



**CORTE SUPREMA  
DI CASSAZIONE**

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

# **BOLLETTINO**

**(a cura del Gruppo di lavoro)**

**I**

**2019**

***PUBBLICAZIONE SEMESTRALE***



## **Presentazione**

La Corte di cassazione italiana ha stipulato un Protocollo d'intesa con la Corte europea dei Diritti dell'Uomo, in data 11/12/2015, confermato poi dalla firma definitiva il successivo 26/05/2016, intitolato al "Progetto per il Dialogo" tra le due Corti e significativamente orientato ad iniziative di formazione ed informazione comuni.

Dopo la firma, la Corte di cassazione ha dato immediata attuazione al Protocollo costituendo un gruppo di lavoro permanente, coordinato da un responsabile esperto della materia, composto di un componente per ciascuna Sezione, civile e penale, della Corte, nonché di due magistrati del Massimario.

Il gruppo di lavoro 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 innanzi tutto tra i colleghi della Corte tramite la redazione di sintetici quanto puntuali *abstract*.

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

Il materiale elaborato dal gruppo è stato dapprima diffuso all'interno della Corte a mezzo di *email*.

Dal 2018 si è realizzato il presente Bollettino, con pubblicazione semestrale, che raccoglie tutte le segnalazioni del semestre, arricchite degli indici e dei relativi collegamenti ipertestuali che consentono il reperimento dei testi per esteso; è stata introdotta una seconda parte, dedicata ad eventuali approfondimenti tematici del gruppo di lavoro.

L'inserimento del presente Bollettino con pubblicazione *on line* sul sito della Corte è volta a consentire la divulgazione del lavoro del gruppo di attuazione del Protocollo anche all'esterno della Corte, in favore dei magistrati di merito, dei giuristi, dei cittadini interessati.

## **Indice cronologico delle decisioni segnalate**

Corte EDU, Sez. I, sent. 13.12. 2018, Casa di Cura Valle Fiorita c. Italia.....	p. 1
Cass. pen., Sez. II, sent. 12.10.2018, dep. 28.11.2018, n. 53384, Bossi ed altri.....	p. 5
Cass. pen., Sez. U, sent. 21.12.2018, n. 33208.....	p. 14
Corte EDU, Sez. V, sent. 10.01.2019, Valkova c. Bulgaria.....	p. 18
Corte EDU.,Sez. I, sent. 24.01.2019 Cordella e altri c. Italia.....	p. 21
Corte EDU, Sez. I, sent. 24.01.2019, Knox c. Italia.....	p. 30
Corte EDU, Sez. I, sent. 7.03.2019 Sallusti c. Italia.....	p. 35
Corte cost., sent. 24.01/27.02.2019, n. 24.....	p. 44
Corte EDU, Sez. IV., 12.03.2019, Petukhov c. Ukraine.....	p. 66
Cass. civ., Sez. II, sent. 21.03.2019, n. 8047.....	p. 75
Cass. pen., Sez. I, sent. 5.3.2019, dep. 3.04.2019, n. 14629, Calabretto G. ed altri.....	p. 82
Corte EDU, Sez. V, dec. 2.05.2019, Famulyak c. Ukraine .....	p. 90
Corte EDU, Sez. II, sent. 16.04.2019, Bjarni Armannsson c. Islanda.....	p. 96
Corte EDU, Sez. sent. 9.04.2019, Altay c. Turkey.....	p. 102
Corte EDU, Grande Camera, (parere) 9.04.2019.....	p. 108
Corte EDU, Sez. IV, sent. 21.05.2019, O.C.I. e a. c. Romania.....	p. 113
Corte EDU, Sez. I, sent. 12.05 2019, Marcello Viola c. Italia (n° 2).....	p. 119

## **Indice degli studi e degli approfondimenti**

Diversa qualificazione giuridica del fatto alla luce della giurisprudenza EDU e di legittimità... p. 131

Abstract della scheda tematica redatta dalla Corte Edu in tema di *ne bis in idem* (articolo 4 -  
Diritto a non essere processato o punito due volte - del Protocollo n. 7 della CEDU) ..... p. 137

## **Indice alfabetico delle voci di classificazione presenti nel numero**

CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI - SANZIONI AMMINISTRATIVE PREVISTE DAL T.U.F. A CARATTERE SOSTANZIALMENTE PENALE SECONDO I CRITERI ENGELS - ARTT. 187 BIS E 187 TER T.U.F. - IRRETROATTIVITÀ DELLA *LEX MITIOR* - ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE.

DIRITTO AL CONTRADDITTORIO DEL TERZO E STATUZIONI DI CONFISCA.

DIRITTO AD UN GIUSTO PROCESSO - ACCESSO ALLA GIUSTIZIA - ARTICOLO 6 § 1 CEDU - VIOLAZIONE - SUCCESSIONI - EREDITÀ - DISPOSIZIONI LESIVE DELLA LEGITTIMA - AZIONE DI RIDUZIONE - REQUISITI - OVERRULING.

DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE - DIRITTO ALLA SALUTE - PERSISTENTE SITUAZIONE DI INQUINAMENTO AMBIENTALE PROVOCATO DALLO STABILIMENTO ILVA DI TARANTO - ASSENZA DI MISURE STATALI VOLTE A GARANTIRE UN'EFFICACE PROTEZIONE DI TALI DIRITTI - ASSENZA DI RIMEDI INTERNI - VIOLAZIONE - SUSSISTENZA.

DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE - PROIBIZIONE DELLA TORTURA - DIVIETO DI PUNIZIONI CORPORALI - INTERPRETAZIONE DELLA NOZIONE DI "GRAVE RISCHIO" - RAPPORTI FAMILIARI.

DIVIETO DI TORTURA E DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE - DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO.

DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO - DIRITTO DI OTTENERE LA PRESENZA E L'ESAME DEI TESTIMONI - ANNULLAMENTO SENTENZA DI PRIMO GRADO - NUOVO GIUDIZIO DAVANTI A GIUDICE DIVERSO - RICHIESTA DI INTEGRALE RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA - DINIEGO - CONSEGUENTE IMPOSSIBILITA' DI CONTROESAMINARE I TESTIMONI A CARICO - VIOLAZIONE - ESCLUSIONE - LETTURA DELLE TRASCRIZIONI DELLE DEPOSIZIONI TESTIMONIALI GIA' ASSUNTE DAVANTI AL PRIMO GIUDICE E RIASSUNZIONE DELLA SOLA VITTIMA - SUFFICIENZA.

ERGASTOLO - DIVIETO TRATTAMENTI DISUMANI O DEGRADANTI - DIRITTO AL RISPETTO VITA PRIVATA E FAMILIARE - CONDIZIONI DETENZIONE - ADEGUATEZZA CURE MEDICHE DURANTE LA DETENZIONE - RIDUCIBILITÀ PENA PERPETUA *DE IURE E DE FACTO* - PROSPETTIVA DI LIBERAZIONE - REVISIONE - AUTORITÀ COMPETENTE.

ERGASTOLO - DIVIETO TRATTAMENTI DISUMANI O DEGRADANTI - DIRITTO AL RISPETTO VITA PRIVATA E FAMILIARE - RIDUCIBILITÀ PENA PERPETUA *DE IURE ET DE FACTO* - PROSPETTIVA DI LIBERAZIONE - LIBERAZIONE CONDIZIONALE - REVISIONE.

MATERNITA' SURROGATA - TRASCRIZIONE ATTO DI NASCITA - IN FAVORE DELLA MADRE SOCIALE - PROT. N. 16 ANNESSO ALLA CEDU- RICHIESTA DI PARERE PREVENTIVO - COUR DE CASSATION.

MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E PATRIMONIALI - IL SISTEMA DI PREVENZIONE ITALIANO AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE EDU, CASO DE TOMMASO C. ITALIA.

MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E PATRIMONIALI - LE CONSEGUENZE DI CORTE COST. N. 24 DEL 2019 - AI VAGLIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

NE BIS IN IDEM - SANZIONI TRIBUTARIE - DOPPIO BINARIO.

OCCUPAZIONE ABUSIVA DI IMMOBILI - SEQUESTRO PREVENTIVO PENALE - ESECUZIONE DEI PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE - INERZIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - VIOLAZIONE DEL DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO E DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ - RESPONSABILITÀ - RISARCIMENTO DEL DANNO MATERIALE E MORALE.

ORDINAMENTO PENITENZIARIO - DETENUTO - CONDANNA ALL'ERGASTOLO - DELITTO DI ATTENTATO ALL'ORDINE COSTITUZIONALE - COLLOQUI COL DIFENSORE - LIMITAZIONI - PRESENZA DI UN FUNZIONARIO DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA - DIRITTO ALLA RISERVATEZZA DEI COLLOQUI - VIOLAZIONE - ART. 8 CEDU - DECISIONE DELL'AUTORITA' GIUDIZIARIA - CONTRADDITTORIO - ASSENZA - FASE DI OPPOSIZIONE - CONTRADDITTORIO - ASSENZA - DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO - VIOLAZIONE - ART. 6 CEDU.

PROCEDIMENTO CIVILE - NOTIFICAZIONE - ALLA RESIDENZA, DIMORA, DOMICILIO - NOTIFICA A PERSONA SOTTOPOSTA AL PROGRAMMA DI PROTEZIONE PREVISTO PER I COLLABORATORI DI GIUSTIZIA - MODALITÀ - PRESSO LA DIREZIONE CENTRALE DI POLIZIA CRIMINALE - SERVIZIO CENTRALE DI PROTEZIONE PER I COLLABORATORI DI GIUSTIZIA O ALLA RESIDENZA RISULTANTE DAI REGISTRI ANAGRAFICI - TUTELA DEL DIRITTO DI DIFESA - MODALITÀ.

STAMPA - DIFFAMAZIONE COMMESSA COL MEZZO DELLA STAMPA.



## **CLASSIFICAZIONE**

OCCUPAZIONE ABUSIVA DI IMMOBILI – SEQUESTRO PREVENTIVO PENALE – ESECUZIONE DEI PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE – INERZIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – VIOLAZIONE DEL DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO E DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ – RESPONSABILITÀ – RISARCIMENTO DEL DANNO MATERIALE E MORALE.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – ORDINAMENTO DEGLI UFFICI DELLA P.A. – AMMINISTRAZIONE GOVERNATIVA LOCALE – PREFETTO – ATTRIBUZIONI – PUBBLICA SICUREZZA (DISPONIBILITÀ DELLA FORZA PUBBLICA).

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Costituzione della Repubblica**, art. 42

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

**Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, Protocollo addizionale n. 1**, art. 1

**Codice di procedura penale**, art. 321

**Decreto-legge** 20 febbraio 2017, n. 14, conv. con modif. in l. 18 aprile 2017, n. 48, art. 11

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU Sez. I, sentenza 13.12.2018, Casa di Cura Valle Fiorita srl c. Italia (ric. n. 67944/13).**

### **Abstract**

La protratta inesecuzione di un provvedimento giurisdizionale integra violazione del principio dell’indispensabilità della concreta ed effettiva tutela esecutiva e del diritto di proprietà anche quando si confronta con esigenze di ordine pubblico, dando luogo a danno materiale e morale, il primo dei quali risarcibile con azione dinanzi ai giudici nazionali ed il secondo direttamente liquidato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Nella specie, il sequestro preventivo penale – concesso dal giudice per le indagini preliminari presso il tribunale di Roma – di un intero stabile di circa mq 8000, abusivamente occupato da circa centocinquanta persone organizzate in un “Movimento lotta per la casa”, molte delle quali avevano pure trasformato gli immobili, è rimasto per diversi anni non eseguito dalla forza pubblica per anni, per di più nonostante reiterati solleciti della società proprietaria parte lesa ed un ricorso al giudice amministrativo, avendo il Prefetto addotto la necessità di salvaguardare l’ordine pubblico e le esigenze delle persone vulnerabili

coinvolte e così di attendere a tempo indeterminato che il Comune fornisse soluzioni abitative alternative.

1. La vicenda processuale riguarda il ricorso della s.r.l. Casa di Cura Valle Fiorita, proprietaria di un fabbricato di circa 8.000 mq in Roma, adibito per circa quarant'anni a clinica in virtù di convenzione con l'Ospedale pubblico S. Filippo Neri, occupato con la forza, quasi un anno dopo la cessazione dell'attività, da un centinaio di persone il 06/12/2012: le denunce della parte lesa al Procuratore della Repubblica si susseguirono finché fu accolta la sua istanza di sequestro preventivo il 09/08/2013, risultando essere diretta la gestione dell'occupazione – riferita ad un movimento di lotta per la casa – da un gruppo di individui a scopo di lucro, implicante la modifica dei locali e l'installazione di inferriate ad impedirvi l'accesso, tanto da configurare il delitto p. e p. dall'art. 633 cod. pen. con pregiudizio rilevante per la parte lesa.

Fu delegata la DIGOS, che a sua volta investì il Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica presso la prefettura di Roma, solo dopo un anno presentando un rapporto che inserì la vicenda in quella di numerosi cosiddetti movimenti per la casa e che sottolineò la necessità di pianificare gli sfratti a tutela dell'ordine pubblico e delle esigenze delle persone vulnerabili coinvolte, soprassedendo all'esecuzione del sequestro in difetto delle soluzioni abitative alternative attese dal Comune di Roma; e il Prefetto, convenuto dinanzi al TAR e nuovamente compulsato, rispose che, in assenza di queste e per di più adducendo la carenza di un ordine di un tribunale, non avrebbe eseguito lo sfratto, mentre alla proprietaria furono notificate pure ingiunzioni di pagamento di consumi di energia elettrica e di tributi per il periodo della patita occupazione.

2. Il ricorso alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo prospetta la violazione degli artt. 6, § 1, della Convenzione e dell'art. 1 del Protocollo 1, per la mancata esecuzione del provvedimento di sequestro del 09/08/2012 ed il mancato rispetto delle sue proprietà derivante dalla protrazione della privazione illecita del possesso di quelle; e, tra le eccezioni preliminari, il Governo italiano addossa quella basata sul biennio atteso prima di adire il tribunale amministrativo e, comunque, invoca il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, sulla tutela offerta ai proprietari dei beni occupati.

3. La Corte europea esclude una negligenza della ricorrente nell'attivazione dei rimedi interni e la sufficienza del rimedio risarcitorio, ribadendo che spetta all'autorità di agire, una volta compulsata con l'adduzione della perpetrazione di un illecito; mentre sottolinea come il Governo italiano non abbia indicato come la nuova normativa del 2017 possa offrire una effettiva e concreta tutela dei diritti derivanti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli.

Nel merito, è ribadito (richiamate la nota pronuncia *Hornsby c/ Grecia* del 19/03/1997 e la giurisprudenza successiva, fino a 29/11/2016, Grande Camera, in causa *Parrocchia greco-cattolica Lupeni e altri c/ Romania*) che il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria costituisce uno degli aspetti del diritto di accesso a un tribunale, restando altrimenti illusorio il

diritto a un tribunale 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.

4. E, se una certa tolleranza nei tempi di concreta esecuzione può ammettersi, i fondamentali diritti della Convenzione sono violati in caso di ritardo eccessivo e deve reputarsi limitata in presenza di problemi di ordine pubblico, comunque da contenersi ad ipotesi eccezionali, spettando a ciascuno Stato contraente dotarsi di uno strumentario giuridico adeguato e sufficiente per assicurare il rispetto degli obblighi positivi posti a suo carico. Pure riconoscendo che le motivazioni di ordine sociale e i timori relativi al rischio di problemi di ordine pubblico potessero giustificare nel caso di specie delle difficoltà di esecuzione e un ritardo nella liberazione dei locali, è tuttavia ingiustificata l'inerzia totale e prolungata per oltre cinque anni delle autorità italiane: del resto, neppure una mancanza di risorse può costituire di per sé una giustificazione accettabile per la mancata esecuzione di una decisione giudiziaria (richiamate *Bourdov c/ Russia*, n. 59498/00, § 35; *Cocchiarella c. Italia [GC]*, n. 64886/01, § 90) e nemmeno per l'assenza di nuovi alloggi (*Prodan c/ Moldavia*, n. 49806/99, § 53).

5. Quanto alla violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, la Corte rammenta poi che tale norma esige anche misure positive di tutela, in particolare laddove sussista un legame diretto tra le misure che un ricorrente potrebbe legittimamente attendersi dalle autorità e il godimento effettivo da parte di quest'ultimo dei suoi beni (*Öneryildiz c/ Turchia [GC]*, n. 48939/99, § 134) e comunque esigendo la preminenza del diritto – che è uno dei principi fondamentali di una società democratica e che è inerente a tutti gli articoli della Convenzione – che sia sanzionato uno Stato che si sia rifiutato di eseguire o di far eseguire una decisione giudiziaria (*Matheus c/ Francia*, 31 marzo 2005, n. 62740/00, § 70). E sottolinea come sia stato, nella specie, negato alla parte lesa anche l'accesso ai dati delle persone abusivamente occupanti, nonché omesso ogni serio tentativo di soluzione abitativa per gli occupanti.

6. Significativamente, la Corte europea non provvede a liquidare direttamente il danno patrimoniale, richiesto in almeno € 9.517.000 (in misura pari all'affitto che avrebbe potuto ritrarre per i cinque anni di abusiva occupazione), non solo per la difficoltà di determinare i redditi da locazione, ma anche perché i giudici nazionali sarebbero stati nella posizione migliore per giudicare sulla domanda risarcitoria; e riconosce i soli danni morali, in € 20.000

7. Sull'argomento è intervenuta, già segnalata, questa Corte con sentenza 04/10/2018, n. 24198, in un caso singolarmente analogo (protrazione per sei anni di inesecuzione del provvedimento di sequestro con contestuale ordine di sgombero di un immobile abusivamente occupato *vi aut clam*) affermando il principio per il quale non rientra nel potere discrezionale della pubblica amministrazione stabilire se dare o meno attuazione ad un provvedimento dell'Autorità giudiziaria - a maggior ragione quando lo stesso abbia ad oggetto la tutela di un

diritto riconosciuto dalla Costituzione o dalla CEDU -, con la conseguenza che l'inosservanza, da parte dell'autorità amministrativa, del dovere, costituente espressione dello Stato di diritto, di apprestare i mezzi per l'attuazione coattiva dei provvedimenti giudiziari integra una condotta colposa generatrice di responsabilità.

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

DIRITTO AL CONTRADDITTORIO DEL TERZO E STATUZIONI DI CONFISCA.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

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

**Convenzione EDU**, art. 7

**Primo Protocollo addizionale alla Convenzione EDU**, art. 1

**Codice di procedura penale**, artt. 573, 579, comma 3, 593; art. 104-*bis*, comma 1-*quinqüies*, disp. att.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Cass. pen., Sez. II, sentenza 12.10.2018, dep. 28.11.2018, n. 53384, Bossi ed altri.**

Confisca disposta in primo grado in danno del terzo estraneo al procedimento – Legittimazione all'appello – Esclusione – Rimedi possibili in favore del terzo – Fattispecie.

### **Abstract**

La II sezione penale (sentenza n. 53384 del 12/10/2018, dep. 28/11/2018, allo stato non massimata) ha ritenuto che il sistema di garanzie processuali concesso al terzo nel sistema normativo attualmente vigente è ritenersi conforme ai principi costituzionali e convenzionali anche nei casi in cui non sia prevista la sua partecipazione al giudizio di cognizione, non imponendosi affatto l'applicazione analogica o evolutiva di altri modelli processuali, e non traendosi contrarie indicazioni dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

1. Nel caso esaminato dalla sentenza n. 53384/18 cit., la Corte d'appello procedente aveva dichiarato inammissibile l'appello proposto dalla Lega Nord per l'indipendenza della Padania (d'ora in avanti, Lega Nord) contro la statuizione pronunciata in primo grado nei suoi confronti, di confisca "ai sensi degli artt. 640-*quater* e 322-*ter*, comma 2, cod. pen.", delle somme corrispondenti al profitto dei reati di truffa ascritti ai quattro imputati, dichiarati colpevoli, nelle rispettive qualità, legate alla posizione di ciascuno nell'ambito del predetto partito, di vari fatti di truffa aggravata ex artt. 640-*bis* e 61, comma 1, n. 7, c.p. in relazione all'indebito conseguimento di rimborsi elettorali relativi a più esercizi annuali, per un ammontare complessivo di oltre 48 milioni di euro, con pari danno per le istituzioni parlamentari.

La Corte d'appello evidenziava, in particolare, che il partito appellante non era stato parte del giudizio di primo grado, e che comunque non apparteneva alla categoria dei soggetti legittimati all'impugnazione sullo specifico capo della confisca.

1.1. Contro la declaratoria d'inammissibilità dell'appello, la Lega Nord aveva proposto ricorso per cassazione, lamentando che:

- il titolo legittimante dell'appello sarebbe costituito dall'art. 104-*bis*, comma 1-*quinquies*, disp. att. c.p.p., introdotto con D.lgs. n. 21 del 2018, ed a norma del quale <<Nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo>>;

- i rimedi a favore del terzo ipotizzati nell'ordinanza impugnata (destinati ad esplicarsi in fase cautelare e, successivamente, nell'ambito del solo processo di esecuzione) non sarebbero adeguati alla necessità di tutela degli interessi coinvolti, poiché solo la partecipazione del terzo al giudizio di cognizione assicurerebbe l'effettività della tutela degli interessi del terzo;

- la tutela del terzo subirebbe un'ingiustificata lesione nel caso in cui (come accaduto in concreto) la confisca sia disposta per la prima volta in sede di cognizione, in difetto di un previo sequestro cautelare, poiché il terzo, legittimato a contestare in sede cautelare tutti i presupposti del sequestro, tra cui la stessa configurabilità del reato e l'individuazione e la quantificazione del profitto, dopo la sentenza di primo grado non potrebbe rimettere in discussione ciò che ha formato oggetto di accertamento nel giudizio di merito.

Aveva, in subordine, sollevato questione di legittimità costituzionale:

- degli artt. 573 - 579, comma 3 - 593 c.p.p., in relazione agli artt. 3, 24, 42, 111 e 117 Cost., nella parte in cui le norme censurate non prevedono, in favore "*di terzi incisi nei diritto di proprietà per effetto di una sentenza di primo grado, la facoltà di proporre appello sul solo capo contenente la statuizione di confisca*";

- dell'art. 104-*bis*, comma 1- *quinquies*, disp. att. c.p.p., sempre in relazione agli artt. 3, 24, 42, 111 e 117 Cost., nella parte in cui la norma non prevede la citazione in giudizio di terzi titolari di diritti reali o di godimento sui beni in sequestro ai fini della confisca ex art. 240 c.p.

Infine, con successiva memoria, aveva invocato, a sostegno dell'accoglimento del ricorso principale, la sentenza emessa dalla Corte EDU, *Grande Chambre*, 28 Giugno 2018, caso G.I.E.M. s.r.l. ed altri contro Italia, depositata nelle more, e con la quale è stato affermato che la confisca disposta in danno di un soggetto che non è stato parte del procedimento di cognizione viola l'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora

in avanti «Convenzione EDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

2. Il collegio ha premesso essere pacifico che *<<nell'attuale sistema normativo il terzo interessato da un provvedimento di sequestro preventivo o coinvolto nella confisca penale di un bene, non abbia, di massima, titolo né per partecipare al giudizio di merito sul fatto di reato che costituisce il presupposto tanto della misura cautelare reale che del provvedimento ablativo, né per impugnare le sentenze emesse nel corso del procedimento penale>>*.

2.1. Ciò premesso, ha ricordato che, secondo Cass. Sez. U. n. 48126 del 20/07/2017, Rv. 270938 - 01 (le cui affermazioni di principio sono state ritenute costituzionalmente compatibili dalla giurisprudenza costituzionale: cfr. Corte cost. n. 253 del 6 dicembre 2017):

- *<<il terzo estraneo può ricorrere alla procedura dell'incidente di esecuzione solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca>>*;

- diversamente, sono immediatamente esperibili a tutela dei terzi estranei al procedimento di cognizione i rimedi cautelari, perché *<<il rimedio cautelare (...) non interferisce con il thema decidendum rimesso al giudice, ma incide su di un aspetto che non vincola e non rischia di contraddire la decisione definitiva del giudicante. Non si vede, quindi, per quale motivo esso non dovrebbe essere esperibile, oltre che - com'è pacifico- per le misure cautelari personali, anche per quel che riguarda le misure cautelari reali, con specifico riferimento al sequestro preventivo, posto che, da un lato, ricorre la eadem ratio del controllo in itinere del vincolo cautelare; e che, dall'altro, proprio per la natura incidentale della "questione cautelare", al controllo non può essere di ostacolo il dettato dell'art. 586, commi 1 e 2, c.p.p. Ciò, tanto più in considerazione della peculiarità della posizione del terzo intestatario, estraneo rispetto al procedimento di cognizione, ma destinatario dei (e quindi non estraneo ai) provvedimenti di sequestro, e come tale legittimato ad assumere la figura di istante-appellante-ricorrente a partire dalla previsione dell'art. 263, comma 2, c.p.p.>>*.

2.2. Né potrebbe ritenersi che soltanto nella sede dell'incidente cautelare (nel caso in esame non esperibile, in difetto del previo sequestro), e non anche in sede esecutiva, il terzo sarebbe ammesso ad interloquire sui presupposti della misura reale anche con riferimento alla configurabilità del reato che ne costituisce di volta in volta il presupposto:

*<<È agevole replicare, anzitutto, che le deduzioni difensive non tengono conto dei differenti piani di valutazione correlati ai due rimedi processuali, in quanto esperibili in fasi diverse del procedimento penale. Il sequestro preventivo interviene di regola in una fase iniziale del procedimento, alla stregua, per dir così, di una prima elaborazione dell'accusa, e i suoi presupposti (collegamento pertinenziale con il reato, e/o confiscabilità della cosa assoggettata*

*al vincolo reale) sono accertati in funzione del semplice fumus commissi delicti; l'incidente di esecuzione segue all'accertamento pieno della responsabilità penale, o all'accertamento autonomo - ma sempre con piena cognizione - dei presupposti della confisca quando la misura ablatoria possa essere adottata anche in assenza di una condanna. Se così è, potrebbe in definitiva ammettersi che l'inesistenza del fumus possa essere dedotta anche dal terzo interessato ai fini della revoca del sequestro, trattandosi di una valutazione che non può che far leva sull'assoluta evidenza della fragilità dell'impianto accusatorio assunto a presupposto della misura reale. Ma è ovvio che la situazione sia del tutto diversa quando si tratta di aggredire in sede esecutiva il dictum di una sentenza penale di merito irrevocabile, che può essere rimesso in discussione dal terzo solo nei limiti dell'inopponibilità nei suoi confronti del giudicato sulla confisca. In secondo luogo, la giurisprudenza di legittimità si è condivisibilmente orientata, di recente, nel senso che nemmeno nella fase cautelare il terzo che affermi di avere diritto alla restituzione della cosa sequestrata sia legittimato a contestare l'esistenza dei presupposti della misura reale, potendo unicamente dedurre la propria effettiva titolarità o disponibilità del bene sequestrato e l'inesistenza di relazioni di collegamento concorsuale con l'indagato>>.*

2.3. Quanto alla citazione a giudizio del terzo nelle ipotesi previste dall'art. 104-bis, comma 1-quinquies, disp. att. c.p.p. in relazione all'art. 240-bis c.p. (peraltro introdotto in data successiva rispetto a quella in cui gli imputati erano stati rinviati a giudizio, e persino rispetto a quella della sentenza di primo grado: ed è noto che, in tema di successione nel tempo di norme processuali, è tradizionalmente accolto il principio *tempus regit actum*: cfr. Cass. Sez. U., sentenza n. 44895 del 17/07/2014, Rv. 260927 - 01), si è osservato che essa ha, in definitiva,

*<<soltanto la funzione di imporre al giudice della cognizione di ascoltare le sue ragioni prima di pronunciarsi sulla confisca, pervenendo così ad una decisione più meditata sul punto, attraverso una completa, contestuale ponderazione di tutti gli interessi potenzialmente coinvolti nella misura patrimoniale, senza che nemmeno in questo caso la partecipazione del terzo possa tradursi in un intervento adesivo a favore dell'imputato>>.*

2.4. Si è, sul punto, concluso che

*<<nessuno nei casi in cui sia prevista la sua partecipazione al giudizio, il terzo interessato sia legittimato ad interloquire nel processo in relazione a profili diversi da quelli attinenti all'effettiva titolarità o disponibilità del bene sequestrato o confiscato o all'esistenza di relazioni di "collegamento" con l'imputato, dovendo al contrario tale legittimazione ritenersi esclusa in relazione ai temi della responsabilità penale dell'imputato; continuano, quindi, a valere, pur nel mutato assetto normativo, i principi affermati, tra le altre, da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 14215 del 06/02/2002 Rv. 221843, Zagaria R ed altro con riferimento al sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria ex art. 12-sexies D.L. 8 giugno 1992 n. 306 [ora art. 240-*

bis c.p.]; tanto varrebbe, a maggior ragione, nei confronti delle altre categorie di terzi interessati, semmai dovesse ritenersi l'estensione a loro favore del diritto di partecipare al processo di cognizione, traendosene per converso, con riferimento all'attuale sistema di tutele processuali, la conseguenza che in nessun modo lo strumento dell'incidente di esecuzione previsto per la generalità dei terzi interessati può apparire inadeguato o ingiustificatamente sperequato rispetto alla tutela accordata ai terzi "interposti">>.

2.5. In assenza di specifici riferimenti normativi, nessuna ragione consentiva, secondo il collegio, di ritenere che sede obbligata della discussione delle problematiche evocate con l'atto di appello - che di per sé nulla hanno a che fare con la valutazione dei fatti di truffa ascritti agli imputati - avrebbe dovuto essere proprio il giudizio di cognizione, e conseguentemente di ritenere legittimata all'impugnazione la Lega Nord nonostante la sua mancata partecipazione al giudizio di primo grado, <<in modo da consentirle di assumere la qualità di parte processuale direttamente nel giudizio di appello, con una singolare inversione del normale rapporto tra qualità di parte processuale e legittimazione all'impugnazione>>, considerato che, come osservato dalla Corte di appello nell'ordinanza impugnata, i rimedi alternativi concessi alla ricorrente (ed esperibili in fase esecutiva) risultano del tutto adeguati a tutelarne le ragioni.

3. La decisione in rassegna ha poi verificato l'adeguatezza del sistema di garanzie processuali assicurate al terzo intestatario di beni sequestrati e/o confiscati nel corso del procedimento penale in relazione alla dedotta ed asseritamente ingiustificata disparità di trattamento del terzo nel giudizio penale e nel procedimento di prevenzione.

3.1. Si è, in proposito, evidenziato che il procedimento di prevenzione è

<<caratterizzato da regole affatto particolari, diverso essendo il thema decidendum e diversi i modelli di valutazione, ed ha in generale una struttura meno garantista, stabilendo, tra l'altro, presunzioni di interposizione fittizia (cfr. art. 26 d.lgs. 6 settembre 2011 nr. 159) non applicabili nel giudizio penale (...), ciò che giustifica il potere di intervento del terzo. Mette conto poi di rilevare che qualora il terzo sia rimasto in concreto estraneo al procedimento di prevenzione, per la tutela del proprio diritto egli può proporre soltanto incidente di esecuzione (...), il che richiama la problematica generale della parte pretermessa, quale dovrebbe considerarsi la Lega Nord nell'ipotesi della sua necessaria ma inevasa partecipazione al processo di cognizione, problematica che si pone a monte della questione della legittimazione all'impugnazione per categorie astratte di legittimati, essendo la legittimazione comunque predicabile esclusivamente in favore delle effettive parti processuali>>.

4. È stata, infine, verificata l'adeguatezza del sistema di garanzie processuali assicurate al terzo intestatario di beni sequestrati e/o confiscati nel corso del procedimento penale in relazione ai principi elaborati in materia dalla Corte di Strasburgo.

4.1. A parere del collegio, la decisione della Corte EDU, *Grande Chambre*, 28 giugno 2018 cit. (a parere della quale, per quanto in questa sede più immediatamente rileva, la confisca urbanistica disposta a carico di una persona giuridica che non è stata parte del procedimento penale nel quale tale confisca viene inflitta è incompatibile con l'art. 7 Conv. EDU: la decisione ha costituito oggetto di separato *report*, cui si rinvia *amplius*) si riferisce a situazioni sostanziali del tutto diverse da quelle ravvisabili nei confronti della Lega Nord:

*<<nella complessa vicenda processuale esaminata dai giudici convenzionali, la società ricorrente era stata coinvolta in un progetto di lottizzazione originariamente approvato dal Comune di Bari, avendo ceduto alla società che l'aveva presentato un'area destinata ad integrare la superficie necessaria per la realizzazione delle opere previste (un complesso commerciale multifunzionale), area che all'esito del procedimento penale che aveva riguardato gli amministratori della società intestataria del progetto per il reato di lottizzazione abusiva poi emerso dalle indagini, era stata colpita dalla confisca. E' chiaro, anzitutto, che fosse indiscutibile la legittima appartenenza alla società G.I.E.M. del bene confiscato; è altrettanto chiaro il coinvolgimento diretto della G.I.E.M. nella vicenda della lottizzazione. Si trattava di una situazione che determinava l'interesse della ricorrente a formulare le più ampie deduzioni sull'iter amministrativo seguito alla presentazione del progetto di lottizzazione, con inevitabili interferenze anche sugli aspetti penali della vicenda, alla stregua di un'indubbia comunanza di interessi con gli imputati. D'altra parte, l'ipotesi della lottizzazione abusiva condizionava necessariamente, anche nei confronti della società ricorrente, per quanto terza estranea al reato, la legittimità della statuizione di confisca. La necessità della citazione in giudizio della società, affermata dalla CEDU, trova quindi decisivo supporto nella non esportabile specificità di quella vicenda, non occorrendo indugiare oltre sull'argomento per escludere significative analogie tra il caso considerato dal giudice convenzionale e la vicenda del sequestro che ha interessato la Lega Nord>>.*

5. Sulla base delle predette argomentazioni, e considerato il limitato ambito delle interlocuzioni sulla confisca normalmente spettanti al terzo interessato, in coerenza con la specificità dei suoi interessi, si è concluso che

*<<il sistema di garanzie processuali allo stesso concesso nel sistema normativo attualmente vigente deve (...) ritenersi conforme ai principi costituzionali e convenzionali anche nei casi in cui non sia prevista la sua partecipazione al giudizio di cognizione, non imponendosi affatto l'applicazione analogica o evolutiva di altri modelli processuali>>.*

Le questioni di legittimità costituzionale proposte dalla difesa sono state dichiarate manifestamente infondate e, nella parte relativa alla mancata previsione, in favore dei soggetti indicati nell'art. 240-*bis* c.p., del potere di impugnazione del capo della confisca nonostante la loro legittimazione alla partecipazione al giudizio di cognizione, inammissibili per difetto di

interesse, <<non essendo l'art. 104-bis, comma 1-quinquies, disp. att. c.p.p. applicabile al caso di specie>>.

6. Per completezza, non appare inopportuno ricordare che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 253 del 2017, citata in motivazione dalla II sezione, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 573, 579, comma 3, e 593 del codice di procedura penale, sollevate dalla I sezione penale della Corte di cassazione in riferimento agli artt. 3, 24, 42, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 13 della Convenzione EDU ed all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione EDU: le predette disposizioni del codice di rito erano state censurate nella parte in cui, a favore dei terzi incisi nel diritto di proprietà da una confisca disposta con una sentenza penale di primo grado, non prevedono la facoltà di proporre appello con riguardo al solo capo della decisione relativo alla misura di sicurezza.

6.1. Premesso che <<*i dubbi di legittimità costituzionale del giudice rimettente investono (...) il solo segmento processuale che va dall'adozione della confisca, con la sentenza di primo grado, fino alla definitività di tale statuizione*>>, la Corte costituzionale ha osservato che la Corte di cassazione combina due premesse: <<*in primo luogo afferma che gli strumenti giurisdizionali posti a disposizione del terzo sono conformi ai parametri costituzionali indicati con riguardo, sia alla fase delle indagini preliminari, sia a quella del giudizio di primo grado, durante le quali (...) è consentito al terzo chiedere il riesame del decreto di sequestro (art. 322 c.p.p.), proporre appello contro le ordinanze in materia di sequestro preventivo (art. 322-bis c.p.p.) e proporre ricorso per cassazione per violazione di legge contro le ordinanze di riesame e di appello (art. 325 c.p.p.). L'idoneità di tali mezzi di reazione a tutelare la posizione del terzo è tale, secondo il giudice rimettente, da far escludere che la sua partecipazione al processo di primo grado sia soluzione costituzionalmente imposta: quello esistente sarebbe un assetto «razionale ed immune da sospetto di illegittimità costituzionale». Perciò il giudice rimettente lo stima adeguato anche rispetto alle fasi successive del giudizio, ove esso si dimostrasse valevole anche per esse, e dunque con ciò «fosse effettivamente garantita una costante possibilità, su istanza di parte, di rivalutazione del fondamento giustificativo della statuizione» di confisca. In secondo luogo la Corte di cassazione ritiene che la via di tutela giurisdizionale interinale descritta cessi di essere percorribile non appena intervenga, con la sentenza di primo grado, il provvedimento di confisca, che il terzo non sarebbe in grado di aggredire, se non per mezzo dell'incidente di esecuzione e a seguito del passaggio in giudicato della pronuncia. Questo ragionamento costituisce un presupposto essenziale delle questioni di legittimità costituzionale sollevate ma non rappresenta un approdo ermeneutico inevitabile>>.*

Lo stesso giudice a quo aveva menzionato un «precedente indirizzo» della giurisprudenza di legittimità che, al contrario, ammetteva la proponibilità da parte del terzo di un incidente di

esecuzione fin dalla pronuncia di confisca adottata in primo grado, ma ha al contempo affermato che l'indirizzo era stato oggetto di «superamento», così da doversi assumere per certa la conclusione che in quella fase temporale nessun mezzo di tutela sia offerto dall'ordinamento.

