



**CORTE SUPREMA
DI CASSAZIONE**

PROTOCOLLO CORTE DI CASSAZIONE - CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

BOLLETTINO

(a cura del Gruppo di lavoro)

I

2018

PUBBLICAZIONE SEMESTRALE

Prefazione

Dopo la firma del Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e la Corte europea dei diritti dell'uomo, avvenuta a Strasburgo l'11 dicembre 2015, la Corte di cassazione ha dato attuazione al Protocollo costituendo un gruppo di lavoro permanente, composto di un componente per ciascuna Sezione, civile e penale, della Corte, nonché di due magistrati del Massimario, che cura sia l'immediata selezione delle sentenze di legittimità che applichino in maniera significativa la normativa europea, sia la segnalazione delle sentenze CEDU che più direttamente riguardino l'Italia, diffondendone la conoscenza tra i colleghi della Corte con sintetici abstracts.

L'attività di ragionata ed immediata diffusione del diritto vivente delle due Corti costituisce una risorsa insostituibile per garantire un proficuo dialogo fra giudici.

La pubblicazione racchiude il materiale fin qui distribuito mediante mail – arricchito degli indici e dei relativi collegamenti ipertestuali – seguendo schemi di classificazione omogenei.

La raccolta dei report fin qui svolti è destinata ad essere implementata periodicamente con successive pubblicazioni e ad essere divulgata, anche all'esterno della Corte, a mezzo del presente Bollettino con pubblicazione semestrale.

INDICE CRONOLOGICO DELLE SEGNALAZIONI

Cass. civ., Sez. III, ordinanza 06.10.2017, n. 23452.....	1
Corte E.D.U. Sez. III, 9 gennaio 2018 (nn. 1874/13 e 8567/13), López Ribalda et a. c. Spagna.....	5
Cass. pen., Sez. VI, sentenza 11.10.2017, dep. 19.01.2018, n. 2385, Pomilio.....	7
Cass. pen., Sez. II, sentenza 20.12.2017, dep. 19.1.2018, n. 2232, Diana.....	11
Cass. pen., Sez. III, sentenza 19.10.2017, dep. 1.2.2018, n. 4732, S.....	11
Cass. civ., Sez. II, sentenza 23.1.2018, n. 1621.....	17
Cass. civ., Sez. II, ordinanza interlocutoria 19.12.2017, dep. 31.01.2018, n. 2438.....	21
Corte E.D.U., Sez. V, (dec.) 1° febbraio 2018 (n. 50538/12), Meslot c. Francia.....	27
Cass. civ., Sez. II, ordinanza 16.02.2018 n. 3831.....	29
Cass. pen., Sez. II, sentenza 7.2.2018, dep. 2.3.2018, n. 9517, Baricevic ed altri.....	35
Cass. civ., Sez. I, sentenza 20.03.2018, n. 6963.....	39
Cass. pen., Sez. II, sentenza 13.3.2018, dep. 28.3.2018, n. 14320, Basso.....	43
Cass. civ., Sez. Un., sentenza 30.01.2018, dep. 8.5.2018, n. 11018.....	47
Corte E.D.U., Sez. III, 24 aprile 2018 (n. 55385/14) ric. Ilkay Baydar c. Olanda.....	53
Cass. pen., Sez. II, sentenza 16.2.2018, dep. 23.5.2018, n. 23043, P.G. c. Gentile.....	59
Cass. pen., Sez. II, sentenza 20.6.2017, dep. 21.9.2017, n. 43435, P.G. c. Cataldo.....	59
Cass. pen., Sez. I, sentenza 24.05.2018, n. 23362, Lucchese.....	67
Cass. civ., Sez. III, ordinanza 13.06.2018, n. 15375.....	73
Cass. civ., Sez. Un., sentenza 19.06.2018 n. 16159.....	79
Corte E.D.U., Grande Camera, 28 giugno 2018 (nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11 n. 55385/14) ric. G.I.E.M. S.r.l., Hotel Promotion Bureau S.r.l., R.I.T.A. Sarda S.r.l., Falgest S.r.l. ed F. Gironda..	85
Cass. civ., Sez. III, sentenza 28.06.2018. n. 17036.....	97
Cass. pen., Sez. V, sentenza 15.3.2018, dep. 16.7.2018, n. 32692, Caruso.....	103
Cass. pen., Sez. Un., sentenza 19.04..2018, dep. 27.07.2018, n. 36072.....	107

INDICE ALFABETICO DELLE VOCI DI CLASSIFICAZIONE

CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTA' FONDAMENTALI - GIUSTO PROCESSO

CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTA' FONDAMENTALI - EQUA RIPARAZIONE PER IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTA' FONDAMENTALI - PATTO INTERNAZIONALE SUI DIRITTI CIVILI E POLITICI ADOTTATO A NEW YORK IL 16 DICEMBRE 1966

DIRITTO AL CONTRADDITTORIO

DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

DIVIETO DI *BIS IN IDEM*

EQUO PROCESSO - PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

GIUDIZIO - ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE

GIUSTO PROCESSO DI LEGITTIMITÀ

ISTITUTI DI PREVENZIONE E DI PENA (ORDINAMENTO PENITENZIARIO) - RECLAMO AI SENSI DELL'ART. 35 *TER* ORD. PEN.

IMPUGNAZIONI CIVILI - CASSAZIONE (RICORSO PER) - GIUDIZIO DI RINVIO

IMPUGNAZIONI CIVILI - CASSAZIONE (RICORSO PER) - AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO PRIVO DI AUTONOMA SEZIONE DEDICATA ALLA ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA

LIBERTA' DI ESPRESSIONE

LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO

MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E PATRIMONIALI

MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALI

NESSUNA PENA SENZA LEGGE

PROVE (COD. PROC. PEN. 1988)

RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER DETENZIONE IN CONDIZIONI INUMANE O DEGRADANTI

REVOCAZIONE DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE

SOVRACANONI BACINI IMBRIFERI MONTANI

CLASSIFICAZIONE

GIUSTO PROCESSO DI LEGITTIMITÀ - REQUISITI DI CONTENUTO - FORMA DEL RICORSO PER CASSAZIONE

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU, art. 6 CEDU

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass., civ., Sez. III, (ord.) 06.10.2017, n. 23452

Abstract

La terza sezione civile della Corte di Cassazione ha affermato il principio per cui 'È conforme ai principi dell'art. 6 CEDU sul giusto processo l'obbligo di specifica indicazione degli atti e dei documenti posti a fondamento del ricorso di cui all'art. 366, comma 1, n. 6), c.p.c., interpretato nel senso che, a pena d'inammissibilità, gli stessi risultino da un'elencazione contenuta nel ricorso stesso, non essendo a tal fine sufficiente la presenza di un indice nel fascicolo di parte'.

1. La Corte di cassazione affronta nuovamente le tematiche del giusto processo di legittimità, confrontandosi col requisito del ricorso per cassazione, cosiddetto di contenuto-forma, dell'indicazione di uno specifico elenco all'interno di quello ed escludendo la sufficienza degli indici nei singoli fascicoli di parte. Il requisito è vagliato alla luce dell'art. 6 della Convenzione e ritenuto del tutto compatibile con le finalità del giudizio di legittimità, nonché dell'art. 47 della Carta di Nizza.

1.1. In particolare, è ripresa la premessa di Cass., Sez. U. n. 10648 del 2017, quanto alla conformità alla Convenzione europea ed al corrispondente principio fondamentale del diritto al giusto processo contenuto nella richiamata Carta di Nizza dell'imposizione di requisiti di ricevibilità, o comunque, condizionanti l'accesso al tribunale, soprattutto ove si tratti di impugnazioni e di impugnazioni per legittimità (alla stregua di CEDU 15/09/2016, Trevisanato): in particolare, sulla necessità (espressa già da Cass. ord. 8845 del 2017 e Cass. Sez. U. n. 25513 del 2016) della continua ricerca di un punto di equilibrio, che, con riguardo ai limiti alle impugnazioni, consenta di bilanciare la esigenza funzionale di porre regole di accesso alle impugnazioni con quella a un equo processo, da celebrare in tempi ragionevoli.

1.2 La conclusione è stata però di segno opposto, per l'ontologica differenza dell'improcedibilità, che consegue ad un inadempimento di oneri formali successivi all'instaurazione del giudizio di legittimità, dall'inammissibilità, che deriva da vizi intrinseci ed originari dell'atto che dovrebbe validamente instaurarlo; a giustificare il diverso approdo, vanno quindi ritenuti conformi ai principi del giusto processo – e tutt'altro che un inutile o sterile formalismo – quei requisiti di contenuto-forma del ricorso per cassazione interpretati in modo particolarmente stringente: sia

in relazione alla struttura del giudizio di cassazione, sia perché in Italia la Corte di Cassazione è accessibile senza filtri conosciuti in altri ordinamenti, sia perché fanno parte della stessa ragione dell'azione esercitata con il relativo mezzo di impugnazione, sicché tutto ciò realizza un ragionevole contemperamento fra il necessario formalismo e l'effettività della tutela.

1.3 In linea di principio, si ricava (Cass. Sez. U. 13453 del 2017) immanente al sistema un monito della Corte EDU ad ancorare le sanzioni processuali a canoni di proporzionalità, chiarezza e prevedibilità e, dunque a far prevalere le interpretazioni dirette a consentire al processo di giungere al suo sbocco naturale, senza enfatizzare un *fin de non recevoir* non riscontrabile nei dati convenzionali di riferimento dell'art. 6 CEDU (su cui v. pure Cass. 7645 del 2014); e ad analoga conclusione, fondata sulla necessaria proporzionalità della sanzione in rito della preclusione dell'accesso al giudice, è pervenuta la ancora più recente Cass. Sez. U. 27199 del 2017 (sull'interpretazione non formalistica del novellato art. 342 c.p.c.).

1.4 La conformità ai principi dell'art. 6 CEDU di alcune peculiarità del giudizio di legittimità è stata già esaminata ed ha condotto all'abbandono di precedenti interpretazioni, anche consolidate, in quanto eccessivamente od ingiustificatamente formalistiche, dalle richiamate Cass. Sez. U. 10648 del 2017 (in tema di improcedibilità) e Cass. Sez. U. 25513 del 2016 (in tema di contenuto dei ricorsi per cassazione avverso ordinanze di inammissibilità dell'appello ex art. 348-bis e 348-ter c.p.c.). Va segnalata pure Cass. Sez. 26338 del 2017, che applica un'interpretazione non formalistica delle norme processuali in nome appunto del diritto di accesso al giudice (che può essere limitato soltanto nella misura in cui sia necessario per perseguire uno scopo legittimo) sancito dall'art. 6 § 1 CEDU: e che degrada da inammissibile ad affetta da mero errore materiale la procura speciale ad impugnare che, sebbene non congiunta materialmente all'atto, individui la pronuncia impugnata, sia corredata di data certa successiva alla stessa e provenga inequivocabilmente dalla parte ricorrente.

2. Con interpretazione in senso opposto, ha avuto esito positivo la verifica di conformità degli approdi ermeneutici ai principi della Convenzione nei casi esaminati, tra le altre, da: Cass. Sez. U. 25629 del 2016 (legittimità della non sindacabilità delle sentenze del Consiglio di Stato per violazione delle norme europee), Cass. ord. 4541 del 2017 (legittimità della cameralizzazione istituzionalizzata di cui alla novella del 2016), Cass. ord. 26936 del 2016 (legittimità del necessario richiamo dei motivi di appello nel ricorso ex artt. 348-bis seg. c.p.c.) Cass. 15019 del 2016 (legittimità del rilievo ufficioso, non previamente sottoposto alle parti, di questioni di rito in grado di definire il ricorso), Cass. ord. 18619 del 2016 (legittimità di un'interpretazione restrittiva della revocazione delle sentenze di Cassazione), Cass. ord. 22629 del 2017 e Cass. ord. 8472 del 2016 (legittimità dell'esclusione delle impugnazioni delle sentenze di Cassazione, alla stregua del principio della certezza del diritto).

2.1 In tali ipotesi si è fatta leva sulla compresenza del molteplice requisito elaborato dalla CEDU per la legittimità dei filtri in sede di accesso (anche se nell'ordinanza 4541 del 2017 il riferimento è a CEDU, 21/06/2016, Tato Marinho c/ Portogallo, quello corretto va fatto a CEDU, 21/06/2016,

Ramos Nunes de Carvalho e Sá c/ Portogallo, della stessa data, ai punti 92, 93 e 95, ove riferimenti alla giurisprudenza precedente, benché la decisione sia stata rinviata – in sostanza, appellata – alla Grande Camera; in senso analogo, v. pure la richiamata CEDU 15/09/2016, Trevisanato), identificato: a) nell'assenza di questioni di credibilità del tribunale o della corte; b) nell'assenza della necessità di ricostruire un fatto o di assumere prove; c) in particolari esigenze di una trattazione rapida dell'affare; d) nell'esclusivo coinvolgimento di punti di diritto; e) nell'alto tecnicismo dell'oggetto.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO - VIOLAZIONE DEL DIRITTO ALLA *PRIVACY* SUL LUOGO DI LAVORO

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU art. 8

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U. Sez. III, 9 gennaio 2018 (nn. 1874/13 e 8567/13), López Ribalda et a. c. Spagna

Abstract

La III sezione della Corte EDU, nella decisione indicata, ha ritenuto, sebbene a maggioranza (sei voti contro uno), violata la disposizione convenzionale dell'articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – escludendo, all'unanimità, che vi fosse stata una violazione dell'articolo 6 § 1 (diritto a un giusto processo) – in un caso in cui si discuteva della legittimità di un licenziamento di alcuni dipendenti di un supermercato, basato sulle registrazioni estrapolate da un sistema di videosorveglianza “nascosta” all’interno di supermercato, installato a seguito del sorgere di sospetti di furto di merce esposta.

1. I ricorrenti, in particolare, erano stati licenziati sulla base del video che era stato ottenuto violando il loro diritto alla *privacy*. I giudici spagnoli avevano acquisito le registrazioni come prova dei fatti ed avevano confermato la legittimità dei licenziamenti.

1.1 La Corte EDU ha rilevato in particolare che gli stessi, in base alla normativa spagnola sulla protezione dei dati personali, avrebbero dovuto essere informati del fatto di essere sottoposti a videosorveglianza, cosa che in realtà non era avvenuta. Ha aggiunto che i diritti del datore di lavoro avrebbero potuto essere salvaguardati con modalità diverse, ad esempio fornendo ai lavoratori informazioni generali sulla esistenza di un sistema di videosorveglianza (gli stessi erano stati infatti resi edotti dell’esistenza delle sole telecamere “visibili”, ma non di quelle nascoste). I giudici spagnoli, secondo la Corte EDU, non erano dunque riusciti a garantire il giusto equilibrio tra il diritto alla *privacy* dei lavoratori e il diritto del datore di lavoro di tutelare la proprietà aziendale.

1.3 La Corte EDU, nell’escludere la violazione del diritto al giusto processo ex art. 6, ha peraltro ritenuto che le videoregistrazioni acquisite al procedimento non costituivano l'unica prova sulla cui base i giudici spagnoli erano pervenuti a confermare la legittimità dei licenziamenti, e, inoltre, i lavoratori, avevano avuto la possibilità di contestare il contenuto delle videoregistrazioni nel corso del processo.

2. Tra i precedenti maggiormente significativi, citato anche dalla Corte EDU, si segnala il caso Köpke c. Germania del 5 ottobre 2010 (n. 420/07), in cui però il ricorso venne considerato come irricevibile per manifesta infondatezza, a fronte della lamentata violazione del diritto al rispetto della vita privata di una cassiera di supermarket sospettata di furto. In quel caso, la Corte E.D.U. ritenne che l'interferenza nella vita privata della dipendente fosse stata limitata a quanto necessario allo scopo, e che l'interesse del datore di lavoro potesse essere salvaguardato solo raccogliendo prove del furto per utilizzarle nel processo, così anche soddisfacendo l'interesse pubblico alla corretta amministrazione della giustizia. Non ci sarebbero stati, cioè, altri mezzi efficaci per proteggere il diritto di proprietà del datore di lavoro, che interferissero meno col diritto della dipendente al rispetto della vita privata.

2.1 La Corte EDU, nel caso appena deciso, ha condannato la Spagna a corrispondere, a titolo di equa soddisfazione, la somma di 4.000 euro a ciascun ricorrente, a titolo di danno non patrimoniale, ritenendo all'unanimità che dovessero essere corrisposti anche 500 euro al primo ricorrente a titolo di costi e spese e di 568,86 euro a ciascuno degli altri ricorrenti.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E PATRIMONIALI - GIUDIZIO DI PERICOLOSITA' - CRITERI DI FORMULAZIONE

RIFERIMENTI NORMATIVI

D.Lgs. n. 159/2011. art. 1

Convenzione EDU art. 7, art. 1 Prot. Add., art. 2 Prot. 4

Legge n. 87 del 1953, art. 23 co. 2

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. pen., Sez. VI, sentenza 11.10.2017, dep. 19.01.2018, n. 2385, Pomilio

Abstract

La Corte di Cassazione, nella decisione n. 2385 del 11.10.2017, dep. 19.01.2018, Pomilio ed altri, relativa a misura di prevenzione patrimoniale correlata ad ipotesi di pericolosità generica (art. 1 co.1 lett-a-b d.lgs. 159/2011), investita dal ricorrente di specifica doglianza circa la delibazione negativa espressa sul punto in sede di merito, ha ritenuto rilevante ma manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale (in riferimento a quanto previsto dall'art. 117 co.1 Cost.) delle vigenti previsioni di legge incidenti sul tema.

La decisione richiama espressamente i contenuti di taluni arresti di legittimità, in parte antecedenti ed in parte successivi alla nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *De Tommaso c. Italia* ed afferma, in sintesi, l'esistenza di una linea interpretativa delle disposizioni «sotto esame» ormai consolidata (la si definisce *effettiva applicazione* della disciplina) che ricostruisce il contenuto delle disposizioni interne in termini diversi - e aderenti ai parametri costituzionali e convenzionali - rispetto a quelli posti a base (nell'esame del diritto interno rilevante) del giudizio che ha dato luogo al riconoscimento della violazione nel caso *De Tommaso*.

1. Va premesso che il sistema italiano delle misure di prevenzione personali e patrimoniali è stato sottoposto ad un intenso scrutinio di compatibilità con i principi della Convenzione EDU - da parte della giurisdizione interna di merito e di legittimità - in virtù dei contenuti della decisione emessa dalla Grande Camera Corte EDU in data 23.02.2017 nel caso *De Tommaso c. Italia*.

Va ricordato che la Corte di Strasburgo, esaminando il ricorso del De Tommaso - soggetto cui era stata applicata da parte del Tribunale di Bari nel 2008 una misura di prevenzione personale ai sensi dell'art. 1 l. n. 1423 del 1956 (cd. pericolosità generica) - ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 2 Prot. 4 Conv. EDU (disposizione che tutela la libertà di circolazione). In particolare, la violazione è stata ricollegata al giudizio negativo sui contenuti della previsione regolatrice interna, essendosi rilevato un *deficit* di chiarezza tale da determinare scarsa

prevedibilità - in capo ai destinatari - delle conseguenze sfavorevoli delle proprie azioni, con eccesso di discrezionalità del giudice in sede di delibazione dei presupposti applicativi delle misure di prevenzione: [...] *La Corte osserva che, nonostante il fatto che la Corte costituzionale sia intervenuta in diverse occasioni per chiarire i criteri da utilizzare per valutare se le misure di prevenzione fossero necessarie, l'applicazione di tali misure resta legata a un'analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali, dato che né la Legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le "prove fattuali" o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione. La Corte ritiene pertanto che la Legge in questione non contenesse disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società [...].* Il giudizio negativo sulla *qualità della legge* espresso - per la prima volta nel caso delle misure di prevenzione personali italiane - dalla Grande Camera Corte EDU ha determinato complesse ricadute sul piano interpretativo interno, attesa la natura della decisione emessa dal 'primo interprete' della Convenzione, nel cui ambito non ci si limita a rilevare una erronea applicazione delle disposizioni, tuttora vigenti (v. art. 1 d.lgs. n. 159/2011), ma si pone il tema della compatibilità tra la previsione di legge interna e il complessivo sistema di garanzie espresso dalle disposizioni convenzionali.

In sede di merito, alcune autorità giurisdizionali (v. C. App. Napoli, ord. del 14.3.2017) hanno ritenuto applicabile la previsione di legge di cui all'art. 23 legge n.87 del 1953, con proposizione di questione di legittimità costituzionale della disposizione interna - in tema di pericolosità generica - per ipotizzato contrasto con l'art. 117 co.1 Cost. ed in relazione a quanto previsto dall'art. 2 Prot. 4 e dell'art. 1 Prot. Add. Conv.

2. Un primo aspetto di interesse connesso alla sentenza della Cassazione penale n. 2385/2019 riguarda l'analisi del parametro della rilevanza del ri/proposto incidente di legittimità costituzionale.

La Cassazione lo reputa sussistente, pur se l'*occasio* della decisione GC Corte EDU *De Tommaso* (posta a fondamento delle ragioni del segnalato contrasto) è rappresentato da un giudizio interno relativo a - sola - misura personale.

Ciò perché, come più volte chiarito in sede di legittimità (per tutte Cass. Sez. Un. 4880/2015 ric. *Spinelli*) l'applicazione della misura patrimoniale della confisca richiede, anche in ipotesi di cd. confisca *disgiunta*, il preliminare inquadramento del soggetto destinatario dell'ablazione in una delle categorie tipiche di pericolosità (descritte dal legislatore agli articoli 1 e 4 del d.lgs. n. 159/2011) e l'analisi del rapporto *storico* intercorso tra le condotte tenute dal soggetto - in tale ambito - e l'epoca delle acquisizioni patrimoniali oggetto di potenziale confisca. Le disposizioni che consentono di attribuire ad un soggetto, anche in chiave retrospettiva e non più attuale, la connotazione negativa di pericoloso vengono, pertanto, in rilievo in tutte le procedure di

prevenzione ed anche lì dove non venga richiesta l'applicazione della sorveglianza speciale (misura personale) ma quella della sola misura patrimoniale della confisca.

3. Il secondo aspetto, una volta ammessa la rilevanza, può definirsi in termini di preliminare ricognizione del diritto vivente su uno dei parametri del proposto incidente di costituzionalità, rappresentato dalla identificazione del contenuto prescrittivo dell'art. 1 d.lgs. n.159/2011, punto su cui la Corte di Cassazione approda a conclusioni diverse rispetto a quelle elaborate da GC Corte EDU nel caso *De Tommaso*.

In ciò risiede la ragione essenziale della pronuncia di manifesta infondatezza della questione, ai sensi dell'art. 23 l.n.87 del 1953.

La pronuncia, non diversamente da altre decisioni intervenute di recente sul tema, emesse dalla medesima sezione (Sez. VI sent. n. 43446/2017) o da altra (Sez. I sent. n. 349/2018), evidenzia che la giurisprudenza di legittimità si è da tempo attestata su una linea interpretativa (si citano S.U. 13426/2010; Sez. I n. 31209/2015 e Sez. VI n. 53003/2017) orientata a porre l'accento su spunti tassativizzanti contenuti nelle previsioni di legge in questione (lì dove viene qualificata l'attività indicativa di pericolosità come *delittuosa*, sia ove consista in *traffici*, ove rappresenti la fonte di profitti destinati al mantenimento del tenore di vita), aspetto che consente di ritenere superata la lettura delle medesime disposizioni censurata, per eccesso di discrezionalità, nella decisione Corte EDU *De Tommaso*.

Il fondamento della preliminare «iscrizione» del soggetto in una delle categorie normative di pericolosità, in tale visione, resta ancorato - sulla scia di talune pronunzie della Corte Costituzionale (n. 23 del 1964 e n. 177 del 1980) - ad una dimensione cognitiva autonoma del giudice della prevenzione, tesa all'apprezzamento di «fatti» corrispondenti ad ipotesi tipiche di reato che rechino in sé l'attitudine alla produzione di profitti illeciti, sì da «escludere apprezzamenti incontrollabili e condizionati da imperscrutabili intuizioni soggettive».

Viene inoltre rammentato che oltre a richiamare la natura delittuosa dei traffici svolti o del profitto conseguito, le disposizioni in punto di pericolosità generica di cui all'art. 1 co.1 lett. a - b d.lgs. n.159/2011 richiedono l'apprezzamento della abitualità delle condotte generatrici. Il che ulteriormente rafforza la considerazione per cui, in sede di argomentazione circa l'esistenza della particolare 'qualità soggettiva' *de qua*, il giudice della prevenzione, vuoi attraverso l'importazione di giudicati emessi in sede penale, che mediante una ricostruzione autonoma di tali profili (non contraddetta da esiti difformi del giudizio penale correlato) è tenuto ad identificare le pregresse condotte penalmente rilevanti ed a dare conto della loro dimensione probatoria concreta (*..non potendosi reputare bastevole la mera veste di indiziato del soggetto proposto, ove non specificamente qualificata dal riscontro e dalla puntuale descrizione di condotte di penale rilievo..*).

La considerazione circa l'avvenuta stabilizzazione di simile linea interpretativa consente, secondo la decisione qui in rassegna, di affermare la manifesta infondatezza della questione di legittimità

costituzionale *in quanto originata da un presupposto che non corrisponde all'effettiva applicazione della disciplina vigente, la quale, in tale prospettiva, si sottrae alla censura di aspecificità e imprevedibilità degli esiti, formulata dalla Corte di Stasburgo in relazione ad un canone di apprezzamento largamente superato.*

4. La decisione si pone in sostanziale continuità con numerosi arresti delle Sezioni semplici della Corte di Cassazione (tra cui Sez. II n. 16348/2012; Sez. II n. 26235/2015; Sez. I n. 31209/2015; Sez. I n. 43720/2015; Sez. I n. 16038/2016; Sez. V n. 6067/2017; Sez. VI n. 36258/2017; Sez. I n. 54119/2017; Sez. VI 53003/2017; Sez. I n. 349/2018) - nonché con i contenuti di due arresti delle Sezioni Unite intervenuti di recente su temi, all'evidenza, correlati (si tratta di Sez. Un. 40076/2017, ric. *Paternò* e Sez. Un. 111/2018 ric. *Gattuso*). Tali pronunzie, anche in epoca anteriore alla già citata decisione della Grande Camera Corte EDU, hanno contribuito a ridefinire, sul piano dei presupposti applicativi, aspetti e coordinate «di sistema» del settore della prevenzione personale e patrimoniale, anche in relazione a - taluni - nuovi contenuti normativi introdotti dal Legislatore con l'emanazione del D.Lgs. n.159 del 2011. In tale articolato quadro gli aspetti di maggior rilievo, in chiave di orientamento fornito ai giudici del merito, sono rappresentati da: a) l'adozione di un canone interpretativo delle disposizioni «descrittive» delle categorie astratte di pericolosità improntato ad un elevato rispetto del principio di tassatività. Ciò ha portato, tra l'altro, ad affermare (v. Sez. I n. 349/2018) che la descrizione della categoria criminologica di cui agli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 ha il medesimo «valore» che nel sistema penale è assegnato alla norma incriminatrice, ossia esprime la previa selezione e connotazione dei parametri fattuali rilevanti, siano gli stessi rappresentati da una condotta specifica - le ipotesi di 'indizio di commissione' di un particolare reato -, o da un 'fascio di condotte', in caso di pericolosità generica, e che in sede di attribuzione di significato ai contenuti della disposizione di cui all'art. 1 co.1 lett. a - b d.lgs. n.159/2011, il 'delittuoso' non è connotazione di disvalore generico della condotta pregressa ma attributo che la qualifica, con le ricadute illustrate ai paragrafi precedenti; b) la considerazione della necessaria scomposizione del giudizio di prevenzione in due fasi, posto che alla constatazione argomentata della ricorrenza dei presupposti per l'iscrizione del soggetto nella categoria criminologica «tipica» di cui agli artt. 1 e 4 d.lgs. n. 159/2011 deve seguire, per ogni ipotesi astratta di pericolosità (sia generica che qualificata) la formulazione espressa della prognosi concreta di pericolosità attuale (da rapportarsi al momento della decisione), in virtù della assenza (v. art. 6 d.lgs. n. 159/2011) di presunzioni legali di pericolosità, con rilievo - in caso di ravvisata pericolosità qualificata per appartenenza ad una associazione di stampo mafioso - di una mera presunzione semplice derivante da massima di esperienza, il che impone l'obbligo di argomentazione 'in positivo' circa la ricorrenza di specifici elementi di fatto che sostengano detta presunzione semplice, tali da evidenziare la natura strutturale dell'apporto fornito dal soggetto all'organismo associativo (in tal senso Sez. Un. 111/2018 ric. *Gattuso*).

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

GIUDIZIO - ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE - LETTURE CONSENTITE - ATTI NON RIPETIBILI - QUERELA - UTILIZZABILITÀ AI SENSI DELL'ART. 512 C.P.P. - AMMISSIBILITÀ - CONDIZIONI - IMPOSSIBILITÀ DI RIPETIZIONE IN DIBATTIMENTO - NECESSITÀ - FATTISPECIE.

- DICHIARAZIONI PREDIBATTIMENTALI DELLA P.O. - UTILIZZABILITÀ AI SENSI DELL'ART. 512 C.P.P. - AMMISSIBILITÀ - CONDIZIONI - IMPOSSIBILITÀ DI RIPETIZIONE IN DIBATTIMENTO - NECESSITÀ - FATTISPECIE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione art. 111

Convenzione EDU art. 6, §§ 1 e 3, lett. D)

Codice di procedura penale art. 512

PRONUNCE SEGNALATE

1) Cass. pen., Sez. II, sentenza 20.12.2017, dep. 19.1.2018, n. 2232, Diana

2) Cass. pen., Sez. III, sentenza 19.10.2017, dep. 1.2.2018, n. 4732, S.

Abstract

Due recentissime decisioni della Corte di cassazione hanno riesaminato il tema delle letture dibattimentali (art. 512 c.p.p.), consentite e non, in relazione a fattispecie concrete di particolare interesse, entrambe interpretando l'art. 512 c.p.p. nel rispetto dell'art. 6 della Conv. EDU (come a sua volta interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU) e ribadendo un orientamento che può senz'altro ritenersi consolidato: in argomento, infatti, le Sezioni Unite penali (sentenza n. 27918 del 25/11/2010, dep. 2011, Rv. 250199, D. F.) hanno già chiarito che le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono - conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 della Conv. EDU - fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale.

1. La II sezione penale (sentenza n. 2232 del 20/12/2017, dep. 19/1/2018, allo stato non massimata), premesso che, per orientamento pacifico della giurisprudenza di legittimità (ribadito, da ultimo, da Sez. VI, sentenza n. 6846 del 12/1/2016, Farina, Rv. 265900), il decesso del querelante integra una ipotesi di impossibilità di natura oggettiva che consente l'acquisizione della querela ex art. 512 c.p.p. e, conseguentemente, la sua utilizzabilità a fini probatori, e rilevato che tale assunto non si pone in contrasto con l'art. 6 Conv. EDU, qualora la sentenza di

condanna si fondi in modo esclusivo o significativo sulla querela, in quanto la sopravvenuta morte del dichiarante non può essere collegata all'intento di sottrarsi al contraddittorio dibattimentale, ha ritenuto che, per le medesime ragioni, deve ritenersi acquisibile ed utilizzabile ai fini della decisione la querela della persona offesa quando si tratti di persona le cui condizioni di salute non ne consentano l'esame in dibattimento (nel caso di specie, la p.o., già anziana all'epoca del fatto, era risultata non in condizione di parlare, e quindi di rendere il chiesto esame): *<<tale situazione è assimilabile a quella del decesso della persona offesa (...), mutuandone identica ratio, costituita dal fatto che l'esame dibattimentale non si era potuto svolgere non per volontà della vittima, ma per circostanze obiettive ed imprevedibili, le quali, anche con riferimento a quanto previsto dall'art. 111, comma 5, Costituzione, costituiscono una deroga al generale principio dell'assunzione della prova in contraddittorio, consentendo al giudice di fondare il proprio giudizio anche se non vi sia stata tale modalità di assunzione e la consequenziale impossibilità di attivare il meccanismo di cui all'art. 500 cod. proc. pen.>>.*

A fondamento dell'affermazione di responsabilità, i giudici di merito, *<<a maggior conforto della attendibilità delle dichiarazioni della vittima>>*, avevano anche valorizzato un verbale di individuazione fotografica (nel quale la medesima p.o. aveva individuato in fotografia il ricorrente come autore della truffa in contestazione, ed al quale erano allegate *<<molte fotografie>>*), qualificato come atto *<<divenuto irripetibile a seguito delle condizioni di salute della vittima, sicché poteva essere legittimamente acquisito>>*; in ordine all'intervenuta individuazione fotografica era stato, infine, esaminato in dibattimento un agente di polizia giudiziaria.

2. Nel caso esaminato dalla III sezione penale (sentenza n. 4732 del 19/10/2017, dep. 1/2/2018, allo stato non massimata), la Corte di appello aveva preso atto che, in primo grado, ai fini dell'affermazione di responsabilità dell'imputato (per i reati di violenza sessuale tentata e lesioni aggravate) erano state utilizzate le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dalla persona offesa, non comparsa in dibattimento per rendere il chiesto esame testimoniale, senza svolgere indagini al fine di accertarne l'effettiva irreperibilità; aveva per tale ragione disposto l'audizione della predetta per rogatoria, con collegamento audio-video con il Tribunale di Cluj (Romania): peraltro, l'audizione non aveva avuto luogo, poiché la teste era risultata ricoverata a tempo indeterminato in un nosocomio, in quanto affetta, secondo quanto attestato dalle autorità rumene, da schizofrenia paranoica e sindrome anemica. Preso atto della *<<assoluta e perdurante impossibilità della teste a deporre>>*, la Corte d'appello aveva quindi nuovamente disposto l'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali della p.o., ponendole a fondamento dell'affermazione di responsabilità, unitamente alle dichiarazioni rese dai Carabinieri intervenuti nell'immediatezza dei fatti ed al referto medico.

La III Sezione penale ha rilevato che, nel caso di specie, ricorreva una ipotesi di irripetibilità in dibattimento delle dichiarazioni della p.o. derivante da impossibilità oggettiva, non collegata all'intento della dichiarante di sottrarsi alle contestazioni in dibattimento, che, come già ritenuto

dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. VI, n. 9665 del 25/02/2011, Rv. 249594; Sez. V, n. 16269 del 16/03/2010, Rv. 247258), legittimava, ex art. 111, comma 5, Cost., una deroga al principio della formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

Ha, in particolare, ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU (tra le altre, sentenze 20/04/2006, caso Carta c. Italia; 8/02/2007, caso Kolcaku c. Italia; 12/04/2007, caso Martelli c. Italia), la dichiarazione predibattimentale del teste costituisce *<<prova compatibile con il diritto al contraddittorio>>* soltanto se *<<seguita da una occasione in cui l'imputato possa contestarla ed interrogare il suo autore>>*: in difetto, *<<tale dichiarazione non può costituire fonte unica o preponderante della prova della responsabilità, perché ne deriverebbe un processo non equo>>*; tale più rigoroso indirizzo interpretativo è stato successivamente temperato dalla sentenza della *Grande Chambre* 15 dicembre 2011, caso Al Khawaja e Tahery c/ Regno Unito, secondo la quale, quando un provvedimento di condanna si basi unicamente o in misura determinante su una testimonianza non sottoposta a controinterrogatorio, né nella fase dell'istruzione, né in quella del dibattimento, è configurabile una violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. d), Conv. EDU, se il pregiudizio così arrecato alla difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti, ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità della procedura nel suo insieme. In tal modo, secondo la III Sezione, *<<l'applicazione della regola basata sulla "prova sola o determinante" – ossia la prova suscettibile di fondare la decisione sull'imputazione – è stata resa dalla Corte EDU maggiormente flessibile attraverso l'introduzione di un nuovo criterio direttivo, rappresentato dalla contestuale valutazione di tutti quei contrappesi che possono aver bilanciato, sotto il profilo della complessiva equità del procedimento, l'oggettiva restrizione subita dalla difesa a causa dell'utilizzazione di una prova determinante sottratta alla garanzia del contraddittorio>>*.

