tale misura a soggetti terzi rispetto al reato. Ripercorrere tale vicenda giudiziaria, soprattutto dopo la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, significa guardare al diritto di proprietà quale diritto fondamentale della persona.

Il caso Punta Perotti è ritenuto un esempio paradigmatico della trasformazione delle nostre categorie giuridiche tradizionali innescata dal mutato quadro di relazioni tra il sistema interno e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁰⁹. Secondo quanto disposto dall'articolo 44, comma 2, del d.p.r. 380/01 «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 acquisite dal patrimonio del Comune in cui è avvenuta la lottizzazione. Tale norma, però, non specifica se la sentenza in questione debba o meno essere di condanna, riconducendo una responsabilità penale all'imputato e non distingue i casi in cui sia o meno avviata la realizzazione delle opere sui terreni oggetto di lottizzazione abusiva.

La Corte di Strasburgo considera la confisca una pena e non una sanzione amministrativa, dovendosi avere applicazione del principio di legalità e di irretroattività; la qualifica di pena viene data sulla base di una nozione autonoma di illecito penale a cui si giunge attraverso l'applicazione di due parametri, ossia la natura dell'illecito e la gravità della sanzione tenendo in riferimento il caso concreto. Di conseguenza, la Corte edu può applicare l'articolo 7 della Convenzione a fattispecie che, dall'ordinamento e dalla giurisprudenza interni, non hanno la qualifica di penali. I giudici di Strasburgo nel 2007 hanno ritenuto ricevibile il ricorso presentato dalla Sud Fondi srl c.

⁴⁰⁸ La decisione sull'ammissibilità del ricorso, presentata a norma dell'articolo 54 del Regolamento di procedura, non è una decisione di condanna del lo Stato italiano a favore dei ricorrenti, ma è una decisione della Corte in cui sono indicati i principi e gli orientamenti ermeneutici precedenti, già acquisiti dalla stessa Corte edu.

⁴⁰⁹ Cfr., A. BALSAMO, A. PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in "Cass. Pen.", 2009, 3183.

Italia⁴¹⁰ in cui gli imputati, sulla base della decisione della Corte di Cassazione, adiscono la Corte edu lamentando la violazione degli articoli 7 Cedu e dell'articolo 1 Protocollo aggiuntivo e hanno poi pronunciato sentenza nel 2009⁴¹¹ accogliendo nel merito il ricorso e stabilendo che i ricorrenti non potevano prevedere l'irrogazione della misura della confisca dei terreni a causa della normativa che non possedeva i requisiti della chiarezza, dell'accessibilità e della prevedibilità. La seconda Sezione della Corte edu, con tale sentenza, condanna l'Italia al pagamento a titolo di danni non patrimoniali, a favore di ciascuna delle ricorrenti, le somme di 10.000 euro e di 30.000 euro a titolo di costi e spese, riservandosi per la quantificazione del danno patrimoniale, invitando <<il Governo e le ricorrenti a informarla, nei successivi 6 mesi, di ogni accordo al quale essi potranno giungere>>. Tale pronuncia si pone certamente in contrasto con quella della Cassazione⁴¹², in cui la Corte, considerando la confisca una sanzione amministrativa, aveva ritenuto che il proscioglimento degli imputati non fosse di ostacolo all'applicazione della confisca per lottizzazione abusiva. La Corte, in tale pronuncia, statuisce che la lottizzazione avvenuta è abusiva, in quanto eseguita in maniera non conforme alla legislazione in materia, riconoscendo, però, l'oggettiva oscurità della norma che aveva cagionato un errore scusabile. Da ciò consegue, quindi, l'assoluzione degli imputati ex articolo 5 c.p. e la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite ai sensi dell'articolo 19 L. 47/85, oggi articolo 44 del DPR 380/01. Nella sentenza del 2009 la Corte edu rileva anche la violazione dell'articolo 1 Protocollo 1 in quanto l'ingerenza dell'autorità pubblica deve rispettare il principio di legalità, la non arbitrarietà dell'ingerenza, il giusto equilibrio tra interessi generali e la tutela dei diritti fondamentali. Ci si chiede, quindi, se il contrasto dell'istituto della confisca urbanistica con l'articolo 7 della Cedu possa risolversi per via interpretativa o debba sollevarsi questione di legittimità costituzionale. La Corte Costituzionale già è intervenuta sul tema dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità dell'articolo 19 della Legge 47/85 nella parte in cui prevede che il giudice penale possa applicare la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite in caso di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, argomentando che tale misura mantiene, anche dopo l'estinzione del reato, la natura sanzionatoria. Anche la Corte di Appello di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 44, comma 2, del d.p.r. 380/01 nella parte in cui impone al giudice penale, una volta accertata la lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni <<anche a

⁴¹⁰ Corte dir. Uomo, 30 agosto 2007, ric. n. 75909, Sud Fondi srl c. Italia.

⁴¹¹ Corte dir. Uomo, 20 gennaio 2009, ric. n. 75909, Sud Fondi srl c. Italia.