6.2. Una siffatta ricostruzione del quadro giurisprudenziale vigente al tempo in cui è stata emessa l'ordinanza di rimessione non è stata ritenuta completa dalla Corte costituzionale, perché, pur a fronte di pronunce motivate nel senso espresso dal giudice rimettente continuavano infatti a esservene altre di segno contrario, di non minor numero, che esploravano due soluzioni differenti; in particolare:

- un orientamento riteneva comunque praticabile, dopo la confisca, l'incidente di esecuzione, a tutela del diritto del terzo (cfr. tra le altre, Cass. Sez. I, 30 maggio 2013, n. 27201 e 30 ottobre 2008, n. 42107; dopo la pronuncia dell'ordinanza di rimessione, Cass. Sez. III, 27 settembre 2016, n. 53925);

- altro orientamento riteneva che il terzo avrebbe continuato a disporre del rimedio cautelare, con la possibilità in ogni tempo di chiedere la restituzione del bene confiscato e di proporre appello contro il diniego (Cass. Sez. III, 18 settembre 2013, n. 42362, e 6 ottobre 2010, n. 39715).

Le Sezioni Unite, con la sentenza 20 luglio 2017, n. 48126, avevano composto il contrasto affermando che il terzo, prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, può chiedere al giudice della cognizione la restituzione del bene sequestrato e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame, ai sensi dell'art. 322-bis c.p.p.

6.3. Ciò premesso, osserva la Corte costituzionale che <<La necessità di un intervento delle sezioni unite e la ricostruzione del variegato panorama giurisprudenziale contenuta nell'ordinanza di rimessione, dimostrano che la soluzione interpretativa prescelta dal rimettente non corrispondeva a un diritto vivente, da porsi a fondamento dei dubbi di legittimità costituzionale, ma si esauriva nella scelta di quella sola, tra le opzioni interpretative praticabili e di fatto praticate, che il rimettente stesso riteneva viziata da illegittimità costituzionale. Una simile scelta, per potersi ritenere compatibile con il dovere del rimettente di interpretare la normativa in senso conforme alla Costituzione (ogni volta che ciò sia permesso dalla lettera della legge e dal contesto logico-normativo entro cui essa si colloca: sentenza n. 36 del 2016), avrebbe dovuto fondarsi su un accurato ed esaustivo esame delle alternative poste a disposizione dal dibattito giurisprudenziale, se del caso per discostarsene motivatamente. Solo se avviene ciò infatti si può dire che l'interpretazione adeguatrice è stata davvero «consapevolmente esclusa» dal rimettente (sentenza n. 221 del 2015)>>

Diversamente, il giudice *a quo*, pur esprimendo il convincimento che la statuizione di confisca non avrebbe in alcun caso potuto essere superata a favore del terzo nell'ambito di procedimenti esterni al processo di cognizione, non si era, tuttavia, confrontato con la perdurante attualità dell'indirizzo favorevole all'immediato ricorso all'incidente di esecuzione (che non era stato superato in via definitiva), e non aveva tenuto adeguatamente conto della tesi, poi recepita dalle sezioni unite, che assicurava il mantenimento, anche nel giudizio di secondo grado, del rimedio cautelare, con la facoltà per il terzo di chiedere la restituzione del bene sequestrato e di proporre, nel caso di diniego, appello al tribunale del riesame: *<<quest'ultima omissione appare particolarmente significativa, se si considera, da un lato, che la soluzione adottata dalle sezioni unite elimina la stasi temporale nell'esercizio della tutela giurisdizionale denunciata dal rimettente e, dall'altro, che l'ordinanza di rimessione ha giudicato costituzionalmente obbligata la soluzione dell'appello contro la statuizione di confisca, ma non ha svolto alcun motivato giudizio di idoneità riguardo al possibile rimedio cautelare, salvo un fugace e indimostrato accenno «agli evidenti limiti» di tale opzione. All'opposto, e in contraddizione con quest'ultimo rilievo, il rimettente ha invece motivatamente affermato, con riguardo alle fasi che precedono la sentenza di primo grado, che il rimedio cautelare è idoneo a tutelare il diritto del terzo, al punto che il dubbio di legittimità costituzionale ha investito solo l'impossibilità di impugnare la statuizione di confisca. Il medesimo dubbio è stato invece escluso con riguardo alla preclusione, allora vigente, di partecipare al giudizio di primo grado, nella convinzione che a garantire il diritto di difesa del terzo bastasse il rimedio cautelare. Proprio calandosi nella prospettiva del rimettente non si vede però per quali ragioni il rimedio cautelare, benché ritenuto congruo nella fase anteriore alla confisca, dovrebbe cessare di essere tale in quella successiva, pur non essendo mutati nei confronti del terzo le condizioni e gli effetti del sequestro>>.*

6.4. Si è, pertanto, concluso che le questioni di legittimità costituzionale erano inammissibili, perché poste *<<senza tenere conto della possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata (certamente compatibile con la lettera della legge e la cornice normativa entro cui essa si inserisce), che avrebbe offerto al terzo, pur dopo la confisca, proprio quella forma di tutela, ovvero il rimedio cautelare, che il rimettente ha giudicato soddisfacente anche nel raffronto con la partecipazione al processo penale di primo grado>>.*

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

PROCEDIMENTO CIVILE – NOTIFICAZIONE – ALLA RESIDENZA, DIMORA, DOMICILIO – NOTIFICA A PERSONA SOTTOPOSTA AL PROGRAMMA DI PROTEZIONE PREVISTO PER I COLLABORATORI DI GIUSTIZIA – MODALITÀ – PRESSO LA DIREZIONE CENTRALE DI POLIZIA CRIMINALE – SERVIZIO CENTRALE DI PROTEZIONE PER I COLLABORATORI DI GIUSTIZIA O ALLA RESIDENZA RISULTANTE DAI REGISTRI ANAGRAFICI – TUTELA DEL DIRITTO DI DIFESA – MODALITÀ.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Costituzione della Repubblica**, art. 15, art. 16, art. 24, art. 111

**Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo**, art. 6 co. 1, art. 8

**Codice civile**, art. 43

**Codice di procedura civile**, artt. 137, 139, 153 co. 2 e 291

**D.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. con modif. dalla l. 15 marzo 1991, n. 92**, art. 7 co. 1 e 3, art. 12 co. 3-bis, art. 13 co. 12, art. 14

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Cass. pen., Sez. U, sentenza 21 dicembre 2018, n. 33208.**

### **Abstract**

*La sentenza segnalata interviene sulle modalità delle notificazioni degli atti del processo civile alle persone sottoposte a programma di protezione (collaboratori o testimoni di giustizia), per affermare la validità non solo di quelle eseguite presso la residenza anagrafica, anche se corrispondente ad un polo fittizio, ma pure di quelle effettuate presso la sede centrale del Servizio di protezione, ricavando da un’interpretazione sistematica costituzionalmente e convenzionalmente orientata (in sintonia con quella della giurisprudenza di legittimità penale) l’obbligo, per il Servizio, di comunicare l’atto al destinatario. Col riconoscimento a quest’ultimo della facoltà di chiedere la rimessione in termini ai sensi dell’art. 153 cpv. cod. proc. civ., è ritenuto adeguatamente temperato il diritto del destinatario al rispetto della vita privata ed al giusto processo con le esigenze pubblicistiche sottese al programma di protezione e con quelle della controparte notificante.*

1. La vicenda processuale ha ad oggetto la domanda dispiegata dai congiunti di una vittima di un brutale omicidio perpetrato da esponenti mafiosi per conseguire il risarcimento del danno nei

confronti degli autori e del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso: l'accoglimento in primo grado, ritenuto non idoneo a riparare il reale pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale patito, è stato solo parzialmente riformato *in melius* dal giudice di appello, sicché gli originari attori hanno proposto ricorso per cassazione, riuscendo a notificarlo però, quanto ad almeno alcuni degli autori ed in quanto sottoposti a programma di protezione per i collaboratori di giustizia, soltanto presso la sede centrale del Servizio centrale di protezione per i testimoni e collaboratori previsto dal D.l. n. 8/91 e succ. mod. e integr., ove pure, in un primo momento, il tentativo di notifica era stato infruttuoso perché i destinatari non si trovavano, in quel momento, a godere del programma di protezione.

2. L'ordinanza interlocutoria (Cass. ord. 14/06/2018, n. 15689) ha rimesso alle sezioni unite della Corte di cassazione la questione di massima di particolare importanza sulle modalità di notificazione degli atti processuali alle persone soggette a programmi di protezione, una volta rilevato che le due sole pronunce delle sezioni semplici note sul punto avevano ammesso la notificazione alla sola residenza anagrafica – benché a mani di persona addetta alla speciale residenza o polo anagrafico fittizio riservato ai beneficiari del programma di protezione – ed anzi negato validità a quella presso il Servizio centrale di protezione.

3. Dopo un ampio *excursus* ricostruttivo della disciplina in materia di protezione dei testimoni e collaboratori di giustizia quanto alla sicurezza del beneficiario anche in ordine agli aspetti legati alla loro residenza, la sentenza segnalata ne rileva gli aspetti salienti di concreta limitazione imposta alle costituzionali libertà di movimento e stabilimento nel territorio dello Stato o di intrattenere relazioni sociali o scambi epistolari con terzi (riconducibili ai diritti fondamentali della libertà di corrispondenza e di circolazione, di cui agli artt. 15 e 16 della Costituzione), funzionali però alla sicurezza stessa del collaboratore ed alla effettività del sistema di protezione (Corte cost. n. 227/99); e, ricostruito anche il sistema delle notifiche in ambito penale per i soggetti beneficiari, rimarca che un'espressa previsione sui luoghi dove eseguire le notifiche, con l'obbligo per il Servizio di protezione di successiva consegna e cooperazione col beneficiario per limitare gli effetti pregiudizievoli di quelle limitazioni, è dettata soltanto per il caso della residenza di colui che gode del cambio di generalità: ma ricava poi dal sistema l'estensione di quest'obbligo di cooperazione anche per tutti gli altri casi di notifica di atti processuali al beneficiario del programma di protezione, quando questa avvenga in luoghi coi quali quegli è posto in collegamento per le esigenze del programma, come il c.d. polo residenziale fittizio.

4. In estrema sintesi, la sentenza segnalata contempera le esigenze del notificante (cui non può farsi carico della sostanziale irreperibilità del destinatario della notifica) con quelle del suo destinatario e quelle pubblicistiche di sicurezza ed effettività della protezione, così ammettendo la validità della notifica presso la residenza anagrafica "protetta" (e cioè anche quando questa corrisponda al richiamato polo residenziale fittizio), ma postulando un obbligo di cooperazione

del Servizio centrale per la consegna dell'atto all'interessato, desunto, al di là del tenore testuale, dal sistema delle disposizioni in materia. Al contempo, è affrontato il problema delle garanzie per quest'ultimo: e si adotta un'interpretazione in modo espresso qualificata come costituzionalmente e convenzionalmente orientata (riguardo ai cui parametri la sentenza fornisce puntuali riferimenti giurisprudenziali) delle disposizioni normative esaminate, onde salvaguardare la posizione processuale del beneficiario ignaro dell'avvenuta notifica nelle mani del consegnatario e che versi in una condizione di incolpevolezza in ordine alla conoscenza dell'atto al medesimo non consegnato o tardivamente consegnato: protezione che appare necessario garantire al detto beneficiario (collaboratore o testimone) così da consentirgli di non subire pregiudizio in ambito processuale dall'intempestività della consegna.

5. La conclusione cui pervengono le Sezioni Unite è che un adeguato temperamento dei fondamentali diritti dell'interessato (al giusto processo ed alla vita privata) si attua riconoscendo non solo l'obbligo del Servizio di protezione di cooperare fattivamente per la consegna al suo destinatario dell'atto notificato, ma anche una tutela restitutoria di quest'ultimo – e del suo diritto di conoscere gli atti processuali che lo riguardano, al contempo mantenendo la sicurezza imposta dalla sua sottoposizione al programma di protezione – mediante l'istituto generale della rimessione in termini, previsto dall'art. 153, co. 2, cod. proc. civ., opportunamente adeguata dal giudice del merito alle peculiarità della fattispecie; e la conclusione è estesa anche alla fattispecie della notificazione presso il Servizio centrale (oggetto della controversia all'esame del Supremo Collegio), che si riconosce non già sostituirsi, ma affiancarsi a quella ordinaria o presso la residenza (quand'anche fittizia), proprio per la compresenza dell'obbligo di consegna a carico del Servizio medesimo e della salvaguardia dei diritti del beneficiario costituita dalla rimessione in termini.

6. Il temperamento delle esigenze del notificante e del destinatario della notifica è infine espressamente riconosciuto conforme alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: che ammette, da un lato, limitazioni al diritto alla vita privata di matrice convenzionale purché fondate su di una base legale, proporzionate e necessarie in relazione all'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in caso di bilanciamento fra diritti fondamentali (Corte edu, 26 marzo 1987, Lender c. Svezia, § 48; Corte edu, 7 luglio 1989, Soering c. Regno Unito, § 89, Corte edu [GC] 10 aprile 2007, Evans c. Regno Unito, § 77; cfr., ancora, sul diritto al giusto processo (Corte edu, 18 marzo 1997, Mantovanelli c. Francia, § 33), ma che tollera, a certe condizioni, anche limitazioni al diritto all'accesso ad un tribunale (Corte edu, 29 luglio 1998, Guérin c. Francia, § 37; Corte edu, 19 dicembre 1997, Brualla Gómez de la Torre c. Spagna, § 33, Corte edu, 2 giugno 2016, Papaioannou c. Grecia, § 49; Corte edu, 15 settembre 2016, Trevisanato c. Italia, § 33). Infatti, la limitazione alla propria sfera privata correlata alla ricezione diretta degli atti giudiziari sottesa all'ammissione al programma di protezione che deriva dall'allontanamento del beneficiario dall'ambiente nel quale egli si trova

finirebbe, altrimenti, col risultare sproporzionata se ad essa si aggiungesse l'impossibilità per il suddetto di fare valere la mancata o tardiva consegna dell'atto giudiziario ascrivibile a condotta negligente o comunque ad un disservizio del sistema di protezione che ha in carico il predetto. E la soluzione qui espressa è vista come misura proporzionata al fine di salvaguardare tutti gli interessi in gioco, favorendo soluzioni armoniche ed una piena sintonia fra le gli orientamenti espressi dai plessi giurisdizionali civili e penali della Corte.

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

DIRITTO AD UN GIUSTO PROCESSO – ACCESSO ALLA GIUSTIZIA – ARTICOLO 6 § 1 CEDU – VIOLAZIONE – SUCCESSIONI – EREDITÀ – DISPOSIZIONI LESIVE DELLA LEGITTIMA – AZIONE DI RIDUZIONE – REQUISITI – OVERRULING.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

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

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU, Sez. V, sentenza 10 gennaio 2019, Valkova c. Bulgaria, ric. 48149/09 (Sezione in composizione di Comitato).**

### **Abstract**

*La Corte europea dei diritti dell’uomo - Quinta Sezione - con la sentenza resa il 10 gennaio 2019 nella causa Valkova c. Bulgaria (ric. 48149/09), ha accolto, in applicazione dell’art. 6 § 1 CEDU, il ricorso di una cittadina bulgara che lamentava la lesione del suo diritto fondamentale ad un giusto processo, inteso quale diritto ad un accesso effettivo ad un giudice, perché la sua domanda di riduzione di una donazione lesiva della sua quota di legittima era stata dichiarata inammissibile sulla base di una pronuncia della Corte di cassazione bulgara, innovativa rispetto alla giurisprudenza precedente, alla cui stregua l’ammissibilità di tale domanda doveva ritenersi subordinata alla redazione dell’inventario dei beni ereditari (omessa dall’attrice) entro il termine - già spirato al momento della suddetta pronuncia (ed anche al momento dell’introduzione della causa) - di tre (o al massimo sei) mesi dalla conoscenza della morte del de cuius.*

La sentenza

La Corte europea dei diritti dell’uomo - Quinta Sezione - con la sentenza resa il 10 gennaio 2019 nella causa Valkova c. Bulgaria (ric. 48149/09) ha ritenuto violato il diritto fondamentale al giusto processo fissato nell’art. 6 § 1 CEDU, nella sua declinazione di diritto ad un accesso effettivo ad un giudice (“*effective access to a court*”), nel caso di una cittadina bulgara che, in una controversia ereditaria il cui il giudice di primo grado aveva accolto le sue ragioni, era rimasta soccombente, nel giudizio di appello e in quello di cassazione, sulla base di una interpretazione giurisprudenziale della disciplina successoria affermata dalla Corte di cassazione bulgara in epoca successiva all’introduzione della lite.

In particolare, il 13.2.04 la sig.ra Valkova, deducendo la lesione della quota di legittima a lei spettante sull’eredità del nonno, deceduto il 16.1.03, aveva esercitato un’azione di riduzione

relativamente ad una donazione effettuata dal *de cuius* in favore di un cugino della stessa attrice. La sua domanda è stata giudicata inammissibile, perché non preceduta dall'inventario necessario per esercitare l'azione di riduzione contro coloro che non siano eredi legittimi ("*heirs-at-law*"). Fino alla Decisione Interpretativa della Corte di cassazione bulgara n. 1 del 4 febbraio 2005, tuttavia, si riteneva generalmente (sulla scorta di una pronuncia della Corte di cassazione bulgara risalente al 1964) che i cugini fossero da considerare eredi legittimi; solo con la pronuncia del 4 febbraio 2005, infatti, la nozione di eredi legittimi è stata ristretta all'ambito di coloro con immediata priorità di successione ("*with immediate priority of succession*"; in sostanza, per quanto è dato capire dalla sentenza della Corte EDU, all'ambito dei soggetti che nel nostro ordinamento si definiscono legittimari). Alla luce del *revirement* giurisprudenziale del 4 febbraio 2005, quindi, il cugino non poteva (più) considerarsi "*erede legittimo (heir-at-law)*" e, conseguentemente, risultava inammissibile l'azione di riduzione esercitata nei suoi confronti da un erede che non avesse effettuato l'inventario dei beni ereditari entro un breve termine (tre o al massimo sei mesi) dalla notizia del decesso del *de cuius*.

La Corte EDU ha accolto il ricorso della sig.ra Valkova sul rilievo che il *revirement* della Corte di cassazione bulgara del 4 febbraio 2005 era intervenuto dopo la scadenza dei termini per l'effettuazione dell'inventario, cosicché tale *revirement* non solo impediva che la domanda della ricorrente fosse esaminata da una corte, ma, essendo il termine per l'inventario irrimediabilmente scaduto, costituiva un ostacolo insormontabile a qualunque ulteriore tentativo della stessa di recuperare la propria quota di legittima.

Pertanto, la Corte EDU ha condannato la Repubblica di Bulgaria al risarcimento del danno morale patito dalla ricorrente per violazione delle regole sul giusto processo. Quanto alla domanda di risarcimento del danno patrimoniale derivato dal mancato ripristino della quota ereditaria, invece, la Corte l'ha rigettata, giudicando non provato che il procedimento nazionale, ove fosse pervenuto all'esame del merito, si sarebbe concluso con esito positivo per la sig.ra Valkova.

La sentenza in esame dà conferma e seguito a quella della stessa Corte EDU *Petko Petkov c. Bulgaria* n. 2834/06, 19 febbraio 2013, resa su un caso totalmente sovrapponibile a quello di cui si tratta (con l'unica differenza che il convenuto nell'azione di riduzione era uno zio, e non un cugino, della parte attrice).

Tale orientamento appare di peculiare interesse, perché - oltre a ribadire il consolidato indirizzo secondo cui le restrizioni di natura procedurale sono compatibili con il giusto processo solo in quanto siano chiare, facilmente conoscibili e prevedibili alla luce della giurisprudenza e, inoltre, perseguano uno scopo legittimo e siano al medesimo proporzionate (cfr. *Lupas and others v. Romania* nn. 1434/02, 35370/02 e 1385/03, § 63, 14 dicembre 2006) - pare aprire uno spiraglio alla estensione dei principi dell'*overruling* oltre la materia strettamente processuale, in quanto

giudica incompatibile con il principio del giusto processo di cui all'articolo 6 § 1 CEDU l'impedimento all'accesso alla tutela giurisdizionale che derivi dal mancato adempimento ad un incumbente – la redazione dell'inventario dei beni ereditari – previsto dal diritto nazionale non nell'ambito della disciplina del processo ma in quello della regolazione di alcuni aspetti procedurali della tutela dei rapporti sostanziali. La Corte EDU adotta dunque un approccio pragmatico, valorizzando il dato dell'introduzione di un ostacolo di fatto alla tutela di un diritto, imprevedibile dalla parte al momento dell'esercizio dell'azione, a prescindere dalla circostanza che il suddetto ostacolo attenga al diritto processuale o rappresenti un onere, sia pure di carattere procedimentale, previsto dal diritto sostanziale.

Va comunque sottolineata la portata procedimentale dell'onere dell'inventario, che differenzia la vicenda in esame da altre – concernenti mutamenti giurisprudenziali relativi all'interpretazione o alla caducazione di norme immediatamente attributive di diritti – nelle quali la Corte EDU ha ripetutamente affermato che le esigenze di certezza del diritto e di tutela della fiducia dei cittadini non conferiscono un diritto acquisito alla coerenza giurisprudenziale (*Unédic c. Francia*, n. 20153/04, § 74, 18 dicembre 2008) e che l'evoluzione della giurisprudenza non è, di per sé, contraria alla corretta amministrazione della giustizia, poiché il venire meno di un approccio dinamico ed evolutivo rischierebbe di ostacolare le riforme o il miglioramento (*Atanasovski c. "Ex Repubblica jugoslava di Macedonia"*, n. 36815/03, § 38, 14 gennaio 2010); in termini, *Sepe e Di Leta c. Italia*, n.36167/07, § 18, 16 settembre 2014.

Nella giurisprudenza della Corte di cassazione italiana in tema di *overruling* è ben fermo – a partire dalla sentenza capofila Cass. S.S.U.U. 15144/11, fino alla recentissima Cass. VI 29506/18 – il principio che l'*overruling* opera solo in ambito strettamente processuale (per una analitica disamina della questione, si veda Cass. VI 174/15); tanto che (anche) per tale ragione - con riferimento alla decadenza dal diritto di ripetere somme versate all'Erario in osservanza di norme impositive successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime o contrastanti con il diritto dell'Unione - è stata costantemente esclusa (ad eccezione dell'isolato precedente costituito da Cass. V 22282/11) la possibilità di ancorare la decorrenza del relativo termine, invece che alla data del versamento, alla data della sentenza della Corte costituzionale o della Corte di giustizia dell'Unione europea che abbia dichiarato l'illegittimità della norma impositiva (Cass. V 13087/12, Cass. S.S.U.U. 13676/14, Cass. VI 15530/16).

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – DIRITTO ALLA SALUTE – PERSISTENTE SITUAZIONE DI INQUINAMENTO AMBIENTALE PROVOCATO DALLO STABILIMENTO ILVA DI TARANTO – ASSENZA DI MISURE STATALI VOLTE A GARANTIRE UN'EFFICACE PROTEZIONE DI TALI DIRITTI – ASSENZA DI RIMEDI INTERNI - VIOLAZIONE – SUSSISTENZA.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Costituzione**, artt. 9 e 32

**Convenzione EDU**, artt. 2, 8 e 13

**Normativa nazionale**: D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU, Sez. I, sentenza 24 gennaio 2019, Cordella e altri c. Italia (nn. 54414/13 e 54264/15).**

Diritto al rispetto della vita privata e familiare – Art. 8, Convenzione e.d.u. – Persistente situazione di inquinamento ambientale provocato dallo stabilimento ILVA di Taranto - Assenza di misure statali volte a garantire un'efficace protezione di tali diritti – Violazione - Diritto a un ricorso effettivo – Art. 13, Convenzione e.d.u. – Violazione.

## **Abstract**

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza in esame, pronunciandosi sul caso "ILVA" in cui si discuteva dell'inerzia delle Autorità statali nell'adottare provvedimenti normativi ed amministrativi volti a proteggere gli abitanti della zona ad alto rischio ambientale in cui è sito l'insediamento dell'ILVA di Taranto, ha ritenuto all'unanimità violata da parte dell'Italia la norma convenzionale dell'art. 8, Convenzione EDU, unitamente all'art. 13, che prevede il diritto ad un ricorso effettivo.

Nel caso in esame, 180 ricorrenti si erano lamentati degli effetti sull'ambiente e sulla loro salute delle emissioni tossiche promananti dalle acciaierie dell'Ilva di Taranto, e sull'inefficacia dei rimedi interni. La Corte ha considerato che 19 ricorrenti non avevano lo "*status*" di vittima, dal momento che non vivevano in una delle città classificate ad alto rischio ambientale: Taranto, Crispiano, Massafra, Montemesola e Statte. La Corte di Strasburgo ha rilevato, in particolare, che la persistenza di una situazione di inquinamento ambientale ha messo in pericolo la salute dei ricorrenti e, più in generale, quella dell'intera popolazione che vive nelle aree a rischio. La

Corte ha inoltre dichiarato che le autorità nazionali non avevano assunto tutte le misure necessarie volte a garantire un'efficace protezione del diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata. Infine, la Corte ha ritenuto che questi ricorrenti non avessero avuto a disposizione un rimedio effettivo, consentendo loro di presentare presso le autorità nazionali le loro denunce in merito al fatto che fosse impossibile ottenere misure per garantire la decontaminazione delle aree pertinenti.

Ai sensi dell'articolo 46 (forza vincolante ed esecuzione delle sentenze), la Corte ha ribadito che spetta al Comitato dei Ministri indicare al Governo italiano le misure che dovranno essere assunte per garantire l'esecuzione della sentenza della Corte EDU, pur specificando che gli interventi di bonifica della fabbrica e delle aree colpite dall'inquinamento ambientale si presentano essenziali e urgenti, e che il piano ambientale approvato dalle autorità nazionali, che ha stabilito le necessarie misure ed azioni per garantire la protezione dell'ambiente e della salute della popolazione, deve essere implementato il più rapidamente possibile.

#### 1. Il caso

Il caso, deciso il 24 gennaio u.s., trae origine da due ricorsi (n. 54414/13 e 54264/15) contro l'Italia, presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione e.d.u., da 180 ricorrenti (52 per il ricorso n. 54414/13; 128 per il ricorso n. 54264/15) che vivono attualmente o hanno vissuto in passato nel comune di Taranto o nelle zone limitrofe. L'impianto di Taranto dell'Ilva è il più grande complesso di acciaierie industriali in Europa. Copre un'area di 1.500 ettari e conta circa 11.000 dipendenti. Sull'impatto delle emissioni dell'impianto sull'ambiente e sulla salute della popolazione locale sono stati diffusi nel corso degli anni diversi rapporti scientifici allarmanti. Il 30 novembre 1990 il Consiglio dei ministri ha individuato i comuni "ad alto rischio ambientale" (tra cui Taranto) e ha chiesto al Ministero dell'Ambiente di elaborare un piano di decontaminazione per bonificare le aree interessate. Dalla fine del 2012 in poi, il Governo ha adottato una serie di interventi normativi, tra cui i cosiddetti Decreti "*Salva-Ilva*" relativi all'attività della società Ilva di Taranto. In conformità al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 settembre 2017, il termine per l'attuazione delle misure previste dal piano di risanamento ambientale è stato prorogato all'agosto 2023. In tale contesto, con un ricorso volto all'annullamento e alla sospensione dell'esecuzione di tale decreto, la regione Puglia e il comune di Taranto avevano adito il tribunale amministrativo regionale dolendosi delle conseguenze sull'ambiente e sulla salute pubblica dell'ulteriore proroga del termine per l'attuazione delle misure ambientali, prospettando altresì una questione di costituzionalità sul punto. I relativi processi amministrativi sono ancora pendenti. Una nutrita serie di procedimenti penali, nel frattempo, sono stati avviati contro il *board* della società Ilva a causa dei gravi problemi ecologici, dei danni, dell'avvelenamento delle sostanze alimentari, della mancata prevenzione degli incidenti sul posto di lavoro, del degrado della proprietà pubblica,

delle emissioni inquinanti in particolare e dell'inquinamento atmosferico in generale. Alcuni di questi procedimenti davanti all'autorità giudiziaria sono culminati in condanne nel 2002, 2005 e 2007. Tra l'altro, la Corte di Cassazione ha affermato che il *management* dello stabilimento Ilva di Taranto era responsabile dell'inquinamento atmosferico, dello scarico di materiali pericolosi e dell'emissione di particolato (Sez. 3, n. 38936 del 28/09/2005 – dep. 24/10/2005, Riva ed altri, Rv. 232359 – Rv. 232360). I giudici di legittimità hanno altresì rilevato che la produzione di particolato inquinante persisteva nonostante numerosi accordi con le autorità locali nel 2003 e nel 2004.

Con una sentenza del 31 marzo 2011 (C-50/10), la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato che l'Italia era venuta meno ai propri obblighi ai sensi della direttiva 2008/1 CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento. Nel contesto di una procedura di infrazione contro l'Italia, avviata il 16 ottobre 2014, la Commissione europea ha inoltre emesso un parere motivato chiedendo alle autorità italiane di rimediare ai gravi problemi di inquinamento accertati. Ha preso atto che l'Italia non aveva adempiuto ai propri obblighi di garantire che le acciaierie si conformassero alla Direttiva sulle emissioni industriali (direttiva n. 2010/75/UE, che sostituisce la precedente direttiva n. 2008/1/CE a far data dal 7 gennaio 2014).

2. Invocando in particolare gli articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), i ricorrenti si erano lamentati del fatto che lo Stato non aveva adottato misure legittime e regolamentari per proteggere la loro salute e l'ambiente, e di non essere riuscito a fornire loro informazioni sull'inquinamento e sui rischi connessi alla loro salute. La Corte EDU ha deciso di considerare questi ricorsi esclusivamente ai sensi dell'art. 8.

Basandosi poi sull'articolo 13 (diritto a un ricorso effettivo), i ricorrenti avevano sostenuto che vi era stata una violazione del loro diritto a un rimedio efficace.

Basandosi, infine, sull'articolo 46 (forza vincolante ed esecuzione delle sentenze), i ricorrenti di cui al ricorso n. 54264/15, avevano chiesto l'avvio della procedura per una sentenza "pilota".

I ricorsi venivano presentati alla Corte europea dei diritti dell'uomo il 29 luglio 2013 e il 21 ottobre 2015.

3. La Corte di Strasburgo esaminando il primo profilo attinente alla ricevibilità, ha rilevato che 19 ricorrenti non rivestivano lo *status* di vittima, dal momento che non vivevano nei comuni colpiti dalle emissioni dell'impianto di Ilva a Taranto – le città classificate come tali ad alto rischio ambientale erano Taranto, Crispiano, Massafra, Montemesola e Statte – e gli stessi non avevano dimostrato di essere stati personalmente colpiti dalla situazione lamentata.

4. Quanto al merito della questione, con riferimento alla violazione dell'articolo 8 concernente i ricorrenti residenti nelle aree colpite, la Corte ha osservato che, a partire dagli anni '70, gli studi scientifici avevano dimostrato gli effetti inquinanti delle emissioni dallo stabilimento Ilva di Taranto sull'ambiente e sulla salute pubblica. Infatti, i risultati di tali rapporti, molti dei quali emessi da organismi statali e regionali, erano incontestati dalle parti. Tra gli altri dati, il rapporto SENTIERI 2012 (*Studio Epidemiologico Nazionale del Territorio e degli Insediamenti Esposti a Rischio Inquinamento*) ha confermato l'esistenza di un legame causale tra l'esposizione ambientale alle sostanze cancerogene inalabili prodotte dalla società Ilva e lo sviluppo di tumori polmonari, pleurici e di patologie cardiovascolari nelle persone residenti nelle aree colpite. Inoltre, uno studio del 2016 aveva dimostrato l'esistenza di un legame causale tra l'esposizione a *PM10* (ossia le "polveri sottili") e al *SO2* (Diossido di zolfo) da fonti industriali, derivanti dall'attività produttiva dell'Ilva, e l'aumento della mortalità per cause naturali, tumori e malattie ai reni e cardiovascolari nella popolazione di Taranto.

5. La Corte ha rilevato che, nonostante i tentativi delle autorità nazionali di ottenere la decontaminazione dell'area in questione, i progetti realizzati non avevano finora prodotto i risultati desiderati. Le misure raccomandate dal 2012 in poi nel contesto dell'"AIA" (la c.d. autorizzazione integrata ambientale), al fine di ridurre l'impatto ambientale della fabbrica non erano state mai realmente introdotte, tant'è che la mancata attuazione di tali misure era stata all'origine di una procedura di infrazione dinanzi alle autorità dell'Unione europea. Inoltre, il termine per l'attuazione del piano ambientale approvato nel 2014 è stato rinviato ad agosto 2023. La procedura messa in atto per raggiungere gli obiettivi identificati per bonificare l'area era quindi estremamente lenta. Nel frattempo, il Governo era intervenuto in numerose occasioni attraverso misure urgenti (i cosiddetti decreti "*Salva-Ilva*") per garantire che le acciaierie continuassero la produzione, nonostante la constatazione da parte delle autorità giudiziarie competenti, sulla base di relazioni di esperti chimici ed epidemiologici, che esistevano gravi rischi per la salute e per l'ambiente. Inoltre, era stata concessa un'immunità amministrativa e penale alle persone responsabili di garantire il rispetto dei requisiti ambientali, in particolare all'amministratore giudiziario ed al futuro acquirente dell'azienda. Questa situazione è stata aggravata dall'incertezza derivante, da un lato, dallo stato di dissesto finanziario della società e, dall'altro, dall'opzione concessa al futuro acquirente di posticipare le operazioni di bonifica all'interno della fabbrica. La realtà, dunque, è che la gestione da parte delle autorità nazionali delle questioni ambientali riguardanti l'attività produttiva nelle aree limitrofe allo stabilimento Ilva di Taranto era, al momento, in una situazione di stallo.

6. Per questi motivi, la Corte ha ritenuto che la persistenza di una situazione d'inquinamento ambientale aveva messo in pericolo la salute dei ricorrenti e, più in generale, quella dell'intera popolazione residente nelle aree a rischio, rimaste, così come stanno le cose, senza informazioni su come procedere nelle operazioni di bonifica del territorio in questione, in particolare per

quanto riguarda i termini di inizio dei relativi interventi. Pertanto, ha rilevato che le autorità nazionali non erano riuscite ad adottare tutte le misure necessarie per garantire una protezione efficace del diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata. Pertanto, non era stato assicurato il giusto equilibrio, da un lato, tra l'interesse dei ricorrenti a non essere soggetti al grave inquinamento ambientale che avrebbe potuto influire sul loro benessere e sulla loro vita privata e, dall'altro, gli interessi della società nel suo complesso.

Ne è conseguita, dunque, per la Corte EDU una violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

7. La Corte ha poi dichiarato che i ricorrenti non avevano avuto a disposizione un rimedio efficace che consentisse loro di portare davanti alle autorità nazionali le loro doglianze relative al fatto che era impossibile ottenere misure per garantire la decontaminazione delle aree interessate dalle emissioni tossiche dell'impianto dell'Ilva.

Vi era stata quindi anche una violazione dell'articolo 13 della Convenzione.

8. Infine, la Corte ha ritenuto che non fosse necessario applicare la procedura della c.d. sentenza pilota. In tal senso, ha ribadito che spetta al Comitato dei Ministri, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione (*forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*) indicare al Governo italiano le misure che, in termini pratici, dovranno essere adottate per garantire l'esecuzione della sentenza della Corte. In questo contesto, tuttavia, ha sottolineato che gli interventi di bonifica dello stabilimento e delle aree colpite dall'inquinamento ambientale sono essenziali e urgenti. Pertanto, il piano ambientale approvato dalle autorità nazionali, che ha indicato le misure e le azioni necessarie per assicurare protezione ambientale e sanitaria alla popolazione, dovrebbe essere attuato il più rapidamente possibile.

9. Quanto, infine, alla richiesta di liquidazione di una somma di denaro ai sensi dell'art. 41 (equa soddisfazione), la Corte ha ritenuto che la constatazione di una violazione costituiva di per sé sufficiente soddisfazione a titolo di danno non patrimoniale, condannando quindi l'Italia a corrispondere la somma di 5.000 euro, a titolo di costi e spese sostenute per ciascun ricorso.

10. I precedenti della Corte di Strasburgo che si occupano del tema dell'inquinamento industriale, affrontano, in particolare, il tema con riferimento al pericolo per la salute delle persone e agli altri effetti negativi per l'ambiente.

11. Con riferimento al tema «*pericolo per la salute delle persone*», le decisioni richiamate dalla Corte interessano molti Paesi aderenti alla Convenzione.

12. Tra le più significative, il caso **Oneryildiz c. Turchia [GC] del 30 novembre 2004** (n. 48939/1999), in cui la Grande Camera confermava la decisione già presa dalla Corte il 18 giugno 2002. Il ricorrente, che aveva perso 9 componenti della sua famiglia a causa di un'esplosione,

verificatasi in una zona adibita a discarica, ma abitata da migliaia di persone che vivevano in situazioni precarie, lamentava la negligenza delle autorità pubbliche. La Corte rileva una violazione sostanziale dell'art. 2 perché lo Stato, pur conscio di un pericolo immediato e reale, non ha compiuto gli sforzi necessari per prevenire l'esplosione e la morte di vite umane. Questa decisione costituisce un importante esempio d'interpretazione estensiva della Convenzione e del concetto di obbligazioni positive. In sintesi, quindi, la Corte di Strasburgo, con la sentenza in esame, ribadisce il principio secondo cui le autorità nazionali sono tenute, ex art. 2 della Convenzione, ad adottare misure finalizzate a tutelare il diritto alla vita. Tali misure devono concretizzarsi anche nell'emanazione di un quadro legislativo ed amministrativo volto a proteggere la vita degli individui da qualunque genere di minaccia (caso **Ilhan c. Turchia**, n. 22277/1993; caso **Kilic c. Turchia**, n. 22492/1993). Tale obbligo dello Stato si fa più forte nel contesto di attività pericolose e si concretizza anche nel dovere di fornire ai cittadini una corretta informazione. Ulteriore obbligo derivante dalla norma in questione consiste nel dovere di garantire, nel rispetto del quadro legislativo e amministrativo adottato, la repressione e la punizione delle violazioni delle leggi vigenti nell'ordinamento interno (caso **Osman c. Regno Unito**, n. 23452/1994). La Corte ribadisce, poi, in relazione all'art. 1 Protocollo n. 1, il principio generale secondo cui l'effettivo esercizio del diritto sancito dalla norma non dipende solo dal dovere di uno Stato di non interferire nel godimento dello stesso, ma richiede anche l'adozione da parte delle autorità a ciò preposte di misure concrete finalizzate alla tutela della proprietà (caso **Bielectric S.r.l. c. Italia**, n. 36811/ 1997).