Richiamato quanto già affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza D.F., già citata in premessa, oltre che dalle altre Sezioni in plurime decisioni successive conformi (in particolare, Sez. VI, n. 2296 del 13/11/2013, dep. 2014, Frangiamore, Rv. 257771; Sez. I, n. 14243 del 26/11/2015, dep. 2016, N., Rv. 266602), la III Sezione ha ribadito che *<<il giudice che intende acquisire le dichiarazioni deve dar conto con motivazione adeguata e logica dell'impossibilità della loro ripetizione, con riguardo alla fattispecie concreta; deve, in altri termini, dare adeguata motivazione in relazione all'oggettiva impossibilità di ripetizione>>*.

Questa necessità è stata recentemente ribadita dalla Corte EDU (I Sezione, sentenza 12 ottobre 2017, caso Cafagna c/ Italia) nei seguenti termini: *<<è necessario che gli organi nazionali procedano a un controllo minuzioso delle ragioni addotte per giustificare l'incapacità del testimone di assistere al processo, tenendo conto della situazione particolare dell'interessato e ponendo in essere tutte le misure positive per permettere all'accusato di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico>>*.

Proprio in relazione a tale profilo, la III Sezione ha ritenuto l'assoluta carenza della motivazione della sentenza impugnata, poiché essa, *<<con motivazione assertiva assume l'impossibilità*

oggettiva della ripetizione delle dichiarazioni della parte lesa collegata con il mero ricovero e con la patologia che, di per sé, non esclude la possibilità di ripetizione e dunque l'oggettiva impossibilità di ripetizione della stessa; null'altro dice ed assume in modo apodittico che la semplice patologia da cui risulta affetta la parte lesa costituisca oggettiva impossibilità dell'ascolto, motivazione che è meramente assertiva e non può fondare l'acquisizione delle dichiarazioni di costei al fascicolo per il dibattimento e la sua utilizzazione mediante lettura ex art. 512 c.p.p.>>.

Pertanto, risultando il ricorso non inammissibile (ed anzi, *in parte qua*, fondato), è stata conclusivamente pronunciata la declaratoria di estinzione dei reati ascritti all'imputato per prescrizione, nelle more maturata.

3. Come premesso, entrambe le decisioni dichiarano di conformarsi all'art. 6 Conv. EDU, come interpretato dalla Corte EDU (così, da ultimo, sentenze della *Grande Chambre*, 15 dicembre 2011, caso Al Khawaja e Tahery c/ Regno Unito e 15 dicembre 2015, caso Schatschaschwili c/ Germania), il cui orientamento – sul punto ormai consolidato – afferma che una sentenza di condanna che si basi unicamente o in misura determinante su una testimonianza resa in fase di indagini da un soggetto che l'imputato non sia stato in grado di interrogare o far interrogare nel corso del dibattimento, viola l'art. 6, §§ 1 e 3D), Conv. EDU solo se il pregiudizio così arrecato ai diritti di difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità del processo nel suo insieme.

3.1. In particolare, la decisione più recente della *Grande Chambre* in argomento (sentenza 15 dicembre 2015, caso Schatschaschwili c/Germania), riguardava il ricorso di un uomo condannato per rapina aggravata ed estorsione, il quale aveva sostenuto che il suo processo era stato ingiusto, in quanto né lui né il suo avvocato avevano avuto la possibilità, nel corso del procedimento penale, di esaminare alcuni testimoni in relazione ad uno dei reati che si asseriva da lui commessi.

La *Grande Chambre*, nel ribadire i principi già elaborati dalla propria sentenza nel caso Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, ha osservato che, in considerazione dell'importanza delle dichiarazioni rese da testimoni oculari per l'accertamento di uno dei reati in ordine ai quali lo Schatschaschwili era stato condannato, le misure di "controbilanciamento" adottate dal giudice di merito erano state insufficienti a garantire una valutazione equa e corretta dell'affidabilità delle prove; ha, inoltre, ribadito che, per valutare l'equità del processo penale nel quale vengano utilizzate dichiarazioni testimoniali predibattimentali, occorre considerare:

- l'esistenza di buone ragioni che giustifichino la mancata presenza dei testimoni in dibattimento;
- se le prove costituite dalle dichiarazioni dei testimoni non sentiti nel corso del processo costituiscano la base esclusiva o determinante per la condanna dell'imputato;

- se vi siano stati sufficienti fattori per controbilanciare e compensare gli svantaggi patiti dalla difesa in conseguenza dell'ammissione delle prove testimoniali non esaminate nel corso del processo.

Ciò premesso, pur avendo ammesso che vi era stata una buona ragione, dal punto di vista del Tribunale tedesco interessato, che giustificava la mancata presenza delle due testimoni-chiave in dibattimento, ed avendo preso atto che i giudici tedeschi avevano compiuto ogni ragionevole sforzo - in considerazione del quadro giuridico esistente - per ottenere la partecipazione al processo di esse (non essendovi altre possibilità per garantire - nell'ambito dei poteri dell'autorità giudiziaria tedesca - la presenza nel territorio tedesco delle due donne, cittadine lettoni residenti nel loro paese d'origine), la Corte EDU ha attribuito rilievo assorbente al fatto che le due donne erano le uniche testimoni oculari per il reato in questione, in quanto la prova supplementare era rappresentata o da dichiarazioni *de relato* (c.d. prova per sentito dire) o da prove puramente tecniche e prove indiziarie che non erano però determinanti per ritenere provata la responsabilità del ricorrente in ordine alla rapina ed all'estorsione: pur se le predette testimonianze non costituivano l'unica prova a carico dell'imputato, la mancata audizione delle due testimoni in dibattimento era, pertanto, risultata determinante ai fini della condanna; inoltre, pur se i tribunali tedeschi avevano valutato l'attendibilità delle testimoni in modo attento, si è ritenuto che nessuna misura era stata adottata per compensare adeguatamente l'impossibilità dell'imputato e del suo avvocato di esaminare direttamente le predette.

Ha, pertanto, concluso che, in considerazione della rilevanza assunta dalle predette dichiarazioni testimoniali in relazione alla prova di uno dei reati in ordine al quale il signor Schatschaschwili era stato condannato, le misure, adottate per controbilanciare il *vulnus* arrecato alle garanzie difensive del predetto dall'impossibilità di esaminare o fare esaminare le due testimoni oculari, erano state insufficienti per consentire una valutazione equa e corretta circa l'affidabilità delle prove testimoniali non assunte in contraddittorio: di qui, la violazione dell'articolo 6, §§ 1 e 3D, Conv. EDU.

3.2. Trattasi di principi ancor più recentemente ribaditi dalla sentenza 12 ottobre 2017 della I sezione della Corte EDU, caso Cafagna c/ Italia (espressamente menzionata dalla decisione della III Sezione penale), che si segnala per alcune peculiarità, avendo affermato anche che:

- l'assenza di un motivo serio che giustifichi la mancata partecipazione di un testimone al dibattimento non viola di per sé l'art. 6 Conv. EDU;

- per quanto scrupoloso possa essere il vaglio da parte del giudice delle dichiarazioni predibattimentali di un testimone non presente in dibattimento, l'attendibilità delle predette dichiarazioni non può essere valutata <<correttamente ed equamente>> (§ 56) in assenza di confronto con il ricorrente in pubblica udienza.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTA' FONDAMENTALI - GIUSTO PROCESSO - GIUDIZIO CAMERALE IN UNICO GRADO DI OPPOSIZIONE ALLE SANZIONI IRROGATE DALLA CONSOB - SANZIONI EX ART. 191 T.U.F. - NATURA SOSTANZIALMENTE PENALE - ESCLUSIONE - PRINCIPI CONVENZIONALI ENUNCIATI DALLA SENTENZA DELLA CORTE EDU 4 MARZO 2014 *GRANDE STEVENS* - RILEVANZA - ESCLUSIONE - QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE - MANIFESTA INFONDATEZZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU art. 6

Costituzione artt. 3 e 117

D.Lgs. n. 58/1998 (T.U.F.) artt. 191 e 195

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. II, sentenza 23.1.2018, n. 1621

Abstract

Con la sentenza in epigrafe la II sezione civile della Corte di cassazione torna a confrontarsi con la disciplina del procedimento sanzionatorio della CONSOB dettata dall'articolo 195 del decreto legislativo n. 58/1998 (da ora, T.U.F.) nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche recate dal decreto legislativo n. 72/2015; il tema è, in particolare, la conformità di detta disciplina al paradigma del giusto processo fissato nell'articolo 6 CEDU.

1. La Cassazione era stata investita della impugnazione di un decreto della corte di appello di Milano che aveva rigettato una opposizione avverso una delibera sanzionatoria della CONSOB. Con tale delibera gli esponenti di una banca incaricata del collocamento in borsa di azioni di una società (nonché la banca stessa, quale obbligata solidale ai sensi del nono comma dell'articolo 195 T.U.F., nel testo applicabile *ratione temporis*) erano stati sanzionati, ai sensi dell'articolo 191 T.U.F., per la violazione del disposto degli articoli 95, comma 1, lett. a), del T.U.F. e 5, comma 4, del Regolamento di attuazione del T.U.F. concernente la disciplina degli emittenti, approvato con la delibera della CONSOB n. 11971 del 14 maggio 1999 (c.d. "Regolamento emittenti"), sempre nel testo applicabile *ratione temporis*.

L'illecito sanzionato consisteva nella mancata rappresentazione, nel prospetto informativo redatto in relazione all'offerta di sottoscrizione e vendita delle suddette azioni, dei rischi derivanti dalle criticità sussistenti nel sistema di controllo di gestione dell'emittente.

2. Nel ricorso per cassazione, tra l'altro, si solleva la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli articoli 3 e 117 Cost. (quest'ultimo con riferimento all'articolo 6 CEDU), dei commi

4, 5, 6 e 7 dell'articolo 195 T.U.F., nel testo anteriore alle modificazioni apportate dal decreto legislativo n. 72/2015, i quali disciplinano il procedimento del giudizio di opposizione - davanti alla Corte di appello in unico grado - ai provvedimenti sanzionatori della CONSOB.

2.1 Quanto al parametro di cui agli articoli 117 Cost. e 6 CEDU, i ricorrenti, richiamata la sentenza della Corte EDU 4 marzo 2014 *Grande Stevens*, deducono la natura sostanzialmente penale delle sanzioni CONSOB e lamentano la compressione imposta dal procedimento in camera di consiglio in unico grado ai principi della parità delle armi tra accusa e difesa e del diritto al contraddittorio.

La questione sollevata dai ricorrenti riprende, in sostanza, le argomentazioni relative alla non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 195, comma 7, T.U.F. sollevate, sempre con riferimento agli articoli 117 Cost. e 6 CEDU, con sedici ordinanze, di analogo tenore, emesse nel primo semestre del 2015 dalle corti di appello di Genova e Firenze. Nei conseguenti giudizi incidentali di costituzionalità, riuniti, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 258/2017, ha disposto la restituzione degli atti ai giudici rimettenti per la rivalutazione della rilevanza in ragione dello *jus superveniens* recato dal già menzionato decreto legislativo n. 72 del 2015, laddove esso prevede che la discussione dell'opposizione ai provvedimenti sanzionatori della CONSOB e della Banca d'Italia avvenga in udienza pubblica (art. 5, comma 15), e, con apposita norma transitoria, stabilisce che nei giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo le udienze «sono pubbliche» (art. 6, comma 8).

2.2 Quanto al parametro dell'articolo 3 Cost. i ricorrenti deducono la ingiustificata e irragionevole difformità tra la disciplina del giudizio di opposizione alle sanzioni della CONSOB e la disciplina generale dell'opposizione alle sanzioni amministrative dettata dall'articolo 6 D.lgs. n. 150/2011, la quale disegna un procedimento a cognizione piena ed esauriente, caratterizzato dalla predeterminazione delle forme processuali e dei poteri delle parti e del giudice.

3. La sentenza in epigrafe giudica irrilevante la questione prospettata in relazione agli articoli 117 Cost. e 6 CEDU, argomentando che alle sanzioni previste dall'articolo 191 T.U.F. - applicate al ricorrente nella delibera oggetto del giudizio - non può riconoscersi natura sostanzialmente penale nei sensi dell'articolo 7 CEDU. Quest'ultima affermazione si colloca in dichiarata continuità con:

- Cass. n. 4114/2016, che ha escluso la natura sostanzialmente penale della sanzione prevista dall'articolo 191 T.U.F., argomentando che i principi convenzionali declinati dalla sentenza *Grande Stevens* vanno considerati nell'ottica del giusto processo, ma non possono portare a ritenere sempre sostanzialmente penale una disposizione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno;
- Cass. n. 8855/2017, che ha escluso la natura sostanzialmente penale delle sanzioni previste dall'articolo 190 T.U.F., giudicando queste ultime non equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle (alle quali si riferisce la sentenza *Grande Stevens*)

- comminate dall'art. 187 ter del T.U.F. per le manipolazioni del mercato; in proposito la sentenza in esame sviluppa un'argomentazione *a fortiori*, sottolineando la maggiore afflittività delle sanzioni amministrative di cui all'art. 190 T.U.F. (di cui Cass. 8855/2017 ha escluso, appunto, la natura sostanzialmente penale) rispetto alle sanzioni di cui all'articolo 191 T.U.F.;
- Cass. n. 13433/2016, che ha affermato che i principi espressi dalla sentenza *Grande Stevens* in materia di *bis in idem* non possono indurre a ritenere che una sanzione qualificata come amministrativa dal diritto interno abbia sempre ed a tutti gli effetti natura sostanzialmente penale.
 - Cass. n. 3656/2016, che ha escluso la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 144 T.U.B. per carenze nell'organizzazione e nei controlli interni.

Sull'estensione delle ricadute nel diritto nazionale dei principi fissati dalla sentenza *Grande Stevens* va peraltro ricordato che la Corte costituzionale:

- per un verso, con riferimento al potere del giudice comune di qualificare come sostanzialmente penale una sanzione formalmente amministrativa, ha affermato come sia «*da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, «l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sentenze n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze n. 276 e n. 36 del 2016)*» (così sent. n. 68/2017, § 7);
- per altro verso, con riferimento alle conseguenze che devono trarsi dalla qualificazione di una violazione formalmente amministrativa come sostanzialmente penale, ha ripetutamente affermato che l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale per effetto dell'art. 7 della CEDU trascina soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo, mentre rimane nel margine di apprezzamento degli Stati aderenti la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale (C. Cost. n. 49/2015, n. 43/2017, n. 68/2017, n. 109/2017).

4. Quanto alle critiche all'opzione del legislatore per il rito camerale, su cui i ricorrenti hanno fondato la questione di legittimità costituzionale da loro sollevata in relazione all'articolo 3 Cost. le stesse sono state tutte disattese dalla sentenza in esame, con vari argomenti.

La doglianza relativa alla dedotta violazione del diritto alla pubblicità dell'udienza è stata rigettata in base all'accertamento di fatto, operato sulla scorta del diretto esame del verbale dell'udienza del giudizio di merito, che la causa era stata trattata dalla corte di appello in pubblica udienza.

La questione della violazione del principio del doppio grado di giurisdizione di merito è stata giudicata manifestamente infondata sul rilievo che tale principio non è costituzionalmente tutelato (tra le tante, Corte cost., sent. n. 78/1984 in materia di espropriazione; v. altresì nn.

52/1984; 395/1988; 80/1988; nella giurisprudenza di legittimità, v. Sez. Un. n. 22610/14 e Sez. Un. n. 15399/2003 in materia di processo disciplinare nei confronti dei magistrati; v. Cass., n. 2108/1990 e n. 494/1989 in tema di opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità).

Quanto al confronto tra il procedimento regolato dalle disposizioni sospettate di illegittimità costituzionale e quello regolato dal D.Lgs. n. 150/2011 e quanto alle lamentate violazioni del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, la sentenza in commento ha giudicato tranciante la considerazione che dal ricorso per cassazione non emergeva quale attività difensiva i ricorrenti avrebbero in concreto inteso svolgere - e non avrebbero invece potuto svolgere a causa delle caratteristiche del procedimento - tanto in sede amministrativa quanto in sede giurisdizionale.

Quest'ultima affermazione risulta allineata al principio che la doglianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa specificamente conculcato o compresso nel procedimento sanzionatorio; detto principio, enunciato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 20935/09, è poi stato ripreso, in tema di contraddittorio nel procedimento per l'applicazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, dalla sentenza n. 27038/13 e in tema di contraddittorio nel procedimento per l'applicazione delle sanzioni irrogate dalla CONSOB dalle sentenze n. 24048/15, n. 8210/2016 e n. 770/2017. In particolare nella sentenza n. 8210/16 si sottolinea come detto principio si collochi nella medesima prospettiva ermeneutica indicata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 24823/15, ove, in tema di contraddittorio nel procedimento tributario, si è affermato che *«la violazione del diritto al contraddittorio comporta l'invalidità dell'atto purché il contribuente abbia assolto all'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere»* e si è sottolineato come tale affermazione *«privilegia una lettura sostanzialistica (della tutela del) del diritto al contraddittorio, che il Collegio condivide perché richiama il pragmatico canone giuspubblicistico della strumentalità delle forme e risulta in piena sintonia con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con gli approdi della giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia sull'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali (cfr. CGEU sentt. 3.7.2014, Kamino International Logistics, ove si afferma che la violazione dei diritti di difesa, in particolare del diritto ad essere sentiti prima dell'adozione di provvedimento lesivo, determina l'annullamento dell'atto adottato al termine del procedimento amministrativo soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, detto procedimento "avrebbe potuto comportare un risultato diverso"; nello stesso senso, si veda anche la sentenza 26.9.2013, Texdata Software)»*.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI - EQUA RIPARAZIONE PER IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO - QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU artt. 6 e 13

Costituzione artt. 111 e 117

Legge n. 89/2001 artt. 1 ter, 2 e 6

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. II, ordinanza interlocutoria 19.12.2017, dep. 31.01.2018, n. 2438

Abstract

Con l'ordinanza n. 2438/2018 la seconda sezione civile della Corte di Cassazione ha affrontato il tema relativo al mancato riconoscimento del diritto all'equa riparazione per omessa presentazione dell'istanza di accelerazione nel processo penale.

La controversia trae origine dal ricorso con cui la ricorrente chiedeva la condanna del Ministero della Giustizia all'equa riparazione per irragionevole durata del procedimento penale svolto a suo carico per il periodo compreso fra la richiesta di rinvio e giudizio e la sentenza di assoluzione divenuta irrevocabile.

1. La Corte di Appello rigettava la domanda in assenza dell'istanza di accelerazione, ritenendo che non trovasse applicazione né l'art. 1-bis, comma 2- con la quale era stato previsto l'istituto dei c.d. rimedi preventivi quale condizione per la possibilità di proporre la domanda di equa riparazione – né l'art. 1-ter- che ha abrogato l'art. 2, comma 2-quinquies, lettera e), prevedendo che «l'imputato e le altre parti del processo penale hanno diritto di depositare, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, un'istanza di accelerazione almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'articolo 2, comma 2-bis»- della legge n. 89/2001, come introdotti dalla legge n. 208/2015.

Secondo la Corte d'Appello doveva ritenersi ultrattiva la disciplina previgente di cui alla l. n. 134/2012, che subordinava l'accoglimento della domanda di equo indennizzo alla presentazione dell'istanza di accelerazione nel processo penale nei trenta giorni successivi al superamento del termine di durata ragionevole.

La ricorrente ha proposto ricorso per cassazione, censurando la mancata applicazione della novella di cui alla l. 208/2015, nonché la violazione e falsa applicazione degli artt. 6 CEDU e 111 Costituzione.

2. Cass. n. 2438/2018, dopo aver riconosciuto la corretta applicazione del quadro normativo di riferimento ad opera della Corte distrettuale, ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 2 co. 2 *quinquies* lett. e) della legge n. 89/2001, come introdotto dall'art. 55 co. 1 lett. a) n. 2 del D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito modificazioni dalla L. 7 agosto 2012 n. 134, in relazione all'art. 117 Cost. comma 1, integrato dai parametri interposti dell'art. 6, par. 1, art. 13 e art. 46, par. 1 CEDU.

Nel ragionamento della Cassazione hanno giocato un ruolo decisivo alcune pronunzie rese dalla Corte EDU.

Cass. n. 2438/2018 ha richiamato due pronunce della Corte EDU che hanno affrontato, con riguardo a fattispecie relative a giudizi amministrativi, il problema dell'effettività dell'istanza *ex lege* n. 89/01 soggetta alla condizione di proponibilità dell'art. 54, c.2, d. l. n. 112/08, come modificato dal d.lgs. n. 104/10 e dal d.lgs. correttivo n. 195/11. Tale disposizione impedisce la proposizione della domanda di equa riparazione se nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo in cui si assume essersi verificata la violazione dell'art. 2, comma 1, l. n. 89/01, "non è stata presentata l'istanza di prelievo di cui all'art. 71, comma 2, del codice del processo amministrativo, né con riguardo al periodo anteriore alla sua presentazione".

In particolare, Corte dir. uomo *Daddi c. Italia*, 2 giugno 2009, ricorso n. 15476/2009, nel dichiarare inammissibile il ricorso per mancato esperimento del rimedio giurisdizionale interno, aveva incidentalmente ritenuto che una prassi interpretativa interna che avesse per effetto quello di opporsi alla ricevibilità del ricorso Pinto in ragione della mancanza di una domanda di fissazione urgente dell'udienza avrebbe potuto vulnerare i diritti della parte, esonerandola dall'obbligo di esperire il rimedio interno. I giudici europei avevano altresì sottolineato come non fosse possibile escludere che l'art. 54 ult. *cit.* avrebbe potuto al contempo privare sistematicamente alcune categorie di ricorrenti della possibilità di ottenere una riparazione adeguata e sufficiente.

Con la sentenza resa nel caso *Olivieri* - Corte dir. uomo, *Olivieri c. Italia*, 22 febbraio 2016, ric. nn. 17708/12, 17717/12, 17729/12 e 22994 – la Corte EDU ha ritenuto che un meccanismo che conduce all'inammissibilità di un ricorso per equa riparazione per aver la parte presentato l'istanza di fissazione d'udienza e non anche l'istanza di prelievo, integra la violazione dell'art. 13 CEDU, contrastando con le esigenze di effettività sottesa a tale parametro, poiché dal contenuto delle norme succedutesi e dalla prassi giudiziaria "non risulta che l'istanza di prelievo possa efficacemente accelerare la decisione in merito alla causa sottoposta all'esame del Tribunale" (v. par. 60). La Corte EDU precisava ulteriormente che il requisito di ammissibilità di un ricorso proposto ai sensi dell'art. 54, c. 2, l. n. 112/08 configura una condizione formale capace di ostacolare l'accesso alla procedura interna, privando i ricorrenti della possibilità di ottenere una riparazione adeguata e sufficiente (principi, peraltro, in linea con quanto precedentemente chiarito dalla Corte EDU, secondo la quale lo strumento di tutela giurisdizione introdotto può considerarsi realmente effettivo solo "se permette di evitare che si verifichi o si

protragga la violazione dedotta o se permette di fornire all'interessato una riparazione adeguata per tutte le violazioni che si siano già verificate" - Corte dir. uomo, *Kudla c. Polonia*, 26 ottobre 2000, ric. n. 30210/96-.

3. Cass. n. 2438/2018 ha inteso dare continuità ai dubbi espressi da altre due ordinanze interlocutorie, emesse dalla stessa sezione della Corte (Cass. nn. 26221/2017 e 28403/2017) che, all'indomani della sentenza *Olivieri c. Italia*, esaminando il rapporto fra istanza di prelievo ed istanza di fissazione d'udienza nell'ambito di un giudizio amministrativo, hanno ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 2, del d. l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008, come modificato dall'art. 3, comma 23, dell'all. 4 al d.lgs. n. 104 del 2010 e dall'art. 1, comma 3, lett. a), n. 6), del d.lgs. n. 195 del 2011, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 6 e 46 della CEDU, nella parte in cui, relativamente ai giudizi pendenti alla data del 16 settembre 2010 e per la loro intera durata, subordina la proponibilità della domanda di equa riparazione alla previa presentazione dell'istanza di prelievo.

Secondo le due ordinanze interlocutorie richiamate l'art. 54 *cit.* "subordina l'equa riparazione ad un adempimento che non solo non è funzionale alla progressione del giudizio più di quanto non lo sia la semplice istanza di fissazione dell'udienza, essendo dovuta nell'un caso come nell'altro la risposta giurisdizionale fino al limite della perenzione, ma (...) altresì trasfigura da strumento sollecitatorio per ragioni di urgenza a mezzo di pura prenotazione dell'indennizzo, tramite una surrettizia e sovrabbondante dichiarazione di interesse alla decisione". Ne discende che, come ritenuto dalla Corte EDU nella sentenza *Olivieri*, una procedura così configurata contrasterebbe col principio di effettività, privando i soggetti della possibilità di esperire un giudizio -quello riparatorio- che è conseguenza di una precedente violazione del loro diritto alla ragionevole durata del processo.

4. In questa prospettiva, l'aspetto di maggior rilievo dell'ordinanza n. 2438/2018 concerne la valutazione in merito alla rispondenza – o meno – dell'istanza di accelerazione al principio di effettività sancito dall'art. 13 CEDU come interpretato dalla Corte EDU.

La Cassazione, seguendo le rime del ragionamento espresso dai giudici europei in relazione all'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo, ha ritenuto che l'istanza di accelerazione del processo penale, in assenza di specifiche previsioni del legislatore che garantiscono una sollecita definizione della vicenda processuale, ha portata meramente dichiarativa e non è dotato dei caratteri di rimedio effettivamente sollecitatorio. L'istanza *de qua* si risolverebbe, dunque, in una mera prenotazione degli effetti della riparazione per l'irragionevole durata dei processi in un momento in cui il ritardo non ha ancora assunto un'entità tale da legittimare la richiesta indennitaria.

La Cassazione ha altresì ricordato che la previsione di un siffatto strumento non sospende né differisce il dovere dello Stato di dare corso al procedimento e, dopo l'esercizio dell'azione penale,

al processo, in caso di omesso esercizio dello stesso, né implica il trasferimento sul ricorrente della responsabilità per il superamento del termine ragionevole per la definizione del giudizio, salva restando la valutazione del comportamento della parte al solo fine dell'apprezzamento della entità del lamentato pregiudizio (cfr. Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005 n. 28507).

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha dubitato del fatto che l'istanza di accelerazione possa legittimamente integrare una condizione di ammissibilità dell'eventuale successivo giudizio riparatorio ed in ragione dell'impossibilità di procedere ad un'interpretazione convenzionalmente orientata che non si traduca nella piena e sostanziale disapplicazione della norma vigente *ratione temporis*.

5. L'ordinanza n. 2438/2018, nel richiamare i principi in tema di effettività del rimedio dell'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo, ha ritenuto che la giurisprudenza della Corte EDU integra un indirizzo consolidato '...in quanto costituisce il logico e preannunciato sviluppo del principio già espresso nella sentenza sul caso Daddi; è stato adottato all'unanimità; non presenta alcuna attitudine innovativa rispetto alla tecnica dell'interpretazione convenzionale fin qui seguita...e pur concernendo... una fattispecie diversa da quella in esame nella presente controversia, si connota per la generalità delle affermazioni rese, come idoneo ad orientare l'interpretazione delle diverse norme in tema di rimedi interni, collocandosi coerente nel solco della giurisprudenza di detta Corte Europea sul principio di effettività.'

Giova ricordare che Corte cost. n. 49/2015, rimodulando i principi espressi a partire dalla sentenza c.d. gemelle del 2007 (nn. 348 e 349), ha inteso attenuare l'efficacia della giurisprudenza della Corte EDU.

Da un lato si chiarisce che il piano gerarchico fra CEDU e Costituzione si irradia anche all'ambito delle operazioni interpretative che il giudice – comune e non – deve compiere allorché si ponga un problema di "conflitto" fra CEDU e Costituzione – ed i rispettivi diritti viventi –. Dall'altro, la Corte costituzionale ha operato una forte contrazione dell'efficacia del diritto vivente convenzionale, richiamando il fenomeno del "non consolidamento" della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Il *vincolo* interpretativo al quale soggiace il giudice comune cessa se non emerge una giurisprudenza solida della Corte europea sul caso di specie. In tali evenienze, la giurisprudenza della Corte EDU non è destinata ad operare tutte le volte in cui lo stesso si trovi di fronte a risultati interpretativi fondati sulla stessa, ma incompatibili con la Costituzione. Anzi, se il diritto convenzionale non è consolidato, il giudice comune è chiamato ad un'opera di re-interpretazione del precedente isolato della Corte EDU in chiave costituzionale. Il giudice comune, pertanto, non deve utilizzare la CEDU per come è espressa nei suoi articoli e/o nella giurisprudenza che non riguarda in modo specifico la vicenda posta al suo vaglio essendo chiamato, piuttosto, ad attendere che si formi un diritto vivente consolidato sul punto per il mezzo di sentenze c.d. pilota e/o di pronunzie della Grande Camera o di reiterate applicazioni da parte delle singole camere di un medesimo principio riguardante il caso da esaminare.

In definitiva, quando il giudice comune si interroga sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, «... questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale.» Ne consegue che solo il diritto consolidato della CEDU potrà quindi aprire le porte al sindacato di costituzionalità.

È tuttavia utile ricordare che, in tempi più recenti, il giudice costituzionale non ha mancato di offrire alcune precisazioni tesa ad attenuare l'idea di un'operatività della giurisprudenza della Corte EDU e della CEDU solo mediata da plurimi e costanti orientamenti della giurisprudenza della Corte EDU.

In questa direzione si iscrive Corte cost. n. 109/2017 (§ 3.1) ove si è, fra l'altro, affermato: "*...[n]ell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima*".

Peraltro, in epoca di poco precedente la stessa Corte costituzionale –sent. n. 68/2017– ha ritenuto di precisare che «...è parimenti da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, «[l]'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sentenze n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze n. 276 e n. 36 del 2016). In tale attività interpretativa, che gli compete istituzionalmente ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune incontra il solo limite costituito dalla presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla CEDU. In tale caso, la disposizione interna va impugnata innanzi a questa Corte per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., ove non sia in alcun modo interpretabile in senso convenzionalmente orientato (sentenza n. 239 del 2009). Nel caso di specie, pertanto, non è risolutiva la circostanza che la Corte di Strasburgo, con la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, abbia applicato l'art. 7 della CEDU alle sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive previste in materia di abuso di informazioni privilegiate, senza occuparsi della confisca per equivalente, che non era oggetto di quel contenzioso. L'interprete nazionale è infatti tenuto a sviluppare i principi enunciati sulla base dell'art. 7 della CEDU per decidere se valgano anche con riferimento alla confisca di valore, e, come si è visto, la risposta al quesito deve essere affermativa."

Orbene, Cass. n. 2438/2018 offre una lettura accorta del canone dell'interpretazione convenzionalmente consolidata recuperando i *principia* espressi dalla Corte EDU in materia di ragionevole durata del processo e di effettività dei rimedi, per poi applicarli ad una controversia

non espressamente esaminata da quel giudice, senza che ciò impedisca di ritenere pienamente operativo il parametro convenzionale ai fini del proposto incidente di costituzionalità.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

LIBERTA' DI ESPRESSIONE - SANZIONE PECUNIARIA INFLITTA AD UN POLITICO PER LE ACCUSE RIVOLTE AD UN GIUDICE ETICHETTATO COME "DI SINISTRA" CHE LO AVEVA IN PRECEDENZA INDAGATO - LEGITTIMITA'.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione eur. dir. uomo art. 10

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. V, (dec.) 1° febbraio 2018 (n. 50538/12), Meslot c. Francia

Abstract

La V sezione della Corte, nella decisione indicata, ha dichiarato all'unanimità irricevibile il ricorso proposto da un deputato del parlamento francese per l'asserita violazione della disposizione convenzionale dell'articolo 10 (libertà di espressione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["DECGRANDCHAMBER","ADMISSIBILITY","ADMISSIBILITYCOM"\],"itemid":\["001-180684"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

1. L'uomo politico, in occasione di un comizio pubblico tenuto durante la campagna elettorale del 2007, aveva dichiarato, tra l'altro, che non aveva rispetto né per il procuratore L. né per il giudice D.; in particolare, il deputato (facente parte di una formazione politica della destra francese) aveva accusato il giudice, che lo aveva in precedenza messo sotto inchiesta, di essere "di sinistra" e di "fare la guerra" ai parlamentari della destra, accusandolo di aver anche rimesso in libertà due rapinatori, dichiarando infine di "averne abbastanza di giudici di sinistra che vanno contro la volontà del popolo e ostacolano il lavoro della polizia". Queste dichiarazioni erano state messe in onda da una stazione radio locale e riprodotte parzialmente dal quotidiano *Le Pays*.

In particolare, adita dal deputato che si era lamentato della condanna pecuniaria inflittagli (700 € in primo grado, elevata a € 1000 in appello, oltre al risarcimento simbolico di 1 euro richiesto dal giudice costituitosi parte civile), la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la condanna aveva perseguito lo scopo legittimo della "protezione della reputazione o dei diritti altrui"; ha riconosciuto che i giudici francesi avevano giustificatamente concluso che le osservazioni fatte dal deputato si erano tradotte in un attacco personale del tutto gratuito e potevano essere ingannevoli; inoltre ha rilevato che le dichiarazioni contestate avevano anche violato l'indipendenza e l'autorità del potere giudiziario, dal momento che l'uomo politico aveva minato la fiducia dell'opinione pubblica nell'integrità dei giudici e del sistema giudiziario nel suo complesso.