⁴¹² Cass. Pen., Sez. III, 29 gennaio 2001, n. 11716.

prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti⁴¹³>>. L'ordinanza del 9 aprile 2008 n. 272 della Sezione I della Corte di Appello di Bari ha ritenuto rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 44, comma 2, del d.p.r., 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) nella parte in cui la norma prevede, dietro un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità e di merito, che il giudice penale, una volta accertata la lottizzazione abusiva, debba disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite a prescindere da un giudizio di responsabilità, anche nei confronti dei terzi estranei ai fatti, per violazione degli articoli 3, 25, comma 2, 27 e 117, comma 1, della Costituzione. Con ciò ha sospeso il giudizio e ha trasmesso gli atti alla Corte costituzionale, la quale, ravvisandone i presupposti, dichiarasse l'illegittimità costituzionale della norma⁴¹⁴. La Corte costituzionale ha ricordato che <<in presenza di un apparente contrasto tra disposizioni interne e disposizioni Cedu, anche quale interpretata da Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità solo se non si possa risolvere il problema in via interpretativa>>, continua la Corte <<il giudice a quo non ha operato alcun tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme⁴¹⁵ e per tale motivo il ricorso viene dichiarato inammissibile⁴¹⁶>>. Se alla confisca si attribuisce natura di sanzione penale, sulla scia della giurisprudenza Cedu, si deve sollevare l'incostituzionalità per violazione degli articoli 3, 25 e 27, comma 1, della Costituzione. Il Giudice costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile perché l'ordinanza di remissione non era correttamente motivata in quanto la decisione presa è rivolta a soggetti imputati non ritenuti responsabili e in mancanza dell'elemento soggettivo dell'intenzionalità e della colpa; di conseguenza si è finito per equiparare due categorie diverse di soggetti, ossia gli imputati prosciolti per mancanza dell'elemento soggettivo e i terzi estranei al reato di lottizzazione abusiva, ma comunque coinvolti perché, ad esempio, acquirenti in buona fede. Nel 2008 sul tema interviene la Corte di Cassazione⁴¹⁷ che qualifica la confisca come sanzione amministrativa e, riprendendo i principi contenuti negli articoli 2 e 3 della Legge 689/81, ha precisato che deve esserci l'elemento psicologico della colpa. Questo orientamento, riprendendo anche quello europeo, attribuisce alla confisca natura di sanzione amministrativa escludendo la sua

⁴¹³ Corte di Appello di Bari, Sez. I, 9 aprile 2008, n. 272.

⁴¹⁴ L'ordinanza è pubblicata in Gazz. Uff., 10 settembre 2008, n. 38 e in Giurisprudenza italiana, marzo 2009, intra, 121.

⁴¹⁵ Sulla base dell'interpretazione conforme si chiede al giudice di interpretare la norma interna in modo compatibile con la disposizione internazionale. Se il tenore letterale della disposizione interna non consente una siffatta interpretazione, si potrà investire la Corte costituzionale sollevando questione di legittimità costituzionale.

⁴¹⁶ Corte cost. n. 239/09.

⁴¹⁷ Cass. Pen., sez. III, 17 novembre 2008, n. 42741.

applicabilità ai soggetti terzi in buona fede. La vicenda di Punta Perotti inizia nel febbraio del 1999 quando il GIP, in giudizio abbreviato, assolveva tutti gli imputati dai reati urbanistici ed edilizi loro ascritti perché «il fatto non costituisce reato», disponendo la confisca⁴¹⁸ a favore del Comune di Bari dei terreni e dei complessi immobiliari. A tali immobili, nel giudizio di primo grado, era già stato applicato il sequestro preventivo, successivamente revocato dalla Corte di Cassazione⁴¹⁹. Nel 2000 la Corte di Appello di Bari assolveva gli imputati perché «il fatto non sussiste», escludendo la sussistenza e l'operatività di qualunque vincolo di inedificabilità sulle aree in questione, revocando la confisca; un anno dopo la Corte di Cassazione annullava senza rinvio la sentenza di appello, assolvendo gli imputati perché «il fatto non costituisce reato», disponendo la confisca e, di conseguenza, l'acquisizione dei terreni e degli immobili oggetto di lottizzazione abusiva al Comune di Bari. Successivamente i soggetti terzi rimasti estranei al giudizio penale presentavano ricorso ex articolo 665 c.p.p. al GIP di Bari, rivendicando l'estraneità al procedimento penale e denunciando la lesione al loro diritto di proprietà sui singoli immobili, a loro trasferiti regolarmente dalla Sud Fondi s.r.l. e sollevando questione di illegittimità costituzionale dell'articolo 19 della Legge n. 47/1985 ancora vigente. Il GIP nel 2004 dichiarava non solo l'irrelevanza della questione di legittimità costituzionale, ma anche quella del ricorso, adducendo come motivazione sia il carattere di pericolosità sociale del bene in seguito al reato di lottizzazione abusiva sia che i ricorrenti terzi non avevano titolo per chiedere la restituzione degli immobili, trattandosi di acquisto di cosa futura. Nel 2007 la Corte Edu giudicava sulla preliminare fondatezza del ricorso proposto con riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione del 2001. Nel 2009 la seconda Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo, vista l'importanza della vicenda, rimetteva il caso alla Grande Camera che, con decisione, metteva in discussione l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la confisca non potesse applicarsi nei confronti dei terzi in buona fede. La seconda Sezione della Corte edu⁴²⁰ definiva nel merito la questione e condannava lo Stato italiano <<per aver disposto la confisca e conseguente demolizione del complesso edilizio denominato Punta Perotti edificato in Bari,

⁴¹⁸ Articoli 30 e 44 del d.p.r. 380/01. Quanto ai rapporti tra la confisca disposta in tema penale con i meccanismi previsti dall'articolo 30 T.U.E., una parte della dottrina sottolinea come la confisca disposta dal giudice penale abbia natura residuale rispetto alle sanzioni applicate dall'autorità amministrativa e che gli spazi applicativi del giudice sono ridotti rispetto a quelli a disposizione dell'autorità amministrativa. L'articolo 30, commi 7 e 8, sancisce che il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata la lottizzazione di terreni a scopo edificatorio in mancanza di autorizzazione, notifici ai proprietari l'ordinanza di sospensione, alla quale in assenza di revoca entro il termine di 90 giorni, segue l'acquisizione di diritto al patrimonio disponibile del Comune e la demolizione delle opere.