13. Limitando, poi, l'attenzione ai soli casi che hanno interessato l'Italia, si segnala anzitutto il caso **Guerra e altri c. Italia del 17 dicembre 2002** (n. 14967/1989), che trae origine dal ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo promosso da 40 cittadine del comune di Manfredonia, comune situato ad un chilometro circa dalla fabbrica chimica della società anonima Enichem-Agricoltura, insediatasi nel territorio di Monte Sant'Angelo. Nel 1988 la fabbrica, che produceva fertilizzanti e caprolattame, fu classificata ad alto rischio in base ai criteri introdotti dal D.P.R. n. 175/1988, che ha recepito in Italia la famosa direttiva Seveso (Direttiva n. 82/501/Cee) riguardante i rischi da incidenti rilevanti determinati da certe attività industriali dannose per l'ambiente e il benessere delle popolazioni interessate. Secondo il parere dei ricorrenti, non contestato dal governo italiano, nel corso del suo ciclo di produzione lo stabilimento chimico avrebbe liberato nell'aria grandi quantità di gas infiammabile e, questo avrebbe potuto provocare reazioni chimiche esplosive che avrebbero liberato sostanze altamente tossiche. La Corte, nel riconoscere la violazione dell'art. 8 della Convenzione, afferma che viene meno all'obbligo di tutelare il diritto al rispetto della vita privata e familiare lo Stato che, in caso di grave pericolo per l'ambiente, non dà le informazioni che permettono di valutare i rischi potenziali legati al fatto di continuare a risiedere in un territorio esposto a pericolo di inquinamento.

14. Altra vicenda riguardante il nostro Paese, è quella relativa al caso **Giacomelli c. Italia del 2 novembre 2006** (n. 59909/2000), riguardante invece il ricorso proposto per violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) in relazione a provvedimenti regionali di autorizzazione dell'attività di trattamento di rifiuti da parte di un'azienda operante nel territorio di residenza della ricorrente. La questione era stata sottoposta alla Corte successivamente alla presentazione in sede nazionale di una pluralità di ricorsi con i quali la ricorrente aveva impugnato avanti il competente tribunale amministrativo regionale atti della regione di autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'azienda o che consentivano modifiche degli impianti e dei procedimenti di trattamento dei rifiuti, ivi compresa l'attività di inertizzazione di rifiuti tossici. Dei giudizi avviati dalla ricorrente solo uno si era concluso in senso favorevole: infatti il Consiglio di Stato, confermando la sentenza del tribunale amministrativo regionale, aveva ritenuto che dovesse essere annullato l'atto della regione che rinnovava l'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'azienda, poiché emanato senza previa valutazione dell'impatto ambientale. I procedimenti avviati per l'annullamento degli altri atti autorizzatori si erano conclusi con il rigetto del ricorso, mentre il procedimento avviato avverso l'atto regionale del 23 aprile 2004, con cui si rinnovava per cinque anni l'autorizzazione all'esercizio dell'attività d'impresa, risultava ancora pendente all'atto di presentazione del ricorso avanti la Corte di Strasburgo. Il Ministero dell'Ambiente aveva adottato, il 24 maggio 2000, un decreto di valutazione d'impatto ambientale (VIA) che dichiarava l'attività dell'impresa incompatibile con le disposizioni di tutela dell'ambiente e riteneva possibile la prosecuzione dell'attività stessa fino al 29 aprile 2004 a condizione che l'impresa rispettasse specifiche prescrizioni. Il Ministero dell'Ambiente, a seguito d'impugnazione del decreto avanti al TAR da parte dell'azienda emanava un nuovo decreto di VIA, sostanzialmente confermativo del precedente, anch'esso impugnato dalla suddetta azienda avanti al giudice amministrativo. Il 28 aprile 2004 veniva emanato un ulteriore decreto di VIA con cui si consentiva il proseguimento dell'attività dell'azienda a condizione del rispetto di specifiche misure tecniche. Questo decreto veniva impugnato dalla ricorrente il cui ricorso era successivamente rigettato per motivi procedurali. Anche la locale ASL e l'ARPA competente avevano presentato rapporti, in cui si evidenziavano omissioni dell'azienda nel rispetto di misure e prescrizioni normativamente previste. La ricorrente, denunciando che il rumore persistente e le emissioni nocive dell'impianto, situato a poca distanza dalla sua abitazione, avevano comportato gravi disturbi all'ambiente ed un rischio permanente per la sua salute e la casa, si rivolgeva alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo al fine di sentire dichiarare la violazione dell'art. 8 CEDU. La Corte, in accoglimento del ricorso, afferma che l'art. 8 della Convenzione riconosce il diritto di ciascun individuo al rispetto della propria abitazione, inteso non solo nel senso di reale spazio fisico, ma anche come pacifico godimento della stessa. La violazione di tale diritto non è limitata solo alla concreta e fisica violazione, ma include anche elementi che non sono fisici o concreti, quali per esempio rumori, emissioni, odori o altre forme di interferenza, che impediscono ad un soggetto di poter godere pacificamente della propria

abitazione. Le autorità nazionali, quando sono chiamate a prendere delle scelte in materia ambientale, devono compiere opportuni studi ed indagini in modo che gli effetti delle attività, che potrebbero danneggiare l'ambiente o violare i diritti delle persone, possano essere previsti e valutati in anticipo, così da garantire un giusto equilibrio tra l'interesse dell'individuo e quello della comunità in generale. Se ciò non avviene, sussiste la violazione della norma convenzionale in oggetto.

15. Deve, infine, evidenziarsi come, nel caso *Cordella ed altri c. Italia*, oggetto della presente informativa, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che si versasse in una situazione diversa da quella che, in altra vicenda, aveva determinato l'irricevibilità del ricorso. Si tratta, in particolare, del caso **Smaltini c. Italia del 24 marzo 2015** (n. 43961/09), in cui la Corte EDU ha dichiarato irricevibile il ricorso presentato nel 2009 dall'italiana G. Smaltini, anch'esso relativo ad una vicenda che vedeva coinvolto lo stabilimento ILVA di Taranto, città di residenza della ricorrente nonché sede dell'acciaiera responsabile di emissioni altamente inquinanti per l'ambiente circostante e gravemente nocive per la salute degli abitanti del luogo. La ricorrente, a cui nel settembre 2006 era stata diagnosticata una leucemia mieloide acuta, aveva successivamente sporto querela alla Procura della Repubblica di Taranto per lesioni personali, affermando che l'inquinamento ambientale provocato dalle emissioni dello stabilimento ILVA era causa della patologia sofferta, come dimostrato dalle allegazioni documentali prodotte (cartella clinica, un articolo di giornale relativo alla condanna riportata da alcuni dirigenti della società, un rapporto non datato, reperito in rete, relativo alle emissioni di sostanze cancerogene prodotte dall'ILVA dove si riferivano dati elaborati dall'Istituto Superiore di Sanità). La Procura di Taranto rilevava che il rapporto di causalità tra la patologia diagnosticata alla ricorrente e le emissioni nocive dell'acciaiera non era stato sufficientemente provato e, di conseguenza, proponeva l'archiviazione del caso. Nella sua opposizione la ricorrente integrava la denuncia, semplicemente citando le ricerche condotte nella provincia di Taranto dalla sezione cittadina dell'Associazione Italiana contro la Leucemia (AIL) e depositando altri documenti pertinenti alla questione, ma generici. Il 19 gennaio 2009 il Giudice per le Indagini Preliminari (GIP) di Taranto, dopo un supplemento di indagini disposto d'ufficio, accoglieva la richiesta del Pubblico Ministero di archiviazione del caso, ritenendo non sufficientemente provata l'esistenza del nesso eziologico tra le emissioni prodotte dallo stabilimento ILVA e la patologia della ricorrente. Il 7 agosto 2009, la Smaltini proponeva ricorso a Strasburgo, invocando la violazione dell'art. 2 CEDU. In seguito al decesso della ricorrente, dovuto ad una meningite incurabile per effetto del suo precario stato clinico, la causa veniva proseguita dagli eredi. La Corte di Strasburgo, sulla base delle risultanze emerse dalle perizie di parte e d'ufficio già esaminate dal giudice nazionale, ha constatato, innanzitutto, che tra le coetanee della ricorrente, e nell'area geografica considerata, non si segnalava un'incidenza di casi di leucemia maggiore rispetto alla media italiana; ha constatato,

poi, che nell'approfondimento del contraddittorio garantito alla ricorrente, la stessa non era riuscita a provare l'esistenza del nesso di causalità richiesto.

Pertanto, la Corte ha emesso una declaratoria di irricevibilità per manifesta infondatezza dei motivi di ricorso (art. 35, par. 3 e 4).

16. Diversamente, nell'attuale caso *Cordella ed altri c. Italia*, i ricorrenti hanno denunciato l'assenza di misure statali per proteggere la loro salute e l'ambiente. È solo su quest'ultima domanda, diversa da quella in discussione nel caso *Smaltini* che la Corte è stata chiamata a decidere. In altri termini, l'impostazione del ricorso *Smaltini*, fondato unicamente sulla violazione da parte delle autorità nazionali degli obblighi procedurali connessi alla tutela del diritto alla vita ex art. 2 della Convenzione, aveva inciso profondamente sugli esiti della causa, donde la Corte di Strasburgo aveva in quel caso limitato le proprie valutazioni al dato testuale del *petitum*, dove si lamentava solamente la mancata constatazione da parte delle autorità nazionali dell'esistenza di un rapporto di causalità tra le emissioni inquinanti prodotte dallo stabilimento ILVA e la patologia diagnosticata alla ricorrente, deceduta nelle more del giudizio. Da qui, dunque, la diversità dei casi che ha consentito, in quello deciso il 24 gennaio 2019, di esaminare *funditus* la questione, pervenendo ad un giudizio di condanna dell'Italia, non incidendo la circostanza del mancato esperimento delle vie di ricorso interno, perché, in relazione al *petitum* proposto nel caso *Cordella ed altri*, non vi era alcuna necessità di sperimentarle.

Si ricorda, come è noto, che entro tre mesi l'Italia potrà decidere se proporre o meno istanza di rimessione alla Grande Camera della questione.

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

DIVIETO DI TORTURA E DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Costituzione**, artt. 13 e 111

**Convenzione EDU**, artt. 3, 6 ed 8

**Codice di procedura penale**, artt. 63 s., 143 ss.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU, Sez. I, sentenza 24.1.2019, caso Knox c. Italia.**

Divieto di tortura e diritto al rispetto della vita privata e familiare – interrogatorio dell'indiziato di reato – maltrattamenti e pressioni psicologiche – violazione (sotto il solo profilo processuale, per difetto di effettive indagini su quanto denunciato dall'interessata).

Diritto ad un processo equo – interrogatorio dell'indiziato di reato – diritto all'assistenza di un difensore – violazione – diritto all'assistenza di un interprete indipendente – violazione.

## **Abstract**

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Sez. I, sentenza 24/01/2019, caso Knox c. Italia), all'unanimità, ha ritenuto l'Italia responsabile della violazione degli articoli 3 (Proibizione della tortura) – sotto il solo profilo processuale – e 6 (Diritto a un equo processo) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel procedimento al termine del quale la ricorrente Amanda Knox è stata condannata per calunnia; ha conseguentemente riconosciuto il diritto della ricorrente alla corresponsione di una somma di denaro (in totale, euro 18.400, dei quali 10.400 a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale danno, ed 8.000 a titolo di rifusione di costi e spese sopportati per la procedura), non anche alla ripetizione del giudizio interno (secondo la c.d. "clausola Ocalan).

1. Le doglianze della ricorrente.

La ricorrente aveva denunciato la violazione degli artt. 3 ed 8, e dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. C), della Convenzione EDU, lamentando di aver subito maltrattamenti dalla Polizia di Stato nel corso dell'interrogatorio del 6 novembre 2007, nel corso del quale la donna aveva accusato un cittadino congolese che, all'epoca dei fatti, lavorava in un bar di Perugia, di aver ucciso Meredith Kercher

(l'uomo è stato conclusivamente assolto dall'accusa, mentre la dichiarante è stata condannata per il reato di calunnia alla pena di anni tre di reclusione).

In particolare, nel corso del predetto interrogatorio, ella sarebbe stata sottoposta a trattamenti degradanti ad opera di appartenenti alle forze dell'ordine, che la avrebbero schiaffeggiata, sottoponendola inoltre a violentissima pressione psicologica e privandola del sonno (la stessa Corte d'Appello perugina aveva rilevato l'abnormità della durata degli interrogatori, evidenziando che le prime dichiarazioni erano state immediatamente ritratte).

Inoltre, la donna, pur essendo già indiziata di reato, non era stata informata del diritto di essere assistita da un legale di sua fiducia, e non era stata assistita da un difensore nel corso del predetto interrogatorio; ella non aveva neppure fruito dell'assistenza di un interprete indipendente, poiché quello fornito dalle forze dell'ordine non si sarebbe limitato ad eseguire l'incarico conferito, ma avrebbe svolto una indebita attività di "mediazione" tra l'interessata e le Autorità procedenti.

## 2. L'esaurimento delle vie di ricorso interne.

La Corte EDU ha preliminarmente ribadito l'orientamento (da ultimo, Sez. I, 17/03/2016, caso ZALYAN ed altri c. Armenia; Sez. I, 28/03/2017, caso ŠKORJANEC c. Croazia) secondo il quale non può ritenersi il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne nel caso in cui, alla data del ricorso, sia tuttora in corso il giudizio di rinvio, quando l'affermazione di responsabilità sia già divenuta definitiva (nel caso in esame, il giudizio di rinvio aveva ad oggetto unicamente la configurabilità o meno di una circostanza aggravante, mentre l'affermazione di responsabilità in ordine al delitto di calunnia ascritto alla ricorrente era già definitiva).

## 3. La violazione dell'art. 3 Conv. EDU.

Ciò premesso, la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU, ma sotto il solo profilo procedurale, non anche sotto quello sostanziale.

A parere della Corte di Strasburgo, sotto il profilo sostanziale non risultava adeguatamente dimostrato il fatto che la ricorrente fosse stata effettivamente sottoposta ai denunciati maltrattamenti e pressioni psicologiche, volti ad indurla a rendere confessione in ordine al delitto oggetto d'indagine.

Nondimeno, l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 3 sotto il profilo procedurale, in difetto dello svolgimento di una inchiesta volta ad accertare se effettivamente fosse avvenuto quanto denunciato dalla ricorrente, il che aveva impedito di acquisire elementi idonei a corroborare la denunciata violazione dell'art. 3 sotto il profilo sostanziale.

3.1. La Corte di Strasburgo ha richiamato, in proposito, la propria decisione emessa dalla *Grande Chambre*, 28/09/2015, caso BOUYID contro Belgio, secondo la quale uno schiaffo data da agenti di polizia nei confronti di individui sotto il loro controllo integra un trattamento degradante, poiché, laddove un individuo sia privato della sua libertà o, più generalmente, si confronti con funzionari di polizia, ogni ricorso alla forza fisica che non sia reso necessario dalla condotta della persona lede la dignità umana e viola in linea di principio il diritto definito nell'articolo 3.

In tali casi, inoltre, chi denuncia di essere stato vittima di simili trattamenti ha diritto allo svolgimento di un'indagine effettiva, in difetto della quale è configurabile una violazione dell'articolo 3.

4. La violazione dell'art. 6 Conv. EDU.

La Corte EDU ha condannato l'Italia anche per violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. C), della Convenzione EDU, sotto due profili:

- in primo luogo, la ricorrente non era stata assistita da un difensore nel corso del menzionato interrogatorio del 6 novembre 2007, sebbene fosse già destinataria di accusa penale secondo i criteri della Convenzione;

- inoltre, ella non aveva fruito di adeguata assistenza di un interprete – necessaria in considerazione del fatto che la donna era alloglotta – poiché quello che era stato messo a sua disposizione non si era limitato ad eseguire l'incarico conferito, ma aveva svolto una indebita attività di "mediazione", elemento che, sebbene portato ripetutamente all'attenzione delle autorità nazionali, ancora una volta non era stato oggetto di approfondimenti.

4.1. La Corte di Strasburgo ha richiamato, in proposito, la propria decisione emessa dalla *Grande Chambre*, 12/05/2017, caso SIMEONOV contro Bulgaria, secondo la quale le garanzie accordate dall'art. 6 sono applicabili a partire non soltanto dal momento nel quale una formale accusa sia ufficialmente notificata, ma anche dal momento nel quale la posizione dell'indagato sia considerevolmente intaccata dalle azioni intraprese dalle autorità procedenti come un risultato del sospetto nei suoi confronti (§§ 110-111), e quella emessa dalla *Grande Chambre*, 13/09/2016, caso IBRAHIM ed altri contro Regno Unito.

Quest'ultima, in particolare, aveva efficacemente osservato che

*296. La Cour doit tout d'abord déterminer à quel moment les garanties de l'article 6 ont commencé à s'appliquer au quatrième requérant. À l'inverse des trois premiers requérants, immédiatement placés en état d'arrestation, il a été interpellé par des policiers en tant que témoin potentiel et invité à les accompagner au commissariat pour les aider dans leur enquête (paragraphe 139 ci-dessus). La Cour admet que, à ce stade, la police ne le soupçonnait pas d'être mêlé à une infraction pénale et qu'il ne peut prétendre que les actes effectués en raison des soupçons qui auraient pesé sur lui ont eu des répercussions importantes sur sa situation (paragraphe 249 ci-dessus). Or,*

*alors qu'il était interrogé en tant que témoin, le quatrième requérant a commencé à s'auto-incriminer et les policiers qui conduisaient l'interrogatoire ont interrompu celui-ci afin de demander des instructions à leur supérieur. La Cour est convaincue qu'à ce stade l'interrogatoire avait donné corps au soupçon de perpétration par lui d'une infraction pénale, de sorte que, à partir de ce moment-là, les actions effectuées par la police ont eu des répercussions importantes sur sa situation et qu'il était dès lors l'objet d'une «accusation en matière pénale» au sens autonome que revêt cette expression sur le terrain de l'article 6 de la Convention.*

Proprio richiamando la predetta affermazione, la Corte EDU ha, nel caso ora in esame, osservato che, anche a voler ritenere che i necessari indizi di reità non risultassero già acquisiti nel momento dell'interrogatorio svolto alle ore 1.45 del 6.11.2007, a conclusione diverse doveva giungersi, come riconosciuto anche dal Governo italiano, per il successivo interrogatorio svolto alle ore 5.45.

La Corte – sempre in linea con i propri precedenti in materia (Corte EDU, *Grande Chambre*, 09.11.2018, caso BEUZE c. Belgio) – ha ribadito che le restrizioni al diritto di essere assistito da un avvocato sono legittime solo se:

- 1) giustificate da 'validi motivi' (c.d. *compelling reasons*);
- 2) vi si ricorra solo in circostanze eccezionali;
- 3) abbiano natura temporanea;
- 4) vengano parametrate su una valutazione individuale delle circostanze particolari del caso concreto.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ha osservato che le autorità italiane non avevano allegato né dei validi motivi, né delle speciali circostanze in grado di giustificare una limitazione delle garanzie della ricorrente, e neppure erano riuscite a dimostrare che, nonostante l'accertata indebita restrizione del diritto della ricorrente all'assistenza di un difensore, il processo potesse definirsi ugualmente equo.

4.2. Con riferimento al diritto all'assistenza di un interprete, la Corte di Strasburgo ha ricordato che incombe sulle Autorità procedenti l'onere non soltanto di nominare, ma anche di controllare di continuo la proficuità dell'operato dell'interprete nominato nell'interesse del soggetto assistito, richiamando, in proposito, la propria decisione emessa dalla IV Sezione, 28/08/2018, caso VIZGIRDA contro Slovenia, che aveva efficacemente osservato quanto segue:

*75. Under paragraph 3 (a) of Article 6 of the Convention, any person charged with a criminal offence has the right "to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him". Whilst this provision does not specify that the relevant information should be given in writing or translated in written form for a foreign defendant, it does point to the need for special attention to be paid to the notification of the "accusation" to the defendant. An indictment plays a crucial role in the criminal*

process, in that it is from the moment of its service that the defendant is formally put on notice of the factual and legal basis of the charges against him. A defendant not familiar with the language used by the court may be at a practical disadvantage if the indictment is not translated into a language which he understands (see *Hermi v. Italy* [GC], no. 18114/02, § 68, ECHR 2006-XII).

76. In addition, paragraph 3 (e) of Article 6 states that every defendant has the right to the free assistance of an interpreter. That right applies not only to oral statements made at the trial hearing but also to documentary material and the pre-trial proceedings (see *Hermi*, cited above, § 69). As regards the pre-trial phase, the Court notes that the assistance of an interpreter, as that of a lawyer, should be provided from the investigation stage, unless it is demonstrated that there are compelling reasons to restrict this right (see *Baytar*, cited above, § 50, and *Diallo v. Sweden* (dec.), no. 13205/07, § 25, 5 January 2010).

77. An accused who cannot understand or speak the language used in court has, therefore, the right to the free assistance of an interpreter for the translation or interpretation of all those documents or statements in the proceedings instituted against him which it is necessary for him to understand or to have rendered into the court's language in order to have the benefit of a fair trial (see *Hermi*, cited above, § 69).

78. However, paragraph 3 (e) does not go so far as to require a written translation of all items of written evidence or official documents in the procedure. In that connection, it should be noted that the text of the relevant provisions refers to an "interpreter", not a "translator". This suggests that oral linguistic assistance may satisfy the requirements of the Convention (see *Husain v. Italy* (dec.), no. 18913/03, 24 February 2005).

79. The fact remains, however, that the interpretation assistance provided should be such as to enable the defendant to have knowledge of the case against him and to defend himself, notably by being able to put before the court his version of the events (see *ibid.*; *Hermi*, cited above, § 70; and *Güngör v. Germany* (dec.), no. 31540/96, 17 May 2001). The Court notes in this connection that the obligation of the competent authorities is not limited to the appointment of an interpreter but, if they are put on notice in the particular circumstances, may also extend to a degree of subsequent control over the adequacy of the interpretation (see *Kamasinski v. Austria*, 19 December 1989, § 74, Series A no. 168), and *Diallo*, cited above, § 23).

Ciò premesso, la Corte di Strasburgo ha ribadito che l'interprete deve fornire un effettivo ausilio all'accusato ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, ma il suo comportamento non deve mettere a repentaglio l'equità del processo.

Nel caso in esame, al contrario, l'interprete nominata aveva indebitamente inteso tessere una relazione umana ed emotiva con la ricorrente, auto-attribuendosi un ruolo di mediazione con le Autorità procedenti, assumendo un ruolo in un certo senso materno, che certamente non le era richiesto.

Tuttavia, pur avendo la ricorrente posto questi motivi di gravame all'attenzione delle Autorità, nessuna procedura volta ad accertare il fondamento o meno delle sue allegazioni, ed in particolare se il comportamento tenuto in concreto dall'interprete avesse avuto un impatto sul procedimento in corso, pregiudicandone l'equità.

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

STAMPA – DIFFAMAZIONE COMMESSA COL MEZZO DELLA STAMPA.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Costituzione**, artt. 21

**Convenzione EDU**, art. 10

**Cod. pen.** artt. 57 e 595

**Legge** n. 47/1948, art. 13

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU, Sez. I, sentenza 7 marzo 2019, Sallusti c. Italia.**

### **Abstract**

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza depositata il 7 marzo 2019 resa sul caso *Sallusti c. Italia*, ha riconosciuto a carico dell'Italia la violazione dell'art. 10 CEDU per avere applicato al direttore di una testata giornalistica, responsabile del delitto di diffamazione a mezzo stampa, la sanzione detentiva di anni uno e mesi quattro di reclusione- peraltro successivamente commutata in pena pecuniaria dal Presidente della Repubblica- in quanto sproporzionata, in assenza di quelle circostanze eccezionali che secondo la giurisprudenza della stessa Corte europea giustificano la compressione dell'art. 10 CEDU con la misura detentiva, non condividendo le opposte conclusioni espresse in modo articolato dalla Corte di Cassazione.

1. È giunto all'esame della Corte edu il caso Sallusti, all'epoca dei fatti direttore responsabile di un noto quotidiano nazionale, condannato ad una pena detentiva di 14 mesi, successivamente commutata in pena pecuniaria dal Presidente della Repubblica – il quale nella decisione resa nell'ambito dei poteri allo stesso conferiti dall'art. 87 della Costituzione aveva condiviso gli orientamenti critici espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine all'irrogazione di pene detentive ai giornalisti – dopo che il giornalista aveva patito 21 giorni di detenzione domiciliare.

1.1. La vicenda, che aveva già destato interesse dopo la sentenza della Corte di cassazione di cui si dirà in seguito – al punto da rendere necessario un comunicato stampa proveniente dalla stessa Corte in data 26 settembre 2012 – merita di essere esaminata nel dettaglio, involgendo la questione della legittimità della sanzione detentiva nei casi di diffamazione che, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, può essere ritenuta compatibile con l'art.

10 CEDU solo in presenza di circostanze eccezionali che la Corte di Cassazione, nella sentenza che aveva confermato la pronunzia di merito adottata dalla Corte di appello, aveva indicato con una motivazione analitica, puntigliosa e dettagliata, nel tentativo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte ed da essa specificamente richiamata.

1.2. Va premesso che il Sallusti, direttore del medesimo quotidiano, era stato condannato - in concorso con altro giornalista - tanto in primo che in secondo grado per l'ipotesi di concorso con il sedicente autore dell'articolo firmato "Dreyfus" nel delitto di diffamazione e per avere comunque omesso il controllo sulla pubblicazione dal titolo "*Il dramma di una tredicenne. Il Giudice ordina l'aborto. La legge più forte della vita*". Nell'articolo, ritenuto offensivo della reputazione di un magistrato presso il Tribunale Ordinario di Torino in quanto fondato su notizia totalmente destituita di fondamento, si era tra l'altro affermato che "...*Un magistrato ha allora ascoltato le parti in causa e ha applicato il diritto - il diritto - decretando l'aborto coattivo. Salomone non uccise il bimbo, dinanzi a due che se lo contendevano; scelse la vita, ma deve essere roba superata, da antico testamento...Si sentiva la mamma. Era mamma. Niente. Kaput. Per ordine di padre, madre, medico e giudice per una volta alleati e concordi. Stato e famiglia uniti nella lotta. Ci sono ferite che esigerebbero una cura che non c'è. Qui ora esagero. Ma prima domani di pentirmi, lo scrivo: se ci fosse la pena di morte, e se mai fosse applicabile in una circostanza, questo sarebbe il caso. Per i genitori, per il ginecologo e il giudice. Quattro adulti contro due bambini. Uno assassinato, l'altro (l'altra, in realtà) costretto alla follia....Qui ci si erge a far fuori un piccolino e a straziare una ragazzina in nome della legge e del bene....Questo racconto tenebroso è specchio dei poteri che ci dominano. Lasciamo perdere i genitori, che riescono ormai a pesare come ingranaggi inerti. Ma che la magistratura e la medicina siano complici, ci lascia sgomenti.*"

Secondo il Tribunale - per la motivazione del Tribunale di Milano v. <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1351081375Sallusti%20primo%20grado.pdf> - il Sallusti aveva voluto la pubblicazione, nell'esatta conoscenza del suo contenuto lesivo e, quindi, con la consapevolezza di aggredire la reputazione altrui, dovendosi pertanto allo stesso ascrivere la responsabilità per il reato di diffamazione non quale autore, ma quale direttore che, nell'esercizio del suo potere/dovere di guida dell'indirizzo politico, culturale, informativo del quotidiano da lui diretto, aveva indubbiamente partecipato alla "deliberata pubblicazione della notizia falsa e diffamatoria, con conseguente piena integrazione dell'elemento psicologico del reato". I giudici riconobbero anche l'inosservanza della norma che imponeva al direttore il dovere di controllo sul materiale da stampare, al fine di evitare che, con il mezzo della pubblicazione, siano commessi reati.

1.3. La Corte di appello di Milano - per la motivazione della sentenza della Corte di appello v. <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1734> - preso atto che per le ipotesi delittuose di cui agli

artt. 595 c.p. e 13 l.n.47/1948 era prevista la pena detentiva, unitamente a quella pecuniaria, già irrogata in primo grado nella misura di euro 5.000, aveva quindi rideterminato la pena inflitta al Sallusti nella misura di 1 anno e 2 mesi di reclusione ed euro 5.000 di multa, escludendo la sospensione condizionale della pena e condannando il predetto al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dal magistrato – mai peraltro evocato con le proprie generalità nell'articolo in questione – quantificati in euro 30.000,00 a fronte di una liquidazione risarcitoria in primo grado di euro 8000,00.

1.4. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 41249/2012 confermava la sentenza impugnata, soffermandosi sulla compatibilità della decisione di merito con i canoni scolpiti dalla CEDU a proposito della proporzionalità della misura limitativa della libertà di espressione.

1.5. Tale pronuncia si soffermava sui rapporti fra le fonti nazionali e la Convenzione dei diritti dell'uomo e sul ruolo del giudice nazionale rispetto a quello riservato alla Corte edu, affermando che *"...l'ultima parola, nel dirimere la questione sul conflitto dei diritti fondamentali spetta alla Corte Europea - nuova e unica Corte Suprema -, che è competente a deliberare "in ultimo luogo se una restrizione si concilia con la libertà di espressione tutelata dall'art. 10".) in una società democratica."*

1.6. Secondo la Cassazione, infatti, la verifica sul rispetto da parte delle autorità nazionali dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero, stabiliti da regole di rango costituzionale e subcostituzionale, nazionale e sovranazionale deve essere esercitato dal giudice di legittimità anche se non precedentemente svolta dal giudice di merito *"...fermo restando il principio della sussidiarietà della tutela Europea, sancita dal disposto dell'art. 35 della CEDU, secondo cui la Corte Europea di Strasburgo può essere adita dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, nell'ipotesi di ritenuta violazione delle norme CEDU."*

1.7. La Cassazione ebbe dunque a confermare la statuizione di merito non solo quanto alla configurabilità delle ipotesi delittuose contestata al giornalista, rigettando altresì il motivo di ricorso con il quale l'imputato aveva prospettato la violazione dell'art. 10 CEDU in relazione al trattamento sanzionatorio della reclusione applicatogli.

1.8. La Cassazione ricordava, in particolare, che la Corte Europea aveva riconosciuto la legittimità dell'ingerenza sul diritto alla libertà di espressione in relazione alla natura e gravosità delle pene inflitte, dovendo la misura dell'ingerenza punitiva dello Stato nei confronti del giornalista essere da un lato attentamente calibrata e strettamente proporzionata ai fini legittimi perseguiti. Per altro verso, la Cassazione ricordava che la legittimità di un trattamento sanzionatorio detentivo andasse limitata alle "ipotesi eccezionali", intese come condotte lesive di altri diritti fondamentali, come aveva espressamente affermato tanto Corte Edu, 22.4.2010, *Fatallayev c. Azerbaigian* (vicenda nella quale la Corte edu aveva riconosciuto la violazione

dell'art. 10 Cedu per l'applicazione al giornalista di una pena detentiva giudicata sproporzionata) che Corte Edu, 6.12.07, *Katrami c. Grecia* (con la quale la Corte edu aveva parimenti riconosciuto la violazione dell'art. 10 Cedu per l'applicazione di una pena detentiva sospesa ritenuta sproporzionata in relazione a una diffamazione a mezzo stampa). Il giudice di legittimità menzionava, ancora, Corte edu 16.4.2009, *Egeland and Hanseid*) nella quale il giudice europeo aveva ritenuto corrispondente "ad un pressante bisogno sociale" l'applicazione di pena detentiva ai redattori capo di due quotidiani che avevano pubblicato fotografie – scattate senza il consenso dell'interessata – che ritraevano una donna, sconvolta e in lacrime, nell'atto di essere accompagnata in carcere per scontare la pena di 21 anni di reclusione per omicidio – vicenda, tuttavia, riferibile ad un caso nel quale era stata comminata una sanzione pecuniaria, convertibile in caso di inadempimento in pena detentiva –.

1.9. Sulla base di tale quadro del diritto vivente della Corte europea la Cassazione, dopo avere chiarito che non ricorrevano i presupposti per la sospensione condizionale della pena passava a verificare se il caso al suo esame potesse essere ricondotto alle ipotesi eccezionali per le quali la Corte edu ammetteva il ricorso delle autorità nazionali alla misura detentiva nei confronti del giornalista.

1.10. La Cassazione, per giustificare il trattamento sanzionatorio applicato dal giudice di merito e al fine fornire un'interpretazione convenzionalmente orientata del sistema interno aveva valorizzato, in particolare: a) il carattere plurioffensivo della condotta trasgressiva in danno della minore querelante, del medico e dei genitori adottivi, capaci di conferire al fatto un particolare spessore negativo, alla luce proprio dell'art. 10 CEDU, laddove collega la necessità dell'intervento limitativo della libertà di espressione all'esigenza, oltre che di proteggere la reputazione dei cittadini, di "impedire la divulgazione di informazioni riservate"; b) l'incisione del fatto diffamatorio sull'autorità del potere giudiziario, peraltro richiamata dall'art.10 CEDU quale elemento idoneo a restringere la libertà di espressione, ciò costituendo ulteriore giustificazione all'intervento punitivo dello Stato, in considerazione della gravità del fatto e del danno recato al magistrato coinvolto da un'offesa ingiustificata, capace di affievolire "...la fiducia della collettività, che deve costituire schermo e incentivo a un corretto svolgimento di una fondamentale funzione nello Stato di diritto": c) l'inconsistenza delle difese dell'imputato quanto alla richiesta di trattamento sanzionatorio meno severo, in relazione ai precedenti penali specifici (sette, di cui sei in relazione all'ipotesi ex art. 57 c.p.).

1.11. Concludeva, pertanto, la Cassazione nel senso che "la storia e la razionale valutazione di questa vicenda hanno configurato i fatti e la personalità del loro autore, in maniera incontrovertibile, come un'ipotesi eccezionale, legittimante l'inflizione della pena detentiva".

2. La Corte edu, con la sentenza del 7 marzo 2019, ha riconosciuto la legittimità della condanna per diffamazione a carico del Sallusti riscontrando, tuttavia, una violazione dell'art.10 CEDU sotto il profilo del trattamento sanzionatorio detentivo applicato all'imputato.

2.1. Secondo la Corte edu il giudice nazionale aveva ben argomentato sul contenuto diffamatorio dell'articolo pubblicato, destinato a provocare una disinformazione nel pubblico correlata alle informazioni false diffuse malgrado i chiarimenti intervenuti prima della pubblicazione del resoconto giornalistico ed alla grave lesione dei diritti coinvolti, anche riferibili ad un minore, non potendo il direttore di giornale essere esentato dal dovere di esercitare il controllo sugli articoli ivi pubblicati e dalla conseguente responsabilità in relazione al loro contenuto. Chiariva tuttavia la stessa Corte che non le competeva di verificare se l'articolo avesse perseguito il fine legittimo di proteggere la magistratura, riconoscendo la lesione della reputazione dei soggetti coinvolti.

2.2. La Corte edu è quindi passata a verificare se l'ingerenza sulla libertà di espressione fosse proporzionata allo scopo legittimo perseguito, in considerazione delle sanzioni applicate.

2.3. La Corte edu, disattendendo le difese del Governo che aveva espressamente sottolineato il carattere plurioffensivo dell'articolo riportandosi alle motivazioni espresse dalla Cassazione ed ai principi espressi da Corte edu, *Fatullayev c. Azerbaijan*, ha premesso che la valutazione circa la condanna inflitta è riservata al giudice nazionale ma non ha mancato di rilevare che l'applicazione di una pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa, ancorché sospesa per effetto della decisione del Presidente della Repubblica, poteva ritenersi compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti garantita dall'articolo 10 della Convenzione solo in circostanze eccezionali ed in particolare laddove altri diritti fondamentali fossero stati seriamente compromessi, come, ad esempio, nel caso di incitamento all'odio o incitamento alla violenza (si richiama, in particolare, Corte Edu, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, [GC], ric. n. 33348/96, § 115).

2.4. Secondo il giudice di Strasburgo andavano quindi considerate con favore le iniziative legislative in corso di esame presso il Parlamento italiano, risultando in linea con le recenti sentenze emesse dalla stessa Corte nei confronti dell'Italia - riferendosi, in particolare, al disegno di legge in discussione al Senato n. 925 sulla riforma del delitto di diffamazione che prevedeva l'esclusione della reclusione (nel corso della XVIII<sup>a</sup> legislatura è in discussione al Senato il ddl Caliendo n. 812, mentre alla Camera pende l'esame del ddl Verini C.416).

2.5. Peraltro, secondo la Corte edu, diversamente che nel caso *Belpietro c. Italia* il giornalista, oltre ad essere stato condannato a risarcire il magistrato danneggiato, aveva scontato ventuno giorni di detenzione domiciliare prima della commutazione della pena disposta dal Presidente della Repubblica. Assumeva quindi rilievo il fatto che in due casi precedenti ritenuti "simili" (Corte Edu, *Belpietro c. Italia* e *Ricci c. Italia*, sui quali v. *infra*) la stessa Corte edu avesse già

riconosciuto la violazione dell'articolo 10 CEDU in caso di applicazione di una condanna detentiva (ancorché sospesa). In particolare, nel caso *Belpietro* la stessa Corte aveva riconosciuto che la condanna a pena detentiva poteva essere giustificata unicamente in presenza di circostanze eccezionali, non riscontrabili per il caso di omesso controllo del direttore sulla condotta diffamatoria del giornalista.