Per i precedenti:

- nella giurisprudenza della Corte E.D.U., si v. il caso Koudechkina c. Russia del 26 febbraio 2009 (n. 29492/05), in cui, la Corte aveva diversamente concluso per la violazione dell'articolo 10 della Convenzione. Si tratta di un precedente solo apparentemente difforme, in quanto in realtà la Corte E.D.U., anche in quel caso, aveva fatto applicazione dello stesso principio ma in relazione ad una fattispecie diversa, in cui il magistrato era stato destinatario di un'offesa gratuita e generica estensibile ad un numero indeterminato, avente ad oggetto l'attribuzione di fatti e non l'espressione di giudizi gratuiti, distinzione non sempre agevole (v., sul punto, il caso Egill Einarsson c. Islanda del 7 novembre 2017, ric. 24703/15, § 40, che fornisce alle Corti nazionali alcune utili indicazioni su come affrontare la definizione dei casi dubbi, in cui non sia certo se una determinata affermazione possa essere qualificata come un fatto ovvero un'opinione). In particolare, a differenza del caso Meslot c. Francia, nel caso Koudechkina, quest'ultima era stata sanzionata per aver espresso, nell'ambito della sua campagna elettorale, delle critiche generali sul funzionamento dei tribunali di Mosca e del sistema giudiziario. I fatti che aveva attribuito a degli individui identificati o identificabili (in particolare, il presidente del tribunale di Mosca) rientravano nella sua diretta esperienza ed erano stati in parte confermati da alcuni testimoni. Inoltre, la sanzione inflitta alla sig.ra Koudechkina aveva comportato per lei la perdita del suo posto e di qualsiasi possibilità di esercitare la funzione di giudice;
- nella giurisprudenza di questa Corte, si v. Sez. 5, n. 54501 del 2016 (u.p. 21/09/2016 – dep. 22/12/2016), ric. Genchi ed altro, non massimata, relativa a vicenda diffamatoria di cui era destinatario un magistrato, in cui, nello svolgere un'interessante analisi delle questioni legate all'individuazione dei limiti del diritto di critica, nella prospettiva del diritto interno e del diritto internazionale, si ribadisce come l'offesa non si deve tradurre "in una gratuita ed immotivata aggressione alla sfera personale del soggetto preso di mira", ma deve rimanere contenuta nell'ambito della tematica attinente al fatto dal quale la critica ha tratto spunto.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ' FONDAMENTALI - PATTO INTERNAZIONALE SUI DIRITTI CIVILI E POLITICI ADOTTATO A NEW YORK IL 16 DICEMBRE 1966 - CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA - COSTITUZIONE - ATTIVITÀ DI VIGILANZA DELLA BANCA D'ITALIA E DELLA CONSOB - DOVERE DI COOPERARE CON LA CONSOB - QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ARTICOLO 187 QUINQUESDECIES T.U.F. - NON MANIFESTA INFONDATEZZA - SANZIONI AMMINISTRATIVE IRROGATE DALLA CONSOB - ABUSO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE - CONFISCA AMMINISTRATIVA PER EQUIVALENTE - QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ARTICOLO 187 SEXIES T.U.F. - NON MANIFESTA INFONDATEZZA - DUBBIO DI CONTRASTO DI UNA NORMA NAZIONALE SIA CON LA COSTITUZIONE CHE CON LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA - DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ .

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU art. 6 e art. 1 Primo Protocollo addizionale

Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, art. 14, comma 3, lett. g)

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea artt. 17, 47 e 49

Costituzione artt. 3, 11, 24, 42, 111 e 117

D.Lgs. n. 58/1998 (T.U.F.) artt. 187 *quinquiesdecies* e 187 *sexies*

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. II, ordinanza 16.02.2018 n. 3831

Abstract

Con la sentenza in epigrafe la II sezione civile della Corte di cassazione ha sollevato due questioni di legittimità costituzionale, rispettivamente riferite a due distinte disposizioni del decreto legislativo n. 58/1998 (Testo Unico della Finanza, da ora, T.U.F.), vale a dire l'articolo 187 quinquiesdecies (che, nel testo applicabile *ratione temporis*, recitava: «*Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque non ottempera nei termini alle richieste della CONSOB ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquantamila ad euro un milione*»), e l'articolo 187 sexies, i cui commi primo e secondo recitano: «*1. L'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente capo importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo. 2. Qualora non sia possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente.*»).

1. La Cassazione era stata investita della impugnazione di un decreto della corte di appello di Roma che aveva rigettato l'opposizione avverso una delibera sanzionatoria adottata dalla CONSOB in relazione ad una vicenda di *insider trading*.

In particolare, e per quanto qui interessa, la CONSOB aveva applicato al socio e consigliere di amministrazione di una società, per l'acquisto delle relative azioni dal medesimo effettuato in base al possesso dell'informazione privilegiata concernente l'imminente lancio di una OPA per *delisting* sulla società stessa, una sanzione pecuniaria per l'illecito di cui all'articolo 187 *bis*, comma 1, lettera a) del T.U.F. (*insider trading*), nonché la confisca per equivalente del profitto e dei mezzi usati per ottenerlo ai sensi dell'articolo 187 *sexies* T.U.F. (oltre alla sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità prevista dall'articolo 187 *quater*, comma 1, T.U.F.); inoltre la CONSOB aveva irrogato una ulteriore sanzione pecuniaria, ai sensi dell'articolo 187 *quinqüesdecies* T.U.F., a causa del comportamento dilatorio tenuto dall'interessato, perché costui, dopo aver più volte rinviato la data dell'audizione cui era stato convocato in qualità di persona informata dei fatti, si era poi rifiutato di rispondere alle domande a lui poste.

1.1. Per quanto riguarda l'articolo 187 *quinqüesdecies* T.U.F., nell'ordinanza in esame si dubita della sua legittimità costituzionale nella parte in cui esso sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate. I parametri di costituzionalità evocati dalla ordinanza in esame sono gli articoli 24 e 111 Cost. (con riguardo, rispettivamente, al diritto di difesa ed al principio di parità delle armi), l'articolo 117 Cost. in relazione all'articolo 6 CEDU e all'articolo 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966 e l'articolo 11 e 117 Cost., con riferimento all'articolo 47 CDFUE.

1.2. La Cassazione - dopo aver escluso che formulazione letterale dell'articolo 187 *quinqüesdecies* T.U.F. consenta di pervenire ad una interpretazione che escluda dal relativo ambito applicativo il soggetto che ostacoli le funzioni di vigilanza esercitate dalla CONSOB in relazione a condotte di abuso di informazioni privilegiate a lui stesso ascritte - pone la questione della compatibilità di detta disposizione con il principio del *nemo tenetur se detegere*, riconosciuto dalle suddette disposizioni della Costituzione e delle altre Carte dei diritti sopra citate.

L'affermazione che al destinatario degli effetti dell'esercizio del potere pubblico di accertamento e sanzione delle violazioni amministrative relative all'abuso di informazioni privilegiate debba riconoscersi la garanzia fissata nel principio *nemo tenetur se detegere* viene poggiata dalla Cassazione su due distinti ed autonomi rilievi.

In primo luogo si fa riferimento al dovere del presidente della CONSOB di trasmettere al pubblico ministero la documentazione raccolta nello svolgimento dell'attività di accertamento delle violazioni concernenti l'abuso di informazioni privilegiate (art. 187 *decies*, comma 2, T.U.F.).

In secondo luogo si afferma la natura sostanzialmente penale ex art. 7 CEDU, secondo i criteri elaborati dalla Corte EDU nella sentenza 8 giugno 1976, Engel, delle sanzioni previste per le violazioni amministrative connesse all'abuso di informazioni privilegiate (sanzioni non dissimili da quelle previste per le manipolazioni del mercato, già giudicate sostanzialmente penali dalla Corte EDU nella sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens). A quest'ultimo riguardo, nell'ordinanza si richiama l'affermazione contenuta nella sentenza n. 68/2017 della Corte costituzionale (§ 7) secondo la quale è «*da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, «l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sentenze n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze n. 276 e n. 36 del 2016)».*

1.3. In relazione all'articolo 6 CEDU l'ordinanza in esame richiama la reiterata affermazione della Corte EDU secondo cui il diritto di non contribuire alla propria incriminazione costituisce, al pari del diritto di mantenere il silenzio, norma internazionale generalmente riconosciuta che si pone al cuore della nozione di processo equo consacrato dell'articolo 6, co. 1, CEDU; con il corollario che il diritto di non contribuire alla propria incriminazione presuppone che le autorità cerchino di fondare i loro argomenti senza ricorrere ad elementi di prova ottenuti con costrizioni, o pressioni o in dispregio della volontà dell'accusato (Corte EDU 5 aprile 2012, Chambaz, § 52; si vedano anche le sentenze 8 febbraio 1996 Murray c. Regno Unito; 17 dicembre 1996 Sauders c. Regno Unito; 21 dicembre 2000, Heaney e McGuinness c. Irlanda; 3 maggio 2001, J.B. c. Svizzera; 4 ottobre 2005, Shannon c. Regno Unito; 8 ottobre 2002, Beckles c. Regno Unito).

1.4. In relazione all'articolo 47 CDFUE l'ordinanza in esame, in primo luogo, afferma che alla fattispecie risulta applicabile la CDFUE; si verte, infatti, in materia che rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea, poiché le norme interne regolatrici della vicenda sono state emanate in attuazione di direttive comunitarie (art. 51, primo comma, CDFUE; cfr. C. Cost. 11/3/2011, n. 80, § 5.5, ove i richiami a CGUE 5/10/2010, *J.McB.*, C-400/10 e a CGUE 12/11/2010, *Krasimir*, C-399/10);

In secondo luogo, nell'ordinanza si afferma che la disposizione di cui all'articolo 47, secondo comma, primo periodo, della CDFUE («*Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge.*») appare suscettibile di applicazione diretta e immediata, in quanto attributiva di un diritto e non enunciativa di un principio (arg. ex art. 52, co. 5, CDFUE).

In terzo luogo, la Cassazione si rileva che, attesa la convergenza tra le tutele apprestate dall'articolo 47, secondo comma, CDFUE e quelle apprestate dall'art. 6, primo comma, CEDU, l'interpretazione dell'articolo 17 della stessa CDFUE non può prescindere dalla giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU a proposito dell'articolo 6 CEDU (arg. ex art. 52, terzo comma, CDFUE).

In quarto luogo, infine, si citano due precedenti della giurisprudenza dell'Unione europea in materia di "diritto al silenzio" (Corte di giustizia dell'Unione europea 18 ottobre 1989, Orkem, C-374/87 e Tribunale dell'Unione europea, 20/2/2001, Mannesmannröhren-Werke AG, T-112/98) e si richiama il 37° "considerando" della direttiva 2003/6/CE.

2. Per quanto riguarda l'articolo 187 *sexies* T.U.F., nell'ordinanza in esame si dubita della sua legittimità costituzionale nella parte in cui esso assoggetta alla confisca per equivalente (in denaro o altri beni o utilità) non soltanto il profitto dell'illecito, ma l'intero prodotto dell'illecito, vale a dire l'equivalente della somma del profitto dell'illecito (ossia la plusvalenza ritratta delle illecite operazioni di *trading*) e dei mezzi impiegati per realizzare l'illecito (ossia il denaro o le altre utilità impiegate dall'agente per finanziare dette operazioni di *trading*). I parametri di costituzionalità evocati dalla ordinanza in esame sono gli articoli 3 (in riferimento all'irragionevolezza della misura della confisca), 42 e 117 Cost., con riferimento all'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, nonché gli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento all'articolo 17 e 49 CDFUE. Il *vulnus* ai principi espressi da detti parametri viene collegato, in sostanza, alla mancanza di proporzionalità tra la misura del sacrificio imposto al sanzionato e le finalità pubbliche da perseguire e, ciò, sia con riferimento alle caratteristiche di potenziale eccessività/non proporzionalità che in concreto può essere assunta dalla misura, sia con riferimento alla mancanza di un rapporto predefinito tra il valore dei beni suscettibili di confisca e il profitto realizzato dall'agente.

2.1. In relazione all'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU l'ordinanza ha richiamato le sentenze della Corte EDU 10 aprile 2012 Silickienė c. Lituania (laddove afferma «*deve esserci una ragionevole relazione di proporzionalità tra le misure adottate e le finalità da realizzare. In altre parole, la Corte deve determinare se vi sia equilibrio tra le esigenze di pubblico interesse e gli interessi dell'individuo*», § 63), nonché le sentenze 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia e 29 ottobre 2013 Varvara c. Italia.

2.2. In relazione agli articoli 17 e 49 CDFUE l'ordinanza ha evidenziato come l'articolo 17 («*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*») sia sostanzialmente analogo, ancorché non del tutto sovrapponibile, al disposto dell'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU e come l'articolo 49 («*Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato*») risulti

sintonico con l'elaborazione giurisprudenziale sviluppata dalla Corte costituzionale con riguardo all'articolo 27 della Costituzione (C. cost. n. 341/94, C. cost. 313/90, C. cost. n. 343/1993, C. cost. 144/2005).

A quest'ultimo proposito, nell'ordinanza si sottolinea che - se le misure di sicurezza amministrative non sono riconducibili sotto la copertura dell'articolo 27 Cost., il quale concerne esclusivamente le sanzioni propriamente penali (cfr. C. cost. 11 maggio 2017 n. 109 e i precedenti ivi richiamati) - a diversa soluzione si deve invece pervenire per quanto riguarda il disposto dell'articolo 49 CDFUE, versando la fattispecie, come già evidenziato, nell'ambito del diritto dell'Unione europea. Sotto altro aspetto, la Cassazione evidenzia come l'articolo 52, terzo comma, CDFUE, sollecitando una convergenza interpretativa tra CEDU e CDFUE, sembri legittimare una interpretazione sostanzialistica, secondo i "criteri Engel", delle nozioni di "pena" e "reato" contenute nel terzo comma dell'articolo 49 CDFUE.

3. Tanto in riferimento all'articolo 187 quinquiesdecies T.U.F. quanto in riferimento all'articolo 187 sexies T.U.F. l'ordinanza in esame individua chiarimenti interpretativi che, secondo la Cassazione, sarebbe necessario richiedere alla Corte di giustizia dell'Unione europea mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

3.1. Per ciò che concerne l'articolo 187 quinquiesdecies T.U.F., detti chiarimenti dovrebbero sciogliere - da all'esito di un bilanciamento tra le esigenze di tutela del diritto fondamentale espresso nel principio *nemo tenetur se detegere* e le esigenze di dotare le autorità di vigilanza di strumenti e poteri idonei a garantire l'efficacia della loro azione - il dubbio interpretativo se il disposto dell'articolo 47 CDFUE vada interpretato nel senso che esso impedisca che all'articolo 14, terzo comma, della direttiva 2003/6/CE possa attribuirsi, anche alla luce del 37° "considerando" della stessa direttiva, il significato che il dovere, ivi previsto, di prestare collaborazione alle indagini (e, conseguentemente, la sanzionabilità dell'omessa collaborazione) siano riferibili anche al soggetto nei cui confronti si stia svolgendo l'indagine; e, conseguentemente, se detto articolo 47 CDFUE osti ad una disposizione nazionale che, come quella di cui all'articolo 187 quinquiesdecies T.U.F., ponga il dovere di cooperare all'esercizio delle funzioni di vigilanza della CONSOB anche in capo al soggetto al quale, nell'esercizio di dette funzioni di vigilanza, la stessa CONSOB asciva illeciti amministrativi relativi all'abuso di informazioni privilegiate.

3.2. Per ciò che concerne l'articolo 187 sexies T.U.F., detti chiarimenti dovrebbero riguardare, in primo luogo, la questione se alle disposizioni dettate dagli articoli 17 e 49 CDFUE debba o meno riconoscersi efficacia diretta nell'ordinamento degli Stati membri, con conseguente dovere di non applicazione delle norme interne con le stesse contrastanti; in secondo luogo, la questione se le nozioni di "pena" e di "reato" utilizzate nell'articolo 49, terzo comma, CDFUE vadano riferite alle previsioni sanzionatorie formalmente qualificate come penali nell'ordinamento dei singoli stati membri, oppure vadano intese in conformità alla nozione di "materia penale" elaborata dalla Corte EDU in riferimento agli articoli 6 e 7 CEDU; in terzo luogo, se gli articoli 17 e 49 della

CDFUE vadano interpretati nel senso che essi impongano di ritenere non proporzionata una confisca per equivalente il cui oggetto non sia limitato all'equivalente del profitto ricavato delle illecite operazioni di *trading*, ma si estenda anche all'equivalente dei mezzi impiegati per realizzare tali operazioni.

4. L'ordinanza in esame, tuttavia, non ritiene di dare immediatamente corso al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

Premesso che nella specie ricorre una ipotesi di c.d. "doppia pregiudizialità", giacché gli articoli 187 quinquiesdecies e 187 sexies T.U.F. risultano potenzialmente contrastanti sia con la Costituzione che con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Cassazione ritiene di adeguarsi alle indicazioni offerte da C. cost. 269/2017, che afferma come *«laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»* (§ 5.2). Pertanto la segnalata doppia pregiudizialità viene risolta privilegiando in prima battuta l'incidente di costituzionalità.

Nell'ordinanza peraltro – sottolineata la possibilità che sia la stessa Corte costituzionale, nell'esercizio delle sue prerogative, ad attivare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE nell'ambito del giudizio incidentale di costituzionalità - si auspica un chiarimento, da parte della stessa Corte costituzionale, sulla questione se, alla stregua del principio di effettività della tutela garantita dal diritto dell'Unione europea (su cui, da ultimo, CGUE 20 dicembre 2017 Global Starnet Ltd C-322/16), il potere del giudice comune di non applicare una norma interna che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale (anche, eventualmente, sotto il profilo della conformità alla CDFUE quale norma interposta rispetto agli articoli 11 e 117 Cost.) sia limitato a profili diversi da quelli esaminati dalla Corte costituzionale o, al contrario, si estenda anche al caso in cui - secondo il giudice comune o secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea dal medesimo adita con il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE - la norma interna contrasti con la CDFUE in relazione ai medesimi profili che la Corte costituzionale abbia già esaminato (senza attivare essa stessa il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE).

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALI – APPLICAZIONE – PRESUPPOSTI – PERICOLOSITÀ SOCIALE C.D. GENERICA – QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ – MANIFESTA INFONDATEZZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione art. 117

Protocollo IV Convenzione EDU art. 2

D.lgs. n. 159 del 2011 artt. 1, comma 1, lett. A) e B), 4 e 16, comma 1, lett. A)

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. pen., Sez. II, sentenza 7.2.2018, dep. 2.3.2018, n. 9517, Baricevic ed altri

Abstract

La II sezione penale (sentenza 7.2.2018, dep. 2.3.2018, n. 9517, Baricevic ed altri, allo stato non massimata) è stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale del sistema di prevenzione italiano con specifico riferimento alle misure di prevenzione patrimoniali applicate sul presupposto della c.d. "pericolosità generica" del destinatario, a seguito di Corte EDU, *Grande Chambre*, 23 febbraio 2017, caso De Tommaso c. Italia.

Richiamando la predetta decisione, infatti, il ricorrente aveva dedotto, tra i motivi di ricorso, anche la <<*illegittimità costituzionale delle disposizioni dettate in materia di misure di prevenzione patrimoniale per difetto di prevedibilità delle condotte generanti il giudizio di pericolosità e di tassatività delle norme non descrivendosi adeguatamente i presupposti di fatto del fondamento della pericolosità*>>.

1. La Corte EDU, *Grande Chambre*, con sentenza del 23 febbraio 2017, caso De Tommaso c. Italia, su ricorso di un soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, ha dichiarato (all'unanimità) che vi era stata violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione EDU, che tutela la libertà di circolazione; ha, inoltre, ritenuto (con cinque opinioni dissenzienti) non sussistente la più grave violazione dell'art. 5 della Convenzione EDU, posto a tutela della libertà personale.

Le violazioni sono state rilevate con riferimento alla legge 1423/56, peraltro in ampia parte trasfusa nel vigente Codice delle leggi antimafia (D.Lgs. n. 159 del 2011), e riguardano sia il presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali) della c.d. "prevenzione generica" (ex art. 1, comma 1, lett. A) e B), D.Lgs. cit.), sia quanto ad alcune prescrizioni obbligatorie che conseguono alla misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale.

1.1. Quanto al primo profilo, la *Grande Chambre* ha ritenuto che l'art. 4 della l. n. 1423 del 1956 (*medio tempore* quasi integralmente trasfuso negli artt. 1 ss. D.Lgs. n. 159 del 2011) non contenesse una chiara e precisa indicazione degli elementi di fatto e degli specifici comportamenti, sintomatici della necessaria pericolosità sociale e valorizzabili ai fini dell'applicazione della misura, finendo col rimettere il relativo apprezzamento alla discrezionalità del giudice, senza indicare le finalità e le modalità di esercizio di tale discrezionalità; in tal modo, le conclusive decisioni non risultano prevedibili, non essendo *ex ante* chiaro a quali soggetti, ed in ragione di quali comportamenti, le misure di prevenzione *de quibus* potessero essere applicate; difettavano, inoltre, adeguate garanzie da eventuali abusi (§§ 117-118 della motivazione).

Nel caso concreto, secondo la *Grande Chambre* (§ 119 della motivazione), il Tribunale aveva indebitamente valorizzato una generica ed indeterminata <<*tendance à la délinquance*>> ai fini dell'applicazione dell'impugnata misura della sorveglianza speciale (che era stata, peraltro, annullata dalla stessa Corte di appello interna: si discuteva, quindi, di una misura della quale le disposizioni vigenti, se correttamente applicate, non avrebbe consentito l'applicazione).

1.2. Quanto al secondo profilo, la *Grande Chambre* (§§ 119-127) ha ritenuto che il contenuto delle prescrizioni

- 1) di "non dare ragione di sospetti" (peraltro non più menzionata dall'art. 8 D.Lgs. n. 159 del 2011 tra quelle applicabili);
- 2) di "vivere onestamente";
- 3) di "rispettare le leggi";
- 4) di "non partecipare a pubbliche riunioni",

non sia normativamente definito con chiarezza e, comunque, che l'ultima sia di per sé illegittima, comprimendo illimitatamente il diritto di riunione del prevenuto, e non potendo ammettersi che la fissazione di limiti spaziali e temporali sia rimessa alla discrezionalità del giudice, in difetto di parametri normativi che delimitino e guidino l'esercizio di tale discrezionalità; da ciò consegue che la misura di prevenzione della sorveglianza speciale che ne comporti l'applicazione, interferisca illegittimamente sulla libertà di circolazione del prevenuto.

2. La II Sezione penale, premesso che gli effetti della sentenza De Tommaso assumono rilievo anche ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali (poiché le misure di prevenzione patrimoniali possono essere richieste ed applicate solo ai soggetti indicati nell'art. 4 D.Lgs. n. 159 del 2011, e quindi, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 4, comma 1, lett. C), anche nei casi di c.d. "pericolosità generica" di cui all'art. 1 stesso D.Lgs.), ha ritenuto che <<*la conformità convenzionale delle misure di prevenzione, da assicurare alla luce della valenza di norme interposte secondo la nota giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 348 e 349 del 2007) e del conseguente obbligo per il giudice nazionale di attenersi ai principi stabiliti dalla*

CEDU, possa essere garantita solo da una interpretazione restrittiva dei presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione ai c.d. pericolosi generici, nell'ambito della quale vengano individuate a supporto della richiesta e dell'applicazione, fatti specifici significativi di un'effettiva tendenza a delinquere del proposto>>.

Pur nella consapevolezza dell'opposto orientamento di parte della giurisprudenza di merito (App. Napoli 14 marzo 2017 ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 3 e 5 legge n. 1423 del 1956, dell'art. 19 legge n. 152 del 1975 e degli artt. 1 e 4, comma 1, lett. c), 6 ed 8 D.Lgs. n. 159 del 2011, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in riferimento agli artt. 2, Prot. IV, CEDU e 1, Prot. add. I, CEDU, nonché dell'art. 42 Cost.), la II Sezione ha ritenuto possibile interpretare le norme interne *de quibus* in conformità alle norme convenzionali di riferimento come interpretate dalla Corte di Strasburgo: *<<se è vero che il giudice nazionale deve attribuire in primo luogo alla disposizione interna un significato quanto più aderente alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo «a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge» (Corte costituzionale, sentenze nn. 1 del 2013, 219 del 2008 e 49 del 2015), non è escluso che si possa pervenire ad una applicazione immediata dei principi CEDU. E così in relazione ai presupposti per l'applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale ai pericolosi generici occorre, a seguito della pronuncia della CEDU, ancorare il giudizio di pericolosità a dati e fatti oggettivi e non a meri sospetti o a semplici segnalazione di reato. Poiché la Corte europea non ha radicalmente escluso la possibilità di applicazione delle misure di prevenzione, avendo piuttosto richiamato la necessità ed indispensabilità di ancorare la stessa a fatti e prove concrete, evidentemente riferibili a condotte anche attuali, sembra venire meno la legittimità di quei provvedimenti applicativi che facciano riferimento a fatti avvenuti in tempi remoti, e mere denunce di polizia, ed a condotte valutate non penalmente illecite nel corso di giudizi penali. E del resto già in questo senso appare essersi orientata questa corte di legittimità in varie pronunce; in particolare si è affermato che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del sistema normativo previsto in materia di misure di prevenzione, per contrasto con gli artt. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e 6 e 7 della Convenzione EDU, poiché il giudizio di pericolosità, in un'ottica costituzionalmente orientata, si fonda sull'oggettiva valutazione di fatti sintomatici collegati ad elementi certi e non su meri sospetti, senza alcuna inversione dell'onere della prova a carico del proposto, essendo incentrato sul meccanismo delle presunzioni in presenza di indizi, i quali devono essere comunque provati dalla pubblica accusa, rimanendo a carico dell'interessato soltanto un onere di allegazione per smentirne l'efficacia probatoria (Sez. 2, n. 26235 del 04/06/2015, Rv. 264386). E sempre in questo contesto si è così affermato che il giudice della prevenzione, in sede di verifica della pericolosità di soggetto proposto per l'applicazione di misura ai sensi dell'art. 1, comma primo, lett. b) D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, non può ritenere rilevanti, in base al principio della "valutazione autonoma", fatti per i quali sia intervenuta sentenza definitiva di assoluzione, atteso che la norma sopra richiamata richiede,*

quale presupposto applicativo della misura preventiva, la constatazione di ricorrenti attività delittuose produttive di reddito (Sez. 1, n. 31209 del 24/03/2015, Rv. 264319)>>.

2.1. Deve, per completezza, rilevarsi che la Corte di Cassazione (Sez. I, sentenza 15.6.2017, dep. 9.1.2018, n. 349, Rv. 271996) ha anche ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. A) e B), D.Lgs. n. 159 del 2011, sollevata per violazione dell'art. 117 Cost. (in particolare, in rapporto all'art. 7 della Conv. EDU, in punto di prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli delle proprie condotte, ed all'art. 1 Prot. 1, in tema di tutela della proprietà, e sempre in riferimento ai principi contenuti nella citata sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia), osservando che, alla stregua dell'interpretazione della disciplina relativa alle misure di prevenzione emergente dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'iscrizione del proposto in una categoria criminologica tipizzata può aver luogo sulla base, non già di meri sospetti, bensì esclusivamente di un giudizio di fatto che ricostruisca le condotte materiali del medesimo, onde successivamente valutarle ai fini della verifica della sua pericolosità sociale, con la conseguenza che la legge interna non incorre in alcun difetto di chiarezza, determinatezza, precisione e prevedibilità degli esiti applicativi, integrante un vizio di qualità avente rilievo convenzionale.

Analogo convincimento (quanto alla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale delle disposizioni vigenti in tema di c.d. "pericolosità generica", sollevata per presunto contrasto con l'art. 117 Cost.) è stato espresso da Sez. VI, sentenza 11.10.2017, dep. 19.01.2018, n. 2385, Pomilio ed altri (riguardante, in particolare, una misura di prevenzione patrimoniale correlata ad ipotesi di c.d. "pericolosità generica"): si rinvia, in dettaglio, alla Segnalazione già predisposta.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

DIRITTI DELLA PERSONALITA' – IDENTITA' PERSONALE – DIRITTO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI – PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI SENSIBILI – BILANCIAMENTO FEA DIRITTI FONDAMENTALI – RICHIESTA DEL FRATELLO DI CONOSCERE LE ORIGINI DELLE SORELLE – INTERPELLO.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione Internazionale sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 artt. 7 e 8

Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993

Legge n. 184 del 1983 artt. 28 e 73

D.P.R. n. 396 del 2000 art. 30

CEDU art. 8

Costituzione artt. 2, 3

Pronuncia segnalata:

Cass. civ., Sez. I, sentenza 20.03.2018, n. 6963

Abstract

La Corte di Cassazione, muovendo dalle pronunce delle Corti nazionali e sovranazionali che hanno riconosciuto la centralità del diritto alla conoscenza delle origini dell'adottato nei confronti della madre che si era avvalsa del diritto a non essere nominata, ha affermato che l'adottato ha diritto, nei casi di cui all'art. 28, comma 5, della l. n. 184 del 1983, di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quelle delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo interpello di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare riservatezza e rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego.

1. La controversia trae origine dal rigetto dell'istanza formulata da una persona ultraventicinquenne al Tribunale per i minorenni di Torino al fine di conoscere le generalità delle proprie sorelle, la cui identità gli era sconosciuta a causa della precedente adozione da parte di famiglie diverse.

La Corte d'Appello di Torino, confermando il provvedimento di diniego reso dal giudice di prime cure, rilevava che l'art. 28 L. 184/1993 tutela il diritto ai legami familiari limitatamente alle origini e all'identità dei genitori biologici, con conseguente preclusione, per il giudice, di interpretare estensivamente la norma fino a ricomprendervi la tutela del diritto alla conoscenza dell'identità delle sorelle biologiche. In tale ultima ipotesi prevaleva, infatti, il diritto alla riservatezza delle predette, a presidio del quale operava, peraltro, la sanzione penale prevista

dall'art. 73 L. n. 184/1983 per la diffusione di notizie atte a rintracciarle.

L'interessato, nel proporre ricorso per cassazione, censurava la violazione del diritto alla salvaguardia dell'identità, del nome e delle relazioni familiari sanciti dagli artt. 7 ed 8 della Convenzione Internazionale sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, resa esecutiva con L. n. 176/1991, dovendosi allo stesso riconoscere il diritto all'identità consistente nel ricercare le proprie origini, le proprie radici e conoscere le informazioni relative alla famiglia biologica. Il ricorrente prospettava, altresì, la violazione dell'art. 30 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 nonché dei commi 4 e 5 dell'art. 28 L. n. 184/1993, laddove il giudice non avrebbe ricompreso nelle relazioni familiari anche quelle con le sorelle.

2. Preliminarmente, Cass. n. 6963/2018 ha disatteso l'istanza di rimessione alle Sezioni Unite formulata dal Procuratore Generale, non ritenendo fondata la prospetta inammissibilità del ricorso per omessa notifica al Pubblico Ministero e per difetto di partecipazione dello stesso al procedimento di merito.

In primo luogo, il Collegio ha sottolineato che l'inammissibilità per mancata notifica del ricorso per cassazione al Pubblico Ministero, al quale sia riconosciuto l'intervento ma non il potere di promuovere l'accertamento giudiziale, non opera qualora le funzioni ad esso spettanti siano attribuite al Procuratore Generale presso il giudice *ad quem* e sia assicurata la sua partecipazione al giudizio (Cass. Sez. Un. n. 3556/2017).

Relativamente al secondo profilo di inammissibilità, Cass. n. 6963/2018 ha rilevato che l'art. 28, L. n. 184/1983 non prevede l'obbligatoria partecipazione del Pubblico Ministero al procedimento con il quale l'adottato, che abbia raggiunto il venticinquesimo anno di età, intenda far valere il proprio diritto di accesso alle informazioni relative alla sua origine, essendo in gioco un diritto potestativo rispetto al quale non sussiste un interesse di natura pubblicistica tale da esigere la partecipazione del Pubblico Ministero, come invece accade quando ad essere coinvolti sono soggetti minori di età, tanto da richiedere in via generale il controllo e, quando previsto dalla legge, l'iniziativa dell'ufficio del P.M.

Acclarata la natura decisoria del provvedimento impugnato, incidente sull'esistenza ed estensione della tutela dei diritti fondamentali ed inviolabili della persona, Cass. n. 6963/2018 ha accolto il ricorso.

Secondo la Corte l'art. 28, c. 5, l. *cit.*, nell'affermare che "l'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere ad informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici", ha inteso riconoscere all'adottato il diritto alla conoscenza delle informazioni relative all'intero nucleo familiare di origine. Per giungere a tale conclusione la Corte ha, per l'un verso, proceduto all'individuazione del contenuto del diritto alla conoscenza delle origini e, per altro verso, esaminato la portata semantica dell'espressione utilizzata dal legislatore, proprio al fine di verificare se essa potesse limitarsi esclusivamente alla conoscenza delle origini genitoriali, ovvero si estendesse fino a ricomprendere ulteriori figure parentali.

3. Quanto al primo aspetto, la Corte ha ritenuto che lo sviluppo equilibrato della personalità

individuale e relazionale si realizza tanto per il tramite della propria identità esteriore, di cui il nome e la discendenza giuridicamente rilevante e riconoscibile costituiscono elementi essenziali, che di quella 'interiore', per la quale possono assumere rilievo la conoscenza e l'accettazione della discendenza biologica e della rete parentale più prossima. Il riconoscimento della funzione di primaria importanza rivestita dall'identità personale e la consapevolezza della pluralità di elementi anche dialettici di cui si compone, quali il diritto a conoscere la verità sulla propria storia personale e quello a conservare la costruzione preesistente dell'identità propria e dei terzi eventualmente coinvolti, trova conferma, secondo Cass. n. 6963/2018, nelle pronunce delle Corti nazionali e sovranazionali che hanno riconosciuto la centralità del diritto alla conoscenza delle origini dell'adottato nei confronti della madre che si era avvalsa del diritto a non essere nominata. Il riferimento è a Corte dir. uomo, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia* e Corte cost. n. 278/2013, alle quali ha fatto seguito Cass. S. U., 25 gennaio 2017 n. 1946, che ha espressamente riconosciuto al giudice la possibilità, su richiesta del figlio di accedere alla propria storia parentale e pur in assenza di una disciplina procedimentale attuativa introdotta dal legislatore, di interpellare la madre che si sia avvalsa del diritto all'anonimato, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione con modalità procedimentali idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio non è incondizionato e trova un limite insuperabile allorché a seguito di interpello persista il diniego della madre a svelare la propria identità.

Orbene, muovendo dai principi fissati da tali precedenti, Cass. n. 6963/2018 si è interrogata sulla portata da riconoscersi all'art. 28, c. 5, *cit.*, laddove attribuisce all'adottato ultraventicinquenne il diritto di accedere alle informazioni che riguardano "la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici". Secondo un'interpretazione restrittiva il riferimento all'"origine" potrebbe intendersi quale specificazione dell'ambito delle informazioni che il figlio ha il diritto di conoscere, da limitarsi all'identità dei genitori.

Cass. n. 6963/18, utilizzando i canoni ermeneutici dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, ha invece attribuito al dato testuale una più ampia portata, in modo da includervi il diritto di risalire oltre che ai genitori biologici, anche ai più stretti congiunti come i fratelli e le sorelle ancorché non espressamente menzionati dalla norma. In tal modo, Cass. n. 6963/2018 ha valorizzato l'importanza dell'identità personale del soggetto, il quale raggiunto il venticinquesimo anno di età oppure sin dal compimento della maggiore età quando vi siano gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica ha il diritto di conoscere tutte le informazioni della propria rete parentale che siano funzionali allo sviluppo della sua personalità, ovvero oltre a quelle relative ai genitori biologici, quelle concernenti le proprie sorelle.

Il diritto in parola, però, si atteggia in maniera diversa a seconda che l'ambito delle informazioni riguardi unicamente i genitori biologici o coinvolga anche i parenti più prossimi, richiedendosi in tale ipotesi un'adeguata attività di bilanciamento volta a contemperare i diritti contrapposti.

In definitiva, il diritto dell'adottato ultraventicinquenne è di natura potestativa solo ove abbia ad oggetto le informazioni dei genitori biologici, sicché non potrà essere impedito il suo esercizio, non ostandovi ragioni di tutela del segreto dei genitori, destinato a soccombere per espressa volontà legislativa. In tale evenienza, infatti, è lo stesso legislatore ad avere svolto una valutazione generale *ex ante* sulla netta preminenza del diritto dell'adottato rispetto a quello dei genitori biologici, tale da escludere alcun bilanciamento d'interessi da eseguirsi *ex post*.