⁴¹⁹ Corte di Cass., 17 gennaio 1998, n. 3884.

⁴²⁰ Corte dir. Uomo, decisione del 20 gennaio 2009, sez. II, n. 75909/01, Sud Fondi srl c. Italia.

*ritenendo violati l'articolo 7 della Cedu e l'articolo 1 Protocollo n. 1 della Cedu*⁴²¹». Secondo i giudici di Strasburgo, in riferimento alla violazione del diritto di proprietà, si deve applicare il secondo paragrafo dell'articolo 1 Protocollo 1⁴²². La Corte ha ritenuto che il provvedimento ablatorio, disposto nei confronti di soggetti che erano stati assolti per carenza dell'elemento soggettivo, mancanza dovuta alla non chiarezza della normativa statale e regionale e in regola con le autorizzazioni e i permessi a costruire, non violasse l'articolo 7 della Convenzione⁴²³ perché, in virtù del principio di legalità dei delitti e delle pene, è possibile applicare una pena solo se previsto dalla legge, la quale deve avere i caratteri della chiarezza, della prevedibilità e dell'accessibilità: nel caso di specie, tale misura non era prevista dalla legge, traducendosi in una sanzione arbitraria. Con sentenza del 10 maggio 2012 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accordato alle tre società ricorrenti la somma di 49 milioni a titolo di danno materiale per il danno subito. Tale pronuncia sembra essere un *leading cases* in materia penale in quanto riporta significativi aggiornamenti giurisprudenziali in riferimento all'articolo 7 della Convenzione e riconosce il principio di colpevolezza in materia penale, legandolo al principio di legalità dei reati e delle pene⁴²⁴, ripudiando ogni forma di responsabilità oggettiva.

Nel caso di specie, l'attribuzione della natura penale alla confisca è dipesa dal fatto che la Corte ha "sganciato" il collegamento tra misura e reato con la sentenza di condanna: non occorre che il giudizio si concluda con una sentenza di condanna, ma rileva la sede e l'oggetto dell'accertamento della confisca. Per applicare una sanzione penale, quindi, non occorre necessariamente una sentenza di condanna; i giudici di Strasburgo hanno effettuato un'interpretazione estensiva della nozione di riconducibilità della sanzione all'illecito penale, proprio per evitare qualsiasi elusione delle garanzie apprestate dall'articolo 7 Cedu. Questo risulta essere un criterio ermeneutico coerente con il contesto e le dinamiche europee volte a rivedere le categorie ermeneutiche tradizionalmente

⁴²¹ Cfr., R. MARTUSCELLI, *Lottizzazione abusiva*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁴²² L'articolo 1 prevede che «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali di diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

⁴²³ La Corte ha sottolineato che, anche se l'articolo 7 Cedu non fa espressamente riferimento alla necessità dell'elemento soggettivo, il concetto di colpevole sia nella versione inglese che in quella francese della Convenzione, farebbe riferimento ad un legame di natura volontaristica ai fini dell'individuazione della responsabilità dell'autore.

⁴²⁴ Cfr., F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in Cass. pen., 2009, 12, p. 1540 ss.

recepite dalla giurisprudenza di legittimità sull'argomento⁴²⁵: viene a crearsi, così, un processo circolare in base al quale gli *standards* elaborati a livello europeo vincolano di fatto e di diritto i giudici nazionali e, allo stesso tempo, le giurisprudenze nazionali concorrono alla definizione degli *standards* europei⁴²⁶. A differenza del precedente *leading case*, caso Welch c. Regno Unito, con questa sentenza la Corte edu rivede il primo criterio sistematico della sanzione penale, non richiedendo più il collegamento tra la confisca e l'accertamento del reato all'interno del processo penale; non fa più derivare la sanzione penale dal dato formale di una sentenza di condanna per un reato. La confisca, una volta accertato il reato commesso, ha funzione repressiva. Questa pronuncia della Corte edu ha sicuramente contribuito alla formazione di un nuovo orientamento nella giurisprudenza italiana, conforme alla giurisprudenza europea sul tema. Infatti, la Corte di Cassazione, a partire dal 2008, ha stabilito che <<*il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente condannato, in quanto detta sanzione può essere disposta allorquando sia stata comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo e oggettivo) anche se per una causa diversa, qual è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga a condanna del suo autore ed alla inflizione della pena*⁴²⁷>>. In relazione all'applicazione della confisca - sanzione amministrativa- ai terzi estranei al reato, la Corte di Cassazione richiede la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato non ritenendo più sufficiente l'esistenza del nesso tra la *res* confiscata e il terzo. La Corte ha escluso che l'applicazione della misura ablativa nei confronti dei terzi ponga in essere una violazione degli articoli 27 e 42 della Costituzione: non si ha violazione dell'articolo 27 in quanto tale norma fa riferimento ai principi relativi alla responsabilità penale, non applicabili, quindi, alle sanzioni amministrative; non si ha violazione dell'articolo 42 perché, in virtù della funzione sociale, nel bilanciamento tra interesse collettivo alla corretta pianificazione territoriale e interesse privato a prevalere è sicuramente il primo⁴²⁸. La Corte costituzionale, negli anni novanta, si è pronunciata in

⁴²⁵ Cfr., A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in Cass. pen., fasc. 9, 2008, p. 3504.