2.6. La Corte edu ha poi ritenuto che rispetto alle circostanze emerse nella vicenda non poteva riconoscersi alcuna giustificazione per l'imposizione di una pena detentiva a carico del ricorrente che aveva inevitabilmente prodotto un *chilling effect* – *id est*, l'effetto dissuasivo che il timore di sanzioni detentive ha sull'esercizio della libertà d'espressione da parte dei giornalisti –. A nulla, poi, valeva il fatto che la pena fosse stata sospesa in relazione al provvedimento discrezionale adottato dal Presidente della Repubblica, lo stesso risultando inidoneo a cancellare la condanna inflitta.

2.6. Da qui la conclusione che la sanzione penale inflitta alla ricorrente era manifestamente sproporzionata nella sua natura e gravità rispetto allo scopo legittimo invocato, risultando perciò idonea ad integrare un'interferenza non "necessaria in una società democratica".

3. La decisione resa dalla Corte edu si presta ad un'composita lettura, anzitutto per ciò che essa esprime in punto di valutazioni sulle ricorrenze di circostanze eccezionali ritenute idonee a giustificare la misura detentiva in tema di diffamazione.

3. La Corte riconosce alle autorità nazionali un certo margine di apprezzamento alle autorità statali in ordine alla verifica dei presupposti che possono giustificare, ai sensi del par. 2 dell'art. 10 CEDU, l'ingerenza sulla libertà di espressione.

3.2. Sul punto, v., ad es. Corte edu (dec.), 16 febbraio 2017, *Travaglio c. Italia* (ric. n. 64746/2017), ove si è affermato che nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza, la Corte non deve sostituirsi alle competenti autorità nazionali, ma piuttosto riesaminare le decisioni che hanno pronunciato in conformità al loro potere di apprezzamento, poi aggiungendo che "la Corte deve accertare se, alla luce della causa nel suo complesso, l'ingerenza lamentata rispondesse a una pressante esigenza sociale, e, più in particolare, se fosse proporzionata al fine legittimo perseguito e se i motivi adottati dalle autorità nazionali per giustificarla fossero pertinenti e sufficienti. Nel fare ciò, la Corte deve accertare che le autorità nazionali abbiano applicato norme conformi ai principi contenuti nell'articolo 10 e, inoltre, che si siano basate su un'accettabile valutazione dei fatti pertinenti. La Corte deve inoltre accertare che le autorità interne abbiano raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi contrapposti in gioco, che nel caso di specie erano entrambi diritti tutelati dalla Convenzione. Se le autorità nazionali hanno intrapreso tale esercizio di bilanciamento in conformità ai criteri stabiliti nella giurisprudenza della Corte, quest'ultima

esige motivi validi per sostituire l'opinione dei tribunali interni con la propria (si veda *MGN Limited c. Regno Unito*, n. 39401/04, §§ 150 e 155, 18 gennaio 2011)" -cfr. § 29 dec.cit-.

3.3. La Corte edu, in definitiva, ritiene che il bilanciamento tra diritti fondamentali operato dal giudice nazionale possa portare alla limitazione della libertà di espressione del giornalista e, dunque, condurre ad un'affermazione di sua responsabilità. Ed in questa prospettiva la sentenza Sallusti ha ritenuto la correttezza della decisione nazionale che aveva riconosciuto la condotta diffamatoria. Ma accanto a questa prima verifica la Corte edu richiede un'ulteriore accertamento in punto di proporzionalità della sanzione concretamente inflitta dal giudice nazionale al giornalista ritenuto responsabile. Ed il margine di apprezzamento sul punto sembra ridursi drasticamente.

3.4. Il giudice di Strasburgo, infatti, da un lato riconosce all'autorità nazionale il potere di valutare la ricorrenza di siffatte circostanze, tuttavia tralasciando di compiere un esame approfondito delle ragioni che la Corte di Cassazione, sulla base della giurisprudenza della Corte edu, aveva esplicitamente poste a giustificazione dell'applicazione della sanzione detentiva.

3.5. Né pare potersi ritenere che le esemplificazioni che pure compaiono nella giurisprudenza della Corte europea circa l'ipotesi di *eccezionale circostanze* – specificamente l'incitamento all'odio razziale o alla violenza desumibile dalla condotta diffamatoria del giornalista – possano contenere fino ad eliderle le ipotesi che l'autorità giudiziaria nazionale ritenga integrare l'eccezionalità. Se così fosse, in verità, si finirebbe con l'attribuire alle pronunzie della Corte europea un significato che va oltre l'affermazione esposta anche nella sentenza qui in rassegna (concernente i c.d. *hate speech*- per un'esemplificazione di tali ipotesi nella giurisprudenza europea v. la scheda informativa predisposta dalla Corte edu, in [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf)-) e che, del resto, nelle stesse intenzioni della Corte non sembra sottrarre al margine discrezionale dello Stato il potere di delineare il contenuto dell'eccezionalità tratteggiata in termini generali dal giudice europeo.

3.6. Ora, il giudice di legittimità, nella sentenza più sopra ricordato, aveva valorizzato la gravità dell'episodio e l'aggressione di diversi valori fondamentali in capo ad una pluralità di soggetti per effetto della pubblicazione dell'articolo, alcuni dei quali direttamente rivolti a porre in discussione l'autorità del potere giudiziario e le pericolose ricadute che ciò avrebbe potuto produrre nel contesto sociale nazionale. In sostanza, un'articolata e puntuale motivazione di quelle circostanze eccezionali che la Corte edu non ha tuttavia ritenuto sufficiente, limitandosi a ritenere le stesse inadeguate a dimostrare la ricorrenza di eccezionali circostanze per giustificare l'intervento sanzionatorio detentivo.

3.7. Certo, emerge dalla sentenza della Corte europea, al di là della motivazione che avrebbe forse potuto esporre in modo più analitico le criticità del ragionamento esternato dalla Cassazione

al fine di giustificare la violazione dell'art. 10 Cost., un "non detto" in ordine all'idea di fondo che anima il giudice di Strasburgo e, più in generale, le istituzioni europee in ordine in ordine all'incompatibilità in astratto fra i fatti riconducibili a diffamazione a mezzo stampa e sanzione detentiva.

3.8. Di ciò si ha conferma, del resto, nella Risoluzione 1920 (2013) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa intitolata "Lo stato della libertà dei mezzi di informazione in Europa" – in <http://www.assembly.coe.int> - e nel successivo parere n. 715/2013 reso il 9 novembre 2013 dalla Commissione di Venezia – "Parere sulla legislazione italiana in materia di diffamazione").

3.9. Del resto, nella direzione appena descritta la circolare dell'11 ottobre 2013 resa dall'allora Procuratore della Repubblica di Milano dopo la sentenza della Corte edu *Belpietro c. Italia*, aveva invitato i Pubblici Ministeri di quell'ufficio a segnalare «preventivamente i casi nei quali potevano ricorrere quelle "circostanze eccezionali" capaci di rendere proporzionata la richiesta di applicazione di pena detentiva.

4. Vale la pena rammentare i due precedenti citati nella sentenza della Corte edu a sostegno della ritenuta insussistenza di ipotesi eccezionali idonee a giustificare l'applicazione della sanzione detentiva ad opera della Cassazione.

4.1. La già ricordata Corte edu, 4 settembre 2013, *Belpietro c. Italia* (ric.n. 43612/07) ebbe a riscontrare una violazione dell'art. 10 della Cedu in quanto il direttore di un quotidiano nazionale era stato condannato a quattro mesi di reclusione, oltre a un risarcimento del danno complessivo di euro 110.000,00, per omesso controllo in relazione ad una diffamazione a mezzo stampa. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto che, nonostante l'esecuzione della sanzione fosse stata sospesa condizionalmente, «l'irrogazione in particolare di una pena detentiva ha potuto avere un significativo effetto dissuasivo», in contrasto con il già richiamato art. 10 CEDU. Non pare superfluo evidenziare che la sentenza della Corte di Cassazione che aveva definito il procedimento Belpietro in ambito interno – Cass. pen. n. 13198/2010, dep. 8 aprile 2010 – aveva omesso di motivare sulla compatibilità della misura detentiva irrogata rispetto all'art. 10 CEDU e sulla ricorrenza di un'ipotesi eccezionale.

4.2. Quanto alla sentenza resa in data 8.10.2013 (ricorso n. 30210/06, *Ricci c. Italia*) pure ricordata nella pronunzia qui in rassegna la Corte edu, pur constatando che la sentenza dei giudici nazionali era conforme alla Convenzione nella parte in cui assicurava il diritto alla riservatezza delle comunicazioni, ha però condannato l'Italia in quanto la pena del carcere, laddove è in gioco la libertà di stampa, è contraria alla Convenzione europea.

4.3. In particolare Antonio Ricci, autore della trasmissione televisiva "Striscia la notizia", trasmessa da Canale 5, era stato condannato alla pena di mesi 4 di reclusione (con pena sospesa)

per la divulgazione di alcuni filmati e comunicazioni registrate su frequenze disponibili solo per uso interno alla Rai. In quella occasione venne rilevato, in particolare, che "la natura e la severità delle pene inflitte sono elementi da prendere ugualmente in considerazione quando si tratta di misurare la proporzionalità dell'ingerenza." Nel caso *Ricci c. Italia*, oltre al risarcimento dei danni, il ricorrente era stato condannato a quattro mesi e cinque giorni di reclusione ed il giudice di Strasburgo ebbe a sottolineare che "Nonostante gli sia stata accordata la sospensione condizionale della pena e benché la Corte di Cassazione abbia dichiarato il reato prescritto (paragrafo 21 *supra*), la Corte in particolare ritiene che il fatto di infliggere una pena detentiva abbia potuto avere un effetto dissuasivo significativo. Peraltro, il caso di specie, che aveva ad oggetto la diffusione di un video il cui contenuto non era di natura tale da provocare un pregiudizio importante, non era segnato da alcuna circostanza eccezionale tale da giustificare il ricorso ad una sanzione così severa."

4.4. È opportuno sottolineare che la sentenza della Cassazione che aveva definito il caso *Belpietro* prima dalla decisione della Corte edu – Cass. pen., 19/05/2005, dep. 01/02/2006, n. 4011 – aveva totalmente ommesso di affrontare la questione della proporzionalità della sanzione detentiva applicata alla luce della giurisprudenza della Corte edu.

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E PATRIMONIALI.

IL SISTEMA DI PREVENZIONE ITALIANO AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE EDU, CASO DE TOMMASO C. ITALIA.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Costituzione**, artt. 13 e 117

**Convenzione EDU**, art. 7

**Convenzione EDU**, Prot. add. 4, art. 2

**Codice di procedura penale**, artt. 129 e 673

**Legge n. 87 del 1953**, art. 30

**Legge n. 1423 del 1956**, art. 1

**Legge n. 152 del 1975**, art. 19

**D.lgs. n. 159 del 2011**, artt. 4, comma 1, lettera c), 16, 75, commi 1 e 2

## **PRONUNCE SEGNALATE**

**Corte cost., 24 gennaio/27 febbraio 2019, n. 24.**

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'*art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423* (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), nel testo vigente sino all'entrata in vigore del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), *nella parte in cui consente l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, anche ai soggetti indicati nel numero 1).*

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'*art. 19 della legge 22 maggio 1975, n. 152* (Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico), nel testo vigente sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011, *nella parte in cui stabilisce che il sequestro e la confisca previsti dall'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575* (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche

straniere) *si applicano anche alle persone indicate nell'art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956.*

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'*art. 4, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lettera a).*

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'*art. 16 del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lettera a).*

### **Corte cost., 24 gennaio/27 febbraio 2019, n. 25.**

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'*art. 75, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".*

Dichiara, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'*art. 75, comma 1, cod. antimafia, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".*

### **Abstract**

La Corte costituzionale, chiamata da plurime ordinanze di rimessione a valutare la compatibilità – sotto diversi aspetti – del sistema di prevenzione italiano con i principi affermati dalla Corte EDU, *Grande Chambre*, sentenza 23 febbraio 2017, caso De Tommaso c. Italia, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di plurime disposizioni.

1. La sentenza della Corte EDU, *Grande Chambre*, 23.2.2017, caso De Tommaso c. Italia.

La Corte EDU, *Grande Chambre*, con sentenza emessa in data 23 febbraio 2017, caso De Tommaso c. Italia, su ricorso di un soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, aveva dichiarato, all'unanimità, che vi era stata violazione, per quanto in questa sede maggiormente rileva, dell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione EDU, che tutela la libertà di circolazione (le violazioni erano state rilevate con riferimento alla legge n. 1423 del

1956, peraltro in ampia parte trasfusa nel vigente Codice delle leggi antimafia, D.lgs. n. 159 del 2011).

1.1. La Corte EDU aveva ravvisato violazioni dell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione EDU sia quanto ai presupposti per l'applicazione della misura della sorveglianza speciale (peraltro annullata dalla Corte d'appello per difetto di pericolosità attuale, ed essendo stati erroneamente valorizzati a carico del prevenuto elementi in realtà riguardanti un suo omonimo) che quanto a quattro prescrizioni che ne erano conseguite.

1.1.1. Quanto al primo profilo, la *Grande Chambre*, nel riconoscere che le restrizioni oggetto di doglianza avevano una base legale, aveva 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, 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, il che rendeva le conclusive decisioni non prevedibili, non essendo *ex ante* chiaro a quali soggetti, ed in ragione di quali comportamenti, la misura *de qua* potesse essere applicata; difettavano, inoltre, adeguate garanzie da eventuali abusi, avendo in concreto, il Tribunale indebitamente valorizzato, ai fini dell'applicazione, una generica ed indeterminata <<*tendance à la délinquance*>> ,

1.1.2. Quanto al secondo profilo, la *Grande Chambre* aveva ritenuto che il contenuto delle prescrizioni di 1) "non dare ragione di sospetti" (non più menzionata dall'art. 8 D.lgs. n. 159 del 2011 tra quelle applicabili), 2) "vivere onestamente", 3) "rispettare le leggi", 4) "non partecipare a pubbliche riunioni", non fosse normativamente definito con chiarezza, e quindi che la misura di prevenzione che ne comportasse l'applicazione interferisse illegalmente sulla libertà di circolazione del prevenuto; inoltre, la prescrizione di "non partecipare a pubbliche riunioni" era di per sé illegittima, perché comprimeva illimitatamente il diritto di riunione del prevenuto, non potendo ammettersi che la fissazione dei relativi limiti spaziali e temporali fosse rimessa alla discrezionalità del giudice, in difetto di parametri normativi che delimitino e guidino l'esercizio di tale discrezionalità.

2. Le illegittimità costituzionali dichiarate da Corte cost., n. 24 del 2019.

Le questioni esaminate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 24 del 2019 riguardano l'asserito difetto di tassatività delle fattispecie previste dai numeri 1) e 2) dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, nella versione modificata dalla legge 3 agosto 1988, n. 327 (Norme in materia di misure di prevenzione personali), confluite in termini pressoché identici nelle lettere a) e b) dell'articolo 1 del d.lgs. n. 159 del 2011, applicabile con riferimento alle proposte di misure di

prevenzione depositate a partire dal 13 ottobre 2011, data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo.

Le citate disposizioni consentono l'applicazione, da un lato, della **misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno**, e, dall'altro, delle **misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, a due categorie di destinatari**:

- «**coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi**» [art. 1, numero 1, legge n. 1423 del 1956, riprodotto in modo pressoché identico dall'art. 1, lettera a), d.lgs. n. 159 del 2011];

- «**coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose**» [art. 1, numero 2, legge n. 1423 del 1956; art. 1, lettera b), d.lgs. n. 159 del 2011).

All'esito del preventivo vaglio, la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibili, ed esaminato nel merito:

a) le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, numeri 1) e 2), legge n. 1423 del 1956, nella parte in cui consentono l'applicazione ai soggetti ivi indicati delle misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con o senza obbligo o divieto di soggiorno, sollevate dalla Corte d'appello di Napoli e dal Tribunale ordinario di Udine in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 Conv. EDU;

b) le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 19 legge n. 152 del 1975, sollevate dalla Corte d'appello di Napoli in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. addiz. Conv. EDU, nonché con riferimento all'art. 42 Cost.;

c) le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal Capo II del Titolo I del Libro I del decreto si applichino anche ai soggetti indicati nel precedente art. 1, lettere a) e b), sollevate dal Tribunale ordinario di Padova in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 Conv. EDU, nonché in riferimento all'art. 25, terzo comma, Cost. e all'art. 13 Cost.;

d) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinati rispettivamente dai successivi artt. 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lettere a) e b), sollevata dal Tribunale ordinario di Padova in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del Prot. addiz. Conv. EDU.

2.1. La Corte costituzionale ha riepilogato, in premessa, gli statuti di garanzia (costituzionale e convenzionale) delle misure di prevenzione personali e patrimoniali.

2.1.1. Con riferimento alle **misure di prevenzione personali**, si è premesso che <<la circostanza che, ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione personale, sono comunque necessari elementi che facciano ritenere pregresse attività criminose da parte del soggetto, non comporta che le misure in questione abbiano nella sostanza carattere sanzionatorio-punitivo, si da chiamare in causa necessariamente le garanzie che la CEDU, e la stessa Costituzione, sanciscono per la materia penale>>; esse, imperniate su di un giudizio di persistente pericolosità del soggetto, hanno una chiara finalità preventiva anziché punitiva,

<<mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto. L'indubbia dimensione afflittiva delle misure stesse non è, in quest'ottica, che una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato. La stessa Corte EDU, nella recente sentenza che - come si dirà più innanzi - è all'origine delle presenti questioni di legittimità costituzionale, ha espressamente escluso che le misure di prevenzione personali sottoposte al suo esame costituiscano sanzioni di natura sostanzialmente punitiva, come tali soggette ai vincoli che la Convenzione detta in relazione alla materia penale (Corte EDU, sentenza 23 febbraio 2017, de Tommaso contro Italia, paragrafo 143). Né la Corte costituzionale, nelle varie occasioni in cui ha sinora avuto modo di pronunciarsi sulle misure di prevenzione personali, ha mai ritenuto che esse soggiacciano ai principi dettati, in materia di diritto e di processo penale, dagli articoli 25, secondo comma, 27, 111, terzo, quarto e quinto comma, e 112, Cost. Nella sentenza de Tommaso, la Corte EDU ha, invece, affermato che le misure di prevenzione disciplinate nell'ordinamento italiano - dopo la scomparsa, nel 1988, dell'obbligo di soggiorno in un Comune diverso da quello di residenza, che aveva dato luogo alla condanna dell'Italia nella sentenza Guzzardi - costituiscono misure limitative della libertà di circolazione, sancita dall'art. 2 Prot. n. 4 CEDU; misure che, come tali, sono legittime in quanto sussistano le condizioni previste dal paragrafo 3 della norma convenzionale in questione (in particolare: idonea base legale, finalità legittima, "necessità in una società democratica" della limitazione in rapporto agli obiettivi perseguiti)>>.

Ne consegue che le misure in questione possono considerarsi legittime soltanto ove rispettino i requisiti cui l'art. 13 Cost. subordina la liceità di ogni restrizione alla libertà personale, ed in particolare:

- la riserva assoluta di legge (rinforzata, stante l'esigenza di predeterminazione legale dei «casi e modi» della restrizione);
- la riserva di giurisdizione.

In considerazione dell'attribuzione di quest'ultima garanzia, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione, ricondotta in quanto tale al quadro garantistico dell'art. 2 Prot. n. 4 Conv. EDU, l'ordinamento

interno attribuisce ai diritti fondamentali dei destinatari della misura della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, un livello di garanzie superiore rispetto a quello assicurato in sede europea, soddisfatto dalla mera previsione **a)** di una **idonea base legale** delle misure in questione, e **b)** della **necessaria proporzionalità** della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati (costituente requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo).

2.1.2. Con riferimento alle **misure di prevenzione patrimoniali**, premesso che *<<il presupposto giustificativo della confisca di prevenzione - e pertanto dello stesso sequestro, che ne anticipa provvisoriamente gli effetti - è «la ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita» (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 26 giugno 2014, dep. 2015, n. 4880)>>*, rilevato che la presunzione relativa di origine illecita dei beni, che ne giustifica l'ablazione in favore della collettività, non conduce necessariamente a riconoscere la natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva delle misure in questione, e non comporta, pertanto, che esse debbano soggiacere allo statuto costituzionale e convenzionale delle pene, e considerato che la Corte EDU non ha mai riconosciuto alla confisca di prevenzione natura sostanzialmente penale, avendo escluso

*<<che ad essa possano applicarsi gli artt. 6, nel suo "volet pénal", e 7 CEDU; e si è invece affermato che la misura rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1, Prot. addiz. CEDU, in ragione della sua incidenza limitatrice rispetto al diritto di proprietà (ex multis, Corte EDU, sezione seconda, sentenza 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri contro Italia; decisione 15 giugno 1999, Prisco contro Italia; sentenza 22 febbraio 1994, Raimondo contro Italia). Particolarmente significativa, nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU, appare d'altra parte la sentenza Gogitidze e altri contro Georgia del 2015, che ha ritenuto compatibile con la Convenzione una confisca specificamente rivolta ad apprendere beni di ritenuta origine illecita, nei confronti di pubblici ufficiali imputati di gravi reati contro la pubblica amministrazione e di loro prossimi congiunti: una confisca, più in particolare, operante sulla base di meccanismi presuntivi simili a quelli previsti nell'ordinamento italiano, e comunque in assenza di condanna del pubblico funzionario. Nel procedere, in particolare, al vaglio di compatibilità della relativa disciplina con i principi dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU, la Corte ha negato che tale misura rappresenti una sanzione di carattere sostanzialmente punitivo, come tale soggetta ai principi che la Convenzione detta in materia di processo penale, e l'ha piuttosto qualificata come un'«azione civile in rem finalizzata al recupero di beni illegittimamente o inspiegabilmente accumulati» dal loro titolare (paragrafo 91); osservando, altresì, che la ratio di questa tipologia di confisca senza condanna è al tempo stesso, «compensatoria e preventiva», mirando essa, da un lato, a ripristinare la situazione che esisteva prima dell'acquisto illecito dei beni da parte del pubblico ufficiale; e, dall'altro, a impedire arricchimenti illeciti del soggetto, inviando il chiaro segnale agli ufficiali pubblici che le loro condotte illecite, anche laddove rimangano impunte in sede penale, non potranno assicurare loro alcun vantaggio economico (paragrafi 101-102)>>*,

la Corte costituzionale, quanto ai principi costituzionali e convenzionali che ne integrano lo specifico statuto di garanzia, ha osservato che, pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica,

tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e devono, pertanto, soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa Convenzione EDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione:

a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della "base legale" della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 Prot. addiz. CEDU);

b) l'essere la restrizione "necessaria" rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell'ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell'individuo, alla luce dell'art. 3 Cost.;

c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che - pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale - deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni "giusto" processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo "*volet civil*"), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta.

2.2. Anche prima dell'intervento della Corte EDU con la sentenza De Tommaso, la giurisprudenza di legittimità si era adoperata per conferire, in via ermeneutica, maggiore precisione alle due fattispecie di "pericolosità generica" in esame qui all'esame, proseguendo in quest'opera dopo la predetta pronuncia della Corte EDU, al dichiarato fine di porre rimedio al deficit di precisione da essa rilevato.

In particolare, con riferimento alle "**fattispecie di pericolosità generica**" disciplinate dall'art. 1, numeri 1) e 2), della legge n. 1423 del 1956 e - oggi - dall'art. 1, lettere a) e b), del d.lgs. n. 159 del 2011 (disposizione, quest'ultima, alla quale per comodità si farà prevalentemente riferimento nel prosieguo), la giurisprudenza di legittimità ha, nel tempo, precisato che:

- l'aggettivo «**delittuoso**», che compare sia nella lettera a) che nella lettera b) della disposizione, va letto nel senso che l'attività del proposto debba caratterizzarsi in termini di "delitto" e non di un qualsiasi illecito (Sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826; Sez. II, 23 marzo 2012, n. 16348), sì da escludere, ad esempio, che «il mero status di evasore fiscale» sia sufficiente a fondare la misura, ben potendo l'evasione tributaria consistere anche in meri illeciti amministrativi (Sez. V, 6 dicembre 2016, dep. 2017, n. 6067; Sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003);

- l'avverbio «**abitualmente**», che pure compare sia nella lettera a) che nella lettera b) della disposizione, va letto nel senso di richiedere una «realizzazione di attività delittuose [...] non episodica, ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto» (Sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209), in modo che si possa «attribuire al soggetto proposto una pluralità di condotte passate» (Sez. I, 15 giugno 2017, dep. 2018, n.

349), talora richiedendosi che esse connotino «in modo significativo lo stile di vita del soggetto, che quindi si deve caratterizzare quale individuo che abbia consapevolmente scelto il crimine come pratica comune di vita per periodi adeguati o comunque significativi» (Sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846);

- il termine «**traffici**» **delittuosi**, di cui alla lettera a) del medesimo articolo, è stato in un caso definito come «qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti [...]», risultandovi così comprese anche attività «che si caratterizzano per la spoliazione, l'approfittamento o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili» (Sez. II, n. 11846 del 2018 cit.), ed in altro caso inteso come «commercio illecito di beni tanto materiali (in via meramente esemplificativa: di stupefacenti, di armi, di materiale pedopornografico, di denaro contraffatto, di beni con marchi o segni distintivi contraffatti, di documenti contraffatti impiegabili a fini fiscali, di proventi di delitti in tutte le ipotesi di riciclaggio) quanto immateriali (di influenze illecite, di notizie riservate, di dati protetti dalla disciplina in tema di privacy, etc.), o addirittura concernente esseri viventi (umani, con riferimento ai delitti di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), o di cui all'art. 600 cod. pen. e segg., ed animali, con riferimento alla normativa di tutela di particolari specie), nonché a condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite (usura, corruzione), ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia derivato una qualche forma di provento» (Sez. VI, n. n. 53003 del 2017 cit.);

- il riferimento ai «**proventi**» di attività delittuose, di cui alla lettera b) della disposizione censurata, viene poi interpretato nel senso di richiedere la «realizzazione di attività delittuose che [...] siano produttive di reddito illecito» e dalle quale sia scaturita un'effettiva derivazione di profitti illeciti (Sez. I, n. 31209 del 2015 cit.).

Nell'ambito di questa interpretazione "tassativizzante", la giurisprudenza di legittimità - in sede di interpretazione del requisito normativo, che compare tanto nella lettera a) quanto nella lettera b) dell'art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011, degli «elementi di fatto» su cui l'applicazione della misura deve basarsi - ha fatto, infine, confluire anche considerazioni attinenti alle modalità di accertamento in giudizio di tali elementi della fattispecie.

Pur muovendo dal presupposto che «il giudice della misura di prevenzione può ricostruire in via totalmente autonoma gli episodi storici in questione - anche in assenza di procedimento penale correlato - in virtù della assenza di pregiudizialità e della possibilità di azione autonoma di prevenzione» (Sez. I, n. 43826 del 2018 cit.), si è chiarito che:

- non sono sufficienti meri indizi, perché la locuzione utilizzata va considerata volutamente diversa e più rigorosa di quella utilizzata dall'art. 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 per l'individuazione delle categorie di cosiddetta pericolosità qualificata, dove si parla di «indiziati» (Sez. I, n. 43826 del 2018 e Sez. VI, n. 53003 del 2017 cit.);

- l'esistenza di una sentenza di proscioglimento nel merito per un determinato fatto impedisce, alla luce anche del disposto dell'art. 28, comma 1, lett. b), che esso possa essere assunto a fondamento della misura, salvo alcune ipotesi eccezionali (Sez. I, n. 43826 del 2018 cit.);

- occorre un pregresso accertamento in sede penale, che può discendere da una sentenza di condanna oppure da una sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un

accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte di quel soggetto (Sez. II, n. 11846 del 2018, Sez. VI, n. 53003 del 2017 e Sez. I, n. 31209 del 2015 citt.).

2.3. Ciò premesso, si è osservato che le questioni di legittimità costituzionale sollevate andavano esaminate prendendo in considerazione le disposizioni censurate nella lettura fornite dalla più recente giurisprudenza di legittimità, al fine di verificare se tali interpretazioni – perlopiù sviluppatasi dopo la sentenza della Corte EDU De Tommaso - ne garantiscano un'applicazione prevedibile da parte dei consociati.

In proposito, dopo aver ribadito che

*«l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non val[e], di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008)», e che nessuna interpretazione può «surrogarsi integralmente alla praevia lex scripta, con cui si intende garantire alle persone "la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione" (sentenza n. 364 del 1988)» (sentenza n. 115 del 2018), in quanto «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posteriori incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018)»,*

si è precisato che, quando si versi - come nei casi in esame - **al di fuori della materia penale**, <<non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione>>: è, infatti, essenziale – sia nell'ottica costituzionale che in quella convenzionale - che tale interpretazione giurisprudenziale <<sia in grado di porre la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa>>.

All'uopo assume, peraltro, rilievo la sola <<**tassatività sostanziale**>>, che attiene <<al rispetto del principio di legalità al metro dei parametri già sopra richiamati, inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova>>, non anche la cosiddetta <<**tassatività processuale**>>, che concerne il *quomodo* della prova, attiene <<alle modalità di accertamento probatorio in giudizio>>, ed è quindi riconducibile <<a differenti parametri costituzionali e convenzionali - tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e il diritto a un "giusto processo" ai sensi, assieme, dell'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU - i quali, seppur di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione, non vengono in rilievo ai fini delle questioni di costituzionalità ora in esame>>.

2.3.1. La Corte costituzionale, valorizzando l'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza De Tommaso, ha quindi ritenuto che risulta oggi possibile assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dell'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011, che evoca la categoria di **«coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»**, sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali «casi» - oltre che in quali «modi» - essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca:

*<<la locuzione «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» è oggi suscettibile, infatti, di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli "titoli" di reato, quanto di specifiche "categorie" di reato. Tale interpretazione della fattispecie permette di ritenere soddisfatta l'esigenza - sulla quale ha da ultimo giustamente insistito la Corte europea, ma sulla quale aveva già richiamato l'attenzione la sentenza n. 177 del 1980 di questa Corte - di individuazione dei «tipi di comportamento» («types of behaviour») assunti a presupposto della misura. Le "categorie di delitto" che possono essere assunte a presupposto della misura sono in effetti suscettibili di trovare concretizzazione nel caso di specie esaminato dal giudice in virtù del triplice requisito - da provarsi sulla base di precisi «elementi di fatto», di cui il tribunale dovrà dare conto puntualmente nella motivazione (art. 13, secondo comma, Cost.) - per cui deve trattarsi di:*

*a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto,*

*b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui,*

*c) i quali a loro volta costituiscano - o abbiano costituito in una determinata epoca - l'unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito.*

*Ai fini dell'applicazione della misura personale della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, al riscontro processuale di tali requisiti dovrà naturalmente aggiungersi la valutazione dell'effettiva pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011>>.*

Con riferimento alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, i requisiti poc'anzi enucleati dovranno a loro volta essere accertati in relazione al lasso temporale nel quale si è verificato, nel passato, l'illecito incremento patrimoniale che la confisca intende neutralizzare:

*<<dal momento che, secondo quanto autorevolmente affermato dalle sezioni unite della Corte di cassazione, la necessità della correlazione temporale in parola «discende dall'apprezzamento dello stesso presupposto giustificativo della confisca di prevenzione, ossia dalla ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecite» (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 26 giugno 2014-2 febbraio 2015, n. 4880), l'ablazione patrimoniale si giustificherà se, e nei soli limiti in cui, le condotte criminose compiute in passato dal soggetto risultino essere state effettivamente fonte di profitti illeciti, in quantità ragionevolmente*

*congruente rispetto al valore dei beni che s'intendono confiscare, e la cui origine lecita egli non sia in grado di giustificare>>.*

2.3.2. Diversamente, la fattispecie di cui all'art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera a), del d.lgs. n. 159 del 2011, che evoca la categoria di «**coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi**» risulta tuttora affetta da <<radicale imprecisione>>, poiché la giurisprudenza successiva alla sentenza De Tommaso non è riuscita a riempire di significato certo e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l'interessato, il disposto normativo in esame:

*<<sul punto convivono tutt'oggi **due contrapposti indirizzi interpretativi**, che definiscono in modo differente il concetto di «traffici delittuosi». Da un lato, ad esempio, la sentenza della Corte di cassazione, n. 11846 del 2018, fa riferimento a «qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti [...]», ricomprendendovi anche attività «che si caratterizzano per la spoliazione, l'approfittamento o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili». Dall'altro, e sempre a guisa d'esempio, la pronuncia della Corte di cassazione, n. 53003 del 2017, si riferisce al «commercio illecito di beni tanto materiali [...] quanto immateriali [...] o addirittura concernente esseri viventi (umani [...] ed animali [...]), nonché a condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite [...], ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia derivato una qualche forma di provento», osservando ulteriormente che «nel senso comune della lingua italiana [...] trafficare significa in primo luogo commerciare, poi anche darsi da fare, affaccendarsi, occuparsi in una serie di operazioni, di lavori, in modo affannoso, disordinato, talvolta inutile, e infine, in ambito marinaro, maneggiare, ma non può fondatamente estendersi al significato di delinquere con finalità di arricchimento». Simili genericissime (e tra loro tutt'altro che congruenti) definizioni di un termine geneticamente vago come quello di «traffici delittuosi», non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura: esigenza, questa, sul cui rispetto ha richiamato non solo la Corte EDU nella sentenza de Tommaso, ma anche - e assai prima - questa stessa Corte nella sentenza n. 177 del 1980. Né siffatte nozioni di «traffici delittuosi», dichiaratamente non circoscritte a delitti produttivi di profitto, potrebbero mai legittimare dal punto di vista costituzionale misure ablativo di beni posseduti dal soggetto che risulti avere commesso in passato tali delitti, difettando in tal caso il fondamento stesso di quella presunzione di ragionevole origine criminosa dei beni, che si è visto costituire la ratio di tali misure>>.*

Per tali ragioni si è concluso che la previsione normativa in questione, anche nelle interpretazioni giurisprudenziali che hanno tentato di precisarne l'ambito applicativo, non soddisfa le esigenze di precisione imposte tanto dall'art. 13 Cost., quanto, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 2 del Prot. n. 4 CEDU per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; né quelle imposte dall'art. 42 Cost. e, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 1 del Prot. addiz. CEDU per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca.

2.4. Da ciò è conseguita la declaratoria di illegittimità costituzionale di tutte le disposizioni cui si riferiscono le questioni ritenute ammissibili in precedenza indicate, <<**nella parte in cui**

**consentono di applicare le misure di prevenzione della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, del sequestro e della confisca, ai soggetti indicati nell'art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956, poi confluito nell'art. 1, lettera a), del d.lgs. n. 159 del 2011 («coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»)>>.**

2.4.1. Le disposizioni in esame <<**si sottraggono invece alle censure di illegittimità costituzionale in questa sede formulate (...) nella parte in cui consentono di applicare le misure di prevenzione della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, del sequestro e della confisca, ai soggetti indicati nell'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluito nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011 («coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»)>>.**

2.5. La giurisprudenza di legittimità non risulta aver compiutamente esaminato la questione degli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale di norme riguardanti l'applicabilità di misure di prevenzione.

In quello che sembrerebbe allo stato l'unico precedente massimato (**Sez. 1, sentenza n. 36583 del 28/03/2017, Rv. 271400, M.**) si è affermato, in tema di sorveglianza speciale, che la valutazione della sussistenza dei presupposti del reato di cui all'art. 9, comma 1, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, non può essere effettuata alla luce dell'integrazione del quadro normativo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 291 del 2013 - che ha introdotto la necessità di rivalutazione della pericolosità sociale del sottoposto nell'ipotesi di sospensione della misura causata dallo stato detentivo del medesimo - qualora l'esecuzione della misura stessa sia cessata in epoca antecedente alla suddetta pronuncia.

2.5.1. Numerose sono, al contrario, le affermazioni di principio potenzialmente suscettibili di assumere rilievo ai fini della determinazione delle conseguenze della declaratoria d'illegittimità costituzionale appena illustrata.

Fra le tante decisioni di rilievo, merita di essere segnalata **Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Rv. 260695, P.M. in proc. Gatto**, secondo la quale <<*I fenomeni dell'abrogazione e della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi vanno nettamente distinti, perché si pongono su piani diversi, discendono da competenze diverse e producono effetti diversi, integrando il primo un fenomeno fisiologico dell'ordinamento giuridico, ed il secondo, invece, un evento di patologia normativa; in particolare, gli effetti della declaratoria di incostituzionalità, a differenza di quelli derivanti dallo "ius superveniens", inficiano fin dall'origine, o, per le*

*disposizioni anteriori alla Costituzione, fin dalla emanazione di questa, la disposizione impugnata>>.*

**Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Rv. 258650, Ercolano**, ha chiarito che *<<L'art. 30, comma quarto, l. n. 87 del 1953, relativo alla cessazione della esecuzione e di tutti gli effetti penali di sentenza irrevocabile di condanna in applicazione di norma dichiarata incostituzionale, non è stato implicitamente abrogato dall'art. 673 cod. proc. pen., posto che quest'ultima disposizione, a differenza della prima, avente natura sostanziale, è norma processuale che detta la disciplina del procedimento di esecuzione per l'ipotesi dell'abrogazione o della declaratoria d'incostituzionalità di una previsione incriminatrice>>.*

Infine, secondo **Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007, Rv. 236535, Lista**, *<<La sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge ha efficacia "erga omnes" - con l'effetto che il giudice ha l'obbligo di non applicare la norma illegittima dal giorno successivo a quello in cui la decisione è pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Repubblica - e forza invalidante, con conseguenze simili a quelle dell'annullamento, nel senso che essa incide anche sulle situazioni pregresse verificatesi nel corso del giudizio in cui è consentito sollevare, in via incidentale, la questione di costituzionalità, spiegando, così, effetti non soltanto per il futuro, ma anche retroattivamente in relazione a fatti o a rapporti instauratisi nel periodo in cui la norma incostituzionale era vigente, sempre, però, che non si tratti di situazioni giuridiche "esaurite", e cioè non più suscettibili di essere rimosse o modificate, come quelle determinate dalla formazione del giudicato, dall'operatività della decadenza, dalla preclusione processuale>>.* (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che ricorresse una situazione "esaurita" nel caso di appello del P.M. avverso sentenza assolutoria, dichiarato inammissibile per effetto degli artt. 1 e 10 comma secondo, L. n. 46 del 2006, che ne precludevano la esperibilità, pur dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle relative disposizioni - C. cost. n. 26 del 2007 -, stante l'inerzia della parte pubblica, la quale, non avendo assunto alcuna iniziativa processuale intesa a prevenire il consolidarsi della inammissibilità, mediante la preliminare deduzione di incostituzionalità delle suddette disposizioni o l'esercizio della facoltà, prevista dall'art. 10 comma terzo L. cit., di proporre ricorso per cassazione entro 45 giorni dalla notifica della ordinanza di inammissibilità dell'appello, aveva di fatto prestato ad essa acquiescenza).