Tale soluzione non può trovare, tuttavia, automatica applicazione laddove siano coinvolti soggetti che, pur parenti prossimi, si trovano in una condizione diversa da quella dei genitori biologici. Rileva, in questo caso, per l'un verso, il diritto 'a non voler rivelare la propria parentele biologica e a non voler mutare la costruzione della propria identità attraverso la conoscenza d'informazioni ritenute negativamente incidenti sul raggiunto equilibrio di vita'. Per altro verso, vi è anche una concorrente esigenza di garantire la protezione dei loro dati personali e sensibili, dotati di natura ontologicamente riservata e anch'essi meritevoli di protezione rispetto ad ingerenze di terzi, potendo tale intrusione essere legittimata solo mediante consenso del possessore delle informazioni stesse.

Non si configura, dunque, in tale evenienza un diritto potestativo incondizionato capace di consentire, in via assoluta, al titolare che ne faccia richiesta l'accesso alle informazioni di cui necessita al fine di soddisfare le proprie esigenze conoscitive, tale posizione dovendo confrontarsi con il contrapposto diritto alla riservatezza dei fratelli biologici, anch'esso di matrice costituzionale e convenzionale.

4. Cass. n. 6963/2018 ritiene che sia compito del giudice, in assenza di una valutazione legislativa sulla preminenza dell'un diritto sull'altro in gioco, provvedere attraverso un concreto bilanciamento fra posizioni concorrenti e parimenti meritevoli di tutela. Bilanciamento che deve essere operato mediante l'interpello procedimentalizzato ed individuato da Cass. Sez. Un. n. 1946/2017, alla luce dei principi affermati dalla Corte EDU e da Corte cost. n. 278/2013, ossia nell'ambito di un procedimento camerale che si svolge davanti al Tribunale per i minorenni del luogo di residenza nel quale il giudice provvede ad un'interrogazione riservata nei confronti del titolare del diritto, esperibile una sola volta e con modalità pratiche individuate nel rispetto dei limiti imposti dalla natura dei diritti in gioco.

In conclusione, secondo Cass. n. 6963/2018, il ricorso legislativo al termine "*origine*" non può aver altro significato se non quello di ricomprendere nelle informazioni di cui l'adottato può aver contezza, anche quelle relative ai propri fratelli e sorelle biologici, trattandosi di una conoscenza essenziale che può condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona. Pertanto, non sussiste in favore delle sorelle e dei fratelli un divieto espresso a far conoscere la loro identità, ancorché l'accesso a tali dati debba essere autorizzato dagli stessi titolari a seguito di apposito interpello, mediante il quale sia possibile confrontare, caso per caso, posizioni giuridiche soggettive di pari rango, rispetto alle quali manca una predeterminazione legislativa circa la prevalenza gerarchica da attribuire a taluni interessi e diritti a scapito di altri.

CLASSIFICAZIONE

DIRITTO AL CONTRADDITTORIO – GIUDIZIO ABBREVIATO – DICHIARAZIONI RESE IN ASSENZA DI CONTRADDITTORIO – DICHIARAZIONI SPONTANEE RESE IN ASSENZA DEL DIFENSORE – UTILIZZABILITÀ.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione art. 111

Convenzione EDU art. 6, §§ 1 e 3, lett. D)

Codice di procedura penale artt. 438 ss. e 350 c.p.p.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. pen., Sez. II, sentenza 13.3.2018, dep. 28.3.2018, n. 14320, Basso

Abstract

La II sezione penale (sentenza n. 14320 del 13/03/2018, dep. 28/03/2018, allo stato non massimata) ha esaminato il tema dell'utilizzabilità o meno, nell'ambito del giudizio abbreviato, delle dichiarazioni spontanee rese (nel caso di specie, dal coimputato) in assenza del difensore, ritenendone conclusivamente l'utilizzabilità, ed evidenziando che tale tesi non si pone in contrasto con la normativa dell'UE, ed in particolare con la Direttiva 2012\13\UE, né con la giurisprudenza della Corte EDU.

1. Premesso che il giudizio abbreviato <<si risolve in una espressa e personalissima rinuncia dell'imputato al diritto al contraddittorio, sicché diventano utilizzabili tutti gli atti formati nel corso delle indagini preliminari e, dunque anche le dichiarazioni spontanee, destinate altrimenti a perdere efficacia in caso di progressione processuale ordinaria>>, si è ribadito che <<la rinuncia al diritto al contraddittorio effettuata volontariamente e spontaneamente, nei casi in cui l'imputato sceglie di definire la sua posizione con un rito a prova contratta, non è in contrasto con l'art. 6 della Convenzione EDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo; la Corte EDU in numerose e convergenti pronunce, ha infatti affermato la compatibilità di tale rinuncia con le garanzie della Convenzione EDU, così definendo un principio inquadrabile come "diritto convenzionale consolidato" e idoneo ad orientare l'interpretazione del giudice nazionale ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015>>.

1.1. Ed invero la Corte EDU, Grande Chambre, caso Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009, ha osservato che né la lettera né lo spirito dell'art. 6 della Convenzione EDU <<impediscono che una persona vi rinunci spontaneamente in maniera espressa o tacita. Tuttavia, per essere presa in considerazione sotto il profilo della Convenzione, tale rinuncia deve essere stabilita in maniera non equivoca ed essere accompagnata da un minimo di garanzie corrispondenti alla sua

importanza>>; la rinuncia al contraddittorio non deve, inoltre, essere contraria ad alcun interesse pubblico importante (Corte EDU, Grande Chambre, caso Sejdovic v. Italia, 1° marzo 2006, § 86).

Trattasi di principi consolidati, successivamente ribaditi anche in relazione alla "transazione penale" (assimilabile alla nostra applicazione di pena concordata) da Corte EDU, Sez. III, caso Natsvlshvili e Togonidze c. Georgia, 29 aprile 2014).

2. Si è poi osservato che l'art. 350, comma 7, cod. proc. pen., secondo l'interpretazione dominante in giurisprudenza, consente alla polizia giudiziaria di ricevere le dichiarazioni spontanee rese dall'indagato, anche in assenza di difensore ed in difetto degli avvisi previsti dall'art. 64 cod. proc. pen., prevedendone una inutilizzabilità soltanto "relativa", ovvero limitata al dibattimento, e conseguentemente la piena utilizzabilità nell'ambito del giudizio abbreviato.

Il collegio ha affermato che tale orientamento è compatibile con le indicazioni contenute nella Direttiva 2012\13\UE in materia di diritti di informazione dell'indagato, attuata con il D.lgs. n. 101 del 2014, che non ha modificato l'art. 350 cod. proc. pen.

2.1. In particolare, premessa la necessità di verificare se la predetta Direttiva imponga una interpretazione conformativa oppure, in ipotesi, la disapplicazione dell'art. 350, comma 7, cod. proc. pen., ed evidenziato che *<<l'art. 3 della Direttiva 2012\13\UE indirizza gli Stati aderenti all'Unione a conformare le legislazioni in modo da garantire che alla persone indagate o imputate sia «tempestivamente» fornita l'informazione circa il diritto ad avvalersi di un avvocato ed il diritto a restare in silenzio>>*, e che *<<la disposizione in questione è stata attuata solo attraverso la modifica degli artt. 291 e 369 bis cod. proc. pen.>>*, si è ritenuto che la scelta di non modificare anche l'art. 350 cod. proc. pen. *<<non urta con la normativa europea d'indirizzo: questa si limita ad indicare la necessità di una tempestiva informazione, <asciando agli Stati membri un margine di discrezionalità nell'apprezzamento della richiesta "tempestività". Il legislatore italiano ha ritenuto di individuare il momento in cui è necessario fornire le informazioni di garanzia in quelli dell'applicazione delle misure cautelari e del compimento di atti ai quali il difensore ha diritto di assistere; ha ritenuto invece di lasciare all'indagato la possibilità di entrare in contatto con la polizia giudiziaria procedente in modo spontaneo e deformalizzato nel corso di tutta l'attività processuale. Si tratta di una scelta che trova la sua giustificazione nel fatto che le dichiarazioni spontanee non sono funzionali a raccogliere elementi di prova, ma piuttosto a consentire all'indagato di interagire con la polizia giudiziaria in qualunque momento egli lo ritenga, esercitando un suo diritto personalissimo>>*.

2.2. Si è, inoltre, ritenuto che la disciplina dettata dall'art. 350, comma 7, cod. proc. pen., sia compatibile con le indicazioni fornite dalla Corte EDU: *<<nel caso Navone ed altri c. Monaco (Corte EDU, Sez. I, 24 ottobre 2013) la Corte di Strasburgo rimarca l'importanza che l'indagato sia protetto da ogni forma di coercizione quando viene "escusso" (§§ 71 e ss. della sentenza), ma non tratta il caso in cui questi decida liberamente di rendere dichiarazioni. Anche nel caso Stoycovic v. Francia e Belgio (Corte EDU, Sez. V, 27 ottobre 2011) la Corte europea rimarca la*

necessità che sia garantita l'assenza di coercizione nel corso dell'interrogatorio disposto dall'Autorità che procede (nel caso di specie con lo strumento della rogatoria) rilevando che tale garanzia può essere assicurata attraverso la presenza del difensore e l'avviso circa la titolarità del diritto al silenzio. Le argomentazioni sono centrate ancora una volta sulla necessità di salvaguardare la libera determinazione dell'indagato che dichiara su sollecitazione: si verte dunque, ancora una volta, in un caso diverso da quello delle dichiarazioni spontanee>>.

D'altro canto, la regola prevista nell'art. 350, comma 7, cod. proc. pen. <<*si fonda proprio sulla valorizzazione della "spontaneità" della dichiarazione laddove le pronunce della Corte EDU, mirano a garantire da ogni pressione il dichiarante sollecitato>>; e, naturalmente, spetta al giudice <<<accertare anche d'ufficio, sulla base di tutti gli elementi a sua disposizione, la effettiva natura spontanea delle stesse, dando atto di tale valutazione con motivazione congrua ed adeguata>>.*

Si è, pertanto, concluso che <<*le dichiarazioni spontanee, anche se rese in assenza del difensore e senza l'avviso di poter esercitare il diritto al silenzio, sono utilizzabili nella fase procedimentale, nella misura in cui emerga con chiarezza che l'indagato abbia scelto di renderle liberamente, senza alcuna coercizione o sollecitazione. Si tratta di dichiarazioni che hanno un perimetro di utilizzabilità circoscritto alla fase procedimentale e dunque all'incidente cautelare, ed ai riti a prova contratta, ma che non hanno alcuna efficacia probatoria in dibattimento>>.*

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER DETENZIONE IN CONDIZIONI INUMANE O DEGRADANTI – AZIONE DEL SOGGETTO TITOLARE DEL DIRITTO ALLA PRESTAZIONE COMPENSATIVA – NATURA GIURIDICA DEL RIMEDIO INTRODOTTO CON D.L. N. 92/2014 – DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE – DIRITTO ALLA COMPENSAZIONE ECONOMICA PER IL PREGIUDIZIO DERIVANTE DA TRATTAMENTO INUMANO O DEGRADANTE – NATURA GIURIDICA INDENNITARIA DELLA COMPENSAZIONE ECONOMICA – NOVITÀ STRUTTURALE DEL RIMEDIO – APPLICABILITÀ ALLE VIOLAZIONI DELLA CONVENZIONE EDU ANTECEDENTI ALLA INTRODUZIONE DELL'AZIONE – ASSENZA DI PRESCRIZIONE PER TALI VIOLAZIONI – PRESCRIZIONE DECENNALE PER LE VIOLAZIONI SUCCESSIVE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione artt. 24 e 27

Convenzione EDU art. 3

Legge n. 354 del 1975 e succ. mod.: art. 35 *ter* (introdotto con d.l. n. 92 del 26.06.2014)

Codice civile artt. 2934 e 2935

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. Un., 30.01.2018, dep. 8.5.2018, n. 11018

Abstract

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con la decisione che si segnala, hanno affrontato e deciso due quesiti in diritto di particolare importanza, posti dalla III Sezione Civile della Corte con ordinanza del 10 aprile 2017, in relazione alla particolare azione introdotta nell'ordinamento italiano con il d.l. n. 92 del 26.06.2014 di modifica dell'ordinamento penitenziario (rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti dei soggetti detenuti o internati).

La prima questione affrontata è quella in tema di prescrizione per i pregiudizi sofferti prima del 28 giugno 2014 (data di vigenza del citato d.l. n. 92).

Le Sezioni Unite hanno affermato, sul punto, che la novità del rimedio introdotto nel 2014-finalizzata a definire anche le situazioni pregresse- (rispetto alla azione preesistente, modellata sulla norma generale di cui all'art. 2043 cod. civ.) è tale da configurare una radicale autonomia strutturale del medesimo, il che giustifica da un lato la conclusione della sua retroattività, dall'altro l'assenza di prescrizione per tale categoria di pregiudizi (antecedenti al 28 giugno 2014).

Quanto al tema della natura giuridica, le Sezioni Unite ribadiscono orientamenti già emersi in ambito penale, tesi ad affermare la natura indennitaria del rimedio compensativo pecuniario, nonostante l'indicazione nominativa in termini di risarcimento contenuta nella disposizione di legge. Viene altresì precisato che da tale inquadramento in diritto deriva che il diritto del detenuto è soggetto alla prescrizione ordinaria decennale, per le lesioni verificatesi a far data dal 28 giugno 2014, con maturazione per ogni giorno di trattamento degradante subito.

1. La decisione delle Sezioni Unite Civili si pone in sostanziale continuità con gli orientamenti emersi - in sede penale - sui temi trattati, sia pure con alcune rilevanti precisazioni.

1.1 Va evidenziato che la stessa investitura delle Sezioni Unite, da parte della Terza Sezione Civile, non è derivata dalla esistenza di un contrasto interpretativo delle disposizioni coinvolte, quanto dalla «particolare importanza» dei temi in esame (tra loro correlati), vista la peculiarità della nuova normativa e la necessità di chiarire aspetti (come quelli della natura giuridica e della prescrizione del diritto) da cui derivano conseguenze di particolare rilievo sul piano della estensione oggettiva e della stessa «effettività complessiva» del rimedio, introdotto in virtù di espressa richiesta da parte della Corte Edu anche per definire le situazioni pregresse, motivata dalla constatata assenza di rimedi preventivi e compensativi idonei a scongiurare la protrazione del fenomeno del sovraffollamento carcerario in Italia (caso *Torreggiani ed altri contro Italia*, Sez. II, decisione 8 gennaio 2013).

1.2 In particolare, l'ordinanza di rimessione poneva l'accento sulla necessità di chiarire se alla avvenuta previsione di un termine decadenziale (di cui all'art. 35 *ter* comma 3, nonché, in sede di disciplina transitoria, all'art. 2 co.1 d.l. n. 92/2014) potesse ricollegarsi, come conseguenza, l'assenza della prescrizione del diritto, come ritenuto - nel caso della legge Pinto per violazione del termine di ragionevole durata del processo - da Sezioni Unite n. 16783 del 2.10.2012 (decisione con cui le S.U. civili hanno ritenuto che la previsione della sola decadenza, decorrente dal momento del passaggio in giudicato della decisione emessa nel giudizio presupposto, esclude la decorrenza dell'ordinario termine di prescrizione).

Veniva altresì sollecitata una - inevitabile - presa di posizione sulla natura giuridica della posizione attiva, così come delineata dal legislatore, e sulla «retroattività o meno» del particolare diritto, anche in rapporto alla tesi sostenuta dall'Avvocatura dello Stato, tesa a prospettare la «continuità» tra il rimedio introdotto nel 2014 e la precedente azione generale risarcitoria ex art. 2043 cod. civ.

2. Le Sezioni Unite, nella decisione in rassegna, optano per la *natura indennitaria* del rimedio *compensativo* da detenzione non conforme ai parametri convenzionali del trattamento detentivo (nella sua duplice alternativa di detrazione della pena o attribuzione di una utilità economica, nei casi previsti dalla legge) sulla base di una pluralità di indicatori contenutistici e sistematici, a conferma del fatto che ad essere rilevante non è il *nomen* attribuito dal legislatore (che parla,

come si è detto, di risarcimento) quanto le caratteristiche concrete dello strumento introdotto (v. sul tema, tra le molte, Sez. I pen., n. 831/2017 ric. *Carriola*).

2.1 In tal senso, come già affermato in numerosi arresti intervenuti in sede penale (Sez. I pen., n. 876/2016 ric. *Ruffolo*; Sez. I n. 31475/2017, ric. *Min. Giust. in proc. Zito*) rileva la finalità complessiva perseguita dalla legge, del tutto eccentrica rispetto alla ordinaria dinamica risarcitoria e consistente in una reazione dell'ordinamento alla «illegalità convenzionale» del trattamento detentivo, il che porta a ritenere che il legislatore abbia introdotto uno strumento di riparazione della violazione atipico, con carattere indennitario e di matrice solidaristica, sì da rispondere con il maggior grado di effettività possibile (ai sensi dell'art. 13 Conv. Eur.) ad un comando di legislazione, teso alla introduzione di adeguate forme di riparazione della lesione subita, scaturito dalla decisione emessa dalla CEDU nel noto caso *Torreggiani* ed altri.

In tale direzione le Sezioni Unite valorizzano non solo l'assoluta novità rappresentata dalla possibile detrazione di pena ancora da scontare (lì dove la domanda venga proposta in costanza di detenzione) ma anche il carattere di «fissità» del rimedio pecuniario (lì dove la detenzione sia cessata o in altri casi di impossibile detrazione di pena, come precisato da Corte Cost. n. 204/2016 e n. 83/2017), sganciato da una concreta dimensione risarcitoria: «.. il legislatore si è mosso in una logica di forfetizzazione della liquidazione, che considera solo l'estensione temporale del pregiudizio, senza nessuna variazione in ragione della sua intensità e senza alcuna considerazione delle eventuali peculiarità del caso. Manca il rapporto tra specificità del danno e quantificazione economica che caratterizza il risarcimento e manca ogni considerazione e valutazione del profilo soggettivo.».

2.2 In tale parte della decisione si riafferma, pertanto, che il risarcimento del danno in senso proprio - in caso di lesione di un diritto fondamentale della persona - non tollera forfetizzazioni, dovendo essere integrale e commisurato all'insieme dei pregiudizi sofferti nella situazione concreta (tra le molte, Sez. L, n. 9238 del 21.4.2011).

3. La prima conseguenza di tale inquadramento è quella di riaffermare la assoluta «novità» del rimedio, con netta discontinuità rispetto alla antecedente disciplina dell'illecito dell'Amministrazione risarcibile, in ipotesi, ai sensi degli artt. 2043 e 2059 cod. civ. (in tale direzione, nella previgente disciplina ritenuta inidonea dalla Corte Edu v. Sez. I pen., n. 4772/2013 ric. *Vizzari*) con rigetto della opzione interpretativa sostenuta dall'Avvocatura dello Stato in tema di prescrizione.

3.1 I due temi sono inevitabilmente correlati, posto che è la «novità» del rimedio a rendere applicabile, per i pregiudizi antecedenti al 28 giugno 2014 (comunque risarcibili) la disposizione di cui all'articolo 2935 cod. civ. (secondo cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere).

In tal senso, anche in riferimento alla recente affermazione di tale principio contenuta nella decisione emessa di recente dalle Sezioni Unite penali, non preceduta da analisi della natura giuridica del rimedio (sent. n. 3775 del 21.12.2017, dep. 26.1.2018, ric. *Min. Giustizia in proc.*

Tuttolomondo), le Sezioni Unite civili precisano che la disposizione in parola (art. 2935) prende in esame la «possibilità legale» di agire, non potendosi ritenere influenti situazioni di impossibilità di fatto.

Dunque la soluzione del quesito, da tale punto di vista, passa necessariamente per la prima *quaestio* della attribuzione della natura giuridica. Ed è solo la «novità» del rimedio, avente natura indennitaria, a rendere applicabile la previsione dell'art. 2935 cod. civ., posto che in caso di «continuità» di regime giuridico (e di antecedente possibilità, con mera semplificazione delle regole procedurali) nessuna ragione in tale direzione poteva ritenersi esistente.

3.2 Ciò posto, la riconosciuta natura indennitaria del rimedio, se da un lato è fattore di avvicinamento sistematico tra la disciplina in esame e quella della riparazione per irragionevole durata del processo (legge Pinto), anche in virtù della comune matrice di riparazione di un danno avente matrice convenzionale, dall'altro non comporta - per le Sezioni Unite Civili - una piena assimilazione di disciplina, per quanto riguarda il rapporto tra prescrizione e decadenza (v. Sez. Un. n. 16783 del 2.10.2012, già richiamata nei suoi contenuti).

Sul tema, la decisione in esame realizza, anche in rapporto alla diversità del fenomeno regolamentato, un diverso inquadramento, atteso che in via di principio «la prescrizione non è incompatibile con la decadenza», il che porta ad evitare «sovrapposizioni ricostruttive, fonte di possibili confusioni».

Ciò porta le Sezioni Unite civili ad affermare che, nella disciplina in esame, nulla vieta - concettualmente - di ritenere il diritto del soggetto recluso in condizioni inumane o degradanti sottoposto alla prescrizione ordinaria decennale.

Viene tuttavia precisato il diverso atteggiarsi della prescrizione nelle diverse situazioni in concreto possibili, correlate alla condizione vissuta dal soggetto al momento di entrata in vigore della norma facoltizzante (28 giugno 2014) ed alla previsione legislativa di decadenze:

a) se il pregiudizio è sofferto in periodo detentivo antecedente al 28 giugno 2014 non può essere soggetto a prescrizione, con decorrenza della medesima solo a far data dal 28 giugno 2014 in avanti. In tale ipotesi, se il soggetto resta *in vinculis* non incorre in alcuna decadenza (non prevista dalla legge) e può proporre la domanda nell'ordinario termine di prescrizione decennale (termine che, a far data dal 28 giugno 2014, ove la condotta inosservante della Convenzione sia ancora in atto, decorre giorno per giorno);

b) se il soggetto alla data del 28 giugno 2014 aveva terminato di espiare la pena (o si trovava in stato di libertà successivo a custodia non computabile), ferma restando l'assenza di prescrizione per i periodi antecedenti, la domanda giudiziale è sottoposta all'operare della decadenza (termine di sei mesi a far data dal 28 giugno 2014);

c) nella disciplina a regime, la prescrizione ordinaria decennale decorre in costanza di detenzione, senza previsione alcuna di decadenza; lì dove il soggetto termini la espiazione la sua domanda è, inoltre, sottoposta al termine decadenziale dei sei mesi per le violazioni che non risultino già prescritte (v. par. 59 della decisione in esame).

4. La decisione in rassegna se da un lato tratta, confermando i contenuti dei principali arresti antecedenti, alcuni dei principali quesiti in diritto sorti dopo l'emanazione del d.l. n. 92 del 2014, dall'altro lascia aperti alcuni interrogativi ulteriori.

4.1 Tra questi, ferma restando la definizione dell'ampiezza dell'arco temporale di possibile applicazione «retroattiva» delle nuove disposizioni (secondo la prevalente interpretazione emersa in sede penale è indennizzabile ogni pregiudizio sofferto a far data dalla entrata in vigore della legge n. 848 del 4.8.1955, di ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) va indicato il tema relativo alla «fissità» dell'indennizzo (pari ad otto euro per ogni giorno di pregiudizio) ed alla sua capacità di rappresentare un ristoro conforme a ragionevolezza, in una con il tema della eventuale azione per la liquidazione del maggior danno effettivamente sofferto.

La decisione affronta in modo espresso il primo dei due interrogativi, affermando (al par. 53) che, nella logica dell'indennizzo, la stessa Corte Edu nella decisione Stella contro Italia del 16.9.2014 lo ha ritenuto, in rapporto alla sua entità monetaria, «non irragionevole» ed in ciò finendo con il recepire tale valutazione.

Trattasi, peraltro, di un punto della decisione collaterale ma al contempo estraneo al principio di diritto affermato, il che rende possibili letture diverse, anche in chiave di controllo di costituzionalità.

Nulla si afferma, per converso, sul tema della prova del maggior danno eventualmente sofferto dal soggetto destinatario del trattamento inumano o degradante, aspetto che tendenzialmente non può dirsi precluso dalla esistenza di una azione come quella introdotta dal legislatore del 2014, specie nella dimensione qui esaminata (si veda, sulla possibile concorrenza delle due azioni, quanto affermato da Sez. VI-III civ. n. 20111 del 24.9.2014, intervenuta sul tema del danno da emotrasfusione, con rilevabilità *ex officio* della eventuale *compensatio lucri cum damno*).

La conclusione raggiunta, nella decisione in esame, sulla «autonomia» dell'azione di cui all'art. 35 *ter* ord. pen. pare, pertanto, sostenere la possibile concorrenza tra tale rimedio e quello risarcitorio «generalista» (con competenza funzionale del giudice civile), lì dove il destinatario del trattamento non conforme ai parametri convenzionali intenda dimostrare il maggior danno subito in conseguenza di tale condotta dell'Amministrazione.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

EQUO PROCESSO – PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI – MOTIVAZIONE- DIRITTO ALL'EQUO PROCESSO – ART. 6, § 1, CONVENZIONE E.D.U. – RICHIESTA DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIE UE – CORTE SUPREMA – RIGETTO – MOTIVAZIONE SINTETICA – LEGITTIMITÀ – NON VIOLAZIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione art. 111

Convenzione EDU art. 6, § 1

Codice di procedura penale artt. 125 e 546 c.p.p.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. III, 24 aprile 2018 (n. 55385/14) ric. Ilkay Baydar C. Olanda

Abstract

La Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata ad affrontare il tema del rispetto del diritto all'equo processo sotto il profilo della adeguatezza della motivazione dei provvedimenti giudiziari, stavolta con riferimento ad una decisione della Corte Suprema olandese che, esaminando una richiesta di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE proposta dal ricorrente, l'aveva rigettata con una motivazione sintetica. La Corte di Strasburgo ha ritenuto, in particolare, non violato il diritto all'equo processo nel caso in cui il giudice di ultimo grado decida di non procedere a un rinvio pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di giustizia dell'Unione europea, richiamando nell'ordinanza unicamente le norme rilevanti, senza una motivazione dettagliata, qualora non si pongano importanti questioni giuridiche.

1. Il caso originava dal ricorso di tale sig. Baydar con cui si contestava la decisione, sinteticamente motivata, della Corte suprema olandese di respingere una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). Nell'ottobre 2011 il Baydar era stato condannato per trasporto di eroina e traffico di esseri umani. La sentenza veniva confermata in appello dalla Corte Suprema, con condanna del medesimo alla pena di 34 mesi di reclusione. Il Baydar, con riferimento alla condanna per il traffico di esseri umani, aveva chiesto il rinvio pregiudiziale alla CGUE. Nel corso dei processi nazionali era sorta infatti una questione sulla corretta qualificazione della nozione di "residenza" ai sensi della direttiva 2002/90 sul favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali e della decisione quadro 2002/946 relativa al rafforzamento del quadro penale in questo settore, ma la Corte Suprema aveva respinto la domanda.

2. Il ricorrente, rivolgendosi alla Corte E.D.U., si doleva del fatto che la Corte Suprema avesse rigettato la richiesta di rinvio pregiudiziale alla CGUE senza fornire un'adeguata motivazione alla sua decisione, sebbene avesse il dovere di farlo quale giudice di ultima istanza.

2.1. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che non contrasti con l'articolo 6 § 1 della Convenzione il rigetto da parte di una Corte Suprema della richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE facendo semplicemente riferimento alle norme giuridiche pertinenti, laddove la questione non sollevi questioni giuridiche di fondamentale importanza, in particolare nel contesto di "procedure accelerate". La Corte E.D.U. ha concordato con la spiegazione della Corte Suprema olandese secondo cui è conforme alla Convenzione europea la decisione, nei casi in cui non sorgano questioni giuridiche di importanza fondamentale, di respingere la richiesta con una motivazione sommaria.

La Corte ha inoltre rilevato che la CGUE ha stabilito che i giudici nazionali (ai sensi dell'articolo 267, paragrafo 3, TFUE), inclusi quelli di ultimo grado, non sono obbligati a effettuare il rinvio pregiudiziale laddove ritengano che la questione non sia rilevante ai fini della soluzione del caso e l'atto sia chiaro. Poiché, nel caso di specie, la Corte suprema aveva debitamente esaminato i motivi di ricorso del Baydar e nessuna apparenza di iniquità del procedimento era stata rilevata dalla Corte, non vi era stata violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione. In particolare, la Corte E.D.U. ha rilevato che la richiesta era stata respinta da tre membri della Suprema Corte con motivazione sintetica sulla base del diritto nazionale, dopo aver preso conoscenza di tutti i motivi di ricorso scritti dal ricorrente e del parere consultivo dell'avvocato generale.

3. Tra i precedenti maggiormente significativi, citati anche dalla Corte E.D.U., si segnala anzitutto il caso *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio* del 20 settembre 2011 (nn. 3989/07 e 38353/07), riguardante però una questione civilistica. Importanti però i principi affermati in quella vicenda, sostanzialmente riconfermati dalla Corte E.D.U. nel caso risolto lo scorso 24 aprile. La Corte E.D.U. ricorda che la Convenzione non garantisce, come tale, un diritto che una questione sia rinviata a titolo pregiudiziale dal giudice nazionale ad un'altra giurisdizione, nazionale o sovranazionale. Essa afferma, tuttavia, che l'articolo 6 § 1 obbliga le giurisdizioni interne a motivare le decisioni con le quali rigettano la relativa istanza, specialmente quando la legge consente tale rifiuto solo in via d'eccezione. Nel quadro del Trattato (articolo 234), ciò significa che le giurisdizioni supreme sono tenuti a motivare il rifiuto di rinvio pregiudiziale secondo le eccezioni indicate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. La Corte E.D.U. ritiene che quando una questione concernente l'interpretazione del Trattato è sollevata in un procedimento dinanzi al giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili (nella specie la Corte di Cassazione o il Consiglio di Stato), tale giurisdizione è tenuta, in virtù dell'articolo 234 del Trattato (articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), ad adire la Corte

di giustizia in via pregiudiziale. Tuttavia, tale obbligo non è assoluto, come emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia [(il richiamo, nella sentenza resa nel caso olandese è alle seguenti decisioni della CGUE: 1) sentenza *S.r.l. CILFIT e Lanificio di Gavardo S.p.a. c. Ministero della Salute* (C-283/81); 2) sentenza *György Katz c. István Roland Sós* (C-404/07); 3) sentenza *VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ference Schneider* (C-137/08); 4) sentenza *Lucio Cesare Aquino c. Belgische Staat* (C-3/16)], in quanto le giurisdizioni nazionali non sono tenute a rinviare quando constatano che la questione non è "rilevante" o che la disposizione comunitaria pertinente è già stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia o, infine, quando "l'applicazione corretta del diritto comunitario è così evidente da non lasciare spazio ad alcun ragionevole dubbio". Nel caso esaminato nel 2011, come in quello esaminato il 24 aprile 2018, i giudizi di ultima istanza avevano motivato il loro rifiuto (con la particolarità che, in quello più recente, la motivazione era stata sintetica): pertanto, sia nel precedente che nel caso attuale la Corte ha concluso nel senso della non violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.

4. Ancora, si richiama, tra le decisioni che hanno visto coinvolto il nostro Paese, il caso *Dhahbi c. Italia* dell'8 aprile 2014 (n. 17120/09), in cui la Corte E.D.U. ritenne violato l'art. 6 in quanto, dopo aver esaminato la sentenza della Corte di cassazione del 15 aprile 2008, rilevò l'assenza di qualsiasi riferimento alla richiesta di rinvio pregiudiziale formulata dal ricorrente e alle ragioni per le quali è stato considerato che la questione sollevata non meritasse di essere trasmessa alla CGUE. La motivazione della sentenza controversa non permetteva di stabilire se detta questione fosse stata considerata come non pertinente o come relativa a una disposizione chiara o già interpretata dalla CGUE, oppure se fosse stata semplicemente ignorata [si veda, a contrario, il caso *Vergauwen c. Belgio* (dec.) del 10 aprile 2012, n. 4832/04, dove la Corte ha constatato che la Corte costituzionale belga avesse debitamente motivato il suo rifiuto di sottoporre questioni pregiudiziali].

5. Nello stesso senso, si veda il caso *Schipani ed altri c. Italia* del 21 luglio 2015 (n. 38369/09). Anche in quel caso, la Corte E.D.U. esaminò la sentenza della Corte di cassazione del 14 novembre 2008 senza trovare alcun riferimento alla richiesta di rinvio pregiudiziale formulata dai ricorrenti e alle ragioni per le quali era stato considerato che la questione sollevata non meritasse di essere trasmessa alla CGUE. È vero che, nella motivazione della sentenza, la Corte di cassazione aveva indicato che il ritardo nel recepimento delle direttive controverse faceva sorgere, secondo la giurisprudenza della CGUE, il diritto alla riparazione dei danni subiti dalle persone. Il Governo italiano aveva sostenuto, quindi, che questa affermazione potesse costituire una motivazione implicita di rigetto della prima parte della questione pregiudiziale sollecitata dai ricorrenti. Tuttavia, osservò la Corte E.D.U., pur volendo supporre che fosse così, l'affermazione di cui si tratta non spiegava le ragioni per le quali la seconda parte della questione pregiudiziale - la questione di stabilire se le condizioni previste dal decreto legislativo n. 257 del 1991

rendessero l'ottenimento del risarcimento impossibile o eccessivamente difficile - fosse irricevibile. La motivazione della sentenza della Cassazione, dunque, non permetteva di stabilire se quest'ultima parte della questione fosse stata considerata come non pertinente o come relativa a una disposizione chiara o come già interpretata dalla CGCE, oppure se fosse stata semplicemente ignorata.

6. Infine, merita di essere segnalato, il caso *Wind telecomunicazioni spa c. Italia* dell'8 settembre 2015 (n. 5159/14), in cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che il giudice ordinario nazionale, pur non avendo motivato sulla richiesta di rinvio pregiudiziale prospettata innanzi a quello stesso organo giurisdizionale dalla parte, non ha dato luogo ad alcuna violazione dell'art.6 Corte E.D.U. Si legge, in particolare nel testo: «...Nel caso di specie, sia nel suo ricorso per cassazione (paragrafo 15 *supra*) che nella sua memoria del 9 maggio 2013 (paragrafo 17 *supra*), la ricorrente ha chiesto alla Corte di cassazione di porre alla CGUE la questione pregiudiziale di sapere: a) se l'articolo 267 del TFUE dovesse essere interpretato nel senso di attribuire alla CGUE una giurisdizione esclusiva in materia di interpretazione del diritto dell'UE; e b) se un giudice nazionale di ultimo grado oltrepassasse i limiti della propria giurisdizione quando rifiutava di adire la CGUE e dava la propria interpretazione del diritto dell'UE. Poiché le sue decisioni non sono passibili di alcun ricorso giurisdizionale nel diritto interno, la Corte di cassazione aveva l'obbligo di motivare il suo rifiuto di porre la questione pregiudiziale rispetto alle eccezioni sollevate dalla giurisprudenza della CGUE (*Dhahbi*, sopra citata, § 32). 36. La Corte ha esaminato la sentenza della Corte di cassazione del 14 maggio 2013 senza trovare alcun riferimento esplicito alla domanda di rinvio pregiudiziale formulata dalla ricorrente. Tuttavia, leggendo la motivazione di tale sentenza si evince che la questione pregiudiziale era manifestamente non pertinente nel caso di specie. In effetti, la Corte di cassazione ha chiarito che nell'ambito di un ricorso presentato ai sensi dell'articolo 111 c. 8 della Costituzione, essa doveva limitarsi a controllare il rispetto dei «limiti esterni» della «funzione giurisdizionale» del Consiglio di Stato, e non poteva esaminare la questione di stabilire se, rigettando una domanda di rinvio pregiudiziale, tale organo avesse soddisfatto le condizioni stabilite nel TFUE. Anche in caso di inosservanza di tali condizioni, non sarebbe stato ravvisabile alcun difetto di giurisdizione (paragrafi 20-21 *supra*). In queste circostanze era evidente che non risultava necessario chiedere alla CGUE di interpretare l'articolo 267 del TFUE, in quanto l'eventuale violazione di tale disposizione da parte del Consiglio di Stato non poteva avere alcuna incidenza sull'esito della causa dinanzi alla Corte di cassazione. 37. Certo, sarebbe stato preferibile che la Corte di cassazione avesse chiarito le linee del suo ragionamento rispetto al rigetto della domanda di rinvio pregiudiziale della ricorrente. Rimane comunque il fatto che, per i motivi indicati al paragrafo precedente, vi è stata nella fattispecie una motivazione implicita di tale rigetto. In effetti, la motivazione della sentenza in questione permette di stabilire che la questione è stata considerata non pertinente (si veda, *mutatis mutandis*, *Vergauwen*, sopra citata, § 91, in cui la

Corte ha constatato che la Corte costituzionale belga aveva debitamente motivato il suo rifiuto di porre delle questioni pregiudiziali)».