⁴²⁶ Cfr., V. ONIDA, *I diritti umani in una comunità internazionale*, Il Mulino, 2006, p.414, in A. Balsamo- C. Parasporo, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi ancora aperti*, in Cass. pen., fasc. 7-8, 2009, p. 3183.

⁴²⁷ Cass. pen. sez.III, 26/06/08 n. 37472; Cass. pen. sez. III, 15/02/07 n. 6396; Cass. pen. 15/03/05 n. 10037; Cass., sez. III, 30/04/09 n. 21188; 13/07/09 n. 39078; 09/07/09 n. 36844; 24/10/08 n. 42741 in aderenza alla sentenza Sud Fondi. In quest'ultima sentenza la Cassazione, utilizzando lo strumento della presunzione di conformità delle norme interne con quelle internazionali e, prevedendo sul punto ogni futura violazione, ha reinterpretato la norma nazionale, sì da consentire il rispetto degli obblighi assunti con la sottoscrizione della Convenzione.

⁴²⁸ Cass., 15/03/05 n. 10037, Vitone e altri.

materia di confisca urbanistica ritenendola costituzionalmente legittima; di conseguenza il problema, oggi, è quello di verificare la costituzionalità di tale istituto alla luce del nuovo regime delle fonti del diritto, che caratterizza il nostro attuale ordinamento, e la rilevante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

- *II CASO VARVARA CONTRO ITALIA*

Tale orientamento è stato utilizzato dalla Corte di Strasburgo nel 2013 per decidere il caso Varvara contro Italia⁴²⁹. L'iter processuale ha inizio nel 1997 con il sequestro dei terreni abusivamente lottizzati; un anno dopo all'imputato viene disposta la confisca dei terreni e degli edifici. La Corte di Appello accoglie l'impugnazione dell'imputato che veniva assolto, nel 2001, con la formula "perchè il fatto non sussiste"; la confisca revocata e i beni restituiti. Nel 2002 la Corte di Cassazione annullava la sentenza con rinvio. La Corte di Appello in sede di rinvio dichiarava l'imputato colpevole, lo condannava e ordinava la confisca dei terreni e degli immobili. L'imputato ricorreva in Cassazione e otteneva un nuovo annullamento con rinvio. Nel 2006 la Corte di Appello, nel nuovo giudizio rescissorio, dichiarava il non doversi procedere per tutti i reati per intervenuta prescrizione confermando, però, la confisca. La Corte di Cassazione, di nuovo adita dall'imputato, confermava nel 2008 sia la sentenza di estinzione dei reati per prescrizione⁴³⁰ sia la confisca. La Corte edu, riprendendo l'iter argomentativo utilizzato nel precedente caso, ha condannato lo Stato italiano per un importo di 10.000 euro a titolo di risarcimento dei danni mentre per la quantificazione dei danni materiali si è riservata di decidere successivamente. Nella decisione di questo caso la Corte afferma, al §67, l'esistenza della violazione del principio di legalità, ritenendo non ammissibile l'applicazione di una pena a una persona che non è stata dichiarata colpevole in sede penale e che la confisca, così come interpretata nel diritto interno, è sanzione arbitraria, non conforme alla legge ai sensi dell'articolo 7 Convenzione. E' importante sottolineare il fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la decisione del caso Varvara, abbia condannato l'Italia non solo perché esegue confische per un reato estinto per prescrizione, ma per "il sistema" di prescrizione dei reati. I giudici di Strasburgo, per questo caso specifico, hanno ritenuto che l'applicazione della confisca contro la lottizzazione urbanistica prevista nell'ordinamento italiano

⁴²⁹ Corte dir. Uomo, 29 ottobre 2013, ric. n. 17475/09, Varvara c. Italia.

⁴³⁰ Nel 2008 la Corte costituzionale, con sentenza n. 85/2008 evidenzia come la prescrizione sia idonea a "arrecare all'imputato significativi pregiudizi, sia di ordine morale sia di ordine giuridico".

nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, senza alcun grado di responsabilità penale registrato in una condanna, costituisce una violazione del principio di legalità fissato dall'articolo 7, nonché del principio di responsabilità personale previsto dagli articoli 6, comma 2, 7 e 2 della Convenzione. Si configura una confisca che ha natura punitiva, comportando un'ingerenza arbitraria nel godimento del diritto di proprietà ai sensi dell'articolo 1 Protocollo I perché sproporzionata⁴³¹ e priva di una base legale, in violazione del principio di colpevolezza. La Corte edu osserva che ciò che cambia nei vari Paesi europei non sono i termini base per la prescrizione, bensì il “tetto massimo” nel caso in cui intervengano atti interruttivi e la sospensione della prescrizione. <<Qualora la pubblica accusa abbia esercitato l'azione penale in tempi ragionevoli rispetto alla commissione del reato, la pendenza del processo penale e il progredire delle relative scansioni processuali impediscono, nei sistemi giuridici degli altri Paesi europei, che la prescrizione continui a decorrere ininterrottamente, e che il reato si estingua in un termine di poco superiore a quello massimo previsto dalla ipotesi base⁴³²>>. Dopo la sentenza della Corte edu, divenuta definitiva il 25 marzo 2014 e quindi vincolante per lo Stato italiano a norma dell'articolo 46 Cedu (in seguito all'avvenuto rigetto dell'istanza di rinvio alla Grande Camera formulata dal Governo italiano), la Corte di Cassazione solleva dinanzi alla Consulta questione di legittimità costituzionale della norma⁴³³ (capoverso articolo 44 DPR 380/01) relativamente alla confisca di suoli e di opere oggetto di lottizzazione abusiva. La Cassazione, non potendo effettuare un'interpretazione convenzionalmente orientata e aderente ai principi costituzionali, si è rivolta alla Consulta affermando che la confisca non può applicarsi nel caso di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi per violazione degli articoli 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, della Costituzione dal momento che <<il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute sono tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà, ritenuto violato dalla sentenza Varvara con la condanna dell'Italia per contrasto con l'articolo 1 del Protocollo n.1 della Convenzione edu⁴³⁴>>. La soluzione di vietare al giudice penale italiano, una volta accertato il

⁴³¹ La sanzione applicata risulta essere sproporzionata rispetto all'interesse della collettività, in quanto la buona fede e l'assenza di responsabilità non hanno potuto svolgere alcun ruolo. Cfr., Corte eur. dir. uomo, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, §138- 139. In dottrina, cfr. A. M. Maugeri, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress*, in *Diritto penale contemporaneo*

⁴³² Cfr. D. CECCARELLI, *Confisca in assenza di sentenza di condanna di fronte alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Questione Giustizia*, Commento a CEDU, 29 ottobre 2013, VARVARA c. Italia, 19 novembre 2013.

⁴³³ Cass. pen., sez. III, ordinanza 30 aprile 2013 n. 20636 (dep. 20 maggio 2014).

⁴³⁴ Cass. pen., Sez. III, ord. 30 aprile 2014 n. 20636, p. 23.

reato di lottizzazione abusiva rispetto al quale sia decorso il termine di prescrizione, di procedere alla confisca comporterebbe un'ingiustificata prevalenza del diritto di proprietà rispetto a tutti gli altri controinteressi, di rango prevalente nell'ottica costituzionale, che ne resterebbero sacrificati⁴³⁵. In questo modo la Corte di Cassazione chiede un controllo costituzionale delle norme della Convenzione precostituito dalla Corte Costituzionale con le sentenze 348-349/07. Il contrasto tra Corti italiane e Corte europea dei diritti dell'uomo si auspica sia risolto attraverso un dialogo tra Corti, in base al quale si abbia una <<reciproca cessione di spazi all'evoluzione interpretativa dei diritti fondamentali⁴³⁶>>. Non sembra improbabile un *revirement* della Corte di Strasburgo, partendo dalla opinione, in parte dissenziente, del giudice portoghese Paulo Sergio Pinto de Albuquerque, secondo cui <<sulla base di un'approfondita analisi comparatistica dei modelli di confisca senza condanna penale e di confisca estesa, considerati come strumenti fondamentali della politica penale contemporanea- ha concluso che l'applicazione della confisca per lottizzazione abusiva in assenza di sentenza di condanna risulta conforme all'articolo 7 della Convenzione, mentre può ravvisarsi una violazione dell'articolo 1 del Protocollo 1 sotto il profilo del mancato rispetto del principio di proporzionalità, in ragione della portata della misura, che colpisce in maniera automatica non soltanto i manufatti ma anche i terreni nella loro totalità⁴³⁷>>.

E' da notare come la Corte di Strasburgo nel caso Sud Fondi abbia ritenuto l'articolo 44 DPR 380/01 incompatibile con l'articolo 7 della Convenzione nella parte in cui consente la confisca anche in presenza di una sentenza di assoluzione dell'imputato per mancanza dell'elemento psicologico; con la sentenza Varvara la Corte riduce ancora di più la portata operativa della misura ablatoria, censurando anche le ipotesi in cui, accertata la responsabilità dell'imputato anche sotto il profilo dell'elemento psicologico, la confisca sia disposta con sentenza di proscioglimento dell'imputato per la prescrizione del reato e comunque in assenza di una sentenza di condanna. Dall'analisi dei casi sopra descritti, emergono due principi fondamentali: l'inderogabilità del rispetto del principio di colpevolezza, fondato sul principio di legalità ex articolo 7 della Convenzione e sulla presunzione di innocenza presente nell'articolo 6, comma 2, Cedu. Tali principi, nel caso di applicazione della misura della confisca intesa come pena, impongono un

⁴³⁵ Cfr. F. VIGANO', *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*. Nota a Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2013 (dep. 20 maggio 2014), n. 20636, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 giugno 2014.

⁴³⁶ Cfr., C. ANGELILLIS, *Confisca in caso di prescrizione del reato: la parola alla Consulta*, Cassazione III sezione sentenza 30/04/2014, p.6.