In riferimento al diverso tema della successione di leggi nel tempo, **Sez. U, n. 4880 del 26/06/2014, dep. 2015, Rv. 262602, S.** (conforme Sez. 2, n. 28096 del 26/03/2015, Rv. 264133, M.), ha ritenuto l'applicabilità, in tema di misure di prevenzione, dell'art. 200 cod. pen. (*<<Le modifiche introdotte nell'art. 2-bis della legge n. 575 del 1965, dalle leggi n. 125 del 2008 e n. 94 del 2009, non hanno modificato la natura preventiva della confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione, sicché rimane tuttora valida l'assimilazione dell'istituto alle misure di sicurezza e, dunque, l'applicabilità, in caso di successioni di leggi nel tempo, della*

*previsione di cui all'art. 200 cod. pen.>>); sempre in argomento, **Sez. 2, n. 30938 del 10/06/2015, Rv. 264173, A.** ha ritenuto <<"convenzionalmente" legittima l'applicazione retroattiva delle misure di prevenzione patrimoniale, con riferimento a fatti anteriori all'entrata in vigore delle norme che le disciplinano, poiché le stesse, in quanto connotate da natura preventiva e non sanzionatoria, non sono riconducibili alla nozione di "pena" di cui all'art. 7 CEDU>>.*

3. Le illegittimità costituzionali dichiarate da Corte cost., n. 25 del 2019.

Le questioni esaminate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 25 del 2019 riguardano l'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» connessi all'imposizione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno.

3.1. Le Sezioni Unite (sentenza n. 40076 del 27/04/2017, Rv. 270496, Paterno'), al dichiarato fine di interpretare l'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011 in conformità con quanto affermato dalla sentenza De Tommaso della Corte EDU (cfr. § 1.1.2.) avevano affermato che <<l'inosservanza delle prescrizioni generiche di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non configura il reato previsto dall'art. 75, comma secondo, D.lgs. n. 159 del 2011, il cui contenuto precettivo è integrato esclusivamente dalle prescrizioni c.d. specifiche; la predetta inosservanza può, tuttavia, rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione>>.

Procedendo ad una interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 75 cit., si era in tal modo ritenuto di poter disapplicare un segmento della predetta norma penale incriminatrice senza ricorrere alla Corte costituzionale. La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 75 cit., nelle intenzioni delle Sezioni Unite, sembrerebbe inizialmente essere stata, più che parzialmente disapplicata, convenzionalmente reinterpreta, attraverso il rilievo che il difetto di tassatività del segmento dell'art. 75 riguardante la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" incide sulla stessa colpevolezza dell'agente, non messo in condizione di sapere quali comportamenti gli sono consentiti e quali no; tuttavia questa opzione, che avrebbe legittimato un'assoluzione per difetto dell'elemento soggettivo (ovvero "perché il fatto non costituisce reato"), sembra essere stata conclusivamente accantonata, essendo stato l'imputato assolto "perché il fatto non sussiste", a testimonianza della conclusiva, diversa opzione per la disapplicazione, *in parte qua*, dell'art. 75.

3.2. Nella evidente condivisione delle istanze che le Sezioni Unite avevano inteso accogliere (per la indiscutibile vaghezza, indeterminatezza e non prevedibilità delle prescrizioni di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» - imposte in ogni caso con la misura della sorveglianza special, in violazione del principio di legalità prescritto in materia penale dalla Costituzione e del

canone di prevedibilità sancito dalla Convenzione EDU), ma ritenendo all'uopo necessario il ricorso alla Corte costituzionale, la II Sezione penale, con ordinanza n. 49194 del 2017 aveva successivamente dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, cit., in relazione agli artt. 25 e 117 della Costituzione ed all'art. 7 della Convenzione EDU, come interpretato dalla sentenza emessa dalla Corte EDU, *Grande Chambre*, nel caso De Tommaso c. Italia del 23 febbraio 2017, nella parte in cui la norma sanziona penalmente la violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

3.3. Il giudizio *a quo* aveva ad oggetto la condotta di un sorvegliato speciale con obbligo di soggiorno che aveva commesso un reato comune (nella specie, una rapina), del quale era stato ritenuto responsabile; la stessa condotta poi – secondo i giudici di merito – aveva integrato anche la fattispecie del reato previsto dall'art. 75, comma 2, cit., perché il sottoposto alla misura, nel commettere la rapina, aveva inevitabilmente, con la medesima condotta, violato anche l'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi, il che integrava il reato di cui all'art. 75, comma 2, per il quale era stato irrogato all'imputato un aumento di pena ex art. 81, comma 1, c.p.

La II Sezione, investita della cognizione del ricorso per cassazione contro la predetta sentenza di condanna, aveva ritenuto l'inammissibilità del ricorso, rilevando, peraltro, che l'aumento di pena per il concorso formale dei due reati poteva risultare *contra legem* in ragione della denunciata illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2; peraltro, la pur condivisa decisione delle Sezioni Unite non costituiva una sopravvenuta *abolitio criminis* per successione della legge nel tempo, ma una mera interpretazione giurisprudenziale più favorevole per l'imputato ricorrente, non assimilabile ad uno *ius superveniens*, il che impediva di tenerne conto, in considerazione dell'inammissibilità del ricorso; diversamente ove l'art. 75, comma 2, fosse stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, si sarebbe verificata una situazione assimilabile alla *abolitio criminis*, rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen.

La stessa situazione si riproduce in sede di esecuzione della condanna passata in giudicato, in quanto una decisione giurisprudenziale non può costituire presupposto, in favore di soggetti separatamente giudicati, della revoca della sentenza di condanna definitiva, presupponendo l'art. 673 c.p.p. a tal fine una abrogazione (che competerebbe al Legislatore) oppure una dichiarazione d'illegittimità costituzionale (che competerebbe alla Corte costituzionale) della norma incriminatrice.

3.3.1. La Corte costituzionale ha accolto questa prospettazione, riconoscendo l'effettiva rilevanza della questione, condividendo, in particolare, il rilievo che la *abolitio criminis* - per *ius superveniens* od a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale - è cosa diversa dallo

sviluppo della giurisprudenza, essenzialmente di legittimità, che approdi all'esito (pur negli effetti simile) di ritenere che una determinata condotta non costituisca reato:

*<<in un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato. L'attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante. Ma rimane pur sempre un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo. (...) Risponde poi al canone di plausibilità l'ulteriore affermazione della Corte rimettente secondo cui nella stretta processuale determinata da un ricorso manifestamente infondato, avviato pertanto a una pronuncia di inammissibilità, la Corte possa rilevare d'ufficio ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. l'abolitio criminis, ma non anche la sopravvenienza di una giurisprudenza che esclude la rilevanza penale della condotta per cui è stata pronunciata la sentenza di condanna. L'affermazione trova le sue radici in un risalente, ma sempre seguito, arresto delle Sezioni unite penali (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 22 novembre-21 dicembre 2000, n. 32) che, inaugurando un filone giurisprudenziale più volte ribadito, hanno affermato che l'inammissibilità del ricorso per cassazione dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 cod. proc. pen. Di questo principio si è fatta ripetuta applicazione soprattutto in caso di prescrizione del reato maturata successivamente alla sentenza impugnata con il ricorso. Più recentemente tale non rilevanza d'ufficio ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. è stata affermata anche con riferimento alla prescrizione maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello, ma non rilevata né eccepita in quella sede e neppure dedotta con i motivi di ricorso (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 17 dicembre 2015-25 marzo 2016, n. 12602). (...) Solo se il ricorso fosse stato ammissibile, ancorché infondato, le questioni di costituzionalità avrebbero potuto essere risolte in via interpretativa e sarebbero risultate prive di rilevanza perché il giudice di legittimità ben avrebbe potuto rilevare che, secondo il mutato orientamento giurisprudenziale, la condotta contestata non costituiva reato (in tal senso, Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 21 settembre 2017-21 giugno 2018, n. 28825). Invece, contenendo il ricorso solo censure manifestamente infondate, il giudice di legittimità non può rilevare d'ufficio l'insussistenza del reato secondo il nuovo orientamento giurisprudenziale e da ciò consegue la rilevanza - e quindi l'ammissibilità - delle questioni di costituzionalità dal momento che solo un'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale della disposizione incriminatrice consentirebbe al giudice di legittimità di annullare la sentenza impugnata limitatamente al concorrente reato di cui al censurato art. 75, comma 2, e quindi all'aumento di pena ai sensi dell'art. 81, primo comma, cod. pen.>>.*

3.3.2. Non appare inopportuno ricordare che, in precedenti decisioni, la giurisprudenza costituzionale aveva evidenziato che le norme della Convenzione EDU, pur rivestendo grande rilevanza, «sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudizi nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto» (Corte cost., n. 348 del 2007), e quindi che la disapplicazione di una disposizione di legge interna da parte del giudice, perché ritenuta non

conforme alle previsioni della Convenzione EDU, come interpretata dalla Corte EDU, sarebbe illegittima, perché in contrasto con la stessa Costituzione.

Alle norme della Convenzione EDU deve, invece, assegnarsi il rango di «fonti interposte», destinate ad integrare il parametro di cui all'art. 117 della Costituzione, il cui primo comma impone al legislatore, nazionale e regionale, di conformare il prodotto normativo agli obblighi internazionali, fra i quali vanno annoverati anche quelli derivanti dalla richiamata Convenzione.

Proprio perché si tratta di norme che integrano il predetto parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre a livello sub-costituzionale, è necessario che esse stesse siano conformi a Costituzione, non sottraendosi, dunque, al relativo sindacato da parte del Giudice delle leggi: osserva al riguardo la Corte costituzionale che *«le norme della Convenzione EDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea; la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve pertanto escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali (imposto dall'art. 117, 1° co. Cost.) e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione»* (Corte cost., n. 348 del 2007).

Pertanto, in materia di rapporti tra l'art. 117, comma 1, della Costituzione e le norme della Convenzione EDU, tenuto conto dell'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale, deve ritenersi che, qualora il contrasto tra la disciplina nazionale e le norme della Convenzione EDU, come interpretate dalla Corte EDU, non possa essere risolto in via interpretativa, va esclusa la possibilità di applicare direttamente la norma convenzionale interposta *«obliterando il contrario disposto di una norma interna»* (Sez. un., sentenza n. 27620 del 28 aprile 2016, in motivazione; conformi, Sez. un., sentenza n. 34472 del 19 aprile 2012, in motivazione, e Sez. un., sentenza n. 41694 del 18 ottobre 2012, in motivazione): in questo caso, dovrà essere sollevato l'incidente di costituzionalità, e la Corte costituzionale dovrà accertare se le disposizioni interne in questione siano compatibili con quelle della Convenzione, come interpretate dalla Corte di Strasburgo ed assunte quali fonti integratrici dell'indicato parametro costituzionale e, nel contempo, verificare se le norme convenzionali interposte, sempre nell'interpretazione fornita dalla medesima Corte europea, non si pongano in conflitto con altre norme conferenti dell'ordinamento costituzionale italiano; ciò in quanto

*«il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Convenzione EDU è subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Convenzione EDU. Nelle ipotesi in cui non sia possibile percorrere tale via, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana e*

*sia perciò tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge di adattamento» (Corte cost., n. 49 del 2015).*

3.4. Nel merito, la questione sollevata dalla II Sezione penale è stata ritenuta fondata con riferimento agli artt. 7 Convenzione EDU e 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione.

3.4.1. La Corte costituzionale ha ricordato di aver già valutato (con la sentenza n. 282 del 2010) la conformità al principio di legalità in materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.), ed al conseguente principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, della fattispecie penale prevista dall'art. 9 della legge n. 1423 del 1956, all'epoca vigente dopo le modifiche apportate con l'art. 14 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito in legge 31 luglio 2005, n. 155, che disponeva nel comma 1 che il «contravventore agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno» e nel comma 2, allora censurato, che se «l'inosservanza riguarda gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno, si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni». Tra le prescrizioni della sorveglianza speciale la cui violazione poteva integrare il reato era già previsto - dall'art. 5 della stessa legge n. 1423 del 1956 - l'obbligo di vivere onestamente e rispettare le leggi. Tali disposizioni (l'art. 5 e l'art. 9) si ritrovano riprodotte negli stessi termini, *in parte qua*, nell'art. 8 e nel censurato art. 75 cod. antimafia.

In quella occasione, la Corte costituzionale aveva ricordato che *<<per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce>>*; aveva, inoltre, ribadito che *«l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»* (ex plurimis, sentenze n. 327 del 2008, n. 5 del 2004, n. 34 del 1995 e n. 122 del 1993)>>.

Aveva, quindi, concluso ritenendo che la prescrizione di vivere onestamente e di rispettare le leggi non violasse il principio di legalità in materia penale: *<<da una parte, le «leggi» sono tutte le norme a contenuto precettivo, non solo quelle la cui violazione è sanzionata penalmente; d'altra parte, l'obbligo di «vivere onestamente» va «collocat[o] nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5» e quindi ha il valore di un monito rafforzativo di queste ultime senza un autonomo contenuto prescrittivo>>*.

3.4.2. La sentenza De Tommaso della Corte EDU ha preso in considerazione, in particolare, l'art. 2 del Protocollo n. 4 della Convenzione, nella parte in cui pone il principio di legalità con

riferimento specifico alla libertà di circolazione che può subire solo le restrizioni «*previste dalla legge*», censurando il sistema nazionale delle misure di prevenzione – quanto ai presupposti soggettivi e al loro contenuto – in quanto formulato «*in termini vaghi ed eccessivamente ampi*» tali da non rispettare il criterio della «*prevedibilità*», come enunciato dalla giurisprudenza di quella Corte, secondo la quale, in particolare, gli obblighi di «*vivere onestamente e rispettare le leggi*» (oltre che di «*non dare ragione alcuna ai sospetti*», prescrizione questa non più rilevante perché non riprodotta nel citato art. 8 cod. antimafia) non sono delimitati in modo sufficiente e che, pertanto, risulti violato il principio di prevedibilità della condotta da cui consegue la limitazione della libertà personale, ex art. 2 del Protocollo n. 4.

3.4.3. Con la citata sentenza Paternò, le Sezioni Unite, nel confrontarsi con il *dictum* della sentenza De Tommaso, hanno osservato che

*«la Corte europea, riferendosi al contenuto del "vivere onestamente nel rispetto delle leggi", sottolinea, quindi, come tali prescrizioni non siano state sufficientemente delimitate dall'interpretazione della Corte costituzionale, in quanto permane una evidente indeterminatezza dei comportamenti che si pretendono dal sorvegliato speciale, soprattutto nella misura in cui possono integrare la fattispecie penale di cui all'art. 9 legge n. 1423 del 1956 (ora art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011)».*

Hanno quindi operato una «*rilettura del diritto interno che sia aderente alla CEDU*», pervenendo alla conclusione che «*il richiamo "agli obblighi e alle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno" può essere riferito soltanto a quegli obblighi e a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire valore precettivo. Tali caratteri difettano alle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi"», e quindi che «*le prescrizioni del vivere onestamente e rispettare le leggi non possono integrare la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011 (...) ad esse tuttavia può essere data indiretta rilevanza ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione della sorveglianza speciale*».*

3.4.4. Ciò premesso, e preso atto che la giurisprudenza di legittimità ha già compiuto il processo di adeguamento ai principi della Convenzione EDU proprio con riferimento alla fattispecie oggetto dell'ordinanza di remissione, ammettendo la non configurabilità del reato previsto dal censurato art. 75, comma 2, allorché la violazione degli obblighi e delle prescrizioni della misura della sorveglianza speciale consista nell'inosservanza dell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi, la Corte costituzionale ha, nondimeno dovuto convenire che

*<<non si è di fronte a un'abolitio criminis per successione nel tempo della legge penale; ciò comporta che, proprio per l'affermata non riconducibilità dell'orientamento giurisprudenziale sopravvenuto a uno ius superveniens, sussiste non di meno una limitata area in cui occorre ancora domandarsi se la fattispecie penale suddetta, schermata solo dall'interpretazione giurisprudenziale, sia conforme, o no, al principio di legalità in materia penale, vuoi costituzionale che convenzionale. Area questa costituita - come già sopra rilevato - sia dall'esecuzione del*

*giudicato penale di condanna, sia dalla rilevabilità ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. in caso di ricorso per cassazione recante solo censure manifestamente infondate e quindi inammissibili>>.*

3.4.5. La Corte costituzionale ha, pertanto, ribadito che *<<l'interpretazione del giudice comune, ordinario o speciale, orientata alla conformità alla CEDU - le cui prescrizioni e principi appartengono indubbiamente ai vincoli derivanti da obblighi internazionali con impronta costituzionale (quelli con «vocazione costituzionale»: sentenza n. 194 del 2018) - non implica anche necessariamente l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di un principio o di una previsione della CEDU, quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.>>*, e che, *<<quando viene in rilievo un diritto fondamentale, «il rispetto degli obblighi internazionali [...] può e deve [...] costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa» (sentenza n. 317 del 2009)>>*, precisando che *<<non c'è però, nel progressivo adeguamento alla CEDU, alcun automatismo, come risulta già dalla giurisprudenza di questa Corte, stante, nell'ordinamento nazionale, il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» (sentenza n. 49 del 2015)>>*, e che:

- da una parte, *<<la denunciata violazione del parametro convenzionale interposto, ove già emergente dalla giurisprudenza della Corte EDU, può comportare l'illegittimità costituzionale della norma interna sempre che nelle pronunce di quella Corte sia identificabile un «approdo giurisprudenziale stabile» (sentenza n. 120 del 2018) o un «diritto consolidato» (sentenze n. 49 del 2015 e, nello stesso senso, n. 80 del 2011)>>*

[peraltro, quanto alla ancora una volta evocata possibilità di limitare l'efficacia delle sentenze della Corte EDU - a prescindere da quelle "pilota", sempre vincolanti - ai soli "orientamenti consolidati" cfr. Corte EDU, *Grande Chambre*, 28 giugno 2018, casi G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia (§ 252: *<<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>>*), chiara nell'evidenziare che non esistono suoi orientamenti "consolidati" o "non consolidati", perché le decisioni della Corte EDU hanno tutte lo stesso valore giuridico, la stessa efficacia vincolante e la stessa "autorità interpretativa", a prescindere dal fatto che siano emesse dalla *Grande Chambre* o da sezioni semplici];

- dall'altra, *<<va verificato che il bilanciamento, in una prospettiva generale, con altri principi presenti nella Costituzione non conduca a una valutazione di sistema diversa - o comunque non necessariamente convergente - rispetto a quella sottesa all'accertamento, riferito al caso di specie, della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU. Va infatti ribadito che, «[a] differenza della Corte EDU, questa Corte [...] opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante» (sentenza n. 264 del 2012); bilanciamento in cui si sostanzia tra l'altro il «margine di apprezzamento» che compete allo Stato membro (sentenze n. 193 del 2016, n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009)>>*.

3.5. A parere della Corte costituzionale, nella fattispecie oggetto di rimessione ricorrono entrambi i predetti presupposti:

- quanto al primo profilo, la giurisprudenza di legittimità si è indirizzata nel senso di considerare la sentenza De Tommaso idonea a fondare l'interpretazione convenzionalmente orientata di cui si è detto;

- quanto al secondo profilo, si è osservato che *<<la valutazione di sistema all'interno dei parametri della Costituzione e il possibile bilanciamento con altri valori costituzionalmente tutelati non è affatto distonica, nella fattispecie, rispetto al pieno dispiegarsi dei parametri interposti>>*, poiché *<<l'esigenza di contrastare il rischio che siano commessi reati, che è al fondo della ratio delle misure di prevenzione e che si raccorda alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, come valore costituzionale, è comunque soddisfatta dalle prescrizioni specifiche che l'art. 8 consente al giudice di indicare e modulare come contenuto della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con o senza obbligo (o divieto) di soggiorno>>*. D'altro canto, *<<la previsione come reato della violazione, da parte del sorvegliato speciale, dell'obbligo «di vivere onestamente» e «di rispettare le leggi» ha, da una parte, l'effetto abnorme di sanzionare come reato qualsivoglia violazione amministrativa e, dall'altra parte, comporta, ove la violazione dell'obbligo costituisca di per sé reato, di aggravare indistintamente la pena, laddove l'art. 71 cod. antimafia già prevede come aggravante, per una serie di delitti, la circostanza che il fatto sia stato commesso da persona sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione della misura>>*.

3.5.1. Si è, pertanto, concluso che l'art. 75, comma 2, D.lgs. n. 159 del 2011 viola il canone di prevedibilità della condotta sanzionata con la limitazione della libertà personale, quale contenuto in generale nell'art. 7 Conv. EDU ed in particolare nell'art. 2 del Protocollo n. 4, e rilevante come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.; è stata, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, cit. nella parte in cui punisce come delitto l'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" da parte del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno.

3.6. La Corte costituzionale ha, infine, osservato che le questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione riguardavano il delitto previsto dall'art. 75, comma 2, cit., ma che analoghi dubbi di costituzionalità *<<possono porsi con riferimento al reato contravvenzionale di cui al comma 1 della medesima disposizione che prevede analogamente la violazione degli obblighi inerenti la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, ma senza obbligo né divieto di soggiorno, allorché le prescrizioni consistono nell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi>>*;

ha, pertanto, dichiarato, in via consequenziale e per le stesse ragioni, l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 1, stesso D.lgs., nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'obbligo di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

3.7. Per quanto riguarda gli effetti della declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma penale incriminatrice, appare sufficiente ricordare che, ai sensi dell'art. 30, comma 4, L. n. 87 del 1953, <<**quando, in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali**>>.

Il procedimento finalizzato alla relativa declaratoria è disciplinato dall'art. 673 c.p.p.; nell'ambito del procedimento di cognizione, provvederà il giudice che procede ex art. 129 c.p.p.

4. L'illegittimità costituzionale dichiarata da Corte cost., n. 26 del 2019: cenni.

Solo per completezza, attesa la contestualità delle varie declaratorie d'illegittimità costituzionale, appare, infine, opportuno ricordare che **Corte cost., 24 gennaio/27 febbraio 2019, n. 26** ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'*art. 1, comma 198, della legge 24 dicembre 2012, n. 228*, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013)», *limitatamente alle parole «muniti di ipoteca iscritta sui beni di cui al comma 194 anteriormente alla trascrizione del sequestro di prevenzione,» e «Allo stesso modo sono soddisfatti i creditori che: a) prima della trascrizione del sequestro di prevenzione hanno trascritto un pignoramento sul bene; b) alla data di entrata in vigore della presente legge sono intervenuti nell'esecuzione iniziata con il pignoramento di cui alla lettera a)».*

In questo caso, peraltro, non si è trattato di una declaratoria conseguente alla necessità di adeguare il sistema di prevenzione interno alle garanzie convenzionali nell'interpretazione fornite dalla Corte EDU, poiché le questioni sollevate sono state ritenute fondate in relazione all'art. 3 Cost.

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

ERGASTOLO - DIVIETO TRATTAMENTI DISUMANI O DEGRADANTI - DIRITTO AL RISPETTO VITA PRIVATA E FAMILIARE - CONDIZIONI DETENZIONE - ADEGUATEZZA CURE MEDICHE DURANTE LA DETENZIONE - RIDUCIBILITÀ PENA PERPETUA *DE IURE E DE FACTO* - PROSPETTIVA DI LIBERAZIONE - REVISIONE - AUTORITÀ COMPETENTE.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**CONVENZIONE EDU**, artt. 3 e 8

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte E.D.U., Sez. IV, 12 marzo 2019, Petukhov c. Ukraine. (ric. n. 41216/13).**

### **Abstract**

**1.** La Corte EDU torna nuovamente sul tema della riducibilità *de jure* e *de facto* dell'ergastolo, alla luce dell'art. 3 della Convenzione.

Nella causa *Petukhov v. Ukraine* il ricorrente è un condannato all'ergastolo per crimini gravi posti in essere quale componente di una organizzazione criminale. Egli ha adito la Corte ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, lamentando l'irriducibilità della condanna all'ergastolo; l'inadeguatezza dell'assistenza medica ricevuta (questione già esaminata dalla Corte EDU che, con sentenza n. 43374/02 del 21 ottobre 2010, aveva riscontrato la violazione degli artt. 3, 5, 6 e 13); la precarietà delle sue condizioni detentive e, infine, le restrizioni arrecate al suo diritto a ricevere visite familiari in carcere, articolando la domanda con riferimento all'art. 3 (*Prohibition of torture*) e all'art. 8 della ECHR (*Right to respect for private and family life*).

Violazione art. 3 ECHR

**2.** I giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la parziale fondatezza delle censure mosse dal ricorrente condannando lo Stato ucraino per la riscontrata violazione dell'art. 3 CEDU.

**2.1.** Procedendo con ordine, a fronte dell'invocata violazione dell'art. 3 della Convenzione, ai sensi del quale "*Nessuno può essere sottoposto a tortura o a trattamenti o punizioni disumane o degradanti*", la Corte EDU, da un lato, ha rigettato la denuncia con cui il ricorrente si doleva delle precarie condizioni detentive presenti in entrambe le prigioni (inadeguata disinfezione delle cellule, cattivo stato del cortile, limitata possibilità di passeggiate all'aperto, scarsa ventilazione ed umidità nelle celle, inconvenienti inerenti alla ristrutturazione dei locali della prigione, stato fatiscente dell'edificio, vetri delle finestre rotti, perdite dal soffitto, videosorveglianza permanente nella cella, scarsa qualità dell'acqua potabile e del cibo) in quanto infondate e non

comprovate; dall'altro, ha parzialmente accolto quella con la quale era stato denunciato l'irreversibile peggioramento delle sue condizioni di salute (la questione specifica era stata già demandata il 12 novembre 2002 dal detenuto alla Corte EDU, la quale con sentenza n. 43374/02 del 21 ottobre 2010 aveva riscontrato la violazione degli artt. 3, 5, 6 e 13 della Convenzione per non avere lo Stato assicurato la salute del predetto omettendo di ottemperare agli obblighi connessi a tale esigenza).

**2.2.** L'art. 3 della Convenzione, ribadisce la Corte richiamando i principi giurisprudenziali in materia, impone allo Stato di proteggere il benessere fisico delle persone private della libertà, fornendo loro un'assistenza medica adeguata alle necessità che si presentano. Nel caso *de quo* lo stato di salute del ricorrente era stato regolarmente esaminato da vari medici e sottoposto ad esami di *screening* e di laboratorio. Tuttavia, non erano state predisposte le particolari cure mediche ritenute, nella specie, doverose, né le autorità erano state in grado di assicurare una fornitura regolare ed ininterrotta di farmaci antitubercolari essenziali per un efficace trattamento della malattia. A fronte della riproposta doglianza, la Corte si è nuovamente pronunciata sul punto, ravvisando una violazione dell'art. 3 della Convenzione limitatamente al periodo detentivo dal 3 luglio 2010 in avanti (riconoscendo ai sensi dell'art. 41 della Convenzione i relativi danni, patrimoniale e non, per il difetto di cure appropriate).

**3.** Anche sull'ulteriore doglianza, relativa alla violazione dell'art. 3 della Convenzione per essere l'ergastolo, *de jure* e *de facto*, irriducibile non risultando in alcun modo garantita nei suoi riguardi alcuna possibilità di revisione o prospettiva di rilascio, la Corte ha fornito risposta positiva.

**3.1.** Il caso ha costituito l'occasione per richiamare i principi già affermati a partire dal noto caso *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC, no. 66069/09+130/10+3896/10, ECHR, July 2013] e a seguire anche in *Murray v. the Netherlands* [GC, no. 10511/10, April 2016] e *Hutchinson v. the United Kingdom* [GC, no. 57592/08, 17 January 2017].

La Corte ha rammentato, infatti, che la Convenzione non proibisce l'imposizione dell'ergastolo (*life sentence*) ai condannati per crimini particolarmente gravi, ma perché tale pena sia compatibile con l'art. 3 della Convenzione, essa deve essere <<*reducible de iure and de facto*>>, nel senso che deve esistere sia una prospettiva di liberazione (*a prospect of release*), ma anche la possibilità di un riesame (*possibility of review*) che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto, tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena (*legitimate penological grounds*) permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione.

**3.2.** La Corte ha evidenziato l'importanza dell'aspetto rieducativo della pena e della reintegrazione del condannato, fattore che gli Stati membri devono tenere in considerazione

nella programmazione delle loro politiche criminali [*Khoroschenko v. Russia* (GC) no. 41418/04, ECHR 2015, ma anche *Murray* citata].

**3.3.** Quanto ai criteri e alle condizioni previsti dagli ordinamenti nazionali ai fini del riesame, essi devono possedere un sufficiente grado di chiarezza e certezza, per scongiurare il rischio che il procedimento di riabilitazione non sia effettivo. Certezza che, in questo settore, non va intesa solo come corollario del principio di legalità, ma deve informare lo stesso percorso di riabilitazione. Pertanto, i condannati a pena perpetua devono essere messi in grado di conoscere sin dall'inizio ciò che devono fare per riconquistare la libertà e a quali condizioni ciò possa accadere. Il che riguarda anche l'aspetto temporale del riesame della pena.

Sul punto, la Corte ha ribadito quanto già affermato nella sentenza *Vinter*, cit., constatando, sulla scorta degli elementi di diritto comparato e di diritto internazionale esaminati, come vi sia una netta tendenza in favore della creazione di un meccanismo speciale che garantisca un primo riesame entro un termine massimo di venticinque anni da quando la pena perpetua è stata inflitta, e poi, successivamente, un riesame periodico, pur avendo cura di precisare che deve assicurarsi un margine di apprezzamento agli Stati contraenti in materia di giustizia penale e di determinazione delle pene.

**4.** Nel caso all'esame, la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 3 della Convenzione, proprio perché i detenuti a pena perpetua in Ucraina possono essere scarcerati solo in due casi (condizioni di salute talmente gravi da impedire la prosecuzione dello stato detentivo, con ripresa della detenzione nel caso di guarigione; o atto di clemenza).

**4.1.** Quanto alla prima ipotesi, i giudici di Strasburgo hanno ribadito i principi contenuti nella più volte citata sentenza *Vinter*, rilevando come la liberazione per motivi umanitari non corrisponda a quanto previsto dall'espressione «prospettiva di scarcerazione» (*prospect of release*) nel senso chiarito in quella sentenza [ma anche in *Matiošaitis and Others v. Lithuania*, n. 22662/13 + altri sette, Maggio 2017], poiché si tratterebbe di garantire al condannato soltanto di morire a casa o in ospizio, piuttosto che in carcere.

**4.2.** Anche l'istituto della grazia presidenziale, secondo l'ordinamento ucraino, è stato attentamente esaminato: la procedura è contenuta in un decreto presidenziale e in base ad essa, nell'esame della domanda di grazia, vanno considerati la gravità del crimine commesso, la durata della pena già scontata, il carattere del condannato, il suo comportamento, l'esistenza di un sincero pentimento, il risarcimento o la riparazione del danno causato, nonché le circostanze di tipo familiare o di altra natura. Quanto al procedimento di clemenza, il Regolamento interno dello Stato ucraino prevede che ai condannati per reati gravi o particolarmente gravi o che annoverino due o più precedenti penali per reati commessi con premeditazione, la grazia può essere concessa solo in "*exceptional cases*" e ove ricorrano "*extraordinary circumstances*". In proposito,

la Corte ha osservato che i criteri sopra richiamati possono essere utilizzati per valutare l'effettiva sussistenza di legittimi motivi giustificanti il mantenimento dello stato di detenzione (*legitimate penological grounds*) dei prigionieri, ma non è chiaro se questi siano rilevanti anche per comprendere ciò che i Regolamenti che disciplinano il procedimento di concessione della grazia intendono quando affermano che "alle persone condannate per reati gravi o particolarmente gravi o che hanno due o più precedenti penali in relazione alla commissione di reati premeditati ... può essere concessa la clemenza in casi eccezionali e soggetti a circostanze straordinarie". L'indeterminatezza che ne discende rappresenta un vero e proprio ostacolo per la riabilitazione, poiché impedisce a coloro che sono stati condannati all'ergastolo di conoscere sin dal principio cosa fare al fine di essere rilasciati e a quali condizioni è subordinata la concessione della grazia presidenziale.

**4.3.** La Corte ha ulteriormente osservato come la procedura di concessione della grazia non richieda, in Ucraina, né alla Commissione competente, né al Presidente, di motivare le decisioni in merito alle richieste ricevute, circostanza, questa, le cui problematiche in termini di trasparenza ben potrebbero venir meno mediante il ricorso ad altri mezzi idonei a garantire la revisione della pena (tra cui, indica esemplificativamente l'obbligo stabilito per la Commissione di tenere conto della giurisprudenza rilevante dei tribunali internazionali o di altri organi sull'interpretazione e applicazione dei diritti umani internazionali in vigore nei confronti dello Stato in questione e di pubblicare regolarmente relazioni di attività che descrivono dettagliatamente l'esame delle richieste di clemenza). Tuttavia, in Ucraina non solo non è stata resa pubblica alcuna informazione di questo tipo, ma all'assenza dell'obbligo motivazionale delle decisioni adottate in merito alle richieste di grazia si affianca l'assoluta mancanza di un controllo giurisdizionale sulle stesse.

**5.** Alla stregua di tali argomentazioni, i giudici di Strasburgo hanno considerato l'assoluta insufficienza, in tale Stato, di garanzie procedurali capaci di assicurare ai condannati alla pena dell'ergastolo il diritto a una revisione della loro condanna mediante l'ottenimento della grazia presidenziale, definita testualmente "*a modern day equivalent of the royal prerogative of mercy*", basata su un principio di umanità, piuttosto che sul riesame in base a legittimi motivi riguardanti la pena e attraverso adeguate garanzie procedurali. Dinanzi ad una politica penale europea che, attualmente, pone sempre più l'accento sulla finalità riabilitativa della pena, anche in caso di ergastolo, e sulla riabilitazione del detenuto a vita (intesa come *<<the reintegration into society of a convicted person>>*, cfr. *Murray v. the Netherlands*, GC no. 10511/10 del 26 aprile 2016, §102, *ndr*), il corrente regime previsto per i condannati a vita in Ucraina nega, secondo la Corte, la possibilità di una riabilitazione laddove la richiesta finalizzata a ottenere la riduzione della condanna potrebbe non essere mai realmente capace di condurre alla commutazione, remissione o sospensione dell'ergastolo o al rilascio condizionale del prigioniero.

**6.** Si ricorda, per quel che attiene all'ordinamento italiano, che al condannato alla pena dell'ergastolo può essere concessa, in caso di ravvedimento ossia – come inteso dalla giurisprudenza di legittimità – di convinta revisione critica delle pregresse scelte criminali, la liberazione condizionale.

Essa è concedibile decorsi ventisei anni di detenzione, a cui vanno detratti quarantacinque giorni di detenzione per ogni semestre a titolo di liberazione anticipata sempre che il condannato dia prova di partecipazione all'opera di rieducazione.

Ciò comporta la possibilità che la domanda di liberazione condizionale, che è vagliata dal Tribunale di sorveglianza con provvedimento ricorribile per cassazione, sia proposta ben prima del compimento del ventiseiesimo anno di detenzione. Trascorsi cinque anni in liberazione condizionale, e quindi in libertà, senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca il condannato all'ergastolo ottiene l'estinzione della pena.

La disciplina appena delineata sembra rispondere ai tradizionali criteri sulla base dei quali la giurisprudenza della Corte EDU, che sono:

- la riducibilità della pena perpetua attraverso la previsione di meccanismi che consentano, *de iure* e *de facto*, la restituzione del condannato alla libertà;
- e il vincolo di necessaria proporzione rispetto alla gravità del fatto commesso, dato che la pena perpetua è riservata nel sistema interno a reati di spiccata gravità.

Rispetto agli ulteriori parametri individuati dalla giurisprudenza sovranazionale per valutare la compatibilità dell'ergastolo si può ora osservare che il condannato sa fin dall'inizio dell'esecuzione il termine entro il quale potrà chiedere di essere ammesso alla liberazione condizionale; conosce, o è in grado di conoscere, quale è il criterio in forza del quale sarà valutata la sua domanda di liberazione, ossia il ravvedimento sì come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità, e sa che la domanda sarà esaminata da un organo giurisdizionale con possibilità di un ricorso effettivo alla Corte suprema. Sin dall'inizio dell'esecuzione è infine posto nelle condizioni di conoscere che l'accoglimento della domanda di liberazione condizionale comporterà la restituzione alla libertà.

6.1. Un pericolo di frizione con detti principi può invece verificarsi per l'altra forma di ergastolo conosciuta dall'ordinamento italiano, il cd. ergastolo ostativo, che interessa i condannati per uno o più delitti di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. che non collaborano con la giustizia e per i quali non può dirsi che la collaborazione sia impossibile o irrilevante, secondo quanto previsto dal comma 1-*bis* dello stesso articolo. A questa categoria di detenuti è infatti precluso l'accesso alla liberazione condizionale e ad altri benefici penitenziari dal carattere spiccatamente trattamentale come il lavoro all'esterno, i permessi premio e la semilibertà per il fatto che non intendono collaborare con la giustizia e quindi in ragione della presunzione che la mancata

collaborazione sia indice dell'assenza di progressi nel percorso rieducativo. La Corte costituzionale ha, sino ad oggi, ritenuto la compatibilità costituzionale di tale forma di ergastolo osservando che non si ha una preclusione assoluta e definitiva di accesso al beneficio della liberazione condizionale, potendo il condannato, con una sua scelta di collaborazione, rimuovere l'ostacolo (v. sentenza n. 135 del 2003).