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

DIVIETO DI *BIS IN IDEM* – DIVIETO DI UN SECONDO GIUDIZIO PER LO STESSO FATTO – PROCEDIMENTO PENALE AVENTE AD OGGETTO FATTO GIÀ SANZIONATO DISCIPLINARMENTE – *NE BIS IN IDEM* – OPERATIVITÀ – ESCLUSIONE – FATTISPECIE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU, Protocollo addizionale n. 7 art. 4, § 1

Codice di procedura penale art. 649 c.p.p.

PRONUNCE SEGNALATE

Cass. pen., Sez. II, sentenza 16.2.2018, dep. 23.5.2018, n. 23043, P.G. c. Gentile

Cass. pen., Sez. II, sentenza 20.6.2017, dep. 21.9.2017, n. 43435, P.G. c. Cataldo

Abstract

La II sezione penale (sentenza n. 23043 del 16/02/2018, dep. 23/05/2018, allo stato non massimata), esaminando la possibile operatività del divieto di *bis in idem* tra procedimenti (e sanzioni) penali e procedimenti (e sanzioni) disciplinari, ha ritenuto (ribadendo principi già affermati dalla stessa Sezione con la sentenza n. 43435 del 20/06/2017, dep. 21/09/2017, non massimata) che il predetto divieto non è configurabile tra procedimento penale e procedimento disciplinare.

1. Nel caso esaminato dalla sentenza n. 23043/18 cit., il Tribunale territorialmente competente aveva dichiarato non doversi procedere nei confronti dell'imputato, in ordine al reato ascrittogli di danneggiamento aggravato, per *ne bis in idem*, in quanto per lo stesso fatto, egli – ristretto in carcere – aveva già subito un procedimento disciplinare ex art. 81, comma 2, d.P.R. n. 230 del 2000, all'esito del quale gli era stata irrogata, ex artt. 39 Ord. penit. e 77 Reg. pen., la sanzione disciplinare dell'esclusione temporanea dall'attività comune.

Contro questa sentenza, il Procuratore Generale distrettuale aveva proposto ricorso per cassazione, denunciando violazione dell'art. 649 c.p.p., indebita essendo, a suo avviso, l'assimilazione della sanzione disciplinare irrogata ad una sanzione penale.

2. Il collegio ha premesso che, in ordine all'ambito del divieto di *bis in idem* (sancito, nel diritto interno, dall'art. 649 c.p.p., ed a livello convenzionale dall'art. 4, § 1, del Protocollo addizionale n. 7 alla Convenzione EDU), è di recente intervenuta la Corte EDU, *Grande Chambre*, sentenza 15 novembre 2016, ric. A. e B. c. Norvegia, che ha rigettato il ricorso di due contribuenti, i quali, per la medesima evasione fiscale, avevano riportato condanna in sede penale ed in sede amministrativa (ad una sanzione tributaria).

A fondamento della ritenuta esclusione – nel caso concreto – della dedotta violazione della predetta garanzia convenzionale, la *Grande Chambre* ha valorizzato seguenti elementi:

- l'agevole prevedibilità, secondo la normativa norvegese, del fatto che, in conseguenza dell'accertata evasione fiscale, potessero essere instaurati in danno dei ricorrenti due distinti procedimenti, finalizzati l'uno all'irrogazione della sanzione penale, l'altro di quella amministrativa (tributaria);
- la sostanziale contestualità dei due distinti procedimenti;
- l'intervenuto richiamo, nell'ambito del procedimento penale, dei fatti accertati nel procedimento amministrativo;
- l'intervenuta determinazione della sanzione penale irrogata in concreto tenendo conto anche della sanzione amministrativa (tributaria) già applicata ai ricorrenti.

2.1. Per tali ragioni, la Corte EDU ha conclusivamente ritenuto che, pur essendo stati formalmente celebrati in danno dei ricorrenti, per lo stesso fatto, due procedimenti, che avevano conclusivamente comportato l'irrogazione di due sanzioni, in concreto, i predetti procedimenti avevano costituito distinti segmenti di un medesimo, complesso, unitario *iter* giudiziario.

2.1.1. La citata decisione della *Grande Chambre* ha ribadito la necessità di fare riferimento, per qualificare la natura sostanziale delle sanzioni irrogabili per uno stesso fatto (costituente presupposto di operatività del divieto *de quo*) ed evitare che, per eludere il divieto, sanzioni sostanzialmente penali vengano qualificate (con una sorta di "frode delle etichette") come formalmente amministrative dagli ordinamenti interni, ai cc. dd. "criteri Engel" (così definiti in riferimento alla sentenza che per prima li enunciò: Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi):

- la qualificazione giuridica dell'infrazione nel diritto interno;
- la natura dell'infrazione o dell'illecito;
- il grado di severità della sanzione applicabile.

Trattasi di criteri rilevanti anche alternativamente, e che non devono, quindi, necessariamente concorrere.

2.1.2. La *Grande Chambre* ha, inoltre, ritenuto che la violazione del divieto di *bis in idem* è esclusa (e che, quindi, distinti procedimenti, finalizzati all'irrogazione di sanzioni penali ed amministrative per uno "stesso fatto", possono essere portati entrambi a conclusione) quando tra essi sussista un «*nesso materiale e temporale sufficientemente stretto*».

In particolare, è configurabile l'esistenza di un nesso sufficientemente stretto dal punto di vista materiale tra due (o più) procedimenti aventi ad oggetto uno "stesso fatto":

- se i diversi procedimenti perseguono scopi complementari e riguardano in tal modo, non soltanto in astratto ma anche in concreto, gli aspetti diversi dell'atto pregiudizievole per la collettività del quale si discute;
- se il carattere misto dei procedimenti in questione sia una conseguenza prevedibile, sia in diritto che in pratica, dello stesso comportamento sanzionato;

- se i procedimenti in questione siano stati condotti in maniera da evitare per quanto possibile qualsiasi ripetizione nella raccolta e nella valutazione degli elementi di prova, soprattutto grazie ad una interazione adeguata tra le diverse autorità competenti, risultando che l'accertamento dei fatti compiuto in uno dei procedimenti è stato ripreso nell'altro;

- se la sanzione imposta all'esito del procedimento conclusosi per primo sia stata tenuta presente nell'ambito del procedimento che si è concluso per ultimo, in modo da non finire con il far gravare sull'interessato un onere eccessivo, rischio, quest'ultimo, che è meno suscettibile di presentarsi se esiste un meccanismo compensatorio concepito per assicurare che l'importo globale di tutte le pene pronunciate sia proporzionato.

Sotto il profilo strettamente temporale, inoltre, tale nesso è stato ritenuto configurabile quando tra i due procedimenti sussista anche un collegamento di natura cronologica; ciò non rende, peraltro, necessario, che i due procedimenti siano condotti simultaneamente dall'inizio alla fine.

2.1.3. Ha, pertanto, concluso che la celebrazione di distinti procedimenti e la conclusiva irrogazione di più sanzioni, aventi natura sostanzialmente penale, non violano necessariamente il divieto di *bis in idem* convenzionale, sancito dall'art. 4, Protocollo 7, Convenzione EDU, in quanto la previsione normativa di un doppio binario sanzionatorio – quando sussista tra i procedimenti un nesso sostanziale e temporale "sufficientemente stretto", nei termini fin qui illustrati - si traduce in un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata nel quadro di una strategia unitaria.

3. Nel caso esaminato dalla II Sezione, si poneva preliminarmente il problema di determinare la natura dei rapporti tra le decisioni della Corte EDU e l'interpretazione delle norme interne.

3.1. La II Sezione, in proposito, ha condiviso e ribadito quanto già affermato in argomento dalla stessa Sezione con la sentenza n. 43435 del 20.6.2017, dep. 21.9.2017, P.G. c. Cataldo, non massimata, sulla base di ampia disamina della giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 348 del 2007; n. 311 del 2009; n. 317 del 2009; n. 113 del 2011; n. 49 del 2015) e di legittimità (Sez. un., sentenze n. 34472 del 2012; n. 41694 del 2012; n. 27620 del 2016), ovvero che:

<<Il giudice nazionale (anche di legittimità), nell'interpretazione delle norme interne, è vincolato dai soli orientamenti consolidati della Corte di Strasburgo. Il giudice nazionale non può disapplicare una norma interna per contrasto con una norma convenzionale come interpretabile secondo un orientamento consolidato della Corte di Strasburgo, ma ha l'onere di sollevare questione di costituzionalità della norma interna da disapplicare, per contrasto con l'art. 117, comma primo, della Costituzione, onde consentire alla Corte costituzionale (unica attributaria del relativo potere-dovere) di verificare «se la norma della Convenzione EDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione» (Corte cost., n. 311 del 2009), «ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato» (Corte cost., n. 113 del 2011), ovvero di valutare «come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea

si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. Infatti, la norma CEDU - nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost. - da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza» (Corte cost., n. 317 del 2009)>>.

3.2. La citata sentenza n. 43435 del 2017 aveva anche evidenziato che <<*Il divieto di bis in idem sancito dall'art. 4, Prot. n. 7, Conv. EDU, nell'interpretazione della consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha natura processuale, non sostanziale, poiché consente l'applicazione, per lo "stesso fatto", di più sanzioni, anche tutte da ritenersi sostanzialmente penali alla stregua dei criteri Engel, purché all'esito del medesimo procedimento, ovvero di procedimenti legati da un nesso sostanziale e temporale "sufficientemente stretto">>.*

La natura processuale, e non sostanziale, del divieto di *bis in idem*, già espressamente ritenuta dalla Corte costituzionale (sentenza n. 102 del 2016), è stata successivamente confermata anche dalla Corte EDU (Sez. IV, 13 giugno 2017, Simkus c. Lituania), in un caso nel quale il ricorrente lamentava di essere stato sottoposto ad un processo penale dopo che gli era stata inflitta una sanzione amministrativa per il medesimo fatto posto a fondamento dell'accusa: la Corte EDU ha ravvisato la denunciata violazione dell'art. 4, Prot. 7, Conv. EDU, perché le due procedure avevano ad oggetto essenzialmente lo "stesso fatto", espressamente ritenendo priva di rilievo la circostanza che il ricorrente – all'esito del procedimento penale (conclusosi con la declaratoria di estinzione per prescrizione dei reati contestati) - non avesse riportato condanna alla sanzione penale, in quanto il divieto di *bis in idem* comporta che non si possa essere processati (non che non si possa essere condannati) due volte per lo "stesso fatto".

D'altro canto, <<*non si è mai dubitato che, all'esito del medesimo procedimento, per lo stesso fatto l'imputato possa riportare condanna ad una pena principale, ad una pena accessoria (anche particolarmente afflittiva) ed alla confisca per equivalente (la cui natura sanzionatoria può ritenersi ormai pacifica: Sez. U, sentenza n. 18374 del 31/01/2013, Rv. 255037)>> (Sez. II, sentenza n. 43435/17 cit.).*

4. Mai la giurisprudenza di legittimità risulta aver ravvisato violazione del divieto di *bis in idem* con riferimento a procedimenti penali e disciplinari.

4.1. La giurisprudenza civile (Sez. un., sentenza n. 4004 del 29 febbraio 2016, Rv. 638596 - 01) ha, in un caso, ritenuto che il procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato (nel caso di specie, incolpato di corruzione in atti giudiziari) può proseguire e condurre all'irrogazione della sanzione disciplinare (nel caso di specie, della rimozione) anche dopo il giudicato penale di condanna con pena accessoria dell'estinzione del rapporto d'impiego, senza violare il divieto di *bis in idem*, in considerazione della diversa natura della sanzione disciplinare e di quella (accessoria) penale: «*nell'aver (...) diversa natura, ed in sintonia con il principio secondo cui*

"l'azione disciplinare è promossa indipendentemente (...) dall'azione penale relativa allo stesso fatto", risiede la ragione dell'applicabilità congiunta delle due sanzioni. Per connotare la diversa natura della sanzione disciplinare rispetto alla pena accessoria è sufficiente ricordare che quest'ultima, come la generalità delle sanzioni penali, nel corso del tempo può estinguersi, in forza di amnistia (art. 151, primo comma, del codice penale) o per effetto della riabilitazione (art. 178 c.p.), laddove la permanenza degli effetti della sanzione disciplinare ne rivela, con evidenza nel caso della più severa di esse qual è la rimozione, la specifica afflittività>>.

4.1.1. In tema di giudizio disciplinare nei confronti dei professionisti (nella specie, a carico di un notaio: Sez. II, sentenza n. 2927 del 3 febbraio 2017, Rv. 643161 - 01), si è ritenuto che, nel caso in cui l'incolpato abbia già riportato condanna ad una sanzione penale per i medesimi fatti oggetto del procedimento disciplinare, non può ipotizzarsi la violazione del divieto di *bis in idem*, in quanto la sanzione disciplinare ha come destinatari gli appartenenti ad un ordine professionale ed è preordinata all'effettivo adempimento dei doveri inerenti al corretto esercizio dei compiti loro assegnati, sicché ad essa non può attribuirsi natura sostanzialmente penale.

4.2. La giurisprudenza penale (Sez. III, sentenza n. 36350 del 23 marzo 2015, Rv. 265636) ha, in una prima occasione, ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., sollevata per violazione degli artt. 24 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 alla Convenzione EDU nella parte in cui non prevede l'applicazione del divieto di *bis in idem* anche quando, dopo un procedimento disciplinare davanti agli organi della giustizia sportiva conclusosi con l'applicazione di una sanzione, faccia seguito per lo stesso fatto l'attivazione di un procedimento penale.

In motivazione, premesso che si verteva in una materia (quella dei rapporti tra un illecito disciplinare di competenza della giustizia sportiva ed un illecito penale) mai esaminata dalla Corte di Strasburgo, e che, per la formulazione della questione di costituzionalità, sarebbe occorso il presupposto di una sentenza della Corte EDU che avesse preso posizione sul genere di illecito *de quo* (quello di cui agli artt. 1 e 6 del Codice di giustizia sportiva) e sulla natura giuridica della sanzione (formalmente) disciplinare in ipotesi inflitta, è stata esclusa la configurabilità della violazione del divieto di *bis in idem* per il rilievo che la sanzione disciplinare inflitta dagli organi della giustizia sportiva non ha nemmeno natura amministrativa, in quanto non esercita alcuna efficacia al di fuori dell'ordinamento di settore.

4.2.1. Una decisione (Sez. 2, sentenza n. 9184 del 15/12/2016, dep. 24/02/2017, Rv. 269237) ha ritenuto che non sussiste la preclusione all'esercizio dell'azione penale ex art. 649 c.p.p., quale conseguenza della già avvenuta irrogazione, per lo stesso fatto, di una sanzione formalmente amministrativa, ma sostanzialmente "penale", ai sensi dell'art. 4 del Prot. n. 7 alla Convenzione EDU (come interpretato dalla sentenza della Corte EDU, *Grande Chambre*, 15.11.2016, A. e B. c. Norvegia), allorché le due procedure risultino complementari, in quanto dirette al soddisfacimento di finalità sociali differenti, e determinino l'inflizione di una sanzione penale "integrata", che sia prevedibile e nel complesso proporzionata al disvalore del

fatto. In applicazione del principio, è stato disposto l'annullamento con rinvio della sentenza che aveva dichiarato non doversi procedere per il reato di danneggiamento aggravato (anche in quella occasione commesso da un detenuto nella Casa circondariale in cui era ristretto), sulla base della considerazione che l'imputato aveva già subito la sanzione disciplinare della esclusione dalle attività in comune per cinque giorni.

Premesse la medesimezza del fatto e la natura sostanzialmente penale della sanzione disciplinare irrogata, è stata, in particolare, negata l'operatività, in concreto, del divieto di *bis in idem*, in considerazione della contiguità temporale dei distinti procedimenti (disciplinare e penale) cui l'interessato era stato separatamente sottoposto (anche se la sanzione disciplinare era stata applicata nell'immediatezza del fatto, mentre il procedimento penale, per effetto del disposto rinvio alla Corte d'appello, risultava ancora in corso circa quattro anni dopo).

4.2.2. Altra decisione (Sez. 6, sentenza n. 31873 del 09/05/2017, Rv. 270852) ha, successivamente, ritenuto che non integra una violazione del principio del "*ne bis in idem*" l'irrogazione, per un fatto corrispondente a quello oggetto di sanzione penale, di una sanzione disciplinare che, per qualificazione giuridica, natura e grado di severità non può essere equiparata a quella penale, secondo l'interpretazione data dalla sentenza emessa dalla Corte EDU il 4 marzo 2014 nella causa Grande Stevens c. Italia.

In applicazione del principio, la S.C. ha annullato la sentenza di non luogo a procedere in ordine al reato previsto dall'art. 341-*bis* c.p. (oltraggio a pubblico ufficiale), commesso da un detenuto, fondata sul presupposto che, per lo stesso fatto, fosse stata già inflitta all'imputato la sanzione disciplinare dell'esclusione dall'attività in comune: l'indicata sanzione disciplinare non poteva, infatti, essere equiparata alle sanzioni penali previste per il predetto reato.

5. La sentenza n. 23043/18 della II Sezione ha evidenziato (come già la sentenza n. 43435/17 della stessa Sezione) che la Corte di Strasburgo, in materia di rapporti tra separati procedimenti finalizzati all'irrogazione di sanzioni penali e disciplinari, fin qui non ha mai affermato l'operatività del divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 4 del Prot. n. 7 alla Conv. EDU.

5.1. In particolare, Sez. II, n. 43435 del 2017, non massimata, aveva evidenziato che la Corte di Strasburgo aveva addirittura, in più occasioni, espressamente escluso l'operatività del divieto di *bis in idem* nella predetta materia:

<<12.1.1. Come dedotto dal Governo norvegese nel caso deciso dalla Corte EDU, Grande Chambre, sentenza 15 novembre 2016, caso A. e B. c. Norvegia (§ 67), dal rapporto esplicativo del Protocollo n. 7 risulta che il contenuto dell'art. 4 del Protocollo «è stato concepito per riguardare i procedimenti penali stricto sensu». Tale rapporto indicherebbe nel suo paragrafo 28 che non era sembrato necessario definire l'illecito come "penale" in quanto il contenuto dell'articolo 4, che contiene già i termini "penalmente" e "procedimento penale", rendeva questa precisazione inutile nel testo stesso dell'articolo. Nel paragrafo 32, il rapporto sottolineerebbe che «l'articolo 4 del Protocollo n. 7 non vieta che si tengano procedimenti "di natura diversa (ad

esempio un procedimento disciplinare, nel caso di un funzionario)”. Inoltre, l'articolo 6 e l'articolo 4 del Protocollo n. 7 perseguivano scopi diversi, se non addirittura opposti, dato che il primo aveva lo scopo di rafforzare le garanzie procedurali in materia penale».

12.1.2. La prospettazione non è stata contestata dalla Grande Chambre, ma si è rivelata improduttiva di conseguenze ai fini della decisione, perché il caso esaminato non riguardava sanzioni di natura disciplinare.

12.1.3. D'altro canto, in più occasioni la Grande Chambre della Corte EDU (sentenza 21 febbraio 1984, caso Ozturk c. Germania, § 53; sentenza 10 febbraio 2009, caso Sergey Zolotukhin c. Russia, § 55), ai fini dell'attribuzione della natura sostanzialmente penale ad una sanzione formalmente non penale, ha evidenziato, quale elemento atto ad incidere negativamente sulla configurabilità del terzo dei criteri Engel (gravità delle conseguenze in cui l'incolpato può incorrere in conseguenza della commissione dello "stesso fatto" costituente oggetto di due distinti procedimenti), che la sanzione "sostanzialmente penale" si caratterizza per la circostanza di essere diretta alla generalità dei consociati («towards all citizens rather than towards a group possessing a special status»; la prima delle sentenze citate precisa, inoltre, «in the manner, for example, of disciplinary law»). In tal modo, risulta, all'evidenza, da escludere, per converso, la possibilità di attribuire natura sostanzialmente penale alle sanzioni disciplinari, in quanto esse sono valide ed efficaci soltanto all'interno di una ristretta cerchia di consociati, e fino a che il soggetto sanzionato ne faccia parte>>.

5.2. Questa ricostruzione degli orientamenti della Corte di Strasburgo è stata condivisa e ribadita dalla sentenza n. 23043 del 2018.

6. Tutto ciò premesso, l'impugnato proscioglimento è stato ritenuto illegittimo per due ordini di ragioni.

6.1. La giurisprudenza della Corte EDU e quella di legittimità sono sostanzialmente concordi nell'escludere la configurabilità dei presupposti di operatività del divieto di *bis in idem* tra procedimento penale e procedimento disciplinare, *<<poiché quest'ultimo può comportare unicamente l'applicazione di sanzioni mai sostanzialmente penali, in quanto conseguenti alla violazione di regole di comportamento vevoli unicamente nell'ambito di una cerchia ristretta di soggetti, ma non anche della generalità dei consociati, essendo finalizzate unicamente a regolare l'ordinato svolgersi dei reciproci rapporti in determinati contesti e/o settori. Pur facendo applicazione dei "criteri Engel", alla sanzione disciplinare de qua non può essere attribuita natura sostanzialmente penale, in particolare quanto alla sua "gravità", decisamente condizionata, in senso negativo, dal fatto che detta sanzione esercita efficacia afflittiva soltanto nel contesto carcerario e fino a che il soggetto sanzionato ne faccia parte, ma non esercita alcuna efficacia al di fuori di tale contesto>>* (Sez. II, n. 43435 del 2018; nei medesimi termini si è espressa anche Sez. II, n. 23043 del 2018).

6.1.1. Nel caso in esame, inoltre, la sanzione disciplinare già applicata all'imputato - tenuto conto delle sue specifiche connotazioni - è stata ritenuta priva di quei caratteri di marcata afflittività che potrebbero indurre l'interprete a qualificarla, in concreto, come sanzione di natura "sostanzialmente penale".

6.2. Infine, <<l'espresso riferimento operato dall'art. 649 c.p.p. - come presupposto del divieto di bis in idem nel diritto interno - all'esistenza di una sentenza o di un decreto (penale) di condanna divenuti irrevocabili (non anche di una decisione sanzionatoria irrevocabile di natura amministrativa) avrebbe comunque reso necessario - in ipotesi - sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., assumendo, quale norma interposta, quella di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 cit.; il giudice nazionale non è, infatti, legittimato a disapplicare immediatamente la disposizione, poiché in tal modo egli spoglierebbe la Corte costituzionale delle sue esclusive prerogative quanto alla valutazione dell'eventuale conflitto tra la predetta norma convenzionale ed altre norme conferenti della nostra Costituzione ed alla valutazione sul come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. Invero, le regole proprie di una procedura amministrativa sanzionatoria non possono essere equiparate a quelle che regolano la cognizione penale (peraltro assistita da principi e garanzie molto più ampi), se non sacrificando il principio di "irretrattabilità dell'azione penale", sancito dall'art. 112 Cost., per privilegiare - in ipotesi - l'azione precedentemente (come nel caso di specie) avviata da un organo amministrativo, in tal modo violando, altresì, il principio di "soggezione alla legge", sancito dall'art. 101, comma 2, Cost., «per l'effetto di disapplicazione di una norma penale sul cui carattere imperativo sarebbe destinato a prevalere, per la sua anteriorità, il definitivo accertamento in altra e meno garantita sede di giudizio, di un fatto illecito ritenuto "sostanzialmente" penale». D'altro canto, questa Corte ha già chiarito che la non procedibilità ex art. 649 c.p.p. «consegue alla preclusione determinata dalla consumazione del potere già esercitato dal P.M.» (Sez. un., sentenza n. 34655 del 28/06/2005, Rv. 231800) e «si delinea all'esito di una valutazione che presuppone, e richiede, la preventiva disamina del contenuto di un provvedimento "tipico" emesso dal giudice, non certo da un'autorità amministrativa». Trattasi di ostacoli insormontabili per il giudice (di merito, come di legittimità), che potrebbero essere superati (non in via d'interpretazione bensì) soltanto attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost., assumendo quale norma interposta quella di cui all'art. 4 del Prot. 7 alla Conv. EDU, secondo l'interpretazione consolidata che ne fornisca, in ipotesi la Corte di Strasburgo (che, peraltro, come premesso, non si è mai pronunciata con specifico riferimento al caso in esame)>> (Sez. II, n. 43435 del 2018; anche in ordine a questo profilo, si è espressa nei medesimi termini Sez. II, n. 23043 del 2018).

CLASSIFICAZIONE

ISTITUTI DI PREVENZIONE E DI PENA (ORDINAMENTO PENITENZIARIO) – RECLAMO AI SENSI DELL'ART. 35 *TER* ORD. PEN. – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – CONTENUTO DELLA DOMANDA – INDICAZIONE DEL PERIODO, DEL LUOGO DI DETENZIONE E DELLA RAGIONE ESSENZIALE DELLA DOMANDA DI INDENNIZZO – ASSENZA DI INFORMAZIONI DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA – ONERE DELLA PROVA – PRESUNZIONE RELATIVA DI VERIDICITÀ SULL'ESISTENZA DELLA VIOLAZIONE – ESISTENZA – POTERI DI VERIFICA *EX OFFICIO* DEL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA – VIOLAZIONI ART. 3 CEDU, ART. 35 *TER* ORD. PEN., ONERE DELLA PROVA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione art. 27

Convenzione EDU art. 3, § 1

Codice di procedura penale art. 666 c.p.p.

Codice civile art. 2697 c.c.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. pen., Sez. I, sentenza 24.05.2018, n. 23362, Lucchese

Abstract

La I sezione penale (sentenza n. 23362, dep.24/5/2018), esaminando la questione relativa all'onere della prova in materia di domanda dal detenuto volta ad ottenere il ristoro specifico approntato dall'art. 35 *ter* ord. pen. per la violazione del divieto di cui all'art. 3 CEDU in relazione a fatti verificatisi fra il 1995 ed il 1997, ha ritenuto che la particolare condizione in cui versa il soggetto ristretto giustifica l'inversione dell'onere della prova, risultando l'istanza del detenuto assistita da una presunzione relativa di veridicità dei suoi contenuti che l'amministrazione ha l'onere di ribaltare, fermi i poteri di verifica *ex officio* del giudice di sorveglianza quando venga a determinarsi un'incertezza probatoria non altrimenti superabile.

1. Nel caso vagliato dalla Corte, un detenuto aveva proposto domanda di indennizzo da trattamento detentivo disumano e degradante in relazione a periodi di detenzione in precedenza trascorsi, per quel che qui rileva nella struttura carceraria di Napoli. I giudici di merito (Magistrato di sorveglianza e Tribunale) avevano disatteso l'istanza, ritenendola carente di specificità, in quanto la prospettata violazione non poteva fondarsi unicamente sulle indicazioni in essa contenute, visto che la Direzione della casa di reclusione non era stata in grado di fornire elementi conoscitivi utili sulle condizioni di detenzione.

2. La Cassazione, malgrado la richiesta difforme del Procuratore generale, ha annullato la decisione emessa dal tribunale di Sorveglianza, con rinvio per nuovo esame.

2.1. La Corte muove dal presupposto che il reclamo del detenuto non fosse generico, indicando correttamente il periodo di detenzione, il luogo di detenzione e la ragione essenziale della domanda di ristoro (fenomeno del sovraffollamento, che pacificamente rientra nella nozione di trattamento inumano o degradante).

Si tratta di un principio ormai radicato nella giurisprudenza della Corte, essendosi già affermato - Cass pen.n.876 del 16.7.2016, *Ruffolo* - che "...Se (...) la inammissibilità della istanza può essere dichiarata *de plano* per assenza delle condizioni di legge limitatamente alle ipotesi in cui è rilevabile *ictu oculi* e non richieda accertamenti di tipo cognitivo, né valutazioni discrezionali, la "genericità" della richiesta non è *ex se* causa di inammissibilità, ai sensi dell'art. 666 c.p.p., comma 2, laddove non palesi la mancanza dei presupposti richiesti per accedere ai rimedi di cui all'art. 35 - *ter* Ord. Pen., commi 1 e 2". Né l'istanza - reclamo con la quale prende avvio il procedimento in esame richiede una forma specifica, "essendo sufficiente l'indicazione del *petitum* e della *causa petendi*", mentre proprio la disciplina del procedimento di cui all'art. 35 - *bis* Ord. Pen., comma 3, implica che l'attività di accertamento è demandata, anche mediante l'esercizio di poteri officiosi, al magistrato di sorveglianza "che è chiamato a pronunciarsi sul reclamo, esercitando, evidentemente, gli ampi poteri istruttori di cui è titolare ai sensi dell'art. 666 c.p.p., comma 5" - cfr. Cass. ult. cit.-.

È utile sottolineare che a tale conclusione la Cassazione perviene anche valorizzando "...la natura essenzialmente "compensativa", più che "risarcitoria" in senso stretto, del rimedio introdotto dall'art. 35 - *ter* Ord. Pen., finalizzato a "garantire una riparazione effettiva delle violazioni dell'art. 3 della Convenzione EDU derivanti dal sovraffollamento", richiesta dalla Corte europea nella sentenza pilota *Torreggiani*. Per tali ragioni si esclude, dunque, che la domanda debba essere corredata dalla indicazione precisa e completa degli elementi che si pongono a fondamento della stessa ed, in specie, che configurano il pregiudizio da ristorare. È soltanto necessario che vengano indicati i periodi di detenzione, gli istituti di pena e la riconducibilità delle condizioni detentive alle suddette violazioni derivanti dal sovraffollamento, mentre la sussistenza del pregiudizio per specifiche violazioni dell'art. 3 della Convenzione EDU costituisce *thema probandum*" - nello stesso senso, Sez. 1[^], n. 22164 del 13/05/2015, *Ferrara* e Sez. 1[^], n. 45376 del 12/06/2015, *Giordano*-.

3. La questione che la Corte ha inteso approfondire riguarda le sorti di una domanda di indennizzo avanzata dal soggetto che, incontestato unicamente il periodo detentivo, abbia lamentato l'esistenza di condizioni carcerarie contrarie all'art. 3 CEDU, in esito alle quali l'Amministrazione penitenziaria non abbia fornito informazioni ufficiali circa le condizioni di detenzione.

Il perno attorno al quale ruota la pronuncia in esame è dunque rappresentato dall'onere della prova circa le condizioni di detenzione.

3.1 Il giudice di legittimità muove dalla constatazione che sulla questione non esiste una disposizione processuale specifica, non contenendo l'art. 666 c.p.p. - al quale, come detto, rinvia

l'art. 35 *bis* ord. pen.- regole di valutazione degli elementi di prova. Da qui l'esigenza di fare ricorso ai principi generali dell'ordinamento. In questo contesto resta sullo sfondo, nella sentenza qui esaminata, la tematica dei rapporti fra processo di cognizione penale e procedimento esecutivo rispetto al tema di introduzione e valutazione della prova. Cass. n. 23362/2018, pur dando atto dell'esistenza di opinioni diverse sul punto – si ricordano, in particolare, Cass. n. 11313/2018 dep. il 13/3/2018, *Gallo* e Cass. n. 31690/2017, dep. il 28/6/2017 – non ha motivo di soffermarsi su tale tematica, poiché rispetto all'art.35 *ter* non sono pertinenti i criteri di metodo che normalmente si applicano per valutare le domande del detenuto di 'accesso ai benefici'. Secondo la Corte è proprio la specificità del rimedio introdotto in seguito alla sentenza *Torreggiani* a dimostrare che l'oggetto di valutazione è la condizione vissuta dalla persona privata di libertà in relazione al luogo di detenzione. Seguendo tale prospettiva, Cass. n.23362/2018 afferma che 'la procedura di cui all'art. 35 *ter*, tesa alla verifica del rispetto - o meno - delle condizioni di legalità convenzionale della detenzione, ha caratteristiche sue proprie, trattandosi non già di delibare una domanda di ammissione ad un beneficio di legge (con effetti, in tesi, migliorativi della condizione), quanto di riconoscere - o meno - l'esistenza di un condotta dell'Amministrazione, in tema di offerta complessiva rivolta al soggetto ristretto, tale da violare il divieto di trattamenti inumani o degradanti, principio fondamentale con rilevanza costituzionale (art. 27 Cost.) e convenzionale (art. 3 Cedu).'

3.2 La specificità del rimedio viene, del resto, collegata dalla Corte alla necessità di garantire una riparazione effettiva delle violazioni della CEDU derivanti dal sovraffollamento carcerario, come già ribadito da Corte cost. n. 204/2016. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale costituisce uno dei capisaldi del sistema di protezione dei diritti e trova la sua genesi in una pluralità di fonti, non solo interne - artt. 24, 103, 113 Cost. – ma anche sovranazionali. Esso si colloca all'interno dei principi generali che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione europea - Corte giust. 15-5-1986, C-222-84, punto 18; Corte giust. 27-11-2001, C-424-99, punto 45 - ed è anche sancito dagli artt. 6, n. 1, e 13 della CEDU. Esso impone all'ordinamento giuridico di apprestare un sistema di garanzie processuali capaci di assicurare una protezione piena ed efficace delle situazioni soggettive, soprattutto se incise dall'agire pubblico.

3.3 Se, dunque, il rimedio introdotto dopo la sentenza *Torreggiani* è stato orientato a garantire un mezzo di tutela rapido, effettivo ed adeguato in favore di chi ha subito una detenzione inumana, risulta obbligata la ricerca di una soluzione ermeneutica capace di garantire, nello specifico caso del procedimento instaurato dal soggetto ristretto ai sensi dell'art. 35 *ter* ord. Pen. – di natura *lato sensu* civilistica - ed in ragione della asimmetria delle condizioni di fatto tra detenuto ed amministrazione quanto all'accesso a determinate informazioni – l'attenuazione della rigidità del principio dell'onere della prova incombente sull'attore (art. 2697 cod. civ.). In siffatto ambito, infatti, 'la ricaduta del dubbio (circa la fondatezza, in fatto, della domanda) sull'attore potrebbe derivare non già dalla assenza di veridicità di quanto esposto, ma

dall'assenza di collaborazione ricostruttiva dell'Amministrazione, con il concreto rischio di complessiva ineffettività del rimedio'. È, dunque, la necessità di ancorare l'interpretazione del mezzo di tutela introdotto nel post Torreggiani al canone dell'effettività della tutela giurisdizionale ad orientare la soluzione raggiunta dalla Corte.