⁴³⁷ Cfr. A. BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva the european court of human rights on non conviction based confiscation*, in *Cassazione penale*, fasc. 4, 2014, pag. 1395B.

sacrificio del diritto di proprietà ai fini preventivi e la necessità che l'applicazione della pena avvenga con una condanna in cui si riconosce la colpevolezza.

BIBLIOGRAFIA

G. ABBATISTA, *Misure di prevenzione patrimoniali antimafia e “pacchetto sicurezza” del 2008: un equilibrio instabile tra efficienza del sistema e recupero di garanzie*, in AA.VV. *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”*, a cura di F. Cassano;

A. ALBAMONTE, *Demolizione dell'opera abusiva e poteri del giudice penale*, in Cass. pen., 1988;

R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1978;

- R. ALEXYS, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1992;
- R. ALEXYS, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012;
- F. AMIRANTE, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale*, Lisbona 8-9 ottobre, 2009;
- E. ANDOLINA, *Nuovi scenari della tutela penale dei diritti fondamentali in Europa*, in *Diritto penale e processuale*, 6/2012;
- C. ANGELILLIS, *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame della Cedu e Corte Costituzionale*, in "Cass. Pen.", 2008, 11;
- C. ANGELILLIS, *Confisca in caso di prescrizione del reato: la parola alla Consulta*, Cassazione III sezione sentenza 30/04/2014;
- T. ASCARELLI, *Prefazione agli studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1925;
- T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949;
- T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949;
- T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952;
- T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955;
- M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012;
- AA. VV., *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2007;
- AA.VV., *Il segno, il linguaggio e l'interpretazione. Il diritto dialoga con l'arte, la letteratura, la religione*, Eurolink, Roma, 2014;
- G. AZZARITI, *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006;
- G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1974;
- A. BALSAMO, C. LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, Gennaio 2012, in www.penalecontemporaneo.it;

- A. BALSAMO, G. LUPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali*, a cura di Furfaro, Milano, Utet, 2013;
- A. BALSAMO, A. PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in “Cass. Pen.”, 2009;
- A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in Cass. pen., fasc. 9, 2008;
- A. BALSAMO, *Il “Codice Antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012;
- A. BALSAMO, *La Corte europea e la “confisca senza condanna” per la lottizzazione abusiva the european court of human rights on non conviction based confiscation*, in Cassazione penale, fasc. 4, 2014;
- A. BERNARDI, *Commento sub articolo 7 Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in Bartole-Conforti- Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Cedam, 2001;
- S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino editore, Catanzaro, 2002;
- G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Jovene, Napoli, 2009;
- G. BENEDETTI, *L’orizzonte del giurista interprete*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell’interpretazione di Emilio Betti cinquant’anni dopo*, Istituto nazionale di studi romani- onlus, 2010;
- E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1928, v. XCIX;
- E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficacia evolutiva*, in Ius, Milano, 1959;
- E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2 edizione, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1971;
- E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990;
- G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisprudenza costituzionale in Alexy e Habermas*, in *Ars Interpretanti. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2005;
- A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell’uomo in Europa*, Giappichelli, Torino, 2004;

G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962;

G. CARLIZZI, V. OMAGGIO, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2011;

F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Foro italiano*, 1995, V;

D. CECCARELLI, *Confisca in assenza di sentenza di condanna di fronte alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Questione Giustizia*, Commento a CEDU, 29 ottobre 2013;

B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in AA. VV., *Analisi e diritto*, 2004. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2004;

A.A. CERVATI, *In tema di percorsi per il riconoscimento del diritto costituzionale*, in ID, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009;

A.A. CERVATI, *L'insegnamento di Emilio Betti e lo studio del diritto costituzionali*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, Istituto nazionale di studi romani- onlus, 2010;

A. CISTERNA, *La confisca di prevenzione al test della verità: sanzione patrimoniale o solo misura di sicurezza?*, in *Archivio penale*, 2014, 1;

M. COMPORTE, *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella Carta eur. dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005;

M. COMPORTE, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, a cura di L. Bruscutta, G. Grisi, O. T. Scozzafava, *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, Napoli, 2007;

M. COMPORTE, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, a cura di L. Bruscutta, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I;

R. CONTI, *La Corte dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea prevalgono sul giudicato e- sul diritto- nazionale*, in "Corr. Giur.", 2007;

G. D'AMICO, *Le ragioni di un convegno*, in AA.VV., *Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno, Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, a cura di G. D'Amico, Edizioni Scientifiche italiane, 2013;

L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998;

F. DONATI- P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA. VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea- A. Spadaro- L. Ventura, Giappichelli, Torino, 2003;

P. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, 6 ediz. ampli., Giuffrè, Milano, 2008;

G.F. FERRARI, *Rapporti tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in G. F. FERRARI, *Corti nazionali e Corti europee*, Esi, Napoli, 2006;

G. FIANDACA, <<*Misure di prevenzione (profili sostanziali)*>> in *Digesto discipline penalistiche*, Giappichelli, Torino, 1994;

G. FIANDACA, E. MUSCO, <<*Diritto penale- parte generale*>>; Zanichelli, 2014;

V. FROSINI, *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1992;

H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 2004;

A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2010;

R. GAROFOLI <<*Costituzione economica, trasformazione in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*>>; in *Giur. cost.* 2006;

F. GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione sociale com principio ordinatore dello statuto proprietario multilivello*, in *Giust. amm.*, 2009;

A. GIALANELLA, *Il punto su misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi: nuovi passi della lunga marcia verso un orizzonte di riforma*, CD, n. 1-2, 2002;