La Corte EDU ha già dichiarato la ricevibilità di un ricorso relativo alla compatibilità convenzionale dell'ergastolo cd. ostativo, nella causa Viola c. Italia (n. 77633/16). La Corte EDU valuterà in tal modo se la possibilità di liberazione che l'ordinamento interno assicura a quanti collaborano con la giustizia soddisfi o meno i criteri stabiliti dalla sua giurisprudenza per ritenere "riducibile" una pena perpetua. E se, di contro, possa dirsi conforme ai principi convenzionali la non riducibilità dell'ergastolo per il caso in cui il condannato non intenda collaborare, per sua scelta, con la giustizia.

6.2. Recentemente la Corte costituzionale (sentenza n. 149 del 2018) ha dichiarato l'illegittimità di quella particolare forma di ergastolo prevista dall'art. 58-*quater* ord. pen. per i casi in cui la condanna è pronunciata per i delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione o per sequestro di persona a scopo di estorsione, seguiti dalla morte della vittima. Per tale categoria di condannati la soglia temporale di accesso ai benefici dell'ammissione al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alla semilibertà, pur in presenza di una collaborazione con la giustizia o delle condizioni equiparate (collaborazione impossibile o irrilevante), era in ogni caso quella dei ventisei anni, non anticipabile con gli sconti semestrali di liberazione anticipata, invece applicabili per l'accesso alla liberazione condizionale, interessata comunque, ai sensi dell'art. 176, comma terzo, cod. pen., dalla medesima soglia di pena espiata.

Merita di essere menzionato che, dopo la sentenza della Corte costituzionale appena richiamata, la Corte di cassazione, sez. 1, con ordinanza del 20 novembre 2018 n. 57913, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità riguardante un aspetto della disciplina del cd. ergastolo ostativo, nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, e che non abbia collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. pen., possa beneficiare dei permessi premio di cui all'art. 30-*ter* ord. pen.

La Corte di cassazione ha a tal proposito rilevato la controvertibilità dell'affermazione che "la cessazione dei legami consortili di un detenuto con il gruppo criminale di riferimento possa essere dimostrata, durante la fase di esecuzione della pena, solo attraverso le condotte collaborative di cui all'art. 58-*ter* ord. pen."; ed ha aggiunto che essa non può "assurgere a canone valutabile in termini di presunzione assoluta, a prescindere dalle emergenze concrete".

Ha poi proseguito osservando "che le ragioni che possono indurre un condannato all'ergastolo ostativo a non effettuare una scelta collaborativa ex art. 58-ter Ord. Pen. non risultano univocamente dimostrative dell'attualità della pericolosità sociale e non necessariamente coincidono con la volontà di rimanere legato al sodalizio mafioso di provenienza".

La decisione

7. Nell'irriducibilità della condanna all'ergastolo, i Giudici di Strasburgo hanno, dunque, individuato la sussistenza di un problema sistemico dello Stato membro che richiede l'attuazione di misure di carattere generale ai sensi dell'art. 46 ECHR, poiché, ai fini della corretta esecuzione della presente sentenza, lo Stato convenuto sarebbe tenuto a mettere in atto una riforma del sistema di revisione delle condanne a vita che garantisca l'esame di ogni caso particolare mediante la valutazione dell'effettiva sussistenza di legittimi motivi atti a giustificare il mantenimento della pena e consenta, con un certo grado di precisione, ai detenuti di prevedere cosa fare e a quali condizioni è subordinato il loro rilascio.

7.1. Nell'argomentare l'accoglimento di tale censura, la Corte si è altresì espressa, come accennato, a proposito del meccanismo di riesame, rammentando che il margine di discrezionalità che in materia di giustizia penale e di condanna deve essere assicurato agli Stati contraenti impedisce alla Corte Europea di prescrivere e imporre uno specifico modello revisionale (esecutivo o giudiziario). Ciò nondimeno, per assicurare al reo un'effettiva possibilità di riabilitazione (che, come precisato in sentenza, costituisce per lo Stato un obbligo di mezzi e non di risultati), il riesame dovrebbe comportare motivazioni dei provvedimenti di tipo esecutivo o un controllo giurisdizionale, sì da scongiurare anche solo l'apparenza di forme di arbitrarietà.

8. Per inciso, pare utile precisare che tale affermazione ha costituito oggetto di una specifica critica nella *partly dissenting opinion* redatta dal giudice *Pinto De Albuquerque*. Costui, nel richiamare la giurisprudenza della Corte (e, in particolare, il caso *Murray v. The Netherlands*, n. 10511/10, 26 aprile 2016), ha sostenuto che lo Stato membro ha un obbligo di garantire e salvaguardare l'esistenza di un meccanismo di revisione efficace ed indipendente, soggetto ad un controllo giurisdizionale, completo degli elementi fattuali e legali. Ad avviso del giudice parzialmente dissenziente, nonostante con i casi *Hutchinson v. the United Kingdom* (no. 57592/08, 17 gennaio 2017) e *Matiošaitis e altri c. Lithuania* (nos. 22662/13 and 7 others, 23 maggio 2017) si sia, in effetti, sfocato il significato dei principi sanciti con la sentenza *Murray v. the Netherlands* cui quelle sentenze pure rinviano, privare il detenuto del beneficio della supervisione dei motivi per cui si ritengono sussistenti esigenze esecutive tali da impedire il rilascio del reo, significherebbe restringere notevolmente, se non addirittura privare del tutto, il suo diritto alla riabilitazione.

8.1. Si aggiunge in questa sede per chiarezza che, in *Hutchinson v. the United Kingdom*, si è esplicitamente affermato che la natura non giudiziale del riesame non è in se stessa contraria ai requisiti dell'art. 3, e ciò sulla scorta della giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo; laddove, in *Murray v. The Netherlands*, si era invece affermato che - nella misura in cui ciò sia necessario per garantire al condannato di sapere cosa fare per essere considerato per il rilascio e a quali condizioni - può essere richiesto che la decisione sia motivata, ciò che un controllo di tipo giudiziale potrebbe garantire (in quella sentenza si fa rinvio a *László Magyar v. Hungary*, no. 73593/10, 20 maggio 2014, e a *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, nos. 15018/11 e 61199/12, ECHR 2014).

Violazione art. 8 ECHR

9. La violazione è stata dedotta dal ricorrente in relazione alle restrizioni imposte al suo diritto a visite di famiglia. La Corte, tuttavia, non ha ritenuto necessario valutare nel merito la censura, in quanto già pronunciatasi sulle principali questioni giuridiche sollevate con la domanda, richiamando, a titolo esemplificativo, il precedente *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* [GC, no. 47848/08, ECHR 2014].

La c.d. *Câmpeanu* formula

9.1. Tale specifico punto ha costituito oggetto di serrata critica all'interno della *dissenting opinion* redatta sia dal giudice Kūris che, conformemente, dal giudice Bošnjak.

Costoro, oltre a non condividere il mancato esame della presunta violazione dell'art. 8 CEDU invocata dal ricorrente, hanno rilevato un indiscriminato e, a loro avviso problematico, uso della cd. formula di *Câmpeanu*. Ritengono, questi giudici, che la Corte può decidere, legittimamente e ragionevolmente, di non esaminare alcune doglianze proposte dal ricorrente per essere le stesse correlate con quelle già in precedenza esaminate solo previa verifica della sussistenza di un prerequisito necessario, ovvero l'interrelazione fattuale fra le stesse (ciò che il relatore definisce << *an asset and a liability* >> per la Corte, a causa del suo arretrato e della tentazione di fare applicazione troppo estesa di tale principio).

9.2. La *ratio* di *tale modus operandi* consiste, infatti, nell'assicurare maggiore rapidità e minor dispendio di risorse, in tutti quei casi in cui il contesto di fatto di una denuncia, sovrapponendosi a quello di un'altra, rende del tutto ridondante un nuovo esame di quello che, sostanzialmente, altro non è se non lo stesso reclamo. Qualora, tuttavia, le censure non presentino il medesimo *background* fattuale, il mancato esame di alcune di queste può essere giustificato solo mediante il ricorso a un criterio ausiliare, quale quello del legame giuridico intercorrente tra le disposizioni della Convenzione invocate.

Secondo il parere reso dai giudici dissenzienti, la Corte incorre in errore nel momento in cui considera la denuncia ai sensi dell'art. 8 CEDU coperta, *a priori*, da quella avanzata ai sensi dell'art. 3 CEDU, ciò in quanto tali disposizioni normative non sono considerate sovrapponibili in giurisprudenza, né si trovano in relazione l'una con l'altra quali *lex generalis* e *lex specialis*. Gli artt. 3 e 8 della Convenzione rimangono, invero, territori legali separati, ne discende che solo in presenza di circostanze particolari o, meglio, di elementi fattuali comuni che determinino una sovrapposizione delle censure formulate dal ricorrente può, la Corte, astenersi dall'esaminare la medesima situazione fattuale dal punto di vista di tutti gli articoli invocati.

9.3. L'approccio basato sul principio secondo cui le denunce ai sensi dell'art. 3 e dell'art. 8 sollevano questioni giuridiche distinte (del resto, le visite familiari o coniugali sono cosa ben diversa dalle condizioni di detenzione ed irriducibilità della pena) era, ad avviso di questi giudici, radicato nella pratica della Corte, almeno fino all'avvento della formula *Câmpeanu*, o, piuttosto, fino alla sua applicazione indiscriminata, come accaduto nel caso di specie. In realtà, il giudice Kūris chiarisce come tale formula non sia stata introdotta per la prima volta nel caso che ha dato il nome al modello, poiché ancor prima, precisamente già nel 2012 [con il caso *Stanev v. Bulgaria* (GC), no. 36760/06, ECHR 2012], l'esame delle "principali questioni giuridiche" veniva dedotto dalla Corte affinché questa potesse essere assolta dalla necessità di esaminare alcune delle ulteriori questioni. Tuttavia, ciò avveniva sempre e solo se le denunce ai sensi degli articoli 3 ed 8 CEDU erano correlate tra di loro per effetto del medesimo contesto fattuale di riferimento.

9.4. Dal 2014 in poi, il ricorso alla richiamata formula è, però, divenuto sempre più frequente tanto che è diventato quasi naturale nonché rituale l'utilizzo dell'espressione "non c'è bisogno di esaminare" in tutti i casi in cui la Corte ritiene di aver già affrontato alcune "questioni giuridiche" principali, come nel caso in esame. Secondo il parere espresso nella *dissenting opinion*, qualora la giurisprudenza della Corte dovesse proseguire verso tale direzione si rischierebbe non solo di elidere l'onere motivazionale e decisionale espresso dall'art. 45 CEDU a vantaggio di autocitazioni meccaniche, acritiche ed indiscriminate di una formula che non è affatto universale, ma si livellerebbero, altresì, quei ricorsi aventi un numero maggiore di accuse con quelli che ne contengono di meno. Ulteriormente, secondo i giudici dissenzienti, la maggioranza, etichettando bruscamente le questioni giuridiche già esaminate nel presente caso come "principali" avrebbe efficacemente classificato, *a contrario*, le questioni derivanti dalla denuncia di cui all'articolo 8 come "non principali".

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI - SANZIONI AMMINISTRATIVE PREVISTE DAL T.U.F. A CARATTERE SOSTANZIALMENTE PENALE SECONDO I CRITERI ENGELS - ARTT. 187 BIS E 187 TER T.U.F. - IRRETROATTIVITÀ DELLA *LEX MITIOR* - ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE.

CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI - SANZIONI AMMINISTRATIVE PREVISTE DAL T.U.F. NON AVENTI CARATTERE SOSTANZIALMENTE PENALE SECONDO I CRITERI ENGELS - ART. 191 T.U.F. - IRRETROATTIVITÀ DELLA *LEX MITIOR* - QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE - IRRILEVANZA.

CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA - RAPPORTO CON LA COSTITUZIONE ITALIANA - CONTROLLO ACCENTRATO DI COSTITUZIONALITA' - POTERE DEL GIUDICE COMUNE DI PROCEDERE AL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA E DI NON APPLICARE LE DISPOSIZIONI NAZIONALI IN CONTRASTO CON I DIRITTI SANCITI DALLA CARTA, ANCHE DOPO IL GIUDIZIO INCIDENTALI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE - SUSSISTENZA.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)** art. 7

**Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** art. 49

**Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici** art. 15

**Costituzione** artt. 3, 11, 117

**Legge.** n. 689/1981 art. 1

**D.lgs.** n. 58/1998 (T.U.F.): artt. 187 bis, 187 ter, 190 bis, 191

**D.lgs.** n. 72/2015 artt. 5 e 6

## **PRONUNCE SEGNALATE**

**Corte cost. sent. n. 63 del 21 marzo 2019**

**Cass., Sez. II civ., sent. n. 8047 del 21 marzo 2019.**

## **Abstract**

*Con le due sentenze in rassegna, entrambe pubblicate il 21 marzo 2019, la Corte costituzionale e la Corte di cassazione affrontano il tema dell'applicabilità alle sanzioni amministrative del principio della retroattività della lex mitior desumibile dagli articoli 3 Cost., 7 CEDU, 15, comma 1, del Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici e 49, paragrafo 1, CDFUE. Entrambe le sentenze valorizzano l'elaborazione della Corte EDU sulla qualificazione delle sanzioni amministrative come sostanzialmente penali quando ricorrano i presupposti indicati dalla sentenza della Corte EDU 8 giugno 1976, Engel. Sulla scorta di questo comune presupposto, la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'articolo 6 del decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72 - che esclude la retroattività in mitius della disciplina sanzionatoria introdotta da tale decreto per le violazioni finanziarie contemplate dal Testo unico sulla intermediazione finanziaria (T.U.F.) - è stata accolta dalla Corte costituzionale con riferimento al trattamento sanzionatorio (ritenuto sostanzialmente penale) dell'abuso di informazione privilegiata (art. 187 bis T.U.F.) ed è stata giudicata priva di rilevanza dalla Corte di cassazione con riferimento al trattamento sanzionatorio (non ritenuto sostanzialmente penale) della violazione delle disposizioni generali o particolari emanate dalla Consob (art. 191, secondo comma, TUF).*

*La sentenza della Corte costituzionale si segnala anche per alcune rilevanti evoluzioni rispetto al quadro disegnato dalla sentenza C. cost. n. 269/17 in tema di rapporti tra giudice comune, Corte costituzionale e Corte di Giustizia rispetto all'applicazione delle disposizioni della CDFUE.*

*Nella sentenza della Corte di cassazione, per altro verso, va segnalato il superamento dell'orientamento che limitava la portata dei principi convenzionali enunciati dalla Corte EDU nella sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens, alla sola prospettiva del giusto processo di cui all'articolo 6 della CEDU.*

1. Per una adeguata comprensione delle questioni in esame, è opportuno premettere che il decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 72 ha largamente innovato la disciplina degli illeciti amministrativi previsti dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di seguito T.U.F.), modificando anche il relativo trattamento sanzionatorio. L'articolo 6, secondo comma, di tale decreto legislativo prevede, peraltro, che «Alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia continuano ad applicarsi le norme della parte V del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 vigenti prima della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo».

2.1 Nel caso portato all'esame della Corte costituzionale, concernente l'opposizione ad una sanzione amministrativa pecuniaria di € 100.000 (pari al minimo edittale) irrogata dalla CONSOB

per un abuso di informazioni privilegiate, la corte di appello di Milano aveva dubitato della legittimità costituzionale dell'articolo 6, secondo comma, d.lgs. n. 72/2015, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU), nella parte in cui esso esclude la retroattività *in mitius* del più favorevole trattamento sanzionatorio prevista dal terzo comma del medesimo articolo per l' illecito amministrativo di cui all'art. 187-bis T.U.F., ossia, appunto, l'illecito di abuso di informazioni privilegiate.

2.2 La Corte costituzionale ha ritenuto l' articolo 6, secondo comma, d.lgs. n. 72/2015 costituzionalmente illegittimo, per contrasto sia con l'articolo 3 che con l'articolo 117 della Costituzione, laddove esclude la retroattività *in mitius* del più favorevole trattamento sanzionatorio prevista dal terzo comma del medesimo articolo per l' illecito amministrativo di cui all'art. 187-bis T.U.F. (abuso di informazioni privilegiate); la stessa Corte, inoltre, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87/1953, ha esteso la declaratoria di illegittimità costituzionale dell' articolo 6, secondo comma, d.lgs. n. 72/2015 anche alla mancata previsione della retroattività delle modifiche apportate dal terzo comma dello stesso articolo 6 alle corrispondenti sanzioni amministrative previste per l'illecito di cui all'art. 187-ter (manipolazione del mercato).

A tale esito decisionale la Corte costituzionale è pervenuta sulla base del seguente sviluppo argomentativo:

2.2.1 ha riaffermato la propria giurisprudenza che assegna rango costituzionale al principio della retroattività della *lex mitior* della legge penale tanto sulla base del parametro interno dell'articolo 3 Cost. quanto sulla base dei parametri interposti (rilevanti per il tramite degli articoli 11 e 117, primo comma, Cost.) dell'articolo 7 CEDU, dell'articolo 15, comma 1, del Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici e dell'articolo 49, paragrafo 1, CDFUE (sentenze nn. 393/2006, 394/2006 e 236/2011); con la precisazione che, mentre l'irretroattività *in peius* della legge penale, presidiata dal parametro interno dell'articolo 25 Cost., costituisce un valore assoluto e inderogabile, la regola della retroattività *in mitius* è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli (C. cost. n. 236 del 2011);

2.2.2 ha stabilito che — se non sussiste alcun vincolo di matrice convenzionale che imponga di trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative la regola dell' applicazione della legge successiva più favorevole (C. cost. 193/2016) — tale regola deve tuttavia ritenersi operante in relazione a quelle specifiche sanzioni amministrative alle quali debba riconoscersi, pur in assenza di precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte EDU, natura e finalità punitiva;

2.2.3 ha ascritto natura punitiva (sostanzialmente penale) alla sanzione amministrativa pecuniaria prevista per l'abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 187-*bis* T.U.F., richiamando i propri precedenti con cui aveva riconosciuto natura punitiva alla confisca per

equivalente prevista per il medesimo illecito amministrativo (sentenze n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017);

2.2.4 ha escluso che la deroga alla retroattività *in mitius* stabilita dall'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 72 del 2015 superi il «*vaglio positivo di ragionevolezza*», giudicando tale deroga irragionevolmente lesiva del diritto degli autori dell'illecito di abuso di informazioni privilegiate a vedersi applicare una sanzione proporzionata al disvalore del fatto, secondo il mutato apprezzamento del legislatore.

3.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 63/19 si segnala altresì perché, in sede di scrutinio di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, enuncia alcune rilevanti precisazioni dei principi affermati nella nota sentenza C. cost. n. 269/17 in tema di poteri di applicazione delle norme della CDFUE da parte del giudice comune.

3.2. In particolare la sentenza n. 63/19, dopo aver affermato il potere della Corte costituzionale di sindacare le questioni di c.d. "doppia pregiudizialità" sia con riferimento ai parametri interni sia in relazione alle norme della CDFUE che tutelano i medesimi diritti (evocate dal giudice rimettente come norme interposte nella questione riferita all'art. 117 Cost.), aggiunge come rimanga fermo, in ogni caso, «*il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta*».

3.3 Tali affermazioni sembrano segnare un superamento dei principi enucleabili dalla sentenza n. 269 del 2017, giacché:

3.3.1 per un verso, affermano (in continuità con C. cost. n. 20 del 2019) che il giudice comune può sollevare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia anche per gli stessi profili su cui si sia già pronunciata la Corte Costituzionale (e non solo per "altri profili", come pareva suggerire la sentenza n. 269/17);

3.3.2 per altro verso, riconoscono espressamente che il giudice comune, pur dopo che la Corte costituzionale si sia pronunciata (evidentemente giudicando la questione di costituzionalità infondata, giacché, diversamente, la disposizione interna contrastante con la CDFUE sarebbe stata espunta dall'ordinamento) conserva il potere non soltanto di sollevare il rinvio pregiudiziale ma anche (all'esito, sembra doversi ritenere, di tale rinvio) di disapplicare la disposizione interna dichiarata costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale, ove giudicata dalla Corte di Giustizia in contrasto con la CDFUE, senza necessità di un secondo incidente di costituzionalità;

3.3.3. per altro verso ancora, dando espressamente atto del potere del giudice comune di procedere al rinvio alla Corte di Giustizia «*anche dopo*» l'incidente di costituzionalità, sembrano

ammettere che il rinvio possa essere sollevato "anche prima" (e, quindi, indipendentemente) da tale incidente; se questa lettura della portata dell'inciso «*anche dopo*» fosse corretta, risulterebbe del tutto sovvertito il principio espresso nella sentenza n. 269/17 alla cui stregua, nei casi di doppia pregiudizialità, il giudice comune deve investire per prima la Corte costituzionale, onde garantire l'esercizio del controllo accentrato di costituzionalità di cui all'articolo 134 Cost.

4.1 Il caso portato all'esame della Corte di cassazione riguardava il funzionario di un istituto di credito nei cui confronti la CONSOB aveva irrogato la sanzione amministrativa pecuniaria di € 5.000, ai sensi dell' articolo 191, secondo comma, T.U.F., per avere il medesimo diffuso tra la clientela informazioni inerenti ad un prodotto finanziario non coerenti con le informazioni contenute nel prospetto informativo relativo al prodotto stesso, in violazione delle disposizioni generali dettate dalla CONSOB con il Regolamento Emittenti (e, in particolare, del disposto dell'articolo 34 *decies*, primo comma, lett. a), di detto Regolamento). Il funzionario, ricorrente per cassazione avverso la sentenza che aveva rigettato la sua opposizione alla delibera della CONSOB, deduceva l'illegittimità della sanzione irrogatagli e invocava l'applicazione retroattiva dell' articolo 191, comma 2-bis, del decreto legislativo n. 58/1998 (T.U.F.), introdotto dal decreto legislativo n. 72/2015, alla cui stregua, quando il soggetto su cui grava l'osservanza delle disposizioni violate sia una società o un ente, la sanzione cade sulla società o sull' ente e non - salve ipotesi specifiche, nella specie non ricorrenti - sugli esponenti aziendali e sul personale. Il ricorrente sollevava quindi il dubbio di legittimità costituzionale dell'articolo 6, secondo comma, d.lgs. n. 72/2015, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU), laddove detta disposizione esclude la retroattività del (per lui) più favorevole trattamento sanzionatorio dettato dall' articolo 191, comma 2-*bis*, del decreto legislativo n. 58/1998 alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 72/2015.

4.2 La Cassazione ha in primo luogo sottolineato che il disposto del secondo comma dell'articolo 6 d.lgs. 72/2015 non consente di applicare retroattivamente la legge più favorevole successiva alla commissione degli illeciti e, d'altra parte, che tale disposto risulta coerente il tradizionale insegnamento giurisprudenziale alla cui stregua il principio del *favor rei*, di matrice penalistica, non si estende, in assenza di una specifica disposizione normativa, alla materia delle sanzioni amministrative, la quale invece soggiace al distinto principio, emergente dall'articolo 1 della legge n. 689/81, del *tempus regit actum* (cfr. Cass. n. 29411/11, Cass. n. 4114/16, Cass. n. 13433/16, Cass. n. 20689/18).

4.3.1 Esclusa la possibilità di pervenire ad un'applicazione retroattiva della disciplina più favorevole per via interpretativa, la Cassazione ha affrontato la questione di legittimità costituzionale sollevata dal ricorrente con riferimento alla irretroattività della legge più

favorevole disposta dall'articolo 6, secondo comma, d.lgs. n. 72/2015 ed ha giudicato la stessa priva di rilevanza in base al rilievo che alla sanzione contemplata dall' articolo 191, secondo comma, T.U.F. non può riconoscersi natura sostanzialmente penale secondo i criteri Engel.

4.3.2 Per giungere a tale conclusione la sentenza in esame innanzi tutto richiama i numerosi precedenti della seconda sezione civile (sentt. nn. 1621/18, 8805/18, 8806/18, 27365/18) che affermano che le sanzioni previste dall'articolo 191 T.U.F. non sono equiparabili a quelle previste per la manipolazione del mercato ex art. 187-ter T.U.F. (la cui natura sostanzialmente penale è stata affermata dalla Corte EDU nella sentenza Grande Stevens), in ragione dalla «*diversa tipologia, severità, nonché incidenza patrimoniale e personale, di queste ultime rispetto alle prime, dovendosi a tal fine tenere conto anche dell'assenza di sanzioni accessorie e della mancata previsione di una confisca obbligatoria (elementi presenti nella fattispecie scrutinata dalla Corte EDU)*».

4.3.3 Per quanto poi concerne specificamente la sanzione di cui al secondo comma del ripetuto articolo 191 T.U.F. (compresa, nel testo applicabile *ratione temporis*, tra il minimo edittale di € 5.000 ed il massimo edittale di € 500.000 e non corredata da sanzioni accessorie né da confisca) il Collegio ha argomentato che – se è vero che i criteri Engel sono alternativi e non cumulativi (Grande Stevens, § 94) e che, ai fini dell'applicazione del criterio della gravità della sanzione, deve aversi riguardo alla misura della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta (Grande Stevens, § 98) – deve tuttavia considerarsi che la valutazione sull'afflittività economica di una sanzione non può essere svolta in termini astratti, ma va necessariamente rapportata al contesto normativo nel quale la disposizione sanzionatoria si inserisce; contesto che, nella materia finanziaria, contempla sanzioni penali finanche detentive, nonché sanzioni amministrative pecuniarie che, come quelle per gli abusi di mercato, possono ascendere a molti milioni di euro. Donde, conclusivamente, la ritenuta natura non sostanzialmente penale della sanzione di cui all'articolo 191, secondo comma, T.U.F., con conseguente inapplicabilità del principio della retroattività *in mitius* della legge penale.

5.1 La sentenza n. 8047/19, si segnala, peraltro, perché si pone in esplicito dissenso con le sentenze della prima sezione civile nn. 4114/16 e 13433/16 (poi seguite anche da diverse pronunce della seconda sezione civile), laddove le stesse escludono la retroattività *in mitius* della disciplina recata dal decreto legislativo d.lgs. n. 72 del 2015 - in relazione alle violazioni di cui all' articolo 191 T.U.F. e, rispettivamente, alle violazioni di cui all' articolo 190 TUF, affermando che tale esclusione non violerebbe i principi convenzionali enunciati dalla Corte EDU nella sentenza Grande Stevens, non potendo tali principi - calibrati nella specifica ottica del giusto processo - «*portare a ritenere sempre sostanzialmente penale una disposizione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno*».

5.2 La sentenza Cass. n. 8047/19 giudica la suddetta argomentazione inidonea ad escludere la possibilità di frizione tra l'ordinamento convenzionale e l'esclusione della retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative; ciò in quanto, alla stregua dei principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 43/17, la qualificazione di una sanzione amministrativa come sanzione sostanzialmente penale, secondo i criteri Engel, trascina con sé tutte le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione e, pertanto, non soltanto il diritto fondamentale al giusto processo, garantito dall'articolo 6 CEDU (sui cui si è pronunciata la sentenza Grande Stevens), ma anche il diritto fondamentale a non essere assoggettati ad una sanzione più grave di quella prevista dalla legge vigente al momento del giudizio, garantito dall'articolo 7 CEDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola c. Italia del 17 settembre 2009.

5.3 In definitiva la sentenza n. 8047/19 ha affermato che la verifica della eventuale riconducibilità di una specifica sanzione amministrativa nell'ambito delle sanzioni "sostanzialmente penali" secondo i criteri Engel è necessaria non soltanto per stabilire se il procedimento per la relativa irrogazione debba rispettare le garanzie fissate dall'articolo 6 CEDU, ma anche per stabilire se la successione nel tempo di diverse disposizioni sanzionatorie soggiaccia al disposto dell'articolo 7 CEDU.

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E PATRIMONIALI

LE CONSEGUENZE DI CORTE COST. N. 24 DEL 2019 AL VAGLIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Costituzione**, artt. 13 e 117

**Convenzione EDU**, art. 7

**Convenzione EDU**, Prot. add. 4, art. 2

**Legge n. 87 del 1953**, art. 30

**Legge n. 1423 del 1956**, art. 1

**Legge n. 152 del 1975**, art. 19

**D.lgs. n. 159 del 2011**, artt. 1, comma 1, lett. a) e b), 4, comma 1, lett. c), e 16.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Cass. pen., Sez. I, sentenza 5 marzo 2019, dep. 3 aprile 2019, n. 14629, Calabretto G. ed altri.**

### **Abstract**

La Corte di cassazione ha esaminato le conseguenze della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 che, chiamata da plurime ordinanze di rimessione a valutare la compatibilità – sotto diversi aspetti – del sistema di prevenzione italiano con i principi affermati dalla Corte EDU, *Grande Chambre*, sentenza 23 febbraio 2017, caso De Tommaso c. Italia, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di plurime disposizioni, ed in particolare dell'*art. 16 d. lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lettera a)*, contestualmente fornendo un'interpretazione conservativa della previsione di cui all'*art. 1, comma 1, lett. b)*, stesso d.lgs.

## 1. Premessa.

La **Corte costituzionale**, con **sentenza 24 gennaio/27 febbraio 2019, n. 24**, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale:

- dell'*art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423* (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), nel testo vigente sino all'entrata in vigore del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), *nella parte in cui consente l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, anche ai soggetti indicati nel numero 1)*;
- dell'*art. 19 della legge 22 maggio 1975, n. 152* (Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico), nel testo vigente sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011, *nella parte in cui stabilisce che il sequestro e la confisca previsti dall'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575* (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere) *si applicano anche alle persone indicate nell'art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956*;
- dell'*art. 4, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lettera a)*;
- dell'*art. 16 del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lettera a).*

Inoltre, valorizzando l'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza emessa dalla Corte EDU, *Grande Chambre*, nel caso De Tommaso c. Italia, ha ritenuto che risulta oggi possibile assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dell'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011, che evoca la categoria di **«coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»**, sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali «casi» - oltre che in quali «modi» - essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca:

*<<la locuzione «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» è oggi suscettibile, infatti, di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli "titoli" di reato, quanto di specifiche "categorie" di reato. Tale interpretazione della fattispecie permette di ritenere soddisfatta l'esigenza -*

sulla quale ha da ultimo giustamente insistito la Corte europea, ma sulla quale aveva già richiamato l'attenzione la sentenza n. 177 del 1980 di questa Corte - di individuazione dei «tipi di comportamento» («types of behaviour») assunti a presupposto della misura. Le "categorie di delitto" che possono essere assunte a presupposto della misura sono in effetti suscettibili di trovare concretizzazione nel caso di specie esaminato dal giudice in virtù del triplice requisito - da provarsi sulla base di precisi «elementi di fatto», di cui il tribunale dovrà dare conto puntualmente nella motivazione (art. 13, secondo comma, Cost.) - per cui deve trattarsi di:

a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto,

b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui,

c) i quali a loro volta costituiscano - o abbiano costituito in una determinata epoca - l'unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito.

Ai fini dell'applicazione della misura personale della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, al riscontro processuale di tali requisiti dovrà naturalmente aggiungersi la valutazione dell'effettiva pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011>>.

Ha, in proposito, precisato, con riferimento alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, che i requisiti poc'anzi enucleati dovranno a loro volta essere accertati in relazione al lasso temporale nel quale si è verificato, nel passato, l'illecito incremento patrimoniale che la confisca intende neutralizzare:

<<dal momento che, secondo quanto autorevolmente affermato dalle sezioni unite della Corte di cassazione, la necessità della correlazione temporale in parola «discende dall'apprezzamento dello stesso presupposto giustificativo della confisca di prevenzione, ossia dalla ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecite» (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 26 giugno 2014-2 febbraio 2015, n. 4880), l'ablazione patrimoniale si giustificherà se, e nei soli limiti in cui, le condotte criminose compiute in passato dal soggetto risultino essere state effettivamente fonte di profitti illeciti, in quantità ragionevolmente congruente rispetto al valore dei beni che s'intendono confiscare, e la cui origine lecita egli non sia in grado di giustificare>>.

Per tali ragioni, ha conclusivamente ritenuto non illegittima la disciplina riguardante la fattispecie normativa di cosiddetta "pericolosità generica" di cui all'art. 1, lettera b), d.lgs. n. 159 del 2011.

2. Le conseguenze della decisione della Corte costituzionale.

La Prima sezione, con la sentenza n. 14629 del 5 marzo 2019, n.m. allo stato, ha esaminato la questione degli effetti della predetta decisione della Corte costituzionale (con riguardo ad un ricorso avverso un decreto di confisca, parzialmente confermato in appello).

2.1. Nei confronti di uno dei ricorrenti era stata separatamente confermata anche la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con divieto di soggiorno per tre anni (l'altro soggetto destinatario della misura personale era, nelle more, deceduto).

L'inquadramento soggettivo delle persone portatrici di pericolosità cd. semplice era stato operato - in primo grado - in riferimento a quanto previsto sia dall'art. 1, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011 (sul presupposto che i due soggetti sottoposti a prevenzione personale fossero abitualmente dediti a traffici delittuosi), che dall'art. 1, co. 1, lett. b), stesso d.lgs. (in quanto il provento dei reati commessi sarebbe stato destinato, almeno in parte, alle esigenze di vita: all'uopo erano state valorizzate risultanze istruttorie contenute in due titoli cautelari emessi in sede penale, riguardanti plurime condotte di usura ed estorsione consumate nel corso degli anni antecedenti, a partire dal 2002 e fino al 2013).

La Corte di appello non aveva, peraltro, compiuto alcuna specificazione ulteriore circa l'inquadramento soggettivo della classe di pericolosità, limitandosi a richiamare in proposito i contenuti del primo decreto, ed aveva in ampia parte confermato il giudizio di sproporzione reddituale e la riconducibilità di fatto degli investimenti ai soggetti portatori di pericolosità.

2.2. La sentenza in esame ha premesso che due circostanze essenziali, valorizzate di ufficio, imponevano l'annullamento con rinvio del decreto impugnato:

- in sede di merito era stato applicato, quanto all'inquadramento soggettivo dei proposti in una delle categorie tipizzate di pericolosità, anche l'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011, sul presupposto che l'attività di usura integrasse un "traffico delittuoso" cui i due soggetti sottoposti anche a prevenzione personale erano dediti;

- era nelle more sopravvenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019, «*i cui contenuti devono essere oggetto di valutazione anche di ufficio (fermo restando che il tema del contrasto con i principi costituzionali e convenzionali è trattato nel ricorso), ai sensi della previsione di legge di cui all'art. 609, comma 2, c.p.p.*» (peraltro richiamando decisioni giurisprudenziali sempre inerenti a sopravvenute declaratorie d'illegittimità costituzionale variamente riguardanti il trattamento sanzionatorio previste per il reato di volta in volta contestato all'imputato: Sez. U., n. 33040 del 2015; Sez. 6, n. 14995 del 2014; Sez. 6, n. 37102 del 2012).

Ha poi diffusamente illustrato il contenuto della richiamata sentenza n. 24 del 2019 della Corte costituzionale, in particolare evidenziando che essa, contestualmente alla plurime declaratorie d'illegittimità costituzionale pronunciate, ha anche ritenuto la disposizione di cui l'art. 1, lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011 (riguardante i soggetti che, per la condotta ed il tenore di vita, debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose), nell'interpretazione datane dai più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità (antecedenti e successivi alla nota decisione della Corte EDU, *Grande Chambre*, nel caso De Tommaso contro Italia, e tesi ad estrarre dalla disposizione contenuti di maggiore tassatività descrittiva), non in contrasto con i principi costituzionali,

mantenendone quindi inalterata la vigenza, conclusivamente osservando che « *l'analisi del complessivo sviluppo delle argomentazioni espresse dalla Corte costituzionale porta pertanto a ritenere che la tipologia di decisione emessa - quanto ai contenuti della previsione di legge di cui all'art. 1, co.1, lett. B) d.lgs. n. 159 del 2011 - sia quella di una cd. interpretativa di rigetto, che nel comporre il denunziato contrasto tra la norma di legge ordinaria e il contenuto delle norme costituzionali 'segna' il percorso interpretativo idoneo ad evitare la demolizione della norma di legge ordinaria, riconoscendolo - in larga misura - in quello già espresso in numerosi arresti da questa Corte di legittimità (...) proprio la ricognizione del contenuto di tali arresti (...) ha consentito alla Corte costituzionale di superare i dubbi sollevati in sede sovranazionale nella decisione Corte Edu De Tommaso contro Italia, essendosi nel tempo stabilizzata una chiave di lettura della disposizione che attraverso il recupero di connotati di tassatività (le attività da censire in parte constatativa sono necessariamente rappresentate da delitti idonei alla produzione di reddito) assicura la predeterminazione legale dei 'tipi di comportamento' assunti a presupposto delle misure, sia personali che patrimoniali. Ciò conferisce un particolare valore di orientamento ai contenuti della decisione, nel senso che eventuali «deroghe» dalla suddetta linea di assegnazione di significati alle parole utilizzate dal legislatore porrebbero il caso concreto non solo fuori dall'attuale recinto interpretativo maggioritario ma fuori dal perimetro di legalità costituzionale e convenzionale».*

D'altro canto, come già in passato chiarito dalle Sezioni Unite (n. 25 del 16 dicembre 1998, dep. 1999, Alagni, Rv. 212074), « *non può disconoscersi l'efficacia di "precedente" che deve essere riconosciuto alla decisioni [della Corte costituzionale] di rigetto in genere, ed in particolar modo a quelle interpretative, e l'influenza che siffatta pronuncia determina nei confronti dei giudici comuni e degli operatori del diritto i quali, in mancanza di validi motivi, sono tenuti ad uniformarsi alla sentenza, la quale, secondo la dottrina prevalente, viene ad assumere la figura di una "doppia pronuncia", nel senso che contiene una duplice affermazione: che cioè l'atto, proprio perché espressione di un principio proveniente dalla Corte costituzionale, è costituzionalmente legittimo e che, al contrario, nella diversa interpretazione del giudice a quo, lo stesso non è conforme a Costituzione. È pur vero che non si tratta di vincolo giuridico, del resto inesistente nel nostro ordinamento; pur tuttavia è innegabile il valore persuasivo di siffatta pronuncia costituendo un precedente autorevole nonché il risultato di una interpretazione sistematica in funzione adeguatrice proveniente dall'organo più qualificato in tema di interpretazione costituzionale. Senza contare, poi, che, in tali sentenze, la motivazione non rappresenta semplicemente il motivo della decisione, ma svolge un ruolo più importante e decisivo in quanto diviene elemento costitutivo della decisione stessa che, con diversa motivazione, avrebbe avuto esito diverso. E che un tale vincolo sia in effetti esistente e non già puramente teorico, deriva, poi, dalla considerazione che, secondo la prevalente dottrina e la più recente giurisprudenza, tutti i giudici sono tenuti a non fare applicazione delle disposizioni in un senso diverso da quello*

*affermato dalla Corte costituzionale senza aver prima sollevato questione di legittimità costituzionale».*

L'interpretazione recepita dalla Corte costituzionale nella decisione n. 24 del 2019 andava, pertanto, accolta, essendo l'unica compatibile con i principi costituzionali ed al tempo stesso idonea a realizzare un delicato equilibrio «di sistema» con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in tema di accessibilità e prevedibilità della legge.