3.4. Nella direzione indicata, - ricorda Cass. n. 23362/2018 - si muove, sia pur nell'ambito del procedimento sussidiario disciplinato dalla CEDU, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo adita da colui che assuma di avere subito la violazione convenzionale, essa non mancando di ritenere, proprio quando è in discussione la violazione dell'art. 3 CEDU, l'attenuazione del principio '*actori incumbit probatio*', fino a giungere all'affermazione di una vera inversione dell'onere della prova rispetto a vicende nelle quali l'amministrazione statale (qui, quella penitenziaria) è l'unica ad avere accesso alle informazioni necessarie per confermare o infirmare le affermazioni del soggetto detenuto (o in passato detenuto) - sul punto si ricordano la pronunzie *Torreggiani c. Italia*, *Benediktov c. Russia*, *Brànduse c. Romania*, *Ananyev e altri c. Russia*, e altre ancora ricordate nei par. 4.3 e 4.4. della sentenza in esame -.

3.5 Emerge, così, una linea interpretativa della giurisprudenza convenzionale che la Cassazione fa propria, condividendone non soltanto lo spirito, apertamente rivolto a compensare l'evidente asimmetria esistente fra chi è detenuto e chi è tenuto a garantire al soggetto una detenzione improntata al rispetto dei canoni sanciti dall'art. 3 CEDU, ma anche la piena vincolatività, sul piano interpretativo, proprio in relazione alla portata precettiva di quella stessa giurisprudenza, alla luce del rinvio ad essa operato dall'art.35 *ter*. In questa direzione, viene ricordato quanto affermato da Cass. n. 13378/2018, dep. 22/3/2018, *Peciccia*. In tale occasione la Corte chiarì che 'il legislatore del 2013 ha ritenuto necessaria una operazione di *etero-integrazione giurisprudenziale* del precetto, nel senso che l'esame dei precedenti della Corte Edu (valorizzata come primo, seppur non unico, interprete della Convenzione) non svolge - in realtà - l'ordinaria finalità di *orientamento* sul *modus* interpretativo della disposizione, ma ne riempie i contenuti precettivi di fondo, assumendo in tal modo natura *paranormativa* con efficacia, seppur mediata, *erga omnes*'. Il richiamo a tale ultimo precedente viene ulteriormente arricchito da Cass. n. 23362/2018, laddove afferma che la giurisprudenza di Strasburgo integra '...gli stessi parametri «legali» del trattamento attraverso una particolare operazione interpretativa, orientata a rinvenire nelle decisioni applicative i caratteri essenziali del trattamento «difforme» dal contenuto dell'art. 3 Conv.'. In questa prospettiva, dunque, '...i principi espressi dalla Corte Edu - nelle decisioni sui casi concreti - da un lato contribuiscono ad identificare i contorni del precetto, dall'altro vanno ritenuti rilevanti anche in rapporto alle coordinate di metodo che orientano la decisione del giudice nel settore della ripartizione degli oneri probatori.'

3.6 L'esame della giurisprudenza convenzionale induce, quindi, Cass. n. 23362/2018 a riconoscere una vera e propria presunzione relativa di veridicità delle affermazioni rese dal soggetto detenuto, in considerazione della necessità di bilanciare l'asimmetria derivante da tale

condizione, essendo l'Amministrazione l'unico soggetto detentore di quel complesso di informazioni idonee ad apprezzare la legalità del trattamento.

3.7 Si tratta di un criterio, nota Cass. n. 23362/2018, assolutamente lineare rispetto al principio della prossimità della prova già affermato nella giurisprudenza civile interna – si ricordano Cass. n. 6209/2016, in campo di responsabilità civile medico-sanitaria, Cass. nn. 20484/2008 e 15406/2009 in tema di onere della prova tra lavoratore e datore di lavoro – allorché si è costantemente ritenuto legittimo il ricorso alle presunzioni, quando la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato. Tutto ciò in funzione di riequilibrio processuale di asimmetrie sostanziali e proprio a salvaguardia del canone di effettività protetto dall'art. 24 Cost. Ciò crea, secondo Cass. n. 23362/2018, una 'conformità di assetto tra le regole seguite in sede convenzionale e gli approdi interpretativi interni, con ulteriore allineamento sistematico dei livelli di tutela fruibili in rapporto alla ipotizzata lesione della medesima posizione soggettiva'.

3.8 Cass. n. 223362/2018 reputa dunque che l'esame del quadro giurisprudenziale interno e sovranazionale induce a ritenere che 'la particolare condizione del soggetto ristretto realizza le condizioni per l'inversione dell'onere della prova, nel senso che l'affermazione dell'istante (contenuta in istanza ammissibile e riscontrata quanto alla avvenuta privazione di libertà nel periodo indicato) è da ritenersi assistita da una presunzione relativa di veridicità dei suoi contenuti che è compito dell'amministrazione ribaltare attraverso la produzione di elementi di smentita idonei.'

3.9 Il principio di diritto viene tuttavia opportunamente completato riaffermando che dalla domanda del soggetto detenuto non scaturisce affatto una prova legale di condizioni carcerarie inumane, semmai dovendosi contemperare la posizione vulnerabile di quest'ultimo attraverso una ripartizione dell'onere della prova che imponga al detentore di informazioni lo sforzo di introdurre nel procedimento la conoscenza eventualmente impeditiva. Né rimane secondario il ruolo dell'autorità giudiziaria e dei poteri officiosi che essa è comunque tenuta ad adottare – la sentenza ha opportunamente ricordato, al punto 3.4, Cass. Sez. I, n. 46543 del 10/10/2017, *Delle Donne*, e n. 46435 del 9/10/2017, *Morabito* - 'lì dove venga – anche in virtù delle controdeduzioni dell'amministrazione o in rapporto a documentazione comunque acquisita – a determinarsi una condizione di incertezza probatoria non altrimenti superabile.'

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

IMPUGNAZIONI CIVILI - CASSAZIONE (RICORSO PER) - GIUDIZIO DI RINVIO - PROCEDIMENTO - RIASSUNZIONE - TERMINE - ANNUALE - DECORRENZA - CONTRASTO CON GLI ARTT. 3, 24, 111 DELLA COSTITUZIONE E CON L'ART. 6 CEDU- ESCLUSIONE- OMESSA COMUNICAZIONE DELLA SENTENZA - IRRILEVANZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione artt. 3, 24 e 111

CEDU art. 6

Codice di procedura civile art. 392, 393, 135 disp. att.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. III, ord. 13.06.2018, n. 15375

Abstract

*L'ordinanza n. 15375/2018 resa dalla terza sezione civile della Cassazione, nel dare continuità all'indirizzo per cui il dies a quo del termine annuale per la riassunzione della causa davanti al giudice di rinvio, a norma dell'art. 392 c.p.c., è segnato dalla pubblicazione della sentenza della Corte mediante deposito in cancelleria, non dalla successiva comunicazione del deposito stesso, avente finalità meramente informative, lo ha ritenuto pienamente in linea con i parametri costituzionali e convenzionali, escludendo che l'omesso rilievo della comunicazione della sentenza ai fini della decorrenza del termine- nella specie annuale, in relazione all'art.392 c.p.c. nella versione *ratione temporis* vigente- incrina il diritto di difesa e/o la garanzia del giusto processo nei confronti della parte che assume di non avere ricevuto rituale comunicazione del provvedimento giurisdizionale.*

1. S.R. ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di Appello di Bari che - nel provvedere a norma dell'art. 393 c.p.c. - ha dichiarato estinto il giudizio di rinvio incardinato innanzi ad essa, per non avere nessuna delle parti riassunto lo stesso nel termine (*ratione temporis* applicabile) di un anno, decorrente dalla pubblicazione della sentenza di questa Corte n. 27337/2008.

2. Il ricorrente si doleva, fra l'altro, della circostanza che il giudice di appello avesse totalmente tralasciato di considerare gli artt. 133 e 136 c.p.c., nonché l'art. 135 disp. att. c.p.c., norme che sancivano, a suo dire, l'obbligatorietà - in favore delle parti costituite - delle comunicazioni prescritte dalla legge o dal giudice, e comunque della sentenza, prevedendo per gli avvocati non residenti a Roma che ne avessero fatto richiesta all'atto del deposito del ricorso o del controricorso, l'invio in copia del dispositivo della sentenza della Corte di Cassazione. Secondo tale prospettiva il principio della decorrenza del termine di riassunzione dalla data di

pubblicazione della sentenza non avrebbe potuto essere disgiunto "da quello dell'obbligo della Cancelleria di dare avviso dell'avvenuto deposito ai difensori, soprattutto quelli residenti fuori Roma, che ne abbiano fatto richiesta ai sensi dell'art. 135 disp. att. c.p.c.". Sicché ove tale avviso fosse mancato, ne sarebbe derivato un fatto rilevante per la conoscenza della pubblicazione, tale da giustificare la rimessione in termini.

2.1 Il ricorrente, inoltre, per quel che qui rileva, ipotizzava la violazione degli artt.112 e 392 c.p.c. nonché dell'art. 135 disp. att. c.p.c., in quanto la Corte di appello avrebbe omesso di esaminare il fatto decisivo per il giudizio- rappresentato dal momento della consegna all'ufficio postale dell'avviso di cui all'art. 135 disp. att. c.p.c. da parte della Cancelleria di questa Corte- ai fini delle valutazioni della tempestività dell'impugnazione.

3. L'ordinanza n.15375/2018 della Cassazione, nel disattendere i motivi di censura sopra ricordati, ha dato continuità all'orientamento, ancorché risalente, a tenore del quale "*il dies a quo* del termine annuale per la riassunzione della causa davanti al giudice di rinvio, a norma dell'art. 392 c.p.c., é segnato dalla pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione mediante deposito in cancelleria, non dalla successiva comunicazione del deposito stesso, la quale non configura elemento integrativo di tale pubblicazione, ma solo adempimento posteriore con finalità informative. Tale principio manifestamente non pone la citata norma in contrasto con l'art. 24 Cost., atteso che la possibilità di esercitare concretamente ed adeguatamente il diritto di difesa resta assicurata dall'entità del suddetto termine" - peraltro ancora annuale, nel testo della norma applicabile *ratione temporis* alla fattispecie per cui è giudizio - "e della sua decorrenza da un evento conosciuto o conoscibile dalle parti con l'uso dell'ordinaria diligenza" (Cass. Sez. 1, sent. 21 aprile 1983, n. 2738, Rv. 427644-01).

La terza sezione della Corte, in sintonia con le conclusioni rassegnate in forma scritta dalla Procura generale della Cassazione, ha poi ritenuto che le stesse argomentazioni esposte da Cass.n.2738/1983 per escludere il *vulnus* all'art.24 Cost. potessero, altresì, valere per affermare la piena conformità della soluzione offerta con i parametri costituzionali di cui agli artt.3 e 111 Cost., operando la pubblicazione della sentenza e la comunicazione del deposito su piani differenti.

3.1 A tale proposito, Cass.n.15375/2018 ha affermato che, in sintonia con quanto ritenuto dalla Corte costituzionale- Corte cost., sentenze nn. 12 e 216 del 2016, nonché n. 64 del 2014 e n. 216 del 2013- nella materia processuale il legislatore gode di ampia discrezionalità risultando, pertanto, libero di conformare gli istituti processuali nei modi ritenuti più opportuni in relazione agli scopi prefissati, con il solo limite costituito dall'adozione di soluzioni legislative manifestamente irragionevoli, in quanto del tutto avulse rispetto allo scopo avuto di mira, ovvero lesive, in modo assolutamente ingiustificato di uno o più degli interessi di pari rango implicati nelle sue scelte.

3.2 La Corte ha poi rilevato che la soluzione sopra rassegnata era parimenti in linea con i parametri convenzionali, dovendosi escludere un *vulnus* rispetto all'art. 6 Cedu. Dopo avere

ricordato che tale disposizione convenzionale, al pari delle altre, è idonea a fungere da parametro costituzionale interposto unicamente quando il suo contrasto con la norma interna emerga da una sentenza della Corte di Strasburgo che assuma carattere di "sentenza pilota", che sia pronunciata dalla *Grande Chambre*, o che sia espressione di un indirizzo sufficientemente stabile; cfr. Corte Cost. n. 49 del 2015 - Cass. n.15375/2018 ha ribadito - dando continuità a quanto ritenuto da Cass. Sez. 3[^], (ord.) 23 dicembre 2016, n. 26936- che nella prospettiva della Corte Europea dei diritti dell'uomo, la condizione necessaria per la legittimità dei requisiti formali di limitazione dell'accesso al giudice (e soprattutto a quello di impugnazione di legittimità) "è che l'interpretazione che se ne faccia in concreto non leda la sostanza stessa del diritto del ricorrente ad accedere alla Corte e che non sia viziata da un formalismo eccessivo", dovendo, inoltre, tali requisiti "risultare già preventivamente imposti e conoscibili e chiari", non potendo "comportare uno sforzo ulteriore rispetto alla chiarezza del testo legislativo od alla particolare competenza richiesta al difensore del ricorrente".

3.3 Siffatte condizioni risultavano dunque pienamente rispettate nel caso di specie, atteso che la decorrenza del termine - peraltro di un anno, in relazione al testo dell'art. 392 c.p.c., comma 1, applicabile *ratione temporis* - dalla pubblicazione della sentenza, oltre a non essere espressione di un formalismo eccessivo, derivava da una norma la cui interpretazione era stata chiarita, ormai da molto tempo, dalla giurisprudenza di questa Corte, senza che la conoscenza di siffatto indirizzo richiedesse "particolare competenza" in capo a chi prestava assistenza tecnica alla parte interessata alla riassunzione.

4. La soluzione espressa dalla Cassazione con riguardo all'estinzione del giudizio per mancata tempestiva impugnazione è coerente con quella più volte divisata dal medesimo giudice di legittimità con riguardo alla decorrenza del termine lungo di impugnazione di cui all'art. 327 c.p.c., essendosi ripetutamente ritenuto che la decadenza da un termine processuale, ivi compreso quello per impugnare, non può ritenersi incolpevole e giustificare, quindi, la rimessione in termini, ove sia avvenuta per errore di diritto, ravvisabile laddove la parte si dolga dell'omessa comunicazione della data di trattazione dell'udienza e/o della sentenza stessa, atteso che il termine di cui all'art. 327 c.p.c. decorre dalla pubblicazione della sentenza mediante deposito in cancelleria, a prescindere dal rispetto, da parte della cancelleria medesima, degli obblighi di comunicazione alle parti, e che, inoltre, rientra nei compiti del difensore attivarsi per verificare se siano state compiute attività processuali a sua insaputa- cfr. Cass. n. 5946 dell'08/03/2017-.

4.1 In precedenza, peraltro, si era ritenuto, in ambito tributario, che, nelle controversie in cui non risulti applicabile l'istituto della rimessione in termini dell'art. 153, secondo comma, cod. proc. civ. (introdotto dalle legge 18 giugno 2009, n. 69), il termine lungo per l'impugnazione delle sentenze di cui al primo comma dell'art. 327 cod. proc. civ. decorre, per la parte cui non siano stati debitamente comunicati né l'avviso di trattazione dell'udienza (ex art. 22 del d.lgs. n. 546 del 1992), né il dispositivo della sentenza (ex art. 37 del d.lgs. cit.), dalla data in cui essa

ha avuto conoscenza di tali sentenze -cfr. Cass. n. 6048 del 11/03/2013- affermandosi, in motivazione, che detto principio di diritto, applicato a fattispecie anteriore all'entrata in vigore dell'art. 153 c.p.c., comma 2, (applicabile al rito tributario in forza del generale rinvio contenuto nell'art.1 c.2 d.lgs.n.546/1992)- in forza del quale "la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini; il giudice provvede a norma dell'art. 294, commi 2 e 3-" costituiva '...espressione del principio della effettività della tutela giurisdizionale scolpito sia nell'art. 111 Cost., sia nell'art. 6 della CEDU (sentenza delle Sezioni Unite n. 15144 dell'11 luglio 2011; Cass.(ord.) n. 14627 del 17 giugno 2010 della seconda sezione civile).’ Da qui la necessità di adottare una '...coerente ai principi costituzionali ed a quelli della Carta Europea dei diritti dell'Uomo che il diritto alla difesa ed all'attiva partecipazione al processo non sia vanificato da un'omissione degli Uffici Pubblici e quindi procedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa in vigore'.

4.2 Successivamente, tale indirizzo è stato definitivamente superato da un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale e-cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 23323/2013, Cass. n. 6692/2015- parimenti giustificato da quanto ritenuto da Corte cost.n.297/2008 a proposito dell'art. 327 c.p.c. In tale ultima occasione Corte cost.n.297/2008 escluse la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 327, primo comma, del codice di procedura civile, censurato, in riferimento all'art. 24 della Costituzione, nella parte in cui, prevedendo la decorrenza del termine annuale per l'impugnazione dalla pubblicazione della sentenza, anziché dalla sua comunicazione a cura della cancelleria, non avrebbe assicurato alle parti il diritto di difesa costituzionalmente garantito, per non essere alle stesse assicurato il godimento per intero del termine per impugnare. La Corte costituzionale ha ritenuto che la norma censurata opera un non irragionevole bilanciamento tra l'indispensabile esigenza di tutela della certezza delle situazioni giuridiche e il diritto di difesa, aggiungendosi che l'ampiezza del termine annuale consente al soccombente di informarsi tempestivamente della decisione che lo riguarda, facendo uso della diligenza dovuta *in rebus suis*. Si è poi concluso che la decorrenza fissata con riferimento alla pubblicazione è un corollario del principio secondo cui, dopo un certo lasso di tempo, la cosa giudicata si forma indipendentemente dalla notificazione della sentenza ad istanza di parte, sicché lo spostamento del *dies a quo* dalla data di pubblicazione a quella di comunicazione non solo sarebbe contraddittorio con la logica del processo, ma restringerebbe irrazionalmente il campo di applicazione del termine lungo di impugnazione alle parti costituite in giudizio, alle quali soltanto la sentenza è comunicata *ex officio*.

4.4. L'indirizzo della Cassazione in ordine alla portata dell'art. 327 c.p.c. è stato, di recente, ribadito anche rispetto alla riduzione del termine c.d. lungo. Cass.17422/2018, ha infatti affermato che 'È vero che la Corte di Strasburgo afferma che le limitazioni all'accesso alla tutela giurisdizionale per motivi formali non devono pregiudicare l'intima essenza di tale diritto e non sono compatibili con l'art. 6, comma 1 CEDU qualora non perseguano uno scopo legittimo, ovvero qualora non vi sia una ragionevole relazione di proporzionalità tra il mezzo impiegato e

lo scopo perseguito (v. Cass. S.U. n. 27199 del 2017, e, tra le altre, Corte Edu 24 febbraio 2009, in causa C.G.I.L. e Cofferati contro Italia). Nel caso, tuttavia, il termine che risulta all'esito della novella, pur decorrente dalla pubblicazione della sentenza, è comunque sufficientemente lungo da garantire il pieno esercizio del diritto di difesa e di impugnazione; la riforma è stata inoltre funzionale all'obiettivo della ragionevole durata del processo, elevato a rango costituzionale a seguito della riformulazione dell'art. 111 Cost. ad opera della legge costituzionale n. 2 del 1999, perseguito anche a livello sovranazionale dall'art. 6 della CEDU (così Cass. n. 13825 del 2008, Cass. S.U. n. 5700 del 2014, Cass. S.U. n. 9558 del 2014, Cass. n. 17698 del 2014).'

4.3 Va ancora ricordato che, in altra occasione, questa Corte ha ritenuto che 'Qualora il giudice dell'impugnazione ravvisi, anche d'ufficio, grave difficoltà per l'esercizio del diritto di difesa determinata dal non avere il cancelliere reso conoscibile la data di deposito della sentenza prima della pubblicazione della stessa, avvenuta a notevole distanza di tempo ed in prossimità del termine di decadenza per l'impugnazione, la parte può esser rimessa in termini ai sensi del vigente art. 153, secondo comma, cod. proc. civ., allorché abbia avuto conoscenza dell'esistenza della sentenza dopo l'intero decorso del termine ex art. 327 cod. proc. civ. ovvero dopo il decorso di un tempo tale da rendere oggettivamente difficoltosa la tempestiva proposizione dell'impugnazione, postulando la causa non imputabile il verificarsi di un evento che presenti il carattere della absolutezza - e non già una impossibilità relativa, né tantomeno di una mera difficoltà - e che sia in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza in questione.'- Cass. Sez. 3[^], 4 aprile 2013, n. 8216-.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

SOVRACANONI BACINI IMBRIFERI MONTANI – PRESTAZIONE PATRIMONIALE IMPOSTA – ISTITUITA CON NORMA IN CORSO DI RAPPORTO DI CONCESSIONE – PRINCIPIO DI LEGITTIMO AFFIDAMENTO SULL’IMMUTABILITÀ DELLE CONDIZIONI E DI CERTEZZA DEL DIRITTO – VIOLAZIONE – INSUSSISTENZA – ABLAZIONE MERAMENTE CONFISCATORIA PER DIMINUIZIONE DEL MARGINE DI PROFITTO – INSUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione art. 3, 41, 42, 43, 53, 117

Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea art. 17

Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea art. 56, 101, 102

r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 art. 52

L. 27 dicembre 1953, n. 959 art. 1

L. 24 dicembre 2012, n. 228 art. 1, co. 137

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. Un., 19.06.2018 n. 16159

ACQUE – Acque pubbliche – Derivazioni e utilizzazioni (utenze) – Canoni (Sovracanoni) – Estensione ad impianti di produzione di energia idroelettrica superiori a 220 kW di potenza nominale con opere di presa ricadenti in territorio di Comune compreso in Bacino Imbrifero Montano già delimitato – prestazione patrimoniale imposta – applicabilità alle concessioni già in corso – incostituzionalità – esclusione – violazione di normativa eurounitaria o della convenzione europea dei diritti dell’Uomo – esclusione.

Abstract

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con la decisione segnalata, affrontano le questioni indotte dall’introduzione, con applicazione anche alle concessioni già in corso, del sovracanone per concessione di derivazione di acque pubbliche a fini di produzione di energia idroelettrica per gli impianti di una potenza non modesta (superiore a 220 kW) con opere di presa ricadenti in territori di Comuni compresi in bacini imbriferi montani già delimitati. Qualificati i sovracanoni come prestazioni patrimoniali imposte e ricostruiti come destinati a fini di fiscalità generale, le Sezioni Unite Civili ne escludono la natura di tributi armonizzati e, sotto molteplici aspetti, il contrasto sia con la Costituzione, che con la disciplina eurounitaria e della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo.

In particolare, le Sezioni Unite Civile escludono:

- *il diritto del concessionario all'immutabilità delle condizioni economiche del rapporto in corso, anche in considerazione della natura fiscale della prestazione, che non consente di ritenere imprevedibile una modifica legislativa;*

- *una restrizione alla libera prestazione dei servizi o alla libertà della concorrenza;*

- *la lesione del diritto di proprietà, riferendosi l'art. 17 CDFUE a questa intesa in senso statico e comunque essendo il sovracanone estraneo, per la sua natura tributaria, alla determinazione del prezzo della prestazione, cioè del canone di concessione.*

1. La sentenza delle Sezioni Unite Civili qui segnalata si occupa, per la prima volta, di una prestazione correlata al settore della produzione di energia idroelettrica, introdotta in corso di rapporti pluriennali di concessione per le necessarie derivazioni di acqua pubblica ed in grado di incidere, evidentemente in modo sensibile, sulla redditività delle imprese concessionarie.

2. Per il carattere estremamente specialistico della fattispecie, si ritiene utile un mero breve cenno alla normativa.

Come ricordato dalla segnalata sentenza, il sovracanone (BIM) dovuto dal concessionario di utenza idrica configura una prestazione patrimoniale imposta a fini solidaristici e ha, pertanto, natura tributaria; infatti la norma che lo istituisce (art. 1, comma quattordicesimo, legge 27 dicembre 1953, n. 959) prevede la destinazione del sovracanone ad un fondo comune gestito dai consorzi per finalità di promozione dello sviluppo economico e sociale delle popolazioni interessate e per la realizzazione delle opere che si rendano necessarie per rimediare alla alterazione del corso naturale delle acque causata dalla loro regimazione artificiale.

La platea di soggetti passivi di detta prestazione è stata via via ampliata, dalla previsione originaria del t.u. 1775/1933, sostanzialmente parametrata all'ubicazione dei punti di presa e di rigurgito (ed articolata sulla parziale compensazione dello sfruttamento della risorsa naturale esistente nell'ambito territoriale dell'ente locale, commisurandosi il canone al corrispondente valore di una quota di energia di cui sarebbe stata prevista o almeno possibile la retrocessione gratuita al Comune la cui risorsa era sfruttata) e limitata ai concessionari di grandi derivazioni, a quella della l. 27 dicembre 1953, art. 1, con l'istituzione di Consorzi obbligatori tra Comuni rivieraschi e compresi in bacini imbriferi montani e soprattutto con l'imposizione della prestazione a tutti i concessionari di grandi derivazioni d'acqua le cui opere di presa fossero comprese nella perimetrazione del bacino operata dal Ministero.

Da ultimo, con la finanziaria 2013 (art. 1, co. 137, legge 224/12) è stato introdotto invece un sovracanone a carico pure dei concessionari di derivazioni d'acqua non più soltanto grandi, ma con potenza nominale media superiore a 220 kW, le cui opere di presa ricadano in tutto o in parte nel perimetro del bacino, con la specificazione che tali proventi siano destinati alla prosecuzione degli interventi infrastrutturali dei Comuni e dei bacini imbriferi stessi. Come specifica la qui segnalata sentenza, l'ulteriore riforma del 2013 reintroduce l'originario sistema che onera del pagamento del sovracanone tutti gli impianti senza discriminare altimetrico, cioè

tutti quelli siti nei bacini imbriferi montani compresi quelli siti nei Comuni sì rivieraschi ma posti al di fuori del perimetro montano e in altre parole rende omogenee le situazioni mettendo sul medesimo piano tutti i Comuni e tutti gli impianti del bacino.

3. Tra le contestazioni della concessionaria, assume rilievo in questa sede quella di dedotta incompatibilità col diritto dell'UE (con richiesta di disapplicazione) dell'art. 1, comma 137, della legge di stabilità 2013, per violazione dell'art. 17 della Carta di Nizza e degli artt. 101 e 102 T.F.U.E.: si è sostenuto, in proposito, che con l'estensione del sovracanone si sarebbe realizzato un illegittimo pregiudizio delle libertà economiche del concessionario e dei principi in materia di concorrenza, in ragione di una sopravvenuta e non prevista maggiore onerosità dell'attività, laddove l'affidamento di un operatore accorto del settore riposava su una disciplina consolidata in circa sessant'anni di applicazione; sicché si sarebbe verificata una sorta di confisca dei margini di profitto del concessionario, con ingiustificato raddoppio dei costi impositivi, peraltro già di per se stessi molto superiori a quelli sopportati da altre imprese del settore operanti diversi Paesi membri.

4. Le Sezioni Unite, richiamata la natura di prestazione patrimoniale imposta (per finalità di promozione dello sviluppo economico e sociale delle popolazioni interessate e per la realizzazione delle opere che si rendano necessarie per rimediare alla alterazione del corso naturale delle acque causata dalla loro regimazione artificiale: richiamando sul punto Corte cost., 20/12/2002, n. 533, che supera le iniziali incertezze di Corte cost., 04/07/1957, n. 122) dei sovracanoni, li qualificano di natura tributaria, sia pure negandone la natura di tributi armonizzati, per verificarne la piena compatibilità con il diritto eurounitario e la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

5. È richiamata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di insussistenza di una legittima aspettativa dei cittadini all'immutabilità giuridica neppure riguardo alla giurisprudenza (Corte EDU, V sez., 18/12/2008, Unedic c. Francia, in causa n. 20153/04; Corte EDU, V sez., 14/01/2010, Atanasovski c. Macedonia, in causa n. 36815/03), il legittimo affidamento potendo rilevare solo riguardo a leggi interpretative o retroattive che costituiscano ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine d'influenzare l'esito di una controversia (Corte EDU, II sez., 11/12/2012, De Rosa e aa. c. Italia, in cause nn. 52888/08 e riunite); Corte EDU, II sez., 14/02/2012, Arras e aa. c. Italia, in causa n. 17972/07). La stessa Corte europea ritiene, inoltre, che la materia della imposizione tributaria faccia parte del cd "nucleo duro" delle prerogative della potestà pubblica, poiché la natura autoritativa del rapporto tra il contribuente e la collettività sarebbe predominante (Corte EDU, Grande Camera, 12/07/2001, Ferrazzini c. Italia, in causa n. 44759/98). Dunque, gli Stati godono sicuramente di vasta discrezionalità, sia pure entro i confini della riserva di legge sostanziale e del rispetto taluni diritti fondamentali (Corte EDU, 23/10/1990, Darby c. Svezia, in causa n. 11581/85, sul divieto di discriminazione fiscale; conf. Corte EDU, II sez., 14/05/2013, N.K.M. c. Ungheria, in causa n. 66529/11, su

abnorme prelievo fiscale a carico di dipendenti pubblici). Tanto spiega l'atteggiamento restrittivo di quella Corte nel sindacare le scelte degli Stati, che non siano manifestamente prive di giustificazioni ragionevoli (Corte EDU, 23/10/1997, National & Provincial Building Society c. Regno Unito, in causa n. 21319/03 ed aa.).

6. Analogamente, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ribadisce che gli operatori economici non possono fare affidamento sulla conservazione di una situazione esistente, che può, invece, essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali (Corte giustizia, 10/09/2009, Piantanol GmbH & Co. KG, in tema di abolizione di esenzioni). La medesima Corte ha poi dichiarato che un operatore economico non può basare il suo affidamento sulla mancanza totale di modifiche normative, ma unicamente mettere in questione le modalità applicative di siffatte modifiche, atteso che il principio di certezza del diritto non impone la mancanza di modifiche normative, ma richiede piuttosto che il legislatore nazionale tenga conto delle situazioni specifiche degli operatori economici e preveda, eventualmente, taluni adeguamenti all'applicazione delle nuove disposizioni (Corte giustizia, 11/06/2015, Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató). A tal proposito, per quanto riguarda l'affidamento che un soggetto passivo può fare sull'applicazione di un più favorevole regime, la suddetta Corte ha già statuito che quando una direttiva in ambito fiscale lascia ampio potere agli Stati membri, una modifica legislativa adottata in conformità con la direttiva non può essere considerata imprevedibile (Corte giustizia, 29/04/2004, Gemeente Leusden e Ho/in Groep).

7. Nel caso delle prestazioni patrimoniali imposte alle concessionarie di derivazioni di acqua a scopo idroelettrico non si verte in materia di tributi armonizzati e non vi sono direttive che regolino, anche indirettamente, la materia, sicché non può dirsi che il sovracanone costituisca addirittura una restrizione alla libera prestazione dei servizi (es. art. 56 T.F.U.E.) o alla correttezza della concorrenza (es. artt. 101 - 102 T.F.U.E.):

- da un lato, non v'è alcuna discriminazione, essendo le imprese idroelettriche tutte sullo stesso piano nel mercato interno e non essendovi armonizzazione eurounitaria dell'imposizione fiscale sul punto;

- dall'altro lato, è rispettato il principio di ragionevolezza, poiché la legge di stabilità 2013 - estendendo il sovracanone a tutti gli impianti di produzione superiori a una determinata potenza nominale media, le cui opere di presa ricadano in tutto o in parte nei territori di Comuni compresi in un bacino imbrifero montano, indipendentemente dalla quota altimetrica - razionalizza la disciplina nazionale, riprende e rielabora gli originari principi informativi del testo unico del 1933 ed elimina le criticità insite nella pregressa legislazione del 1953 (conf. Corte cost., 01/04/2014, n. 64, sulla non arbitrarietà di una decisione del legislatore, che s'inserisca in una linea evolutiva).

8. E neppure può configurarsi un contrasto con l'art. 17 della Carta di Nizza, che tutela il diritto di proprietà; questo diritto, già sancito dalla giurisprudenza eurounitaria (Corte giustizia, 13/12/1979, Hauer), ai sensi dell'art. 52, § 3, della stessa Carta di Nizza ha significato e portata

identici al diritto garantito dall'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU (cfr. Spiegazioni, 2007/C, 303/02). È un diritto che riguarda il momento statico dei fatti economici, che nel loro momento dinamico sono tutelati dall'art. 16 della medesima Carta di Nizza, sulla libertà d'impresa, che nella specie non viene in riguardo né sul piano della libertà di esercitare un'attività economica e commerciale (Corte giustizia, 27/08/1979, Eridania), in alcun modo compromessa da un'imposizione egualitaria e cioè rivolta a tutti coloro che volessero operare nel settore, né in termini di libertà contrattuale (Corte giustizia, 18/04/2012, F.Text), essendo il sovracanoone estraneo, per la sua natura tributaria, alla determinazione del prezzo della prestazione (canone di concessione).

9. Per concludere, è esclusa pure la necessità di rimettere la questione alla Corte di giustizia, se non altro perché non v'è diritto della parte all'automatico rinvio pregiudiziale ogniqualvolta la Corte di cassazione non ne condivida le tesi difensive (Cass. Sez. U. 08/07/2016, n. 14042), bastando che le ragioni siano espresse (Corte EDU, in caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio), ovvero implicite laddove la questione pregiudiziale sia manifestamente inammissibile o manifestamente infondata (Corte EDU, IV sez., 8 settembre 2015, Wind Telecomunicazioni spa c/ Italia, ric. n. 5159/14, §36; ripresa da Cass. Sez. U. 18/12/2017, n. 30301), ovverosia quando l'interpretazione della norma e del caso siano evidenti (Cass. Sez. U. 24/05/2007, n. 12067) o in presenza di un c.d. *acte claire* (per tutte, nel senso della non necessità di remissione in tali ipotesi: Cass. Sez. U. ord. 26/04/2017, n. 10233, che lo identifica nei casi di evidenza dell'interpretazione; v. pure, ancor più di recente, Cass. Sez. U. ord. 03/11/2017, n. 26145). Al riguardo, un organo giurisdizionale di ultima istanza non è tenuto a presentare alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale (art. 267, terzo comma, T.F.U.E.), qualora esista già una giurisprudenza consolidata in materia o qualora la corretta interpretazione della norma di diritto di cui trattasi non lasci spazio a nessun ragionevole dubbio (Raccomandazioni 2016/C - 439/01, §6).

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

NESSUNA PENA SENZA LEGGE – PROTEZIONE DELLA PROPRIETA' – PRESUNZIONE DI INNOCENZA – CONFISCA URBANISTICA – VIOLAZIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione artt. 24, 25 e 42

Convenzione EDU artt. 6, § 2, 7 e 1, protocollo n. 1

Normativa nazionale d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, co. 2

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Grande Camera, 28 giugno 2018 (nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11 n. 55385/14) ric. G.I.E.M. S.r.l., Hotel Promotion Bureau S.r.l., R.I.T.A. Sarda S.r.l., Falgest S.r.l. ed F. Gironda

Diritto a non essere condannati per un fatto non costituente reato - Art. 7, Convenzione e.d.u. – Persone giuridiche proprietarie dei terreni ed immobili confiscati – Mancata partecipazione al giudizio – Violazione – Persona fisica comproprietaria di terreni ed immobili confiscati – Proscioglimento per prescrizione – Accertata sussistenza in fase di merito degli elementi oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione abusiva – Equiparabilità a condanna – Non violazione.

Protezione della proprietà – Art. 1, Protocollo n. 1 alla Convenzione e.d.u. – Confisca delle aree e dei fabbricati oggetto di lottizzazione abusiva – Obbligatorietà della confisca prevista dall'art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 – Confisca disposta senza garantire un adeguato contraddittorio – Natura sproporzionata della confisca – Violazione.