M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà*, in *Pol. dir.*, 1971;

M. GRAZIADEI, *Disciplina internazionale e circolazione dei modelli proprietari*, in *L'incidenza dei dir. intern. sul dir. civ. Atti del 5 Convegno nazionale 25-26-27 marzo 2010*, Esi, 194;

R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998;

R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004;

N. HARTMANN, *La fondazione dell'ontologia*, Fabbri, Milano, 1963;

G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006;

I. KORZENIOWSKI, *L'ermeneutica di Emilio Betti*, Città, Nuova, Roma, 2010;

M. LECCESE, *Sulla natura giuridica della confisca disposta in caso di lottizzazione abusiva*, in *Dir. e formazione*, 2004, n. 2;

A. LONGO, *Emilio Betti a confronto con Hans Georg Gadamer*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, in Istituto nazionale di studi romani- onlus, 2010;

LUCARELLI, in AA.VV. *L'Europa dei dir. commento alla Carta dei dir. fond. dell'U.E. sub art. 17 dir. della propr. (famiglia, proprietà e lavoro)*, in Riv. dir. civ., 2002;

N. MACCORMICK, *On the Legal Decision and Their Consequences: from Dewey to Dworkin*, New York University Law Review, 1983;

N. MACCORMICK, *Universalization and Induction in Law*. In *Reason in Law*. Proceedings of the Conference held in Bologna (12- 15 December 1984), Eds., C. Faralli- E. Pattaro, Giuffrè, Milano, 1987;

N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, edizione italiana a cura di Vittorio Villa, Giappichelli, Torino, 2001;

N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel "commonwealth" europeo (1999)*, Il Mulino, Bologna, 2003;

C.V. MACRI', *La legge antimafia*, Jovene, Napoli, 1983;

P. MADDALENA, *Incontro trilaterale a Lisbona. I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica italiana*

V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in www.penalecontemporaneo.it, n. 3-4, 2012;

F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà, Relazione tenuta al 2 incontro italo-francese di dir. amm.*, Parigi, 12 ottobre 2007;

F. MANGANARO, *La Conv. eur. dei dir. dell'uomo*, in Dir. amm., n. 2, 2008;

V. MARINELLI, *La metodologia ermeneutica di Emilio Betti*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, a cura di G. Crifò, Istituto nazionale di studi romani, Roma, 2010;

A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006;

R. MARTUSCELLI, *Lottizzazione abusiva*, Giuffrè, Milano, 2012;

A. MASARACCHIA, *La costruzione e l'impiego dei parametri non scritti nella giurisprudenza delle Corti Supreme nordamericane, della Corte di Giustizia delle Comunità europee e della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007;

R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e sistema della Cedu*, in *Atti convegno CSM Roma sul tema "La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"*, 28 febbraio 2007;

A.M. MAUGERI, <<*Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*>>, Giuffrè, Milano, 2001;

A.M. MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine. Reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*. Atti del convegno Catania, 19-20 gennaio 2007;

A.M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?* in www.penalecontemporaneo.it, 2013;

A.M. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014;

A.M. MAUGERI, *Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività, la necessità della correlazione temporale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4/ 2014;

F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Cass. pen.*, 2009;

F. MENDITTO, *La confisca di prevenzione nei confronti del 'morto'. Un non liquet della Corte Costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate*, nota a *Corte cost.*, sent. 9 febbraio 2012, n. 21;

F. MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in *Diritto penale contemporaneo*;

F. MENDITTO, *Misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex articolo 12 sexies l. n. 356/92*, Giuffrè, Milano, 2012;

L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988;

L. MENGONI, *Proprietà e libertà, in La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Atti del Convegno, Milano 6-7 maggio 1988, Milano, 1990;

P. MENGOLZI, *I diritti fondamentali tutelati dal diritto comunitario e il diritto degli Stati membri*, in *Contratto, Impresa Europa*, 2002;

C. MIUCCI, *Profili di problematicità del procedimento di prevenzione in materia di mafia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013;

F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1988;

F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in costituzionalismo.it, 2006;

F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 2009;

S. MORELLI, *Tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona*, Padova, Cedam, 2003;

C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976;

A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006;

E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006;

L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 575;

G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra Carte e Corti*, in *Dir. fam.*, 2013;

V. ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le corti sovranazionali*, in AA. VV., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, a cura di P. Bilancia, E. De Marco, Milano, Giuffrè, 2004;

V. ONIDA, *I diritti umani in una comunità internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, in A. Balsamo- C. Parasporo, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi ancora aperti*, in *Cass. pen.*, fasc. 7-8, 2009;

A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in costituzionalismo.it, 2006;

M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege data e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2010;

C. PERELMANN, *Logica giuridica nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1976;

P. PERLINGIERI, *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di Vettori, Cedam, Padova, 2002;

P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo- comunitario delle fonti*, II, Esi, Napoli, 2006;

P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Esi, Napoli, 2008;

F. PETRILLO, *La decisione giuridica. Politica, ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti*, Giappichelli, Torino, 2005;