2.3. Sulla base di tali premesse, e ritenuto necessario procedere alla rielaborazione dei connotati fattuali posti a base del "giudizio di pericolosità prevenzionale", considerato che l'attività di usura contestata nell'ambito del separato giudizio di cognizione potrebbe astrattamente costituire presupposto in fatto di un inquadramento soggettivo in via esclusiva ex art. 1, comma 1, lett. B), d.lgs. n.159 del 2011, si è osservato che tale rielaborazione non poteva avere luogo in sede di legittimità, « *non soltanto perché la trattazione camerale del procedimento di prevenzione (...) non consente la realizzazione del contraddittorio, ingrediente necessario di qualsiasi operazione di - quantomeno parziale - diversa qualificazione giuridica della parte constattativa (ancorata, come si è detto, a fatti) del giudizio di pericolosità (...), ma anche perché l'eventuale inquadramento - in via esclusiva - nella fattispecie di cui alla citata lettera B) dell'articolo 1, co. 1, d.lgs. n.159 del 2011, esige, per quanto sinora detto, una piena verifica di coerenza logica e di esistenza di tutti i passaggi esplicativi di quella "opzione tassativizzante" elaborata nella presente sede di legittimità e recepita dalla Corte Costituzionale. In altre parole, l'operazione di riqualificazione - totale o parziale - della fattispecie di pericolosità, pur rispettosa del dictum del giudice delle leggi, risulta possibile - una volta riaperto il contraddittorio - se ed in quanto i materiali istruttori offrano la possibilità di ritenere e qualificare le pregresse condotte delittuose (...) non solo temporalmente sequenziali in modo significativo ma anche produttive di reddito illecito utilizzato, almeno in parte, per il soddisfacimento dei bisogni primari del soggetto e il mantenimento del tenore di vita (i profitti da reato devono rappresentare una componente significativa del reddito per stare alle parole utilizzate nella decisione n. 24 del 2019 Corte Cost.). Si tratta, pertanto, di attività di verifica che involgono profili di merito pieno, da rimettere al vaglio della Corte di Appello di (...), in sede di rinvio».*

3. La decisione segnalata non ha esaminato i motivi dei plurimi ricorsi (essendosi limitata limitandosi a ricordare che i ricorrenti avevano dedotto l'erronea applicazione delle previsioni regolatrici, l'assenza di motivazione su punti decisivi, il contrasto delle previsioni di legge applicate con taluni diritti fondamentali espressi nella Convenzione EDU e nella Costituzione, e che in alcuni ricorsi ed in alcune memorie sopravvenute era stata rappresentata la pendenza dell'incidente di legittimità costituzionale relativo alla disciplina di cui all'art. 1 d.lgs. n.159 del 2011, con richiesta di sollevare nuovo incidente di costituzionalità), avendo ritenuto, sia pure implicitamente, che l'eventuale inammissibilità dei ricorsi non avrebbe condizionato la possibilità

delle valutazioni officiose svolte ex art. 609, comma 2, c.p.p.; una conferma in tal senso è data dal rinvio ad una precedente decisione delle Sezioni Unite (n. 33040 del 26/02/2015, Rv. 264207), secondo la quale, nel giudizio di cassazione, l'illegalità della pena conseguente a dichiarazione d'incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio è rilevabile d'ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso, tranne che nel caso di ricorso tardivo (nel caso esaminato, la dichiarazione di incostituzionalità, intervenuta con la sentenza n. 32 del 2014, riguardava il trattamento sanzionatorio introdotto per le cosiddette "droghe leggere" dal d.l. n. 272 del 2005, convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2006, n. 49).

3.1. Fra le tante decisioni di rilievo, in argomento, merita di essere segnalata **Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Rv. 260695, P.M. in proc. Gatto**, secondo la quale *<<I fenomeni dell'abrogazione e della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi vanno nettamente distinti, perché si pongono su piani diversi, discendono da competenze diverse e producono effetti diversi, integrando il primo un fenomeno fisiologico dell'ordinamento giuridico, ed il secondo, invece, un evento di patologia normativa; in particolare, gli effetti della declaratoria di incostituzionalità, a differenza di quelli derivanti dallo "ius superveniens", inficiano fin dall'origine, o, per le disposizioni anteriori alla Costituzione, fin dalla emanazione di questa, la disposizione impugnata>>.*

**Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Rv. 258650, Ercolano**, ha, inoltre, chiarito che *<<L'art. 30, comma quarto, l. n. 87 del 1953, relativo alla cessazione della esecuzione e di tutti gli effetti penali di sentenza irrevocabile di condanna in applicazione di norma dichiarata incostituzionale, non è stato implicitamente abrogato dall'art. 673 cod. proc. pen., posto che quest'ultima disposizione, a differenza della prima, avente natura sostanziale, è norma processuale che detta la disciplina del procedimento di esecuzione per l'ipotesi dell'abrogazione o della declaratoria d'incostituzionalità di una previsione incriminatrice>>.*

Infine, secondo **Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007, Rv. 236535, Lista**, *<<La sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge ha efficacia "erga omnes" - con l'effetto che il giudice ha l'obbligo di non applicare la norma illegittima dal giorno successivo a quello in cui la decisione è pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Repubblica - e forza invalidante, con conseguenze simili a quelle dell'annullamento, nel senso che essa incide anche sulle situazioni pregresse verificatesi nel corso del giudizio in cui è consentito sollevare, in via incidentale, la questione di costituzionalità, spiegando, così, effetti non soltanto per il futuro, ma anche retroattivamente in relazione a fatti o a rapporti instauratisi nel periodo in cui la norma incostituzionale era vigente, sempre, però, che non si tratti di situazioni giuridiche "esaurite", e cioè non più suscettibili di essere rimosse o modificate, come quelle determinate dalla formazione del giudicato, dall'operatività della decadenza, dalla preclusione processuale>>.* (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che ricorresse una situazione "esaurita" nel caso di appello del P.M. avverso

sentenza assolutoria, dichiarato inammissibile per effetto degli artt. 1 e 10 comma secondo, L. n. 46 del 2006, che ne precludevano la esperibilità, pur dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle relative disposizioni - C. cost. n. 26 del 2007 -, stante l'inerzia della parte pubblica, la quale, non avendo assunto alcuna iniziativa processuale intesa a prevenire il consolidarsi della inammissibilità, mediante la preliminare deduzione di incostituzionalità delle suddette disposizioni o l'esercizio della facoltà, prevista dall'art. 10 comma terzo L. cit., di proporre ricorso per cassazione entro 45 giorni dalla notifica della ordinanza di inammissibilità dell'appello, aveva di fatto prestato ad essa acquiescenza).

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO – DIRITTO DI OTTENERE LA PRESENZA E L’ESAME DEI TESTIMONI – ANNULLAMENTO SENTENZA DI PRIMO GRADO – NUOVO GIUDIZIO DAVANTI A GIUDICE DIVERSO – RICHIESTA DI INTEGRALE RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA – DINIEGO – CONSEGUENTE IMPOSSIBILITA’ DI CONTROESAMINARE I TESTIMONI A CARICO – VIOLAZIONE – ESCLUSIONE – LETTURA DELLE TRASCRIZIONI DELLE DEPOSIZIONI TESTIMONIALI GIA’ ASSUNTE DAVANTI AL PRIMO GIUDICE E RIASSUNZIONE DELLA SOLA VITTIMA – SUFFICIENZA.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Costituzione**, art. 24 e 111

**Convenzione EDU**, artt. 6, §§ 1 e 3 (c) e (d)

**Normativa nazionale:** Artt. 525, comma secondo, 603, 604, comma ottavo e 623, cod. proc. pen.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU, Sez. V, dec. 2 maggio 2019 Famulyak c. Ukraine (n. 30180/11).**

Diritto al giusto processo – Diritto di ottenere la presenza e l’esame dei testimoni – Annullamento della sentenza di primo grado – Nuovo giudizio davanti a giudice diverso – Richiesta di integrale rinnovazione istruttoria – Diniego – Conseguente impossibilità di contro-esaminare i testimoni a carico – Art. 6, Convenzione e.d.u. - Violazione – Esclusione – Lettura delle trascrizioni delle deposizioni testimoniali già assunte davanti al primo giudice e riassunzione della sola vittima – Sufficienza.

## **Abstract**

La Corte europea dei diritti dell’uomo, pronunciandosi in una vicenda in cui si discuteva della legittimità della decisione assunta dalle autorità giudiziarie ucraine di negare la rinnovazione istruttoria (costituita dall’esame dei testi già sentiti in contraddittorio), richiesta da un imputato, condannato per rapina aggravata, la cui sentenza di condanna, inflitta in primo grado, era però stata annullata dalla Corte d’appello con rinvio al giudice di primo grado in diversa composizione, per nuovo giudizio, ha, seppure a maggioranza, inammissibile il ricorso.

Il ricorrente sosteneva che i procedimenti svoltisi nei suoi confronti per rapina aggravata erano ingiusti e, in particolare, che la sentenza era stata annullata con rinvio per un nuovo giudizio davanti ad un altro giudice, senza la possibilità di riesaminare i testimoni a carico.

La Corte e.d.u. ha ricordato il principio per cui, per garantire l'equità nei procedimenti penali, un imputato dovrebbe essere in grado di esaminare un testimone alla presenza del giudice che è chiamato a decidere il processo. La Corte ha rilevato, tuttavia, che, in questo caso, erano state concesse sufficienti garanzie procedurali idonee a controbilanciare il fatto che il ricorrente non era stato in grado di riesaminare nuovamente i testimoni durante il nuovo processo davanti al diverso giudice, sufficienti a garantire dunque che il procedimento, nel complesso, fosse stato giusto. In particolare, egli aveva avuto la possibilità di esaminare in maniera completa i testimoni a carico durante il primo processo, mentre il giudice del rinvio aveva avuto la disponibilità delle trascrizioni delle deposizioni testimoniali, che aveva esaminato nel nuovo giudizio, ed aveva altresì esaminato personalmente il testimone chiave, ossia la vittima.

### 1. Il caso

Il caso, deciso il 2 maggio u.s., trae origine da un ricorso (n. 30180/11) contro l'Ucraina, presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione e.d.u., da Pavel Famulyak, un cittadino ucraino residente a Lviv (Ucraina).

Il Famulyak era stato arrestato nel luglio 2007 con l'accusa di aver aggredito e derubato un uomo. In sede di interrogatorio, aveva reso dichiarazioni alla polizia, riferendo di essere stato in compagnia della vittima la notte dell'aggressione, ma aveva negato di aver commesso il fatto illecito contestatogli. Durante l'interrogatorio non era stato assistito da un avvocato, ma era stato avvertito del diritto, costituzionalmente garantitogli, di non rilasciare dichiarazioni auto-incriminanti. Egli aveva ribadito la sua versione dei fatti nel corso delle diverse fasi processuali, essendo stato rinviato a giudizio con l'accusa di rapina aggravata.

Famulyak veniva quindi condannato secondo l'accusa originaria nel dicembre 2007 alla pena di nove anni di reclusione. Il tribunale si era basato sulla testimonianza rilasciata dalla vittima, dalla moglie e dagli agenti di polizia che avevano svolto l'indagine, unitamente al fatto che il telefono cellulare della vittima fosse stato rinvenuto sulla persona dell'imputato e su alcuni referti medici che attestavano le lesioni della vittima.

La Corte d'appello aveva annullato la sentenza, rinviando per nuovo giudizio davanti ad un giudice diverso. Il giudice d'appello aveva richiesto in particolare che venissero approfonditi alcuni aspetti relativi all'aggressione, vale a dire il fatto che il ricorrente aveva lanciato un mattone contro la vittima e lo aveva colpito con una bottiglia. Il Famulyak veniva però condannato nuovamente nel giugno 2009. Il giudice, nel nuovo processo, aveva riesaminato la vittima oltre che le trascrizioni di tutte le prove testimoniali assunte nel primo processo. Tuttavia, la difesa non aveva avuto la possibilità di contro-esaminare la vittima né i poliziotti che avevano svolto le indagini. Nel dicembre 2009 e nell'aprile 2011, rispettivamente, la Corte d'appello e la Corte suprema avevano respinto i ricorsi del Famulyak con cui si eccepivano delle irregolarità

procedurali (mancata assistenza difensiva durante lo stato di arresto; mancata possibilità di contro-esaminare la vittima o gli agenti della polizia nel nuovo processo).

2. Basandosi in particolare sull'art. 6 §§ 1 e 3 (c) (diritto a un processo equo/diritto all'assistenza di un legale di propria fiducia), il Famulyak si doleva del fatto che tanto lui quanto il coimputato erano stati interrogati durante i primi giorni in cui si trovavano in stato di arresto senza un avvocato e che le dichiarazioni rese erano state usate nei loro confronti. Il ricorrente, inoltre, si doleva ai sensi dell'articolo 6 §§ 1 e 3 (d) (diritto a un processo equo/diritto di ottenere la presenza e l'esame dei testimoni) per il fatto che il suo caso era stato rinviato per un nuovo processo, ma ad altro giudice, e quindi questi avrebbe dovuto procedere a riesaminare tutti i testimoni dell'accusa.

Il ricorso veniva presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo il 6 maggio 2011.

3. La Corte ha anzitutto ribadito che, consentire ad un imputato di esaminare un testimone in presenza del giudice che è chiamato a decidere il caso, costituisce un'importante garanzia procedurale nell'ambito del processo penale. Pertanto, un mutamento nella composizione dell'organo giudiziario dopo l'esame di un teste importante, come nel caso del ricorrente, dovrebbe normalmente portare ad un riesame del testimone.

4. Nel caso in questione, tuttavia, la Corte EDU ha rilevato che vi erano state sufficienti garanzie procedurali idonee a compensare il fatto che il ricorrente non avesse avuto la possibilità di esaminare nuovamente i testimoni.

In primo luogo, il ricorrente aveva avuto la possibilità di esaminarli appieno durante il processo di primo grado, tanto la vittima quanto i testi di p.g.

Inoltre, il giudice del nuovo processo aveva avuto la disponibilità delle trascrizioni di tutte le dichiarazioni testimoniali rese nel corso del giudizio di primo grado, così potendo essere sicuro di comprendere adeguatamente quanto riferito dalle prove dichiarative.

Egli aveva, inoltre, esaminato la vittima nel corso del nuovo processo e aveva quindi potuto osservarla e formarsi un'opinione su tale prova testimoniale. Ciò per la Corte e.d.u. era stato importante, perché la testimonianza della vittima rappresentava un elemento chiave nel compendio probatorio a carico dell'imputato ricorrente. Le prove dichiarative, rappresentate dalle deposizioni degli agenti della polizia, d'altronde, non avevano apparentemente svolto un ruolo decisivo nella condanna del ricorrente, e la Corte d'appello, annullando la sentenza di condanna inflitta in primo grado, non aveva richiesto alcun chiarimento sul contenuto della testimonianza della p.g.

In ogni caso, le ragioni per le quali la Corte d'Appello aveva disposto l'annullamento della sentenza di primo grado erano in gran parte tecniche. In effetti, i giudici di appello non avevano messo in dubbio la colpevolezza del ricorrente, ma avevano ritenuto opportuno un nuovo giudizio al fine di acquisire ulteriori informazioni sull'aggressione perpetrata dal ricorrente nei confronti della vittima.

5. La Corte EDU ha dunque ritenuto che l'equità complessiva del processo non fosse stata pregiudicata dal fatto che il ricorrente non era stato assistito da un avvocato durante i colloqui avuti con la polizia. In particolare, la dichiarazione resa durante quell'interrogatorio non aveva sostanzialmente influenzato la sua posizione e non poteva essere considerata auto-incriminante. I giudici nazionali non avevano direttamente fondato il giudizio su nessuno degli elementi contenuti nelle dichiarazioni autoincriminanti, né su eventuali contraddizioni tra quanto dichiarato inizialmente in sede di tale interrogatorio e quanto invece dichiarato successivamente dal ricorrente. Inoltre, il ricorrente non aveva mai ritrattato la sua dichiarazione iniziale.

Allo stesso modo, la dichiarazione del co-imputato non lo incriminava direttamente né aveva rappresentato un decisivo elemento nel processo a suo carico.

6. In conclusione, la Corte ha ritenuto che tutti i motivi di ricorso ai sensi dell'articolo 6 §§ 1 e 3 (c) e (d) fossero manifestamente infondati e li ha respinti in quanto inammissibili.

7. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con la decisione qui segnalata, si arricchisce di un ulteriore, importante, tassello, in quanto – per quanto consta – è la prima volta che la Corte EDU si confronta sul tema della rinnovazione istruttoria a seguito dell'annullamento della sentenza di primo grado.

8. In sintesi, i giudici europei giungono ad affermare alcuni importanti principi.

9. Il **primo**, di rilievo, è quello secondo cui costituisce un preciso diritto dell'accusato quello di ottenere che le prove dichiarative vengano assunte dal giudice che dovrà assumere la decisione finale. Si tratta di un principio che, nel nostro ordinamento processuale, è garantito dalla regola della c.d. immutabilità del giudice, disciplinata dall'art. 525, cod. proc. pen. che, al comma 2, stabilisce espressamente che *"Alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento"*.

10. Il **secondo**, altrettanto importante, principio, è quello per cui non sempre il nuovo e diverso giudice, chiamato a decidere il processo dopo un annullamento da parte del giudice dell'impugnazione (ciò che di regola avviene nel nostro processo, prevedendo espressamente l'art. 604, comma 8, cod. proc. pen., che in caso di annullamento della sentenza di primo grado da parte della Corte d'appello, il giudice di rinvio *"deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata"*; lo stesso peraltro prevede, in caso di annullamento da parte

della Corte di Cassazione, l'art. 623, cod. proc. pen.), deve riassumere integralmente le prove dichiarative già assunte nel corso del primo giudizio, quando esistano adeguate garanzie procedurali idonee a controbilanciare il *vulnus* al diritto di difesa costituito dalla impossibilità di non espletare il controesame dei testi già sentiti.

Tali "contromisure" idonee sono individuate dalla Corte e.d.u.: a) nel riesame del teste chiave, costituito dalla vittima del reato (anche se, nel caso qui segnalato, l'imputato si doleva del fatto di non averla potuta contro-esaminare davanti al nuovo giudice); b) nella sufficienza della disponibilità delle trascrizioni contenenti le deposizioni testimoniali già assunte.

11. La giurisprudenza della Corte EDU in materia è abbastanza ricca di precedenti.

12. Anzitutto, si ricorda come la Corte e.d.u. di regola sostiene che l'opportunità per l'imputato di esaminare il testimone in presenza del giudice che deciderà il processo è un elemento importante per poter definire "giusto" un processo penale.

Il c.d. **principio di immediatezza** è una garanzia importante nei procedimenti penali, in cui le osservazioni che il collegio giudicante o il giudice monocratico fanno sul comportamento e sulla credibilità di un testimone possono avere conseguenze importanti per l'imputato. Pertanto, un mutamento nella composizione del collegio giudicante o del giudice investito del processo dopo l'esame di un importante testimone, dovrebbe normalmente portare alla riassunzione di quel testimone (**caso P.K. v. Finlandia (dec.) del 9 luglio 2002, n. 37442/97**). Ciò, tuttavia, non comporta il divieto di eventuali cambiamenti nella composizione di un collegio nel corso di una causa (**caso Škaro c. Croazia del 6 dicembre 2016, n. 6962/13**). In alcuni casi possono esserci dei motivi amministrativi o procedurali che rendono impossibile la partecipazione continua di un giudice alla causa (**caso Cerovšek e Božičnik c. Slovenia del 7 marzo 2017, nn. 68939/12 e 68949/12**). Si possono assumere misure per garantire che i giudici, chiamati successivamente a seguire il caso, abbiano la possibilità di comprendere adeguatamente le prove ed i fatti, ad esempio rendendo disponibili le trascrizioni - laddove la credibilità del testimone in questione non sia in discussione - o prevedendo la riassunzione di importanti testimoni su argomenti rilevanti davanti al giudice in diversa composizione (**caso Cutean c. Romania del 2 dicembre 2014, n. 53150/12**).

13. Il caso qui segnalato si caratterizza per una sostanziale differenza, peraltro opportunamente sottolineata dalla Corte EDU (v. § 36), che riguarda il mutamento nella composizione del giudice di primo grado disposto a seguito dell'annullamento della sentenza da parte del giudice di appello. Purtuttavia, sottolinea la Corte EDU, la situazione è sufficientemente simile a quella descritta nei precedenti di cui *supra*, da rendere superflua per la stessa Corte l'adozione di una diversa soluzione.

**14.** Inoltre, i principi affermati dalla Corte EDU riguardanti il diritto di contro-esaminare i testimoni sono rilevanti anche in casi come quello sottoposto all'esame della Corte EDU nella presente vicenda.

La Corte ha già indicato da tempo i principi generali applicabili nel caso in cui un testimone dell'accusa non abbia preso parte ad un processo, ma le sue dichiarazioni, precedentemente rese, siano state ammesse come prove (**caso Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito [GC] del 15 dicembre 2011, nn. 26766/05 e 22228/06; caso Schatschaschwili c. Germania ([GC] del 15 dicembre 2015, n. 9154/10).**

15. Per riassumere, l'applicazione dei principi *Al Khawaja e Tahery* e *Schatschaschwili* comporta, in generale, la risposta a tre domande: (i) se vi fosse una buona ragione idonea a giustificare la mancata presenza del testimone e per ammettere come prova la testimonianza dell'assente (vedi *Schatschaschwili*, citata sopra, §§ 119-125); (ii) se la prova costituita dalle dichiarazioni del testimone assente fosse la base unica o decisiva per la condanna (ibid., §§ 119 e 126-147); e (iii) se vi fossero sufficienti fattori di contro-bilanciamento, ivi incluse delle effettive garanzie procedurali, per compensare gli *handicap* affrontati dalla difesa a seguito dell'ammissione di prove dichiarative non sottoposte a contraddittorio e per garantire che il processo, complessivamente considerato, fosse "giusto" ( ibid., § 147).

16. In quest'ultimo contesto, la Corte EDU ha affermato che la possibilità di esaminare in fase di indagine un testimone a carico, assente dal processo, costituisce un'importante garanzia procedurale che può compensare gli svantaggi che la difesa deve affrontare a causa dell'assenza di tale testimonianza dal processo (**caso Chmura c. Polonia del 3 aprile 2012, n. 18475/05; caso Aigner v. Austria del 10 maggio 2012, n. 28328/03; caso Gani c. Spagna del 19 febbraio 2013, n. 61800/08).**

Sulla base di questo principio, la Corte, per esempio, non ha riscontrato alcuna violazione dell'articolo 6 §§ 1 e 3 (d) della Convenzione EDU in un caso in cui il ricorrente aveva avuto la possibilità di esaminare il testimone nella fase predibattimentale, anche in assenza della dimostrazione di validi motivi che ne giustificassero l'assenza durante il processo e anche se la sua dichiarazione sia stata decisiva per la condanna (**caso Palchik c. Ucraina del 2 marzo 2017, n. 16980/06).**

[Indice](#)

## **CLASSIFICAZIONE**

NE BIS IN IDEM – SANZIONI TRIBUTARIE – DOPPIO BINARIO.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**CONVENZIONE EDU**, PROTOCOLLO N. 7, art. 4

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte E.D.U., Sez. II, sentenza 16 Aprile 2019, Bjarni Armannsson c. Islanda ric. n. 72098/14.**

### **Abstract**

La Corte EDU ha emesso una nuova sentenza in tema di *ne bis in idem*, nello specifico settore del diritto tributario. In esso, l'esistenza del "doppio binario" (procedimento amministrativo e penale) è molto frequente, e per questo il tema è particolarmente delicato, alla luce del noto concetto di "materia penale" elaborato dalla Corte, che include anche procedimenti e sanzioni formalmente amministrativi.

La sentenza si riallaccia esplicitamente alle conclusioni più recenti sviluppate dalla Corte sul "ne bis in idem", quali *A e B c. Norvegia* e *Johannesson c. Islanda*, ed in particolare il fatto che si ha violazione del divieto quando i due procedimenti, qualificati entrambi di natura penale, non sono manifestazione della medesima potestà punitiva da parte dello Stato, ma rappresentano due risposte separate.

Ai fini di tale valutazione, pone in rilievo elementi di puro fatto del caso contingente, quali la tempistica dei due procedimenti e le modalità di raccolta e valutazione delle prove.

Se questi elementi rivelano una sostanziale coincidenza tra i due procedimenti, si può ritenere che la risposta punitiva sia unica; in caso contrario, come è avvenuto nella specie, si incorre nella violazione del divieto di *ne bis in idem*.

### 1. Il caso

La Corte EDU torna nuovamente sul tema del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, protocollo n. 7 della Convenzione. In particolare, vi ritorna in una vicenda che riguarda il rapporto tra sanzioni tributarie e sanzioni penali.

Nella causa *Bjarni Armannsson v. Iceland* il ricorrente è stato amministratore delegato di una delle più grandi banche islandesi, Glitnir, dal settembre 1997 alla fine di aprile 2007. A partire

dal 2009, è stato oggetto di una verifica fiscale relativa ai profitti derivanti dalla cessione di azioni che aveva ricevuto quando era cessato dall'incarico di amministratore della banca suddetta.

La verifica è stata condotta dalle autorità fiscali. In particolare, tra il luglio 2009 e l'ottobre 2010, dalla Direzione delle indagini fiscali che, nell'ottobre 2010, informava il contribuente che i risultati della verifica sarebbero stati trasmessi alla Direzione delle Entrate per la rideterminazione dei redditi. Contestualmente lo informava della possibile rilevanza penale degli esiti della verifica e della possibile apertura di un procedimento penale. Nel novembre 2010, la stessa Direzione delle indagini fiscali informava il contribuente che la decisione sulla eventuale apertura di un procedimento penale sarebbe rimasta in sospeso fino alla valutazione della Direzione Entrate sull'accertamento dei redditi.

Tra il maggio 2011 ed il maggio 2012, si svolgeva il procedimento per l'accertamento dei redditi in contraddittorio con il contribuente che formulava le proprie osservazioni. Nell'ambito dello stesso, la Direzione Entrate rivalutava un primo accertamento e non attribuiva più al contribuente i maggiori redditi derivanti dalla cessione delle azioni ricevute al termine del suo mandato come amministratore di Glitnir. Accertava, però, la mancata dichiarazione di (altri) maggiori redditi a carico del contribuente e gli imponeva una sovrattassa del 25%. Il contribuente provvedeva a pagare sia le maggiori imposte che la sovrattassa e non impugnava la decisione, che nell'agosto 2012 diventava definitiva.

Nel frattempo, l'1 marzo 2012 la Direzione delle indagini fiscali aveva trasmesso il proprio rapporto all'ufficio del Procuratore Speciale, informandone il contribuente, il quale, tramite il proprio avvocato, il 2 marzo 2012 contestava tale trasmissione.

Nel settembre 2012 il contribuente fu interrogato dal procuratore e nel dicembre 2012 fu rinviato a giudizio per infedele dichiarazione.

Il contribuente chiedeva che il procedimento fosse archiviato alla luce dell'art. 4 protocollo 7 della Convenzione, ma il tribunale rigettava l'istanza

Nel giugno 2013, il tribunale lo dichiarava responsabile dei reati ascrittigli e lo condannava alla pena di sei mesi di reclusione, sospesi per due anni, ed alla multa di 38.850.000 corone islandesi (circa 241.000 euro).

Il 15 maggio 2014 la Corte Suprema rigettava il ricorso del contribuente, ed in particolare sia nella parte sulla asserita violazione dell'art. 4 protocollo n. 7, sia nel merito, confermando la sentenza di primo grado ed, anzi, elevando la pena detentiva ad otto mesi di reclusione, sempre con la sospensione condizionale.

Il contribuente adiva la Corte lamentando il fatto che, con l'imposizione della sovrattassa prima, e la condanna penale poi, egli era stato processato e punito due volte per lo stesso fatto, in violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7 alla Convenzione.

In particolare, egli ha prospettato che la sovrattassa costituisse sanzione penale, avendo funzione deterrente ai sensi della normativa fiscale interna (art. 108 legge sulla imposizione sui redditi). Il fatto per il quale è stato sanzionato nel procedimento fiscale ed in quello penale era lo stesso, ed il procedimento penale è, di fatto, iniziato nel settembre 2012, quando egli fu interrogato per la prima volta, allorché il termine per impugnare il provvedimento sanzionatorio fiscale era spirato, ed il relativo procedimento era definitivamente chiuso.

I due procedimenti non si configuravano, pertanto, come sufficientemente connessi sia temporalmente che da un punto di vista sostanziale, e non erano stati condotti in parallelo. A conferma di ciò, la stessa Corte Suprema aveva confermato che la Procura aveva rinviato a giudizio il contribuente sulla base di un'autonoma indagine. Inoltre, l'apertura di un'indagine penale era del tutto imprevedibile a seguito della dismissione delle principali imputazioni che in sede fiscale gli erano state mosse.

Il Governo islandese ha contestato l'asserita violazione del principio del divieto del *ne bis in idem*.

## 2. Violazione dell'art. 4 protocollo n. 7 CEDU

I giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la fondatezza delle censure mosse dal ricorrente condannando lo Stato islandese per la riscontrata violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU.

La Corte afferma che per la decisione del caso è necessario analizzare quattro aspetti: a) se il procedimento per l'imposizione della sovrattassa abbia natura penale, b) se il fatto per il quale il ricorrente è stato condannato in sede penale e per il quale gli è stata applicata la sovrattassa sia lo stesso (concetto di "idem"), c) se vi è stato un giudizio definitivo, d) se vi è stata duplicazione di procedimenti (concetto di "bis").

### 2.1. Natura della sovrattassa

Alla luce dei "criteri Engel" e richiamando propria giurisprudenza (A e B contro Norvegia, Johannesson e altri contro Islanda), la Corte ritiene che il procedimento di imposizione della sovrattassa è di natura "penale" non solo ai sensi dell'art 6 della Convenzione, ma anche ai fini dell'art. 4 del protocollo n. 7

### 2.2. Concetto di idem

Nel caso di specie, non è mai stato contestato che i fatti per i quali il ricorrente è stato sottoposto a procedimento penale ed assoggettato alla sovrattassa siano gli stessi; inoltre la Corte ha rilevato tale identità anche in relazione al periodo di tempo contestato ed all'importo di tasse evaso, concludendo nel senso che nel caso di specie ricorre il concetto di "idem"

### 2.3. Definitività di un procedimento

La Corte non ha ritenuto necessario valutare se uno dei due procedimenti, ed in particolare quello fiscale, fosse divenuto definitivo, con decisione non più impugnabile, non essendo requisito imprescindibile per valutare la duplicazione di procedimenti

### 2.4. Duplicazione di procedimenti (bis)

La Corte conclude nel senso che vi è stata duplicazione di procedimenti.

Per giungere a tale esito ripercorre gli approdi più recenti in tema di *ne bis in idem*, in particolare quelli emergenti dalle sentenze A e B contro Norvegia e Johannesson contro Islanda.

Nel primo (A e B contro Norvegia) la Corte aveva ribadito e specificato il concetto per cui non si ha violazione del divieto del *bis in idem* quando la risposta dello Stato alla violazione è unitaria, è espressione della medesima potestà punitiva. La migliore manifestazione di tale risposta unitaria, allorché una condotta è sanzionata sia sotto il profilo amministrativo che penale, sarebbe quella dello svolgimento di un unico procedimento per l'applicazione delle sanzioni ("a single-track procedure"). Peraltro, aveva specificato la Corte in tale sentenza, il principio del "doppio binario" (dual proceedings), non è di per sé contrario all'art. 4 del protocollo 7, a condizione che i due procedimenti siano sufficientemente ravvicinati nel tempo e nella sostanza ("sufficiently closely connected in substance and in time").

In altri termini, un procedimento "integrato" (anche se materialmente articolato in procedimenti distinti), che copra in maniera contestuale tutto il possibile spazio sanzionatorio interessato da una violazione punita sia a livello amministrativo che penale, non è certamente in contrasto con il divieto del *ne bis in idem*.

Se, poi, il fatto che l'azione repressiva possa coprire non solo l'aspetto amministrativo, ma anche quello penale, sia prevedibile fin dall'inizio dalla persona interessata, ciò contribuisce ancor più ad escludere la violazione del suddetto divieto.

I problemi, invece, sorgono quando, a fronte di una sanzione formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, manchino i requisiti di cui sopra. Quando, in altri termini, per lo stesso fatto non solo si hanno due risposte entrambe sostanzialmente penali, ma quando queste sono applicate, di fatto, all'esito di due procedimenti sostanzialmente distinti.

Per stabilire, allora, se si sia verificata una violazione del divieto del *bis in idem* diventa essenziale l'esame delle circostanze di fatto del caso concreto.

Nel caso di specie, la Corte individua alcuni elementi chiave per giungere alla conclusione nel senso che vi è stata violazione dell'art. 4 del protocollo 7. Questi possono individuarsi in:

- a) Lo svolgimento del procedimento "amministrativo" (sostanzialmente penale) e di quello formalmente penale in due momenti temporali diversi, senza coincidenza degli stessi
- b) Il fatto che le prove sia state autonomamente raccolte e valutate in ciascuno dei due procedimenti, cioè l'assenza di unitarietà di raccolta e valutazione della prova
- c) Il fatto che nel procedimento penale non sia emerso in maniera chiara, per mancanza di motivazione specifica, se e in che misura l'applicazione della sanzione amministrativa abbia inciso sulla determinazione dell'ammontare della sanzione pecuniaria penale; in altri termini, le due sanzioni pecuniarie sono apparse slegate tra loro, rafforzando l'idea di una applicazione indipendente ed autonoma in ciascun procedimento, lasciando intendere che ciò crea problemi anche sotto il profilo della proporzionalità della risposta sanzionatoria.

Sotto il primo profilo, la Corte evidenzia che l'arco temporale dell'intera vicenda processuale (amministrativa e penale) è stato di quattro anni e dieci mesi: ebbene, in tutto questo periodo, i due procedimenti si sono svolti in parallelo solo per cinque mesi, da marzo ad agosto 2012. Dopo la chiusura definitiva del procedimento amministrativo, quello penale è proseguito ancora per un anno e cinque mesi.

Inoltre, sul piano penale l'indagine è stata svolta in maniera autonoma ed indipendente da quella amministrativa, non vi è stato trasferimento delle prove da un livello all'altro, tanto che anche la sanzione pecuniaria penale non ha dato conto dell'incidenza di quella amministrativa già applicata.

Sulla base di tutto ciò, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie la persona fosse stata sottoposta a due procedimenti e sanzioni sostanzialmente penali per lo stesso fatto, ravvisando così la violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7.

### 3. Conclusioni

Occorre chiedersi come si collochi questa sentenza nel percorso che ormai da tempo la Corte EDU sta seguendo per definire i contorni del *bis in idem*, come evidenziato nella apposita scheda che la Corte stessa ha redatto e che è stata oggetto di una precedente segnalazione.

In tal senso, questa decisione appare un'applicazione concreta di quanto stabilito nella già citata A e B contro Norvegia, in particolare per l'accento al concetto di "proporzionalità" della sanzione, e per la verifica alla luce delle circostanze concrete del caso del concetto di "connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta" tra procedimento amministrativo (sostanzialmente penale) e penale.

Viene, poi, sviluppato maggiormente un altro criterio che, sebbene già menzionato in altre precedenti pronunce, e quindi non del tutto estraneo all'analisi sul *ne bis in idem*, qui appare particolarmente valorizzato: quello dell'autonomia tra i due giudizi nella raccolta e valutazione della prova.

Questo tentativo, però, non porta necessariamente chiarezza, ed anzi dimostra come la soluzione del problema sia sempre più difficilmente definibile sulla base di principi astratti, ma debba essere vista ed analizzata dalla Corte EDU caso per caso, sulla base dell'esame di elementi molto concreti relativi alla situazione contingente e specifica.

Altro elemento di interesse di questa sentenza è il fatto che essa operi nel settore tributario, dove la coesistenza di procedimenti sanzionatori amministrativi e penali è frequente. In particolare, questo è uno dei settori dove meglio è apprezzabile la differenza nella valutazione del concetto di *ne bis in idem* nel sistema convenzionale ed in quello dell'Unione Europea, cui lo stesso appartiene in virtù della previsione dell'art. 50 della Carta dei Diritti fondamentali, di tal che anche la Corte di Giustizia si è confrontata con esso.

Emblematica è in tal senso una delle principali sentenze della Corte di Giustizia sul tema specifico, e cioè quella nella causa C-617/10, Åkerberg Fransson. In essa, in particolare, la Corte, prendendo quale riferimento il solo art. 50 della Carta, ha stabilito che il principio del divieto di *bis in idem* ivi espresso "non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale", proseguendo che – e qui emerge un diverso modo di procedere rispetto alla Corte EDU – spetta al giudice del rinvio valutare alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza europea (qualificazione giuridica, natura dell'illecito e grado di severità della sanzione), la natura penale della prima sanzione e l'effettività delle modalità previste per evitare un effetto punitivo eccessivo.