Diritto alla presunzione di innocenza – Art. 6, § 2 della Convenzione e.d.u. – Imputato prosciolto in primo grado dal reato di lottizzazione abusiva – Assoluzione in appello per insussistenza dell'illecito lottizzatorio – Annullamento senza rinvio disposto dalla Cassazione con confisca delle aree e immobili per accertata sussistenza dell'illecito lottizzatorio - Violazione.

Abstract

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza in esame, resa a distanza di quasi tre anni dall'udienza pubblica tenutasi il 2 settembre 2015 – in cui si discuteva della legittimità delle decisioni delle autorità giudiziarie italiane di confermare le sentenze dei giudici di merito che, nel dichiarare il reato di lottizzazione abusiva estinto per prescrizione, avevano disposto la confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate in applicazione del disposto dell'art. 44, co. 2,

d.p.r. n. 380 del 2001 - ha ritenuto violate tre disposizioni della Convenzione e.d.u.; in particolare: a) ha, a maggioranza (quindici voti a due), ritenuto violato l'articolo 7 (*nulla poena sine lege*) nei confronti di tutte le società ricorrenti, mentre ha escluso sempre a maggioranza (dieci voti contro sette) che vi fosse stata una violazione dell'articolo 7 nei confronti del ricorrente Sig. Gironda; b) all'unanimità, ha ritenuto violato l'articolo 1 del Protocollo n. 1 (protezione della proprietà) nei confronti di tutti i ricorrenti; c) ha, a maggioranza (quindici voti contro due), ritenuto che non era necessario decidere se vi fosse stata una violazione dell'articolo 6 § 1 nei confronti della società G.I.E.M. S.r.l. o dell'articolo 13 nei confronti delle società G.I.E.M. S.r.l. e Falgest S.r.l.; d) ha, sempre a maggioranza (sedici voti contro uno), ritenuto violato l'articolo 6 § 2 (diritto alla presunzione di innocenza) nei confronti del signor Gironda; e) infine, ha, all'unanimità, ritenuto che la questione relativa all'applicazione dell'articolo 41 (equa soddisfazione) non fosse matura per la decisione e ne ha, dunque, rinviato per intero l'esame in un momento successivo.

Tutti i casi esaminati riguardavano la confisca di terreni come previsto dalla legislazione interna in caso di lottizzazione abusiva. I ricorrenti sostenevano che questa confisca aveva una insufficiente base giuridica.

La Corte ha osservato che tutti i ricorrenti avevano subito la confisca dei loro beni nonostante nessuno di essi avesse riportato una condanna, essendo stati tutti prosciolti per intervenuta estinzione del reato contestato per prescrizione. Secondo la giurisprudenza inaugurata nel caso *Varvara c. Italia* del 2013, la Corte e.d.u. ha ribadito che l'articolo 7 precludeva l'irrogazione di una sanzione penale ad un soggetto senza che la sua responsabilità penale personale fosse stata prima accertata e dichiarata. Laddove le autorità giudiziarie avevano accertato la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi del reato, tuttavia pervenendo ad una decisione di proscioglimento per effetto del decorso del termine di prescrizione del reato, tali decisioni ben possono essere considerate, in sostanza, equivalenti ad una "condanna" ai sensi dell'articolo 7, che in questi casi non verrebbe violato. Ciò comportava, quindi, che non vi era stata alcuna violazione dell'articolo 7 nei confronti del sig. Gironda.

Le società ricorrenti non avevano invece preso parte a nessuno dei processi. Tenuto conto del principio secondo cui una persona non può essere punita per un atto che impegna la responsabilità penale di un altro soggetto, una misura di confisca applicata, come nella fattispecie, a persone fisiche o giuridiche che non sono state parti del processo, è da ritenersi incompatibile con l'articolo 7.

La Corte e.d.u. ha, poi, ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 nei confronti di tutti i ricorrenti a causa della natura sproporzionata delle misure di confisca disposte.

Infine, la Corte e.d.u. ha affermato che il sig. Gironda era stato dichiarato colpevole, in sostanza, dalla Corte di cassazione, a seguito di un procedimento in cui il diritto alla presunzione di

innocenza non era stato rispettato. Vi era stata quindi una violazione dell'articolo 6 § 2 nei confronti del sig. Gironda.

1. Vicenda G.I.E.M. S.r.l.

La società G.I.E.M. S.r.l., era proprietaria di un terreno a Bari, sulla costa di Punta Perotti, con una superficie totale di 10.365 mq adiacente a terreni che all'epoca appartenevano a un'altra società, Sud Fondi S.r.l. L'area era classificata come edificabile in relazione a due appezzamenti di terreno. Nel maggio 1992 il consiglio comunale di Bari aveva adottato il progetto di lottizzazione dell'area presentato dalla società Sud Fondi. Secondo la G.I.E.M. S.r.l., il terreno di sua proprietà era stato automaticamente incorporato in questo accordo.

Nell'ottobre 1992 l'amministrazione comunale di Bari chiese alla G.I.E.M. S.r.l. se desiderasse partecipare ad un accordo di lottizzazione dell'area in modo da poter costruire sul terreno di sua proprietà. La società aveva quindi aderito alla richiesta, ma l'autorità comunale non aveva poi dato seguito alla proposta. Nel febbraio 1995, la società Sud Fondi iniziava i lavori di costruzione. Nel marzo 1997 il pubblico ministero aveva disposto il sequestro dell'area in relazione a tutti gli edifici interessati, motivandolo con il fatto che la località nota come Punta Perotti fosse un'area naturale protetta e che il complesso in corso di realizzazione era da ritenersi illegale.

Nel novembre 1997 la Corte di Cassazione annullò il sequestro, ordinando la restituzione di tutti gli edifici sequestrati ai rispettivi proprietari, in base al rilievo che non era vietato costruire in quell'area secondo il piano regolatore. Nel febbraio 1999 il tribunale di Bari aveva accertato che gli immobili costruiti a Punta Perotti erano da ritenersi realizzati in violazione di legge, in quanto edificati in violazione della legge n. 431/1985, che vietava il rilascio della concessione edilizia in relazione ai siti vincolati paesaggisticamente, comprese le zone costiere. Tuttavia, poiché nel caso in esame l'autorità comunale aveva rilasciato le concessioni edilizie e, tenuto conto della mancanza di coordinamento tra la legge n. 431/1985 e la legislazione regionale (che era incompleta), il tribunale ritenne che nessuna negligenza o volontà criminosa potesse essere attribuita agli imputati. Nello stesso giudizio, però, il tribunale aveva ordinato la confisca di tutte le aree lottizzate a Punta Perotti, insieme agli edifici costruiti sull'area medesima, oltre all'acquisizione gratuita dell'area, senza alcun compenso, al patrimonio comunale. Il pubblico ministero fece appello contro la sentenza del tribunale di Bari, chiedendo la condanna degli imputati. La Corte d'appello di Bari annullò la decisione del tribunale, in particolare accertando che il rilascio della concessione edilizia era legale, in assenza di qualsiasi divieto di inedificabilità a Punta Perotti, e che non vi era alcuna apparente illegittimità nella procedura di adozione e approvazione degli accordi di lottizzazione. La Corte d'appello aveva quindi prosciolti gli imputati, revocando la confisca disposta dal primo giudice nei confronti di tutti gli edifici e terreni. Nel gennaio 2001, tuttavia, la Corte di cassazione annullò la decisione della Corte d'Appello senza rinvio. In particolare, la Cassazione riconobbe come illegittimi gli accordi intervenuti tra il comune e i privati interessati nonché le concessioni edilizie rilasciate, prosciogliendo l'imputato e

ordinando la confisca di tutti gli edifici e i terreni (tali procedimenti penali sono stati oggetto del caso Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia del 20 gennaio 2009, n. 75909/01).

Il 3 maggio 2001 la società ricorrente chiede alla Corte d'Appello di Bari la restituzione del terreno di sua proprietà. La Corte d'appello accolse la richiesta, ma il pubblico ministero presentò ricorso per cassazione per violazione di legge. Nell'aprile 2009 la Corte di Cassazione annullò la decisione della Corte d'Appello, con rinvio al Tribunale di Bari. La società ricorrente depositò quindi un'istanza per la revoca dell'ordine di confisca, chiedendo la restituzione del terreno di sua proprietà. Il giudice per le indagini preliminari di Bari, decidendo quale giudice dell'esecuzione, respinse la domanda, cui seguì nuovo ricorso per cassazione della G.I.E.M. S.r.l. per violazione di legge. La Corte di cassazione ritenne che la confisca dei terreni della società ricorrente fosse conforme alla giurisprudenza consolidata secondo cui la confisca oggetto di impugnazione era una sanzione amministrativa accessoria, di natura obbligatoria, irrogata dal tribunale in considerazione del fatto che la situazione di fatto accertata fosse incompatibile con la legislazione italiana. I proprietari degli immobili che affermavano di aver agito in buona fede avrebbero però avuto diritto a chiedere un risarcimento davanti al giudice civile.

Nell'ottobre 2012 l'amministrazione comunale di Bari, in considerazione della sentenza della Corte e.d.u. nel caso Sud Fondi S.r.l. e altri, chiese al tribunale di Bari di restituire il terreno confiscato alla società ricorrente. Nel marzo 2013 il giudice dell'esecuzione revocò la disposta confisca e la società ricorrente rientrò materialmente nella proprietà dell'area nel dicembre 2013.

2. Vicenda Hotel Promotion Bureau S.r.l. e R.I.T.A. Sarda S.r.l.

La società R.I.T.A. Sarda S.r.l. era proprietaria di un terreno edificabile avente una superficie di circa 33 ettari a Golfo Aranci. Volendo costruire un complesso residenziale di tipo turistico-alberghiero, la società aveva presentato un piano di sviluppo dell'area alle autorità competenti. Nel marzo del 1991 la Regione Sardegna ne aveva autorizzato l'edificazione purché si rispettasse una distanza minima di 150 metri dal mare. Il comune di Golfo Aranci aveva approvato il piano di sviluppo dell'area in via definitiva il 17 dicembre 1991. Il 22 giugno 1992, la legge regionale n. 11/1992, entrata in vigore, eliminò la possibilità di derogare al divieto di costruire vicino al mare, fissando la distanza minima a 2 chilometri per le abitazioni, una categoria che si estendeva anche ai complessi residenziali di tipo turistico-alberghiero nella vicenda in esame. In data sconosciuta, la R.I.T.A. Sarda S.r.l. aveva stipulato un contratto preliminare di vendita con la società Hotel Promotion Bureau S.r.l. relativo ad una parte del terreno oggetto dell'accordo di sviluppo e di alcuni edifici nel frattempo costruiti. Nell'ottobre 1997, la R.I.T.A. Sarda S.r.l. vendette alla società Hotel Promotion Bureau S.r.l. mq. 36.859 di terreno e 16 immobile ad uso residenziale-turistico, trasferendo anche i diritti di costruzione. Nel 1997 il pubblico ministero di Olbia aveva avviato un'indagine penale nei confronti dei rappresentanti legali delle società ricorrenti, ipotizzando una serie di reati, tra cui il reato di lottizzazione abusiva e la truffa. Nel novembre 1997 venne disposto il sequestro dal giudice che privava della proprietà sia il terreno

che gli edifici sul medesimo costruiti. Con una decisione del gennaio 2000, il tribunale di Sassari restituì il terreno e gli edifici ai legittimi proprietari. Nel marzo 2003 il tribunale di Olbia aveva assolto gli imputati nel merito da tutti i reati, ad eccezione di quello di lottizzazione abusiva, per il quale gli imputati vennero prosciolti perché il reato era estinto per prescrizione. A seguito dell'entrata in vigore della legge regionale n. 11/1992 e in considerazione della nuova distanza minima dal mare prevista per le costruzioni, il tribunale ritenne che il comune di Golfo Aranci non avrebbe mai dovuto rilasciare le concessioni edilizie, che erano quindi illegittime o, perlomeno, inefficaci. In conclusione, il tribunale ordinò la confisca dei terreni e degli edifici abusivamente lottizzati e precedentemente posti sotto sequestro, e il trasferimento della proprietà al comune di Golfo Aranci. La Corte d'Appello confermò la sentenza del Tribunale di Olbia in merito al fatto che il reato era estinto per prescrizione, ribadendo che il comune di Golfo Aranci non avrebbe dovuto rilasciare le concessioni edilizie, che erano dunque illegali e comunque inefficaci, confermando l'ordine di confisca. Gli imputati avevano quindi presentato ricorso per cassazione, ma il loro ricorso venne respinto dalla Suprema Corte.

3. Vicenda società Falgest S.r.l. e Gironda

La società Falgest S.r.l. ed il signor Gironda, erano comproprietari di un appezzamento di terreno a Testa di Cane e Fiumarella di Pellaro (Reggio Calabria), avente una superficie totale di 11.870 mq. Il piano regolatore prevedeva unicamente la possibilità di costruire complessi residenziali di tipo turistico-alberghiero su quell'area. Nel settembre 1997 il comune di Reggio Calabria rilasciava una concessione edilizia. Nel 2002 il pubblico ministero aveva avviato un'inchiesta nei confronti del Gironda e altri cinque soggetti, sospettati di aver commesso numerosi reati, in particolare quello di lottizzazione abusiva. Nel gennaio 2007 il tribunale aveva assolto tutti gli imputati nel merito da tutte le accuse, ad eccezione del reato di lottizzazione abusiva, in relazione al quale veniva pronunciata una sentenza di proscioglimento per intervenuta estinzione del reato per prescrizione. Il tribunale dispose la confisca dei terreni e degli edifici e il trasferimento della proprietà dell'area al comune di Reggio di Calabria. Nell'aprile 2009 la Corte d'appello revocò la confisca dell'area, ordinandone la restituzione ai proprietari. La Corte d'appello ritenne che non vi erano prove di alcun mutamento della destinazione degli edifici costruiti, e quindi che non vi fosse alcun illecito lottizzatorio. La Corte di Cassazione annullò la sentenza della Corte d'Appello senza rinvio, constatando che il mutamento di destinazione delle costruzioni realizzate era evidente e che il reato di lottizzazione abusiva (non più perseguibile perché estinto per prescrizione, comportando la definizione della vicenda) era stato effettivamente accertato. Di conseguenza, venne disposta la confisca dell'area già ordinata in primo grado. Il complesso confiscato ai ricorrenti era in uno stato di abbandono, in quanto l'autorità comunale non aveva mantenuto in ordine le aree.

4. I ricorrenti, rivolgendosi alla Corte e.d.u., sostenevano che vi era stata una violazione dell'articolo 6 § 1 (diritto di accesso alla giustizia), dell'articolo 7 (*nulla poena sine lege*), dell'art. 13 (diritto a un ricorso effettivo) e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 (protezione della proprietà), a causa della confisca delle loro proprietà. Il sig. Gironda aveva inoltre sostenuto che il diritto ad essere considerato presunto innocente era stato violato, in base all'articolo 6 § 2.

5. La Corte di Strasburgo, in primo luogo, ha sottolineato che, nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia, era opportuna la riunione dei ricorsi, in quanto i fatti che vi avevano dato origine e le norme applicabili erano le stesse.

Ha osservato che i ricorsi in questione riguardavano esclusivamente la questione della compatibilità con la Convenzione della confisca non fondata su una pronuncia di condanna ma su una sentenza dichiarativa della prescrizione del reato, ai sensi dell'articolo 30, comma primo, del T.U. dell'edilizia (d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380).

6. Quanto all'art. 7 della Convenzione e.d.u.

La Corte ha ritenuto che, nel caso di specie, l'articolo 7 della Convenzione richiedesse la prevedibilità della confisca per i richiedenti e che potesse essere imposta solo in presenza dell'accertamento della responsabilità personale.

La soluzione si colloca nella cornice delineata dalla sentenza Sud Fondi e altri c. Italia del 20 gennaio 2009, che dopo avere qualificato la confisca prevista dall'art. 44 del T.U. dell'edilizia come pena, ai fini dell'applicazione dell'art. 7 (par. 85), si era posta sia il problema delle condizioni di accessibilità e prevedibilità della legge (par. 114) sia dell'accertamento del legame morale esistente tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l'autore (par. 116).

Ha osservato che tutti i richiedenti erano stati destinatari di un provvedimento di confisca, anche se nessuno di loro era stato formalmente condannato. In conformità con le conclusioni raggiunte nel caso Varvara c. Italia, la Corte ha ribadito che l'articolo 7 preclude l'imposizione di una sanzione penale a un individuo senza che la sua responsabilità personale sia stata accertata e dichiarata, giacché, in caso contrario, si realizzerebbe una violazione della presunzione di innocenza.

In particolare, i ricorrenti si sono lamentati del fatto che, in assenza di una condanna formale, la confisca era illegale. Il governo aveva rilevato che, a parte il caso di G.I.E.M. s.r.l., le società ricorrenti e i loro rappresentanti, tra cui il sig. Gironda, erano chiaramente stati ritenuti colpevoli di violazione delle prescrizioni urbanistiche.

La Corte ha osservato che, dal momento che le società ricorrenti non erano state perseguite, né erano parti del procedimento, non ci poteva essere stata una preventiva dichiarazione della loro responsabilità. In conseguenza, la questione se fosse intervenuta la prescritta dichiarazione richiesta di responsabilità penale sorgeva solo nei confronti del signor Gironda.

La Corte era, pertanto, chiamata a verificare se, nonostante il reato contestato al sig. Gironda si fosse estinto per prescrizione, fosse possibile aver riguardo agli elementi costitutivi di tale illecito, al fine di accertare che, in sostanza, vi era stata una dichiarazione di responsabilità in grado di soddisfare il presupposto richiesto dall'art. 7 per l'imposizione di una sanzione.

Secondo la Corte, è necessario tenere conto, in primo luogo, dell'importanza, in una società democratica, di rafforzare il primato della legge e la fiducia pubblica nel sistema giudiziario e, in secondo luogo, dell'oggetto e delle finalità delle regole applicate dai tribunali italiani, al fine di impedire l'impunità che sarebbe derivata per effetto combinato di reati complessi e di periodi di prescrizione relativamente brevi. In tale prospettiva, si è ritenuto che potesse essere assimilato a una condanna, ai fini dell'art. 7, il fatto che i tribunali avessero individuato tutti gli elementi costitutivi del reato urbanistico, con conseguente insussistenza della violazione lamentata dal Gironda.

La Corte ha, invece, osservato che la legge italiana attribuisce alle società a responsabilità limitata una personalità giuridica distinta da quella degli amministratori o azionisti delle società. Tuttavia, secondo la legge italiana applicabile all'epoca dei fatti, le società a responsabilità limitata non potevano, in quanto tali, essere parti di procedimenti penali, nonostante la loro distinta personalità giuridica, anche se le condotte dei rispettivi legali rappresentanti erano direttamente attribuite a loro. Le società erano quindi rimaste soggetti terzi relazione a tali procedimenti.

Secondo la legge italiana, la confisca della proprietà è una sanzione imposta da un tribunale penale come una conseguenza automatica dell'accertamento della commissione di un reato urbanistico. E, tuttavia, non era stata fatta alcuna distinzione per la situazione in cui il proprietario della proprietà era una società, che non poteva legalmente commettere tale reato secondo la legge italiana.

La Corte ha confermato le argomentazioni del caso Varvara c. Italia, rilevando che la G.I.E.M. S.r.l., la Hotel Promotion Bureau S.r.l., la R.I.T.A. Sarda S.r.l. e la Falgest S.r.l. non erano state parti di alcun procedimento; solo il rappresentante legale di Hotel Promotion Bureau S.r.l. e Falgest S.r.l., insieme a due azionisti in R.I.T.A. Sarda S.r.l., era stato incriminato a titolo personale.

Pertanto, le autorità interne avevano imposto una sanzione alle società ricorrenti in conseguenza delle azioni di terzi, ossia dei loro rappresentanti legali o azionisti che agiscono a titolo personale, tranne che nel caso di G.I.E.M. s.r.l.

Da tali premesse è derivata la violazione dell'art. 7, avendo riguardo al principio per cui una persona non può essere punita per un atto che coinvolge la responsabilità di un'altra.

7. Quanto all'art. 1 del Protocollo n. 1

La Corte di Strasburgo ha affermato che un'interferenza con i diritti previsti da tale articolo non può ritenersi legittima in assenza di procedimenti in contraddittorio conformi al principio di parità

delle armi, dovendo essere assicurata la discussione sulle importanti questioni per consentire la soluzione del caso. L'obbligatorietà della confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva, come previsto dalla legislazione italiana, non ha permesso ai giudici di valutare la legittimità dello scopo perseguito da un provvedimento destinato ad incidere sui diritti di coloro che sono incisi dalla sanzione della confisca.

La Corte ha quindi ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 nei confronti di tutti i ricorrenti a causa della natura sproporzionata delle confische.

8. Quanto all'art. 6, § 2 della Convenzione e.d.u.

La Corte di Strasburgo ha rilevato che il sig. Gironda era stato dichiarato colpevole, ma senza essere stato formalmente condannato, e questo di per sé comportava una violazione del suo diritto ad essere considerato presunto innocente. La Corte ha ribadito che la colpevolezza non poteva essere legalmente stabilita quando i procedimenti erano stati definiti da un giudice di merito prima dell'acquisizione delle prove o dello svolgimento di udienze che avrebbero permesso al giudice di valutare nel merito la questione. Il sig. Gironda era stato assolto nel merito in appello e la confisca era stata revocata dopo che la lottizzazione era stata ritenuta compatibile con lo strumento urbanistico di pianificazione dell'area e con i regolamenti edilizi. Successivamente tale decisione era stata annullata, senza rinvio, dalla Corte di cassazione, che aveva affermato che la responsabilità del ricorrente era stata dimostrata, ma che il reato non poteva essere perseguito perché estinto per prescrizione. Il sig. Gironda era stato quindi dichiarato colpevole, in sostanza, dalla Corte di cassazione - un giudice il cui compito è quello di valutare la corretta applicazione della legge e di non riesaminare i fatti - a seguito di un procedimento in cui il diritto ad essere considerato "presunto innocente" non era stato rispettato. Vi era stata quindi una violazione dell'articolo 6 § 2 nei confronti del sig. Gironda.

9. Quanto alle residue violazioni dedotte ed alla "equa soddisfazione"

Con riferimento, poi, alla dedotta violazione degli artt. 6 § 1 e 13 della Convenzione e.d.u., la Corte ha ritenuto che non fosse necessario esaminare il ricorso, ai sensi delle predette disposizioni, da parte della G.I.E.M. S.r.l. perché "coperto" dalle doglianze già esaminate ai sensi dell'articolo 7 e dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

Tenuto conto delle circostanze, la Corte ha infine ritenuto necessario riservare interamente la questione della equa soddisfazione ex art. 41 ad una fase successiva, tenendo presente la possibilità di raggiungere un accordo tra lo Stato convenuto e i ricorrenti.

10. In sintesi, i punti rilevanti della sentenza:

10.1. In conformità con la giurisprudenza del caso *Varvara c. Italia* del 2013, la Corte e.d.u. ribadisce che l'articolo 7 esclude la possibilità di irrogare una sanzione penale nei confronti di

una persona senza un accertamento ed una previa declaratoria della sua responsabilità penale, tale dovendosi intendere nella sostanza la confisca urbanistica, seppur formalmente di natura amministrativa, alla stregua dei criteri Engel.

10.2. In considerazione del principio della personalità della responsabilità penale, il fatto che la confisca fosse stata applicata, nello specifico, a persone (giuridiche) che non erano parti del procedimento, risultava incompatibile con l'articolo 7, muovendo dalla considerazione che le società ricorrenti non erano state sottoposte ad alcun procedimento giurisdizionale (si rileva, peraltro, che le predette società ricorrenti mai avrebbero potuto essere parti, non valendo per i reati edilizi il D.lgs. n. 231/2001; si tratta di un punto critico, probabilmente frutto di un evidente difetto di inquadramento da parte dei giudici di Strasburgo della normativa nazionale, che non contempla infatti l'estensione della responsabilità degli Enti ex D.lgs. 231/2001 ai reati edilizi; va ricordato, infatti, che davanti alla Corte e.d.u. non vige il principio *iura novit curia*, con la conseguenza che la Corte di Strasburgo giudica sulla base della disciplina normativa per come rappresentata dalle parti e sulla scorta dell'interpretazione della norma formatasi nella giurisprudenza nazionale richiamata dalla parte interessata).

10.3. Nel caso in cui tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva siano sostanzialmente evincibili dagli atti, ed il procedimento si sia concluso con declaratoria di intervenuta prescrizione, tali risultanze possono essere considerate, dal punto di vista sostanziale, come una "condanna" ai sensi dell'art. 7 CEDU, che, pertanto, non risulterebbe violato, ciò che ha portato ad escludere la sussistenza di una violazione del principio di legalità con riferimento alla posizione del ricorrente persona fisica (si tratta di affermazione di rilievo, che conferma la correttezza dell'interpretazione giurisprudenziale di legittimità formatasi sul punto ed avallata dalla Corte cost., con la nota sentenza n. 49/2015; si v., ad es., da ultimo, Cass. pen., Sez. 3, n. 53692 del 29/11/2017, M., RV. 272791, secondo cui il proscioglimento per intervenuta prescrizione maturato nel corso del processo non osta, sulla base di una lettura costituzionalmente - cfr. Cort. Cost., sent. n. 49 del 2015 - e convenzionalmente orientata, alla confisca del bene oggetto di lottizzazione abusiva, a condizione che il suddetto reato venga accertato, con adeguata motivazione, nei suoi elementi oggettivo e soggettivo, atteso che l'obbligo di accertamento imposto dal giudice per l'adozione del provvedimento ablativo prevale su quello generale della immediata declaratoria della causa di non punibilità ex art. 129 cod. proc. pen.).

10.4. Si ritiene violato l'articolo 1 del protocollo n. 1 (diritto di proprietà) nei confronti di tutti i ricorrenti a causa della natura "sproporzionata" delle misure di confisca (è il punto maggiormente critico della decisione, che rende sostanzialmente inapplicabile il disposto dell'art. 44, co. 2, TU edilizia (d.p.r. n. 380/2001), a tenore del quale *"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. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari. Omissis”);

10.5. Ancora, si è ritenuto violato l’articolo 6, paragrafo 2, per aver la Suprema Corte di Cassazione disposto la confisca nonostante la persona fisica (Gironda) fosse stata prosciolta dal primo giudice con declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, atteso che l’annullamento senza rinvio della sentenza d’appello, che aveva invece assolto nel merito l’imputato escludendo l’illecito lottizzatorio, ritenendo invece sussistente l’illecito lottizzatorio, aveva comportato lo svolgimento da parte della Corte di legittimità di un giudizio di merito, a seguito di un procedimento in cui non era stato rispettato il diritto dell’imputato ad essere considerato presunto innocente.

10.6. Non meno importante, infine, è l’affermazione contenuta nel § 252 della sentenza, secondo cui *“the Court would emphasise that its judgments all have the same legal value. Their binding nature and interpretative authority cannot be therefore depend on the formation by which the were rendered”*.

Il significato è chiaro.

La Corte e.d.u. sottolinea che le sue decisioni hanno tutte lo stesso valore giuridico e che la loro natura vincolante e l’autorità “interpretativa” delle stesse non possono quindi dipendere dal modo in cui sono state rese.

Evidente è il riferimento alla sentenza della Corte cost. n. 49 del 2015, come del resto reso palese dalle osservazioni del giudice Pinto de Albuquerque (che ha espresso un’opinione parzialmente concorde e in parte dissenziente, allegata alla sentenza) che, nel § 96, così si esprime *“The placement of this sentence may look odd, but it has an explanation. The Court wanted to set a principle before entering into the discussion of the value of Varvara in the following paragraphs 255 to 261. The principle, regarding the “binding nature and interpretative authority” of all Court’s judgments, is a direct response to Constitutional Court judgment no. 49/2015 and a message sent to all supreme and constitutional courts in Europe”*.

Il giudice portoghese in sostanza puntualizza che il collocamento sistematico dell’affermazione di cui al § 252 citato “può sembrare strano, ma ha una spiegazione”; in sostanza, come si legge nelle parole di Pinto de Albuquerque, la Corte ha voluto stabilire un principio prima di passare ad esaminare la questione del valore della sentenza Varvara nei paragrafi seguenti, da 252 a 261; il principio, relativo alla “natura vincolante e all’autorità interpretativa” di tutte le sentenze della Corte, è una “risposta diretta alla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 e un messaggio inviato a tutte le Corti supreme e Costituzionali in Europa”.

10.6.1. Come si ricorderà, la Corte cost., con la citata sentenza n. 49 del 2015, dichiarò inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Cassazione (Sez. 3, ordinanza n. 20636 del 30/04/2014 - dep. 20/05/2014, Alessandrini e altri, Rv. 259436), tra l'altro, per l'erroneità del presupposto interpretativo secondo cui il giudice nazionale sarebbe vincolato all'osservanza di qualsivoglia sentenza della Corte di Strasburgo e non, invece, alle sole sentenze costituenti "diritto consolidato" o delle "sentenze pilota" in senso stretto. Infatti - affermò la Corte costituzionale -, se è vero che alla Corte di Strasburgo spetta pronunciare la «parola ultima» in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, resta fermo che l'applicazione e l'interpretazione del sistema generale di norme è attribuito in prima battuta ai giudici degli Stati membri. Il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo, poggiando sull'art. 117, primo comma, Cost. deve quindi coordinarsi con l'art. 101, secondo comma, Cost. nel punto di sintesi tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso. Dunque, il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza e fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro.

Affermazioni della Corte costituzionale, queste, che la Corte e.d.u., con la decisione in commento, sembra sconfessare con quanto invece chiaramente illustrato al § 252.

11. Tra i precedenti maggiormente significativi, citati anche dalla Corte e.d.u., si segnalano:
a) anzitutto il **caso Sud Fondi S.r.l. ed altri c. Italia del 20 gennaio 2009** (n. 75909/01). La Corte affermò per la prima volta il principio secondo cui la confisca di beni costituisce una ingerenza nel godimento del diritto al rispetto dei propri beni (nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale). L'art. 7 § 1 Cedu sancisce, in particolare, il principio di legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). La legge, quindi, deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. La Corte ha, dunque, il compito di assicurarsi che, nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha dato luogo al procedimento e alla condanna, esistesse una disposizione legale che rendeva l'atto punibile e che la pena imposta non abbia ecceduto i limiti fissati da tale disposizione. In sostanza, con tale sentenza i giudici di Strasburgo, affermata la natura sostanzialmente "penale" della confisca urbanistica, ritennero che la sua applicazione nel caso concreto fosse in contrasto con l'art. 7 Cedu, dal momento che la base legale dell'infrazione (la norma precetto che configurava il reato di lottizzazione abusiva) non rispondeva - come riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione - ai requisiti di accessibilità e prevedibilità per il destinatario della norma, il quale pertanto non si trovava in condizioni, al momento del fatto, di prevedere che gli sarebbe stata inflitta una sanzione. Per le medesime ragioni, essi riscontrarono altresì una violazione dell'art. 1 Prot. 1

Cedu, sottolineando come l'ingerenza nel diritto di proprietà dei ricorrenti doveva ritenersi priva di una base legale conforme ai requisiti convenzionali di accessibilità e prevedibilità.

b) ne è seguita, successivamente, la sentenza **Sud Fondi e altri c. Italia del 10 maggio 2012** (n. 75909/01) che pronunciò sulla richiesta di risarcimento presentata dalle società costruttrici Sud Fondi, Mabar e Iami per la confisca dei terreni siti in Bari presso la zona costiera di Punta Perotti e del complesso immobiliare che su di essi insisteva, riconoscendo alle imprese costruttrici, a titolo di equa riparazione ex art. 41 Cedu, 49 milioni di euro complessivi, a fronte di una richiesta da parte delle ricorrenti di 571 milioni di euro. In merito alla quantificazione del danno, la Corte sottolineò anzitutto il carattere radicalmente arbitrario della confisca dei terreni dei ricorrenti sia ai sensi dell'art. 7 che dell'art. 1 Prot. 1 Cedu; in secondo luogo, che la restituzione dei terreni ai ricorrenti ha costituito solo un risarcimento parziale a fronte della violazione da parte dello Stato italiano dei loro diritti, sottolineando che gli edifici ivi edificati sono stati nel frattempo demoliti senza che alle imprese sia stato riconosciuto alcun indennizzo; da qui l'affermazione secondo cui i costi sostenuti dalle imprese per la costruzione degli edifici devono dunque costituire una componente essenziale della *restitutio in integrum* cui i ricorrenti hanno diritto; in terzo ed ultimo luogo, infine, rilevò che non essendo stati tutti i terreni restituiti ai ricorrenti, e che in particolare quelli oggetto di due specifici piani di lottizzazione erano stati ceduti alla città di Bari, che non aveva ancora provveduto a riconsegnarli ai ricorrenti, rispetto a tali terreni, si ritenne di dover indennizzare il pregiudizio derivante dalla loro indisponibilità assoluta da parte delle società ricorrenti, calcolato a partire dal momento della confisca.

c) Infine, il **caso Varvara c. Italia del 29 ottobre 2013** (n. 17475/09), in cui la Corte ritenne che l'applicazione della confisca urbanistica nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato costituisca una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 Cedu., principio ribadito nella sentenza qui commentata.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

IMPUGNAZIONI CIVILI – CASSAZIONE (RICORSO PER) – AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO PRIVO DI AUTONOMA SEZIONE DEDICATA ALLA ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA – DESUMIBILITÀ DAL COMPLESSIVO CONTESTO DEL RICORSO – INAMMISSIBILITÀ – CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL’UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI – ACCESSO ALLA GIUSTIZIA– LESIONE- ESCLUSIONE – DIVERSA INTERPRETAZIONE – NON CORRISPONDENZA AI CANONI DELL’ART. 6 CEDU IN QUANTO ECCESSIVAMENTE FORMALISTICA, NON CHIARA, NÉ UNIVOCA, NÉ CONSOLIDATA

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo art. 6, n. 1

Codice di procedura civile art. 366, co. 1, n. 3

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. III, 28.06.2018. n. 17036

Abstract

La sentenza segnalata prende aperta posizione a favore dell’orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità in ordine alla sufficienza, ai fini dell’ammissibilità del ricorso in relazione al requisito della “esposizione sommaria dei fatti della causa”, della loro allegazione anche soltanto in sede di illustrazione dei singoli motivi, escludendo la necessità, richiesta da un orientamento più recente e qualificato minoritario, di una sezione del ricorso stesso bene identificata e premessa ai singoli motivi di ricorso.

Tra le argomentazioni, oltre quelle di stretta esegesi del diritto processuale nazionale e col richiamo alle tesi invalse fin dagli anni Cinquanta del secolo scorso a sostegno di una interpretazione definita “liberale”, viene espressamente addotta l’interpretazione corrente dell’art. 6, comma 1, della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo data dalla Corte di Strasburgo, in punto di legittimità di requisiti anche rigorosi di ammissibilità degli atti di adizione della Corte Suprema, purché non derivanti da interpretazioni troppo formalistiche e purché gli elementi ritenuti indispensabili possano comunque agevolmente desumersi dagli atti sottoposti al giudice.