- F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Giappichelli, Torino, 2011;
- F. PETRILLO, *La metodologia interpretativa del diritto per l'ermeneutica in tutti i campi del sapere*, in AA.VV., *Il segno, il linguaggio e l'interpretazione. Il diritto dialoga con l'arte, la letteratura, la religione*, Eurolink, Roma, 2014;
- N. PICARDI, *La funzione del giudice nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in "Giust. Civ"., II, 2003;
- G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2006, 1;
- G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 28, 2007;
- G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009;
- G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2010;
- P. PIRRONE, *Diritti Umani E Il Diritto Internazionale Privato E Processuale Tra Scontro E Armonizzazione* in AA. VV. *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, a cura di P. Pirrone, Giappichelli Torino, 2011;
- D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in www.penalecontemporaneo.it;
- V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 2013;
- S. PRADUROUX, *Diritto di proprietà (come dir. fond.)*, Dig. Disc. priv., Sez. civ. Aggiornamento, Torino, 2012;
- S. PRADUROUX, *Una costellazione europea: la proprietà e i beni nel quadro dei parametri di legalità enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in NGCC, 2012- Parte seconda;
- G. RAIMONDI, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011;
- G. RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale (*) e la competizione tra modelli*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 3, 2010;
- Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato dell'Unione europea (COM (2012)0085- C7-

0075/2012- 2012/0036 (COD) da parte della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, A7- 0178/2013, 20 maggio 2013;

G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene Editore, Napoli, 2011;

P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella <<costituzione europea>>*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 1999;

P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le <<tradizioni costituzionali comuni>> degli Stati membri*, in S. Pannunzio, E. Sciso, *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2002;

S. RODOTA', *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Costituzione*, in M. Comporti, *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005;

S. RODOTA', *La proprietà tra ritorno e rifiuto*, in *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, Napoli, 2007;

R. ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contratto e impresa*, 2011;

A. RUGGIERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *Quad. europ.*, 2010;

A. RUGGERI, *Cedu, diritto eurounitario e diritto interno: alla ricerca del sistema dei sistemi*, in www.giurcost.org, 19 aprile 2013;

C. SALVI, *Codice civile e Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189;

C. SALVI, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Convegno- Perugia, 25- 26 marzo, 2011;

C. SALVI, *Proprietà, libertà e funzione sociale Principi e regole*, in *Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno, Reggio Calabria 11 e 12 ottobre 2013*, a cura di G. D'Amico, Edizioni scientifiche italiane, 2013;

A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006;

V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista in Italia e nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto civile* 2/2010;

V. SCALISI, *Fonti- teoria- metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della post modernità*, Giuffrè, Milano, 2012;

V. SCALISI, *Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Fonti, Teorie e metodo* Giuffrè, Milano, 2012;

- V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Fonti-teoria-metodo*, Giuffrè, Milano, 2012;
- R. SCARPA, *Diritti fondamentali ed ordinamento comunitario*, in *Giust. civ.*, 1980;
- A. SCHIAVELLO, *Integrazione europea, ragione pubblica, negoziazione. Qualche riflessione a partire dalla questione del richiamo alle "radici cristiane" nel Preambolo della Costituzione europea*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. TRUJILLO e F. VIOLA, Il Mulino, Bologna, 2007;
- G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Giuffrè, Milano, 2007,
- G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali; per una diversa lettura dell'atteggiamento della Corte UE rispetto alla Carta di Nizza*, in C. PINELLI, *I diritti fondamentali in Europa tra politica e giurisprudenza*, in *Pol. D.*, 2008;
- G. SMORTO, *Alcune riflessioni di metodo sulla tutela dei terzi di buona fede in materia di sequestro e di confisca antimafia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002;
- G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980;
- C. TENELLA SILLANI, *Panoramica del diritto di proprietà*, in *Fra individuo e collettività la proprietà nel secolo XXI*, XXV Conferenza internazionale dell'Osservatorio "Giordano dell'Amore" sui rapporti tra diritto e economia, Milano, 8-9 novembre, 2012 ;
- M. TRIMARCHI, *La proprietà*, in C. Castronov- s. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007;
- M. TRIMARCHI, *La proprietà nella Costituzione europea*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006 ;
- M. TROPER, *La nozione di principio sovraconstituzionale*, in AA. VV., *Analisi e diritto*, 1996. *Ricerche di giurisprudenza analitiche*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1997;
- G. TUCCI, *Confisca "urbanistica" e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. priv.* 1/2009;
- L. VARGIU, *Appunti su Sedlmayr lettore di Betti*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, in Istituto nazionale di studi romani- onlus, 2010;
- J. VELU, R. ERCEG, *La Convention européenne des droit de l'homo*, Bruxelles, 1990;
- F. VERGINE, *Confisca*, in *Archivio penale*, 2013 n. 3;

- G. VETTORI, *Circolazione dei beni e ord. comunitario*, in Riv. dir. priv., n.2, 2008;
- T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1953;
- F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in "Riv. It. Dir. e proc. Pen.", 2007;
- F. VIGANO', *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*. Nota a Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2013 (dep. 20 maggio 2014), n. 20636, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 giugno 2014;
- F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, 1990;
- U. VILLANI, *La Tutela Internazionale Dei Diritti Umani*, Roma, 2005;
- P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947;
- G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Giuffrè, Milano, 1984;
- G. ZACCARIA, *Il giurista e la volontà. Betti e le funzioni giuridiche*, in G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996;
- F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma, 2004;
- A. ZAPPOLATO, A. RIELLO PERA, *Il diritto di proprietà e i suoi limiti*, in (a cura di) Pasquale Gianniti, *I diritti fondamentali nell'U. E.*, 2013.