1. Non è rilevante, ai fini della segnalazione, una puntuale narrazione della specifica vicenda processuale sottesa al ricorso, proposto da un noto calciatore in una causa di risarcimento dei danni per essere stato illegittimamente sottoposto ad intercettazioni proprio dalla società da cui dipendeva: basti in questa sede rilevare che l’eccezione di inammissibilità del ricorso, basata

sulla carenza di una sezione a sé stante dedicata all'esposizione sommaria dei fatti e premessa ai singoli motivi, è stata rigettata, ritenendo sufficiente che il contenuto delle domande e delle eccezioni coi fatti a sostegno delle une e delle altre, nonché quello delle sentenze dei giudici del merito potesse ricavarsi, sia pure "solo con molta pazienza e buona volontà", dalla disamina dei motivi di ricorso, nell'illustrazione dei quali è stata dispersa la allegazione dell'effettivo contenuto delle domande proposte, delle condotte ascritte alle convenute, dei danni lamentati e delle motivazioni della sentenza impugnata.

2. A tale conclusione la segnalata sentenza perviene all'esito di un'ampia disamina dei due orientamenti sul punto venutisi a formare, uno più risalente e qualificato maggioritario e "liberale", che ammette la possibilità di ricavare gli elementi indispensabili alla ricostruzione dei fatti di causa anche da altre parti del ricorso e pure dal tenore stesso dell'illustrazione dei motivi, l'altro più recente e molto rigoroso, incentrato sulla necessità – a pena di inammissibilità – di una compiuta separata esposizione del fatto di causa rispetto ai motivi.

3. Per il primo, riconosciutane la capofila in Cass. 18/03/1952, n. 720 (che a sua volta aveva richiamato l'autorità, sotto il vigore del previgente codice di rito, di Cass. 06/02/1939, n. 384), è sufficiente che gli opportuni cenni sullo svolgimento del processo potessero ricavarsi anche dalla motivazione in diritto del ricorso (come confermato da numerose sentenze successive, fino ai giorni nostri: Cass. 25/03/1999, n. 2826; Cass. 28/02/2006, n. 4403; Cass. 08/07/2014, n. 15478), di modo che si è ripetutamente riconosciuto che, per soddisfare il requisito dell'esposizione sommaria dei fatti e delle vicende processuali "non occorre un'apposita premessa a sé stante, essendo sufficiente che dall'illustrazione dei motivi del ricorso sia desumibile il quadro delle circostanze di fatto da cui trae origine la controversia"; e tale impostazione ha ricevuto, almeno per implicito, l'avallo pure delle Sezioni Unite (sul punto richiamate, tra molte, Cass. Sez. U. 11/04/2012, n. 5698, ovvero Cass. Sez. U. 18/05/2006, n. 11653).

4. Per il secondo, la cui capofila è individuata in Cass. 11/10/2005, n. 19756, i fatti vanno esposti invece, a pena di inammissibilità, separatamente dai motivi di ricorso (richiamando due precedenti, che invece, approfonditamente analizzati, non suffragavano tale conclusione); e l'orientamento ha trovato conferma in altre pronunce, tra cui soprattutto Cass. ord. 16/01/2014, n. 784, nonché Cass. 28/09/2016, n. 19047: in base alla valenza della scelta formale del ricorrente di dedicare una sezione appositamente intitolata all'esposizione dei fatti di causa, ma pure al fine di evitare che la tecnica dell'assemblaggio – ripudiata da Cass. Sez. U. 5698/12 – potesse impedire l'ordinato esame del ricorso.

5. La segnalata sentenza presceglie il primo orientamento e confuta il secondo:

- perché la lettera dell'art. 366 cod. proc. civ. non prescrive anche, a pena di inammissibilità, l'ordine con cui i singoli contenuti del ricorso vi vadano esposti;
- perché, in base al principio di globalità o circolarità dell'interpretazione, gli atti processuali vanno interpretati e qualificati non segmentandone i contenuti, ma in modo complessivo;

- perché il secondo orientamento sanzionerebbe l'imperfetta od imprecisa esposizione dei fatti, ma non anche quella del tutto omessa;
- perché il secondo orientamento non corre il rischio di vanificare il divieto di assemblaggio del ricorso, che rimane invece fermo, con la sola salvezza della ricavabilità da quello di quanto necessario per la decisione;
- perché, quand'anche potesse definirsi l'art. 366, co. 1, n. 3, cod. proc. civ. come norma di incerta interpretazione, andrebbe pur sempre privilegiata quella che favorisca una decisione piena sul merito della causa, piuttosto che quella che conduca alla definizione in rito (Cass. Sez. U. 24/07/2013, n. 17931).

6. Vi è poi un interessante passaggio motivazionale basato sul diritto eurounitario e della Convenzione europea **dei diritti dell'uomo**. Premessa la comunitarizzazione dei principi della Convenzione e, tra questi, anche quella dell'art. 6, § 1, sul diritto di "accesso alla giustizia", la segnalata sentenza ricorda in particolare Corte EDU 15/09/2016, Trevisanato c/ Italia (in causa n. 32610/07) e Corte EDU 18/10/2016, Miessen c/ Belgio (in causa n. 31517/12):

- quanto al primo profilo, perché le sentenze le quali dichiarino inammissibile una impugnazione per ragioni formali possano dirsi coerenti con l'art. 6, § 1, della CEDU, solo quando la causa di inammissibilità sia prevista dalla legge, possa essere prevista *ex ante*, e non sia di derivazione giurisprudenziale ovvero, ove invece lo sia: a) non sia frutto di una interpretazione "troppo formalistica"; b) risulti comunque da un orientamento consolidato; c) sia chiara ed univoca; pertanto, difettando tutti tali elementi, l'orientamento minoritario più rigoroso è contrario ai principi della Convenzione;
- quanto al secondo profilo, violerebbe comunque l'art. 6, § 1, della Convenzione il giudice che dichiarasse inammissibile l'impugnazione perché priva di alcune indicazioni, quando tali indicazioni possano agevolmente desumersi dagli atti sottoposti al giudice, neppure potendo a tanto derogarsi quando adita sia una Corte suprema.

7. Viene pertanto enunciato il principio di diritto per il quale "per soddisfare il requisito dell'esposizione sommaria dei fatti di causa prescritto, a pena di inammissibilità del ricorso per cassazione, dal n. 3 dell'art. 366 cod. proc. civ., non è necessario che tale esposizione costituisca parte a sé stante del ricorso, ma è sufficiente che essa risulti in maniera chiara dal contesto dell'atto, anche se contenuta nella illustrazione dei motivi".

8. La decisione si inserisce nel solco dell'approfondimento, da parte della Corte di cassazione, delle problematiche dell'incidenza della Convenzione europea sul rito di legittimità, offrendone un'interpretazione applicativa manifestamente tesa a restringere gli spazi operativi degli istituti di inammissibilità e ad ampliare corrispondentemente quelli che consentano una decisione nel merito delle controversie portate al suo esame.

9. Occorre prendere le mosse dall'opportuna puntualizzazione contenuta nell'esordio di Cass. Sez. U. n. 10648 del 2017, quanto a conformità alla Convenzione europea – ed al corrispondente principio fondamentale del diritto al giusto processo contenuto nella Carta dei Diritti

Fondamentali dell'Unione Europea – della previsione di requisiti di ricevibilità, comunque condizionanti l'accesso al giudice, soprattutto ove si tratti di impugnazioni per legittimità (alla stregua proprio di Corte EDU 15/09/2016, Trevisanato): se ne è dedotta la necessità (espressa già da Cass. ord. 8845 del 2017 e Cass. Sez. U. n. 25513 del 2016) della continua ricerca di un punto di equilibrio, che, con riguardo ai limiti alle impugnazioni, consenta di bilanciare l'esigenza funzionale di porre regole di accesso alle impugnazioni con quella ad un equo processo, da celebrare in tempi ragionevoli.

10. In linea di principio, si ricava (Cass. Sez. U. 13453 del 2017) come immanente al sistema la necessità di ancorare le sanzioni processuali a canoni di proporzionalità, chiarezza e prevedibilità e, dunque di far prevalere le interpretazioni dirette a consentire al processo di giungere al suo sbocco naturale, scongiurando un *fin de non recevoir* (su cui v. pure Cass. 7645 del 2014); e ad analoga conclusione, fondata sulla necessaria proporzionalità della sanzione in rito della preclusione dell'accesso al giudice, è pervenuta la più recente Cass. Sez. U. 27199 del 2017 (sull'interpretazione necessariamente non formalistica del novellato art. 342 c.p.c.).

11. La conformità ai principi dell'art. 6 CEDU di alcune tra le peculiarità del rito di legittimità è stata posta a base dell'abbandono di precedenti interpretazioni, anche consolidate, in quanto eccessivamente od ingiustificatamente formalistiche, ad opera – ad esempio – di Cass. Sez. U. 10648 del 2017 (in tema di improcedibilità) e Cass. Sez. U. 25513 del 2016 (in tema di contenuto dei ricorsi per cassazione avverso ordinanze di inammissibilità dell'appello ex art. 348-bis e 348-ter c.p.c.). E va segnalata pure Cass. Sez. 26338 del 2017, che applica un'interpretazione non formalistica delle norme processuali in nome appunto del diritto di accesso al giudice (che può essere limitato soltanto nella misura in cui sia necessario per perseguire uno scopo legittimo) sancito dall'art. 6 § 1 CEDU: e che degrada da inammissibile ad affetta da mero errore materiale la procura speciale ad impugnare che, sebbene non congiunta materialmente all'atto, individui la pronuncia impugnata, sia corredata di data certa successiva alla stessa e provenga inequivocabilmente dalla parte ricorrente.

12. Con conclusione in senso opposto, ha avuto esito positivo la verifica di conformità degli approdi ermeneutici ai principi della Convenzione nei casi presi in esame, tra le altre, da: Cass. Sez. U. 25629 del 2016 (legittima la non sindacabilità delle sentenze del Consiglio di Stato per violazione delle norme europee; seguita da altre, tra cui Cass. Sez. U. 30301 del 2017; con l'esclusione di alcuni casi estremi - Cass. Sez. U. 31226 del 2017 - resa ora praticamente impossibile dalla draconiana Corte cost. 6/18, che ha drasticamente ristretto l'ambito di sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti), Cass. 23452 del 2017 (conforme il c.d. principio di autosufficienza alla Convenzione), Cass. ord. 4541 del 2017 (legittima la cameralizzazione istituzionalizzata di cui alla novella del 2016), Cass. ord. 26936 del 2016 (legittimo il necessario richiamo dei motivi di appello nel ricorso ex artt. 348-bis seg. c.p.c.), Cass. 15019 del 2016 (legittimo il rilievo ufficioso, non previamente sottoposto alle parti, di questioni di rito in grado di definire il ricorso), Cass. ord. 18619 del 2016

(legittima un'interpretazione restrittiva della revocazione delle sentenze di Cassazione), Cass. ord. 22629 del 2017 e Cass. ord. 8472 del 2016 (legittima l'esclusione delle impugnazioni delle sentenze di Cassazione, per il principio della certezza del diritto), Cass. ord. 15375/18 (legittima la decorrenza del termine c.d. lungo per riassumere il giudizio di rinvio a prescindere da ogni comunicazione di cancelleria).

13. In molte di tali ipotesi si è fatta leva sulla compresenza dell'articolato requisito elaborato dalla Corte EDU per la legittimità dei filtri in sede di accesso (anche se nell'ordinanza 4541 del 2017 il riferimento è a Corte EDU, 21/06/2016, Tato Marinho c/ Portogallo, quello corretto va fatto a Corte EDU, 21/06/2016, Ramos Nunes de Carvalho e Sá c/ Portogallo, della stessa data, ai punti 92, 93 e 95, ove riferimenti alla giurisprudenza precedente, benché la decisione sia stata rinviata – in sostanza, appellata – alla Grande Camera), identificato: a) nell'assenza di questioni di credibilità del tribunale o della corte; b) nell'assenza della necessità di ricostruire un fatto o di assumere prove; c) in particolari esigenze di una trattazione rapida dell'affare; d) nell'esclusivo coinvolgimento di punti di diritto; e) nell'alto tecnicismo dell'oggetto.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

REVOCAZIONE DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE - PROTEZIONE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ - EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE - SOMMA DI DENARO UTILIZZATA PER LA GESTIONE DI DIVERSO BENE NELLA MEDESIMA PROCEDURA - OBBLIGO DI RESTITUZIONE - SUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione artt. 24, 42

Convenzione Edu artt. 6, 13, 1 Prot. 1

Carta Diritti Fondamentali UE art. 47

D.Lgs. n.159/2011 artt. 28, 46

SENTENZA SEGNALATA

Cass. pen., Sez. V, sentenza 15.3.2018, dep. 16.7.2018, n. 32692, Caruso

Abstract

Con la decisione che si segnala la Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha affermato che in caso di revocazione della confisca - ai sensi dell'art.28 d.lgs. n.159/2011 - la parte privata ha diritto ad ottenere il ripristino della situazione patrimoniale anteriore alla confisca. In particolare, lì dove in epoca successiva alla confisca si sia verificato il prelievo di una somma di denaro da un conto corrente confiscato - per finalità gestionali relative un bene diverso - non può essere negata la restituzione di tale impiego, pena la vanificazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, di matrice costituzionale e sovranazionale .

1. La decisione emessa dalla V Sezione penale n. 32692 del 2018 affronta temi interpretativi correlati alla esatta individuazione dei contenuti precettivi delle disposizioni vigenti, in tema di effetti del provvedimento di revocazione della confisca emessa in sede di prevenzione.

Sul tema, va preliminarmente ricordato che con l'emanazione del d.Lgs. n.159/2011 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*) è stata introdotta, all'art. 28, disciplina specifica e dettagliata del rimedio straordinario della «revocazione» della confisca di prevenzione, assimilabile alla revisione del giudicato penale.

L'esigenza di rimozione degli effetti di un giudicato iniquo (tutelata in via generale dai contenuti dell'art. 24 co.4 Cost., disposizione che affida alla legge la disciplina delle condizioni e dei modi per la riparazione degli errori giudiziari) è stata in precedenza assicurata, in chiave interpretativa,

dall'istituto della revoca della misura di prevenzione di cui all'art.7 l.n.1423 del 1956, attraverso l'estensione dei possibili motivi della revoca (in tal caso *ex tunc*), sino ad includere fatti sopravvenuti idonei a dimostrare l'assenza *ab origine* dei presupposti della confisca (Sez. U. n. 18 del 10.12.1997, dep. 1998, *Pisco*; Sez. U. n.57 del 19.12.2006, dep. 2007, *Auddino*). Tale assetto interpretativo resta, peraltro, applicabile tutt'oggi lì dove la procedura di prevenzione che ha dato luogo al titolo definitivo (di cui si chiede la rimozione) sia stata introdotta da un proposta depositata prima della entrata in vigore del d.lgs. n.159/2011 (il 13 ottobre del 2011) in virtù di quanto previsto dalla disposizione transitoria contenuta nell'art.117 co.1 del medesimo d.lgs.n.159/2011, ferma restando la avvertita necessità (v. Sez. I n. 24707 del 1.2.1018, *Oliveri*) di adottare linee interpretative il più possibile aderenti alla intervenuta «formalizzazione legislativa» della preesistente opzione giurisprudenziale.

2. La tecnica redazionale delle nuove disposizioni - artt. 28 comma 4 e 46 del d.lgs. n.159 del 2011 - ha determinato incertezze in tema di contenuti della restituzione *post* accoglimento della domanda di revocazione, che la decisione impugnata tende a risolvere in chiave di massima ampiezza possibile della tutela da offrirsi al soggetto che ha ottenuto la rimozione degli effetti della confisca.

Ciò in virtù della necessità di adottare criteri interpretativi improntati al rispetto di principi generali espressi tanto dalla Carta Costituzionale (art. 24) che dalla Convenzione Edu (art. 6 e 13) che dalla Carta dei Diritti Fondamentali UE (art. 47).

2.1 In particolare, viene in rilievo nella operazione interpretativa sia l'art. 28 comma 4, nella parte in cui si afferma che quando accoglie la richiesta di revocazione la corte d'appello trasmette gli atti al tribunale che ha disposto la confisca affinché provveda, *ove del caso*, ai sensi dell'art. 46, sia il testo della stessa disposizione richiamata (art.46), tesa a regolamentare l'ipotesi della restituzione *per equivalente* (al netto delle migliorie, con determinazione del valore da parte del tribunale), lì dove i beni medesimi risultino *medio tempore* assegnati per finalità istituzionali e la restituzione possa pregiudicare l'interesse pubblico, nonché nella ipotesi di vendita del bene intervenuta prima della confisca definitiva.

2.2 La lettura delle due disposizioni prima citate, ed in particolare l'inciso..*ove del caso*.. contenuto nell'art.28 co.4, in una con l'assenza di una previsione espressa circa la prioritaria esigenza di restituzione del bene nella sua materialità oggettiva, conduce , in apparenza, l'interprete verso ambiti di discrezionalità circa l'*an* della restituzione dei beni nella loro consistenza materiale *pre*-confisca (al netto delle sole spese di gestione approvate nel rendiconto, come di recente precisato, in caso di revoca emessa in cognizione, da Sez. I n. 46043 del 23.10.2014, *Richichi*, rv 260644) che la decisione in commento esclude del tutto.

Si afferma, pertanto, che la disposizione di cui all'art.46 d.lgs. n.159/2011, pur regolamentando in modo espresso e dettagliato la particolare ipotesi della restituzione per equivalente, presuppone - come regola generale - la piena *restitutio in integrum* con ripristino della situazione anteriore alla confisca.

Lo stesso inciso contenuto nel testo dell'art. 28 (*ove del caso*) non consente di ritenere introdotte forme di discrezionalità, ma «rinvia, semplicemente, ai possibili epiloghi decisòri che l'art. 46 prefigura, in relazione alle diverse situazioni che possono verificarsi in concreto». Dunque la restituzione del bene 'in quanto tale', resta - per la decisione in commento - il naturale epilogo dell'accoglimento dell'istanza di revocazione.

2.3 Nel caso trattato, in particolare, si ritiene che l'avvenuto impiego di una somma di denaro in giacenza su un conto corrente per esigenze (deposito cauzionale per l'ammissione a procedura di concordato preventivo) relative a 'diverso' bene (anch'esso oggetto di confisca e successiva restituzione) non possa comportare - in sede di restituzione - alcuna limitazione al diritto alla piena *restitutio in integrum* .

3. L'operazione interpretativa, realizzata nella decisione in esame, tende a sciogliere il dubbio interpretativo attraverso l'utilizzo di principi generali riconosciuti nella Costituzione (art.24 in tema di riparazione dell'errore giudiziario), nella Convenzione Edu (art. 6 in tema di giusto processo, art. 13 in tema di effettività della tutela giurisdizionale ed art. 1 prot.1 in tema di tutela della proprietà) e nella Carta dei Diritti Fondamentali UE (art. 47 in tema ricorso effettivo al giudice).

Vi è espresso riferimento ai contenuti della decisione Corte Edu nel caso Bozza contro Italia del 14.9.2017, lì dove in tale arresto si afferma, tra l'altro (par. 42 e 43) che [...] *nella sua sentenza storica Hornsby (sopra citata, §§ 40 e segg.; si vedano anche Silva Pontes c. Portogallo, 23 marzo 1994, serie A n. 286 A, Di Pede, sopra citata, e Zappia c. Italia, 26 settembre 1996, Recueil 1996 IV), la Corte ha fissato il principio secondo il quale il diritto a un tribunale sarebbe illusorio se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato contraente permettesse che una decisione giudiziaria definitiva e vincolante rimanesse inoperante a scapito di una delle parti. L'esecuzione di una sentenza, indipendentemente da quale giudice l'abbia pronunciata, deve essere dunque considerata come facente parte integrante del «processo» ai sensi dell'articolo 6; ... da questi principi deriva l'obbligo per gli Stati contraenti di assicurare che ciascun diritto rivendicato trovi la sua effettiva realizzazione .. [...].*

Sul tema della effettività della tutela giurisdizionale (art.13 Conv. Edu) quale criterio di ausilio interpretativo per il giudice interno, di recente v. anche Sez. I n. 35122 del 14.6.2017, Lo Monaco (rv 271038), ove si è affermata la legittimazione ad agire per il rimedio pecuniario, derivante da condizioni detentive difformi da quanto imposto dall'art.3 Conv.Edu, in capo al soggetto ristretto in custodia cautelare.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

PROVE (COD. PROC. PEN. 1988) – MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA – SEQUESTRI – OGGETTO – COSE COSTITUENTI CORPO DI REATO – DECRETO DI SEQUESTRO – DECRETO DI CONVALIDA DI SEQUESTRO – MOTIVAZIONE SUL PRESUPPOSTO DEL FINE CONCRETAMENTE PERSEGUITO PER L'ACCERTAMENTO DEI FATTI – NECESSITÀ.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione art. 42

CEDU art. 1, Protocollo addizionale n. 1

Codice di procedura penale artt. 253-261, 618 comma 1-bis;

Altri riferimenti normativi d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. pen., Sez. Un., sentenza 19.04.2018, dep. 27.07.2018, n. 36072

Abstract

La sentenza n. 36072/2018 resa dalle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, nel dare continuità all'indirizzo – già affermato da Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004 - dep. 13/02/2004, P.C. Ferazzi in proc.Bevilacqua, Rv. 226711 - per cui il decreto di sequestro (così come il decreto di convalida di sequestro) probatorio, anche ove abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una specifica motivazione sulla finalità perseguita per l'accertamento dei fatti, lo ha ritenuto pienamente in linea con i parametri costituzionali e convenzionali, in particolare sottolineando come la portata precettiva degli artt. 42 Cost. e 1 del primo Protocollo addizionale della Convenzione Edu richiede che le ragioni probatorie del vincolo di temporanea indisponibilità della cosa, anche quando la stessa si identifichi nel corpo del reato, siano esplicitate nel provvedimento giudiziario con adeguata motivazione, ciò al fine di garantire il rispetto del principio di proporzionalità rispetto a tutte le misure che incidono su diritti reali, a prescindere dalla natura della res (corpo di reato/cosa ad esso pertinente) oggetto di sequestro.

1. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Nuoro ha proposto ricorso per cassazione avverso la ordinanza con cui lo stesso Tribunale, in accoglimento della richiesta di riesame del decreto di convalida del sequestro probatorio, avente ad oggetto beni immobili tra cui magazzini ed appartamenti, in relazione ai reati di cui agli artt. 110, cod. pen. e 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 (capo a); artt. 110 e 481 cod. pen. (capo b); artt. 110 e 483 cod. pen. (capo c), ha annullato il decreto stesso disponendo la restituzione degli immobili agli aventi diritto.

2. Il P.M. ricorrente lamentava, con un primo motivo, violazione e falsa applicazione dell'art. 253 cod. proc. pen., avendo il Tribunale annullato il provvedimento di convalida del sequestro probatorio ritenendo "obiettivamente insussistente" la motivazione in ordine alle esigenze probatorie a fondamento del sequestro.

2.1. Il P.M. ricorrente dava atto in premessa dell'esistenza di due orientamenti contrapposti della Corte di cassazione (da un lato, quello da ultimo espresso da Sez. 2, n. 52259 del 28/10/2016, Esposito, Rv. 268734, secondo cui il decreto di sequestro probatorio delle cose che costituiscono corpo del reato deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine alla sussistenza della relazione di immediatezza tra la *res* sequestrata ed il reato oggetto di indagine, ma non anche in ordine alla necessità di esso in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché l'esigenza probatoria del corpo del reato è *in re ipsa*, e, dall'altro, quello formulato da Sez. 3, n. 1145 del 27/04/2016, Bernardi, Rv. 268736, secondo cui il decreto di sequestro probatorio del corpo di reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti); osservava quindi che, anche a seguire, come apparentemente fatto dall'ordinanza impugnata, il secondo dei due indirizzi, non si sarebbe tenuto conto della possibilità, comunque affermata, del ricorso, in sede di motivazione, ad una formula sintetica ove la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono (Sez. 2, n. 11325 del 18/03/2015, Caruso, Rv. 263130); e, nella specie, sarebbe stata evidente l'esigenza probatoria *in re ipsa* posto che nei reati edilizi il bene immobile è il corpo del reato avente, quale connotato immanente di immediata percezione, la finalizzazione probatoria, non potendo l'attività investigativa passare se non attraverso una puntuale verifica delle difformità *prima facie* riscontrate nella fase iniziale dell'indagine.

3. Il P.M. ricorrente deduceva, con un secondo motivo, il vizio di violazione di legge per motivazione apodittica ed apparente contestando l'ordinanza laddove la stessa sembrava avere ritenuto mancante ogni motivazione del decreto di convalida in ordine al *fumus* dei reati per i quali si procede. Nella specie, deduceva il P.M. ricorrente, ciascuno dei sequestri operati dalla polizia giudiziaria ed oggetto della convalida recava, nel relativo verbale, autonoma e chiara descrizione delle difformità riscontrate con riferimento alle singole porzioni immobiliari, cosicché ciascun sequestro risultava accompagnato da una compiuta indicazione, compatibilmente con la fase procedimentale in atto, delle ragioni che avevano indotto, gli operanti prima ed il pubblico ministero poi, a ritenere sussistente il *fumus* del reato edilizio.

Il Tribunale, pertanto, non avrebbe tenuto in alcuna considerazione i contenuti dei predetti verbali, integranti, come tali, il decreto di convalida nella misura in cui descrivevano compiutamente, compatibilmente con la fase procedimentale in atto, i fatti per cui si procede.

4. Con ordinanza 1/12/2017 – 25/01/2018, n. 3677 la Terza Sezione penale, rilevata l'esistenza di difformità di orientamenti interpretativi sul punto relativo alla sussistenza e al grado, in caso di sequestro probatorio del corpo di reato, dell'onere di specifica motivazione circa le esigenze probatorie, aveva rimesso il ricorso alle Sezioni Unite.

4.1. Pur dando atto del maggioritario orientamento della giurisprudenza di legittimità, anche a Sezioni Unite, in ordine alla necessità di una specifica motivazione nel caso di sequestro probatorio del "corpo del reato" (da ultimo, Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, Rv. 226711), l'ordinanza di rimessione ha valorizzato in particolare la sentenza di Sez. 3, n. 1145 del 27/04/2016, Bernardi, Rv. 268736, ove, pur stabilendosi che il decreto di sequestro probatorio del corpo di reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti, si è tuttavia precisato che «è legittimo fare ricorso ad una formula sintetica nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono».

5. Le Sezioni Unite, con la sentenza qui segnalata – dopo aver affermato che il disposto dell'art. 618, comma 1 bis, cod. proc. pen. (richiamato nell'ordinanza di rimessione) trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute, come nella specie, precedentemente all'entrata in vigore della nuova disposizione (§ 1.1.) – hanno ripercorso, sia pure sinteticamente, il tracciato giurisprudenziale formatosi sulla seguente questione giuridica controversa: *"Se, anche per le cose che costituiscono corpo di reato, il decreto di sequestro (o di convalida di sequestro) probatorio debba essere comunque motivato quanto alla finalità in concreto perseguita per l'accertamento dei fatti"*.

5.1. Con particolare riguardo alla necessità di una lettura costituzionalmente (art. 42, Cost.) e convenzionalmente (art. 1, protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione e.d.u.) orientata, la Corte ha richiamato quanto affermato da Sez. U., n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, cit. (nel solco dell'indirizzo inaugurato da Sez. U, n. 10 del 18/06/1991 - dep. 24/07/1991, Raccah, Rv. 187861), ricordando (§ 3.2.) come fosse stato *"chiarito come l'assunto in ordine alla necessità di una motivazione del decreto quanto alla finalità perseguita per l'accertamento dei fatti debba considerarsi come l'unica compatibile con i limiti correlati al diritto alla "protezione della proprietà" riconosciuto dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione Edu: il giusto equilibrio tra i motivi di interesse generale e il sacrificio del diritto del singolo al rispetto dei suoi beni, che il canone costituzionale e quello convenzionale pretendono, sarebbe infatti messo in irrimediabile crisi dall'opposta regola, di legittimità tout court del*

sequestro probatorio del corpo del reato, indipendentemente da ogni riferimento alla concreta finalità probatoria perseguita; si autorizzerebbe infatti, in tal modo, un vincolo di temporanea indisponibilità della cosa che, al di fuori dell'indicazione dei motivi di interesse pubblico collegati all'accertamento dei fatti di reato, verrebbe arbitrariamente e irragionevolmente ancorato alla circostanza del tutto accidentale di essere questa cosa oggetto sul quale o mediante il quale il reato è stato commesso ovvero prodotto, profitto o prezzo dello stesso".

6. Nel ritenere, poi, *"che una corretta lettura dell'art. 253, comma 1, cod. proc. pen. non possa consentire, nell'ambito dell'onere motivazionale chiaramente espresso dalla norma, differenziazioni di sorta tra corpo del reato da una parte e cose pertinenti al reato dall'altra"* (§ 4), la Corte ha ritenuto che l'opzione prescelta fosse pienamente in linea con i parametri costituzionali e convenzionali sopra individuati, sottolineando la *"ineludibile necessità di un'interpretazione della norma che tenga conto del requisito della proporzionalità della misura adottata rispetto all'esigenza perseguita, in un corretto bilanciamento dei diversi interessi coinvolti"*.

6.1. Già Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, cit., - ricordano le Sezioni Unite nella sentenza qui segnalata - hanno sottolineato come la soluzione nel senso dell'onere motivazionale del sequestro del corpo di reato sarebbe *«l'unica compatibile con i limiti dettati all'intervento penale sul terreno delle libertà fondamentali e dei diritti costituzionalmente garantiti dell'individuo»*, tra cui certamente il diritto alla "protezione della proprietà" riconosciuto dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, aggiungendo che il giusto equilibrio tra i motivi di interesse generale e il sacrificio del diritto del singolo al rispetto dei suoi beni, richiesto dal canone costituzionale e da quello convenzionale, sarebbe altrimenti messo in crisi dall'opposta regola, di legittimità *tout court* del sequestro probatorio del corpo di reato indipendentemente da ogni riferimento alla concreta finalità probatoria perseguita. Si autorizzerebbe così un vincolo di temporanea indisponibilità della cosa che, al di fuori dell'indicazione dei motivi di interesse pubblico collegati all'accertamento dei fatti di reato, sarebbe arbitrariamente e irragionevolmente ancorato alla circostanza, del tutto accidentale, di essere questa cosa oggetto sul quale o mediante il quale il reato è stato commesso o prodotto profitto o prezzo dello stesso. Tanto più grave poi sarebbe la lesione del principio di ragionevolezza e proporzionalità della misura in ipotesi di cose configurabili come corpo del reato, ma di proprietà della vittima o di terzi estranei alla condotta criminosa.

6.2. Tali ragioni sono state dunque ribadite dalla Corte, segnatamente affermandosi (§ 4.3.) come *"la portata precettiva degli artt. 42 Cost. e 1 del primo Protocollo addizionale della Convenzione Edu richiede che le ragioni probatorie del vincolo di temporanea indisponibilità della*

cosa, anche quando la stessa si identifichi nel corpo del reato, siano esplicitate nel provvedimento giudiziario con adeguata motivazione, allo scopo di garantire che la misura, a fronte delle contestazioni difensive, sia soggetta al permanente controllo di legalità - anche sotto il profilo procedimentale - e di concreta idoneità in ordine all'an e alla sua durata, in particolare per l'aspetto del giusto equilibrio o del ragionevole rapporto di proporzionalità tra il mezzo impiegato, ovvero lo spossessamento del bene, e il fine endoprocessuale perseguito, ovvero l'accertamento del fatto di reato (Corte Edu, 24 ottobre 1986, Agosi c. U.K.).

Ed ogni misura, per dirsi proporzionata all'obiettivo da perseguire, dovrebbe richiedere che ogni interferenza con il pacifico godimento dei beni trovi un giusto equilibrio tra i divergenti interessi in gioco (Corte Edu 13 ottobre 2015, Unsped Paket Servisi SaN. Ve TiC. A. S. c. Bulgaria)".

6.3. Le Sezioni Unite, aderendo alle indicazioni della più attenta dottrina, hanno quindi sottolineato (§ 4.3.) come «*solo valorizzando l'onere motivazionale è possibile.....tenere "sotto controllo" l'intervento penale quanto al rapporto con le libertà fondamentali ed i beni costituzionalmente protetti quali la proprietà e la libera iniziativa economica privata, riconosciuti dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione Edu, come interpretato dalla Corte Edu; in tale ottica, la motivazione in ordine alla strumentalità della res rispetto all'accertamento penale diventa, allora, requisito indispensabile affinché il decreto di sequestro, per sua vocazione inteso a comprimere il diritto della persona a disporre liberamente dei propri beni, si mantenga appunto nei limiti costituzionalmente e convenzionalmente prefissati e resti assoggettato al controllo di legalità».*

6.4. Infine, le Sezioni Unite hanno aggiunto (§ 4.4.) che «*il requisito della proporzionalità della misura, che, nell'ambito dei valori costituzionali, è espressione del principio di ragionevolezza, contiene in sé, inoltre, quello della "residualità" della misura: proprio la necessaria componente della misura di "incisione" sul diritto della persona di disporre liberamente dei propri beni senza limitazioni che non derivino da interessi di altro segno maggiormente meritevoli di tutela (come quelli pubblici, connessi al processo penale, di accertamento dei fatti) contiene necessariamente in sé l'esigenza che al sequestro possa farsi ricorso solo quando allo stesso risultato (nella specie l'accertamento dei fatti appunto) non possa pervenirsi con modalità "meno afflittive"».*

6.5. E, sul punto, nel richiamare la giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto applicabili anche alle misure cautelari reali i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 cod. proc. pen. per le misure cautelari personali, le Sezioni Unite non solo hanno mostrato di condividere quelle decisioni che hanno affermato la necessità di evitare che il sequestro preventivo assuma le caratteristiche di misura inutilmente vessatoria, sì che, con riguardo ad esempio all'apprensione di beni immobili, lo stesso deve essere limitato alla cosa o alla parte della cosa effettivamente pertinente al reato ipotizzato e deve essere disposto nei limiti in cui il

vincolo imposto serve a garantire la confisca del bene o ad evitare la perpetuazione del reato (Sez. 3, n. 15717 del 11/02/2009, Bianchi, Rv. 243250; più in generale, Sez. 4, n. 18603 del 21/03/2013, Rv. 256068), ma hanno, anche e soprattutto, richiamato a sostegno quella giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha affermato «che il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco non potrebbe dirsi soddisfatto se la persona interessata abbia subito un sacrificio "eccessivo" nel suo diritto di proprietà (Corte Edu, 13 ottobre 2015, Unsped Paket Servisi, cit.; Corte Edu 13 dicembre 2016, S.c. Fiercolect Impex S.R.L. C. Romania)».

7. Conclusivamente, dunque, le Sezioni Unite hanno ritenuto che non vi sia «ragione, che una analoga affermazione, formulata con riferimento, come detto, alle "misure" cautelari reali, non possa valere anche con riguardo al sequestro probatorio quale mezzo, invece, di ricerca della prova: infatti, la ragione posta a fondamento di un tale principio (essenzialmente rapportabile alla necessità di evitare limitazioni alla proprietà privata che non siano strettamente conseguenti alla finalità istituzionalmente perseguita dalla misura) deve valere indipendentemente dai fini cui il sequestro è diretto (se cioè impeditivi, come da tali pronunce o, invece, come nella specie, probatori) essendo strettamente collegato all'elemento, comune a tutte tali ipotesi, della componente invasiva nell'altrui sfera personale attinente al diritto di disporre liberamente dei propri beni».

Da ciò, dunque, deriva – per la Corte– “la particolare connotazione della motivazione del provvedimento che dovrà essere funzionale a garantire che le esigenze di accertamento del fatto non possano essere perseguite in altro modo, non limitativo del diritto di disporre del bene ed eventualmente idoneo financo ad esonerare dalla necessità di procedere al sequestro”.

[Indice](#)

Realizzazione grafica a cura di