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

ORDINAMENTO PENITENZIARIO – DETENUTO – CONDANNA ALL’ERGASTOLO – DELITTO DI ATTENTATO ALL’ORDINE COSTITUZIONALE – COLLOQUI COL DIFENSORE – LIMITAZIONI – PRESENZA DI UN FUNZIONARIO DELL’AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA – DIRITTO ALLA RISERVATEZZA DEI COLLOQUI – VIOLAZIONE – ART. 8 CEDU – DECISIONE DELL’AUTORITA’ GIUDIZIARIA – CONTRADDITTORIO – ASSENZA – FASE DI OPPOSIZIONE – CONTRADDITTORIO – ASSENZA – DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO – VIOLAZIONE – ART. 6 CEDU.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**CONVENZIONE EDU**, artt. 6 e 8

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte E.D.U., Sez. II, sentenza 9 aprile 2019, Altay c. Turkey, ric. n. 11236/09.**

### **Abstract**

1. Il ricorrente (sig. Mehmet Aytunc Altay) ha lamentato la violazione del diritto di cui all’art. 8 della Convenzione in ragione della restrizione che gli fu imposta nei suoi colloqui col difensore; e la violazione del diritto al giusto processo (art. 6) per essere stata la relativa decisione assunta senza aver consentito a lui e al suo difensore di intervenire preliminarmente e di contro-dedurre sulla richiesta del pubblico ministero.

1.1. Il ricorrente, condannato all’ergastolo per il delitto di attentato all’ordine costituzionale, ricevette in carcere dal suo difensore del materiale di lettura (un libro, una rivista ed un giornale) ritenuto pericoloso ed estraneo all’ambito d’esercizio dei diritti di difesa e per tale ragione non gli fu consegnato.

Egli fece quindi reclamo che fu respinto.

1.2. Nel frattempo, su richiesta del pubblico ministero, il giudice dell’esecuzione dispose che i colloqui tra il detenuto e il suo difensore dovessero svolgersi, dato che l’avvocato era venuto meno ai suoi doveri professionali, alla presenza di un funzionario dell’amministrazione penitenziaria.

Il giudice dell’esecuzione, senza sentire l’interessato e il suo difensore e senza accordare loro la possibilità di contro-dedurre sulla richiesta del pubblico ministero, dispose questa misura di restrizione ai colloqui carcerari col difensore e non fissò peraltro nemmeno un termine di durata.

1.3. L'interessato propose quindi ricorso, che fu rigettato senza dare luogo a udienza o a altra forma di contraddittorio.

Successivamente, negli anni seguenti, l'interessato fece più volte ricorso al giudice per una revisione della decisione e più volte la sua richiesta senza che lui e il suo difensore fossero sentiti.

Ciò avvenne anche dopo la riforma legislativa del giudizio di esecuzione, perché il giudice ritenne che le nuove norme sulla partecipazione dell'interessato fossero applicabili soltanto alla materia delle sanzioni disciplinari, e tale non poteva essere considerata la restrizione ai colloqui difensivi.

2. La Corte Edu ha anzitutto ribadito che i detenuti continuano a godere dei diritti e della libertà fondamentali che la Convenzione riconosce, salva ovviamente la compressione del diritto alla libertà personale per effetto dello stato detentivo.

I detenuti sono titolari, oltre che del basilare diritto alla vita, della libertà di espressione, del diritto di praticare il proprio culto religioso, il diritto alla libertà della corrispondenza (v.s. entenze Dickson c. Regno Unito [GC], n.44362/04, §§67-68, CEDU 2007-v, e i casi ivi citati, Khoroshenko c. Russia [GC], n.41418/04, §§ 116-117, CEDU 2015), che per ragioni di sicurezza e di prevenzione dei reati, possono subire restrizioni, purché giustificate nel caso concreto (Vedi Biržietis c. Lituania, n.49304/09, §45, 14 giugno 2016 con riferimento a Dickson c. Regno Unito, cit., §§67-68).

Le restrizioni ai diritti dei detenuti devono essere giustificate sulla base del criterio della necessità e devono essere proporzionate. Su questo piano di valutazione occorre considerare che gli Stati godono di un margine di apprezzamento ma grava su di loro dimostrare la necessità dell'intervento.

3. In merito al diritto alla riservatezza nelle comunicazioni con il difensore, la Corte ha ribadito che la nozione di "vita privata" di cui all'art. 8, par. 1, della Convenzione, ha un significato ampio non suscettibile di letture tassative.

In quest'ambito rientrano le comunicazioni di una persona con il proprio avvocato nell'esercizio del mandato difensivo in una controversia sia civile che penale o nell'espressione di una consulenza, dato che il fine di queste comunicazioni è quello di assicurare alla persona la possibilità di assumere decisioni consapevoli di rilievo per la propria vita.

4. Si è allora domandata se le diverse forme di comunicazione con l'avvocato rientrino nella tutela dell'art. 8 ed ha affermativamente concluso, dopo aver rilevato che gli avvocati occupano una posizione essenziale nell'amministrazione della giustizia perché sono gli intermediari necessari tra le parti e il giudice.

Ha sottolineato che lo stesso art. 8 ammette delle limitazioni/compressioni alle condizioni previste dalla Convenzione, sempre che queste siano necessarie in una società democratica (ovvero proporzionate alla finalità che puntano a realizzare).

Ad un esame delle circostanze del caso concreto ha rilevato che non è in dubbio che una compressione del diritto c'è stata, evidenziando allora che occorre valutare se sia stata legittima in riferimento al parametro di cui all'art. 8.

5. L'art. 8 ammette limitazioni quando previste dalla legge; tuttavia, a soddisfare il parametro convenzionale non è solo l'esistenza di una norma domestica ma anche la qualità della stessa, dato che è necessario che l'applicazione che le Corti danno delle norme sia prevedibile.

6. I giudici nazionali hanno fatto riferimento alla legge interna come base per adottare le misure di restrizione. Quel dato normativo, però, ha contenuto eccezionale: elenca casi tassativi che legittimano le restrizioni alla riservatezza delle comunicazioni tra difensore e clienti, come quando attraverso i colloqui si possa fondatamente temere che si mantengano i contatti con un'organizzazione terroristica o si prepari la commissione di un reato.

7. L'interpretazione data dal giudice interno è stata pertanto manifestamente irragionevole e quindi non prevedibile ai sensi di quanto statuito dal par. 2 dell'art. 8 della Convenzione, secondo cui *«non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui»*.

Si è allora consumata una violazione dell'art. 8 par. 1 della Convenzione, che esime la Corte dall'esaminare se l'interferenza con lo spazio di riservatezza sia stata giustificata da uno più finalità legittime e sia stata dettata da una necessità apprezzabile in una società democratica.

8. La Corte ha poi riscontrato la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione perché l'interessato non è stato posto nelle condizioni di interloquire prima della decisione che ha limitato il suo diritto alla riservatezza nelle comunicazioni con il difensore.

Data la natura non penale del procedimento che si è concluso con il contestato provvedimento e considerato che è stato coinvolto un diritto civile, nel senso ampio che si è strutturato nella giurisprudenza della Corte Edu, il riferimento è all'art 6 par. 1 della Convenzione.

9. L'udienza non è un requisito strutturale inderogabile e in alcune condizioni eccezionali può anche farsi a meno di una pubblica udienza. Peraltro la parte interessata può anche rinunciare consapevolmente al diritto di essere ascoltata.

Ma, nel caso in esame, non v'è stato alcun contraddittorio né prima della decisione né nella fase dell'opposizione e tale mancanza, in uno con l'importanza del diritto coinvolto, hanno determinano la violazione del diritto convenzionale.

10. Il sistema italiano, fino a qualche anno fa, prevedeva limitazioni in riferimento al rapporto con il difensore per i detenuti che si trovassero sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen.

Le limitazioni, definite con la novella del 2009 alla disciplina delle condizioni del regime speciale, consistevano nel contenimento numerico dei colloqui.

La disposizione era che i detenuti potessero avere con i difensori «fino a un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari» (pari, rispettivamente, a dieci minuti e a un'ora) – art. 41- *bis*, comma 2- *quater*, lett. b ), ultimo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificato dall'art. 2, comma 25, lett. f), numero 2), della legge 15 luglio 2009, n. 94 –.

11. La Corte costituzionale, con sentenza n. 143 del 17 giugno 2013, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 24, Cost., la menzionata disposizione.

Dopo aver ricordato l'essenzialità costituzionale del diritto di difesa, ha fatto richiamo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, "secondo la quale il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore rientra tra i requisiti basilari del processo equo in una società democratica, alla luce del disposto dell'art. 6, paragrafo 3, lettera c), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (tra le molte, Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 gennaio 2009, Rybacki contro Polonia; 9 ottobre 2008, Moiseyev contro Russia; 27 novembre 2007, Ascitutto contro Italia; 27 novembre 2007, Zagaria contro Italia)".

Ha poi evidenziato che "il diritto del detenuto a conferire con il difensore forma oggetto di esplicito e puntuale riconoscimento in atti sovranazionali, tra i quali la raccomandazione R (2006)2 del Consiglio d'Europa sulle «Regole penitenziarie europee», adottata dal Comitato dei Ministri l'11 gennaio 2006, che riferisce distintamente il diritto stesso tanto al condannato (regola numero 23) che all'imputato (regola numero 98)".

12. Già prima il tema del diritto al colloquio difensivo del detenuto è stato affrontato dal punto di vista costituzionale.

Con sentenza n. 212 del 1997, la Corte costituzionale aveva ritenuto l'illegittimità dell'art. 18 ord, pen. nella parte in cui non prevedeva il diritto del condannato a conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena. In quell'occasione la Corte aveva avuto modo di chiarire

«il diritto di conferire con il proprio difensore non può essere compresso o condizionato dallo stato di detenzione, se non nei limiti eventualmente disposti dalla legge a tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti (ad esempio attraverso temporanee, limitate sospensioni dell'esercizio del diritto, come quella prevista dall'art. 104, comma 3, cod. proc. pen. [...]), e salva evidentemente la disciplina delle modalità di esercizio del diritto, disposte in funzione delle altre esigenze connesse allo stato di detenzione medesimo: modalità che, peraltro, non possono in alcun caso trasformare il diritto in una situazione rimessa all'apprezzamento dell'autorità amministrativa, e quindi soggetta ad una vera e propria autorizzazione discrezionale».

13. Successivamente a tale pronuncia, la legge n. 279 del 2002 aveva modificato il comma 2-*quater*, lettera b), dell'art. 41-*bis* ord pen. prevedendo limiti relativi alla frequenza, alla qualità degli interlocutori, al luogo di svolgimento (locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti) e a possibili forme di controllo sui contenuti delle conversazioni (controllo auditivo e registrazione); ma ha escluso espressamente che dette disposizioni limitatrici si applicassero «ai colloqui con i difensori», con la conseguenza che anche per i detenuti soggetti al regime speciale restava fermo il diritto incondizionato a conferire in modo riservato con il proprio difensore.

14. Con la novella del 2009, invece, il sistema delle restrizioni per il detenuto in regime speciale si è irrigidito e le limitazioni hanno avuto ad oggetto anche, nei termini sopra evidenziati, i colloqui col difensore.

15. La Corte costituzionale ha allora affermato che la norma novellata nel 2009, introducendo limiti di durata e di frequenza dei colloqui visivi e telefonici con i difensori - limiti che operavano a prescindere non solo dalla natura e dalla complessità dei procedimenti giudiziari nei quali il detenuto era coinvolto e dal grado di urgenza degli interventi difensivi richiesti, ma anche dal loro numero e, quindi, dal numero dei legali patrocinanti con i quali il detenuto si dovesse consultare - determinava una compressione del diritto in modo "automatico e indefettibile all'applicazione del regime detentivo speciale".

Ha quindi escluso che tale limitazione potesse trovare giustificazione nel bilanciamento tra il diritto di difesa e interessi di pari rilevanza costituzionale, quali la protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini.

Con il richiamo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale la limitazione dei contatti confidenziali tra una persona detenuta e il suo avvocato può avvenire solo se assolutamente necessario, ha statuito che nelle operazioni di bilanciamento non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango, cosa che non ha ravvisato nel caso di specie.

Ha così dichiarato illegittimo il criterio di automaticità della limitazione dei colloqui, ma non la limitazione degli stessi in ragione di particolari esigenze, che ben possono essere concretamente assunte dalle autorità.

16. Per quel che poi concerne il diritto al reclamo e ad un contraddittorio per la decisione, è appena il caso di osservare che l'art. 41-*bis* ord. pen. prescrive che il detenuto e il suo difensore hanno diritto di rivolgersi al Tribunale di sorveglianza di Roma per impugnare il provvedimento di sottoposizione (o di proroga) al regime speciale. Il Tribunale è tenuto a decidere in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del difensore, oltre che del pubblico ministero. Per la partecipazione dell'interessato è previsto che si faccia applicazione delle disposizioni generali che regolano la partecipazione a distanza nei procedimenti in camera di consiglio. Con la recente riforma del 2018, d. lgs. n. 123 del 2018, si è previsto che, su richiesta dell'interessato, l'udienza sia tenuta in forma pubblica.

Contro la decisione del Tribunale di sorveglianza è ammesso ricorso per cassazione, per violazione di legge.

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

MATERNITA' SURROGATA – TRASCRIZIONE ATTO DI NASCITA – IN FAVORE DELLA MADRE SOCIALE - PROT. N. 16 ANNESSO ALLA CEDU – RICHIESTA DI PARERE PREVENTIVO – COUR DE CASSATION.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Convenzione EDU**, Prot. n. 16

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU, Grande Camera, (parere) 9 aprile 2019 (r. n. P16-2018-001).**

### **Abstract**

Nell'aprile 2019 è stato pubblicato il primo parere preventivo reso dalla Grande Camera della Corte Edu su richiesta dell'Adunanza plenaria della Corte di Cassazione francese, in attuazione del Prot.n.16 annesso alla CEDU, in materia di trascrizione dell'atto di nascita ottenuto all'estero da una coppia francese in esito ad una pratica di maternità surrogata in favore della madre sociale.

### **1. Premesse.**

L'atteso parere della Grande Camera della Corte edu sulla richiesta preventiva rimessa dalla *Cour de Cassation* francese in materia di maternità surrogata, depositato lo scorso 9 aprile 2019, apre non solo nuovi scenari sul ruolo del giudice nazionale nelle dinamiche di attuazione dei diritti fondamentali, ma dà il senso di un diritto sempre più in costruzione, destinato ad alimentarsi per effetto di un incessante processo – non privo di elementi di criticità e complessità – di cooperazione fra diversi plessi giurisdizionali, tutte indispensabili per la costruzione di modelli di protezione attorno ai quali ruota la persona e gli interessi primari volta per volta in discussione.

Nel caso esaminato dalla Grande Camera il fascio di interessi rappresentato dalla coppia coniugata francese e dai loro figli, generati all'estero attraverso la pratica della maternità surrogata grazie al materiale biologico del padre, vedeva contrapposta la famiglia anzidetta – già parzialmente vittoriosa a Strasburgo – ed il sistema normativo transalpino, fermo nel riconoscere la trascrizione dell'atto di nascita in favore del padre biologico ma al contempo nel non consentire analoga tutela nei confronti della madre d'intenzione.

Si rimanda al report del 13 ottobre 2018 – reperibile sul bollettino *on line* dei report redatti dal gruppo Protocollo per il sunto della vicenda che ha dato luogo al parere. Qui è sufficiente rammentare che l'Adunanza plenaria della Cassazione ha quindi chiesto di sapere se nel riconoscere la trascrizione nei registri dello stato civile del certificato di nascita di un bambino nato all'estero al termine di una maternità surrogata con la designazione del solo padre d'intenzione lo Stato parte supera il margine di apprezzamento a sua disposizione ai sensi dell'articolo 8 della CEDU e se, a tale proposito, sia necessario distinguere se il bambino sia concepito o meno con i gameti della madre sociale.

## **2. Il parere della Grande Camera.**

La risposta della Grande Camera è stata articolata.

Da un lato il giudice di Strasburgo ha inteso chiarire i confini della risposta sollecitata dal giudice nazionale al quale spetta comunque il compito di individuare i fatti posti al suo esame, di interpretare il diritto interno alla luce della Convenzione e di decidere la causa. L'intervento della Corte edu è dunque destinato a valere come mera opinione della stessa sulle questioni che toccano i diritti della CEDU. Opinione che è ritagliata sulla richiesta di parere ma che può comunque valere anche per risolvere i dubbi di altri giudici nazionali sui casi simili.

In quest'attività che si dimostra essere al contempo rivolta a fissare i paletti dell'efficacia del parere, ma anche il ruolo del giudice nazionale nel "seguito" del parere stesso, la Grande Camera ha inteso preliminarmente sottolineare che la vicenda ad essa demandata – e quindi l'opinione espressa – non potranno riguardare vicende affini ma diverse, quali quelle della maternità surrogata eseguita con materiale biologico della madre genetica<sup>1</sup>.

Precisazione che sembra avere inteso mettere in evidenza la diversità (e maggiore intensità) del legame biologico che risulta esistente per la madre genetica che consente ad una pratica di maternità surrogata e che potrebbe giustificare soluzioni diverse da quelle rese in seno al parere.

Detto questo la Corte edu nell'affrontare la prima questione ha valorizzato i parametri ritenuti decisivi per verificare l'ampiezza dell'art. 8 CEDU, evocando specificamente il migliore interesse del minore ed il margine di apprezzamento riservato ai Paesi contraenti in materia.

Ribadito il carattere sopraordinato del primo – p.38 parere: *whenever the situation of a child is in issue, the best interests of that child are paramount* – la Corte passa ad esaminare, secondo una tecnica di bilanciamento fra i vari interessi, tutti dotati di particolare valore, quali effetti

---

<sup>1</sup> p. 30 del parere: "...the opinion will not address the right to respect for family life of the children or the intended parents, or the latter's right to respect for their private life." Precisazione che è collegata alla successiva, con la quale la Grande Camera non ha escluso di dovere esaminare in futuro il tipo di tutela offerta dall'art.8 ai casi di maternità surrogata nei quali sia assente il legame biologico anche solo con uno dei soggetti che hanno sperimentato tale pratica- cfr. p.36 del parere: "The Court will limit its answer accordingly, while making clear that it may be called upon in the future to further develop its case-law in this field, in particular in view of the evolution of the issue of surrogacy."

determina il mancato riconoscimento del rapporto fra minore e madre d'intenzione, segnalando gli effetti negativi che potrebbero derivare in relazione al mancato riconoscimento della nazionalità della madre anche ai fini della individuazione della residenza del minore stesso – questione, quest'ultima, peraltro non ricorrente nel caso di specie in relazione all'avvenuta registrazione dell'atto di nascita in favore del padre naturale di nazionalità francese –.

Particolare attenzione la Corte edu ha mostrato poi verso la questione dei diritti ereditari del minore che potrebbero essere compromessi dal mancato riconoscimento del rapporto esponendo, per altro verso, il minore al rischio di non possedere strumenti di tutela per ottenere, in caso di separazione dei coniugi, la tutela necessaria per la propria integrità in caso di rifiuto della madre d'intenzione di cura e assistenza.

Ma è a questo punto che la stessa Corte prende in considerazione l'esistenza di possibili ulteriori istanze che potrebbero orientare verso un'opzione diversa, indicando espressamente il diritto alla conoscenza delle origini del minore sulla madre genetica e quelle correlate alla possibilità di abusi della pratiche di maternità surrogata. Esigenze e valori, questi ultimi, che secondo il bilanciamento attuato dalla Corte edu, devono cedere in relazione al superiore interesse del minore ad avere un riconoscimento legale della relazione con la madre d'intenzione ed alla stabilità alla relazione ambientale che con la stessa intrattiene.

In questa direzione, del resto, orienta il margine di apprezzamento che, ricorda la Corte edu sulla scia dei propri precedenti, pur ampio nelle materie che involgono aspetti di natura etica, tuttavia si restringe fortemente quando entrano in gioco aspetti particolarmente rilevanti per l'identità di una persona e, segnatamente, quelli collegati alla relazione genitori figli.

Il composito esame del superiore interesse del minore e del limitato margine di apprezzamento in materia hanno quindi indotto la Corte a ritenere che nel caso prospettato dalla Corte di Cassazione francese l'art.8 della CEDU imponesse allo Stato di fornire un riconoscimento legale della relazione fra il minore e la madre d'intenzione. Tutela, quest'ultima, che va riconosciuta vieppiù nel caso in cui il minore sia stato generato mediante maternità surrogata realizzata anche con materiale biologico della madre d'intenzione - p. 47 parere -.

Passando all'esame della seconda questione, la Corte edu ha ritenuto che la particolare posizione nella quale versa il minore richiede l'adozione di strumenti di protezione della sua condizione di vulnerabilità che non impongono necessariamente ad ogni Stato contraente il riconoscimento nell'atto di nascita come madre legale della madre d'intenzione. L'assenza di consenso nell'ambito degli Stati contraenti in materia non milita in questa direzione.

Ma quel che è necessario, secondo la Corte edu, è l'esistenza di mezzi di tutela che consentano adeguata protezione alla relazione fra minore e madre sociale quando essa si sia esteriorizzata.

Strumenti che potrebbero anche essere rappresentanti dal procedimento di adozione, purché questo produca effetti simili a quelli del riconoscimento legale nell'atto di nascita e consenta un procedimento di riconoscimento dello *status* celere e dunque idoneo a comprimere la condizione di incertezza.

La Corte edu si perita poi di chiarire che spetta comunque ai giudici nazionali verificare sempre il superiore interesse superiore rispetto al singolo caso che dovesse venire al suo esame.

In conclusione, il margine di apprezzamento elevato<sup>2</sup> che va riconosciuto ai singoli stati rispetto alle modalità con le quali tutelare la relazione figlio madre d'intenzione impone di ritenere che per salvaguardare il diritto al riconoscimento della relazione fra minore e madre d'intenzione, protetto dall'art.8 CEDU, lo strumento della registrazione nell'atto di nascita del rapporto non sia l'unico, potendosi ad esso affiancare anche la procedura di adozione, purché questa consenta in concreto di ottenere una protezione tempestiva ed efficace del superiore interesse del minore.

La Corte ha poi concluso che spetta al giudice nazionale valutare se le diverse forme di adozione previste nell'ordinamento interno francese rispettino i principi dalla stessa fissati, tenuto conto delle ulteriori questioni che possono agitarsi – previsione dell'adozione solo per le coppie coniugate, eventuale necessità del consenso della madre surrogata.

### **3. Conclusioni.**

Il parere reso dalla Grande Camera offre notevoli spunti di riflessione non solo in ordine alla delicata vicenda esaminata, ma anche con riguardo alle modalità con le quali la Corte edu intende utilizzare il prezioso strumento di dialogo introdotto dal Protocollo n.16 ed offerto alle Alte Corti nazionali.

Il giudice di Strasburgo mostra grande considerazione ed attenzione alla richiesta di parere preventivo proveniente da un'Alta Corte ed è pienamente consapevole del valore che tale dialogo può rappresentare per la sua stessa autorevolezza e per l'incisività ed efficacia delle sue pronunzie.

Essa sembra volere incentivare l'uso di tale strumento per questioni caratterizzate da contenuti di novità tanto per il giudice *a quo* che per la Corte europea capaci di incidere su questioni di principio che involgono la CEDU.

---

<sup>2</sup> Risulta dal parere una marcata attenzione al tema del margine di apprezzamento che ha finito per condizionare tutti i temi affrontati dalla Grande Camera rispetto alla questione prospettata dal giudice *a quo*, a volte dimostrandosi elemento capace di limitare l'intervento della Corte edu- come è a proposito della valutazione dell'idoneità dell'adozione a garantire una forma del riconoscimento della relazione fra madre d'intenzione e minore nato da maternità surrogata omogenea rispetto a quella offerta dall'indicazione nell'atto di nascita della maternità sociale, altra come parametro che impedisce allo Stato di non riconoscere la relazione minore madre sociale.

Risulta evidente, infatti, la preoccupazione della Corte edu di rimanere affogata da richieste di parere *a pioggia* che inciderebbero negativamente sul già precario assetto della Corte europea, oberata da un arretrato non indifferente, pur se ridotto rispetto ad alcuni anni fa.

Scegliendo questa chiave di lettura si coglie, quindi, sottotraccia la volontà della Grande Camera di riservare la portata del parere ai soli casi che presentano aspetti di evidente similitudine con quello affrontato in sede di richiesta preventiva.

Anche se non va sottaciuto che in altro punto del parere la Grande Camera ha lasciato spazio all'estensione del principio affermato anche a casi diversi da quello esaminato- ci si riferisce alla precisazione fatta dalla Grande Camera in ordine alla necessità di affermare il riconoscimento della relazione fra madre d'intenzione e minore anche nell'ipotesi, diversa da quella esaminata, di maternità surrogata realizzata con materiale biologico della madre.

Per altro verso, la cura che la Corte europea dimostra nel risolvere il caso in sede di parere preventivo è evidentemente la stessa rispetto a quella dei casi decisi in sede di contenzioso ordinario, pur emergendo anche a livello motivazionale la ricerca di una maggiore sintesi, soprattutto nell'esame delle posizioni mostrate dai soggetti intervenuti. Sintesi che non va, in ogni caso, a detrimento del contraddittorio fra tutti i soggetti intervenuti, visto che il richiedente ha ricevuto in comunicazione tutti gli atti depositati dalle parti o dai soggetti intervenienti.

Gli scenari che si aprono innanzi alle Corti nazionali appaiono, dunque, di grande interesse richiedendo probabilmente l'adozione di decisioni organizzative non marginali proprio a livello nazionale.

Si pensi, solo per fare un esempio, a come le Alte Corti dovranno attrezzarsi per valutare gli atti successivi (riconvocazione del collegio, fissazione udienza, esame informale degli atti da parte del presidente o del giudice relatore) e per eventualmente fornire ulteriori chiarimenti. Per non dire degli aspetti collegati alla scelta sull'*an*, *quomodo* e *quando* della richiesta di parere, anche al fine di verificare gli effetti della richiesta sugli altri procedimenti simili eventualmente pendenti innanzi allo stesso organo o ad altri organi giurisdizionali. Risposte che chiamano in campo le dirigenze degli Uffici apicali ma che, probabilmente, dovranno essere alimentate da un confronto serrato con la stessa Corte edu. Ed in questa prospettiva si apprezza ancora una volta l'importanza non soltanto delle Linee Guida appositamente predisposte dalla Corte europea<sup>3</sup>, ma anche dei Protocolli di dialogo fra le Corti.

## **Indice**

---

<sup>3</sup> V. Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017), in [https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines\\_P16\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf).

## **CLASSIFICAZIONE**

DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – PROIBIZIONE DELLA TORTURA – DIVIETO DI PUNIZIONI CORPORALI – INTERPRETAZIONE DELLA NOZIONE DI “GRAVE RISCHIO” – RAPPORTI FAMILIARI.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**CONVENZIONE EDU**, artt. 3 e 8

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU, Sez. IV, sentenza 21 Maggio 2019, O.C.I. e a. c. Romania, ric. n. 49450/17.**

### **Abstract**

La Corte EDU ha pronunciato una sentenza in tema di rapporti familiari, con specifico riferimento ad una controversia sulla custodia di bambini a seguito di maltrattamenti perpetrati da uno dei genitori, a carico della Romania riconoscendo che i provvedimenti giurisdizionali adottati non avevano adeguatamente ponderato il grave rischio – previsto dall’art. 13 della Convenzione de L’Aia in tema di sottrazione internazionale dei minori – al quale i minori sarebbero andati incontro trasferendosi in Italia presso il padre.

Le affermazioni della Corte si muovono nel quadro giuridico fondamentale costituito dalla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, con cenni alla Convenzione dell’Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori e al Regolamento Bruxelles II bis.

1. La ricorrente, in proprio e quale madre dei suoi figli P.A.R. e N.A.R., presentava ricorso alla Corte EDU lamentando la violazione degli artt. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Il caso origina dalla denuncia penale per sottrazione di minori in un paese straniero, presentata dal marito della ricorrente a seguito del rifiuto di quest’ultima di rientrare in Italia, luogo abituale di residenza, insieme ai suoi figli, di doppia nazionalità (rumena e italiana). La stessa si era determinata a tale decisione in considerazione dei comportamenti violenti tenuti dal marito in danno dei figli e, anche, della sua persona, che l’avevano spinta a cercare rifugio in Romania.

2. Nel settembre 2015, il marito e padre dei minori aveva adito il Tribunale di Bucarest per il ritorno in Italia dei suoi due figli, invocando le previsioni della Convenzione dell’Aja sugli aspetti

civili della sottrazione internazionale di minori e quelle del Regolamento (CE) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale ("Regolamento Bruxelles II bis"). Difatti quest'ultimo non era d'accordo sul fatto che i figli rimanessero in modo permanente in Romania, ritenendo che la ricorrente avesse unilateralmente cambiato la residenza dei figli, dando luogo ad una sottrazione illecita.

La ricorrente si era opposta all'azione, allegando che il marito era un padre violento ed enunciando i comportamenti aggressivi tenuti e documentati da video-registrazioni. Spiegò, inoltre, che i figli si erano ben integrati nel nuovo ambiente e che gli stessi si rifiutavano di parlare con il padre, temendo di ritornare in Italia e di essere, nuovamente, soggetti ad abusi e violenze.

3. Nel gennaio 2016, il Tribunale di Bucarest accolse la domanda di ritorno dei bambini in Italia, paese di residenza abituale, concludendo che non vi erano ragioni per opporsi alla richiesta avanzata dal padre. Ritenne, poi, che la madre aveva influenzato negativamente i bambini contro il padre e che la decisione di lasciare l'Italia era stata dettata da problemi coniugali.

Circa l'allegazione del grave rischio in cui i bambini sarebbero potuti incorrere per mano del padre, il Tribunale di Bucarest stabilì che *"le prove dimostrano senza dubbio che il padre ha usato la forza fisica e la voce alta per disciplinare i suoi bambini. P.L.R. lo ha confermato nella sua dichiarazione dinanzi alla Corte. Il bambino ha diritto al rispetto della sua dignità, che comporta il divieto in qualsiasi circostanza di qualsiasi atto di violenza fisica o psicologica nei suoi confronti. È evidente che nulla può giustificare un allontanamento da questa norma"*.

4. La ricorrente si oppose alla decisione del Tribunale, ma la Corte d'Appello di Bucarest confermò la decisione di primo grado.

La Corte concluse, in particolare, evidenziando che *"non si può dedurre che atti occasionali di violenza come quelli dimostrati dalle registrazioni, si ripresentino abbastanza spesso da costituire un grave rischio ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja"*. Da ultimo precisò che qualora, a seguito della decisione, fosse emerso un pregiudizio nei riguardi dei minori le autorità italiane avrebbero dovuto adottare le misure necessarie a contrastare eventuali fenomeni di abuso compiuti in loro danno.

5. Nel luglio 2017 il padre dei minori, attraverso un ufficiale giudiziario in Romania, si attivò al fine di dare esecuzione alle pronunce rese dai giudici nazionali.

Successivamente l'ufficiale giudiziario, unitamente al padre dei minori e ad uno psicologo, prese atto del rifiuto dei bambini di tornare in Italia. Ciò indusse l'autorità di protezione dei minori a richiedere un provvedimento giudiziario per attuare un programma di consulenza psicologica nei confronti dei bambini, approvato dalla Corte di Tulcea, determinando la sospensione del procedimento di esecuzione iniziato. Il risultato del rapporto, redatto all'esito della consulenza psicologica, confermò l'ostilità da parte dei bambini ad intrattenere qualsiasi contatto con il padre.

6. Nel marzo 2018, il padre dei minori chiese l'esecuzione in Romania di un provvedimento del Tribunale di Parma che aveva confermato l'esclusiva potestà genitoriale.

Nel luglio 2018 la ricorrente si oppose all'applicazione di tale provvedimento.

Pochi giorni dopo, il Tribunale sospese il procedimento di esecuzione, a seguito della richiesta della madre, rilevando che il rifiuto dei bambini di tornare in Italia con il padre era già stato stabilito.

7. La madre dei minori ed i figli proposero quindi ricorso alla Corte EDU, lamentando la violazione dell'art. 8 della Convenzione, in virtù della pronuncia dei giudici, i quali avevano ordinato il ritorno in Italia dei bambini senza tener conto del grave rischio cui sarebbero stati soggetti per mano del padre, nonché dell'art. 3 CEDU.

Orbene, va ricordato che l'art. 8 CEDU sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, prevedendo che *"Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui"*. Reclamavano, altresì, la violazione dell'art. 3 della Convenzione, il quale prescrive che nessuno può essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti.

La Corte giudicò il ricorso ammissibile.

8. I ricorrenti sostennero l'obbligo del Governo di assicurare un ambiente sicuro per i bambini, scevro da violenze domestiche e punizioni corporali. La garanzia di tale interesse avrebbe dovuto prevalere su quella del genitore a stare insieme ai suoi bambini. Asserirono, inoltre, che i tribunali nazionali non avevano esaminato compiutamente la situazione familiare e, conseguentemente, non avevano interpretato correttamente l'interesse superiore dei bambini.

Tanto risultava dal fatto che i giudici nazionali avessero trasferito ogni responsabilità alle autorità italiane, attribuendo loro compiti di sorveglianza circa il benessere dei bambini.

Da ultimo, la ricorrente segnalava che, dopo tre anni in Romania, i figli si erano ben integrati nel nuovo ambiente.

9. Il Governo, preliminarmente, asserì che i procedimenti diretti alla restituzione dei bambini erano finalizzati unicamente a verificare l'ammissibilità della richiesta, ma non a sostituire le procedure riguardanti l'attribuzione dell'autorità genitoriale e la custodia dei figli.

Ammise che vi era stata un'interferenza con il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare, giustificandola con il fatto che la stessa fosse prevista dalla legge, perseguisse uno scopo legittimo e fosse proporzionata a tale scopo.

Il Governo dichiarò, altresì, che i tribunali nazionali avevano esaminato le accuse di "grave rischio" e che la decisione di far ritornare i bambini nel luogo di residenza abituale fosse basata sulla convinzione che il sistema italiano sarebbe stato in grado di proteggere i diritti dei bambini e di fronteggiare eventuali fenomeni di abuso e violenza.

10. I Giudici di Strasburgo ribadiscono, sulla scorta di quanto affermato in una precedente pronuncia (Corte edu, X v. Lettonia, ric. n. 27853/09, § 92/108), che il ritorno di un minore non può essere ordinato automaticamente o meccanicamente nei casi in cui è applicabile la Convenzione dell'Aja.

I fattori che costituiscono un'eccezione al ritorno immediato del minore, in applicazione degli artt. 12, 13 e 20 della Convenzione dell'Aja, dovranno essere presi in considerazione dal Giudice, il quale avrà il compito di assumere una decisione sufficientemente motivata in tal senso. Tuttavia, tali fattori dovranno essere valutati ai sensi dell'art. 8 della Convenzione.

La Corte EDU riafferma ancora una volta che l'interesse del bambino deve essere di primaria importanza.

A livello normativo precisa, altresì, che la Convenzione dell'Aja deve essere interpretata e applicata nel contesto del Regolamento Bruxelles II bis, quando gli Stati coinvolti sono parti di entrambe le normative.

La Corte EDU sancisce che gli Stati membri dovrebbero impegnarsi a tutelare in modo effettivo la dignità dei bambini, predisponendo un quadro giuridico comprensivo di misure idonee ad evitare maltrattamenti e violenze.

Una volta ammessa da parte del Governo dell'interferenza con il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare, la Corte osserva che tale ingerenza è prevista dalla legge (art. 12

Convenzione dell'Aja "Qualora un minore sia stato illecitamente trasferito o trattenuto ai sensi dell'articolo 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore, fino alla presentazione dell'istanza presso l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato. L'Autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente. Se l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto ha motivo di ritenere che il minore è stato condotto in un altro Stato, essa può spendere la procedura o respingere la domanda di ritorno del minore) e che, pertanto, essa persegue l'obiettivo di tutelare l'interesse superiore dei bambini.

I Giudici di Strasburgo si domandano se tale ingerenza fosse necessaria in uno stato democratico e se le autorità si siano prodigate rapidamente ed effettivamente al fine di dare adeguata protezione agli interessi dei bambini, in casi di lesione dei valori in gioco. Inoltre, si soffermano su quanto addotto dai ricorrenti e, in particolare, sull'interpretazione della nozione di "grave rischio" data dalle corti nazionali.

11. La Corte ribadisce che, in seno ad una domanda di rimpatrio, spetta in primo luogo alle autorità nazionali dello Stato coinvolto stabilire l'interesse superiore del bambino e valutare il caso alla luce delle disposizioni contemplate all'interno della Convenzione dell'Aja.

La Corte rileva che la ricorrente ha debitamente provato le violenze subite dai figli attraverso video-registrazioni attestanti episodi di abuso. Tali circostanze erano state confermate in sede giudiziaria dal padre, il quale aveva ammesso di aver usato la forza fisica per educare e disciplinare i bambini.

Il Tribunale aveva accertato che i bambini erano stati sottoposti a violenza per mano del padre e pur condannando in termini generali gli abusi compiuti in danno di minori ed affermando il diritto al rispetto della dignità, aveva però stabilito che si trattasse di occasionali atti di violenza non reiterati che non potevano dunque costituire un "grave rischio".

La Corte evidenzia che l'interesse superiore dei bambini, il quale si estrinseca nel rispetto dei loro diritti e della loro dignità, è la pietra angolare della protezione offerta ai minori contro le punizioni corporali, le quali ultime non possono essere tollerate, dovendo gli Stati sforzarsi di proibirle espressamente sia nella legge sia nella pratica.

12. Giova sottolineare che entrambi gli Stati coinvolti sono parti del Regolamento Bruxelles II bis, applicabile al caso in esame.

Il Regolamento, basato sulla Convenzione dell'Aja, si fonda sul principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Unione Europea.

Secondo la Corte, la sussistenza di una fiducia tra gli Stati non vale, però, ad ammettere che lo Stato in cui si trovano i minori li trasferisca in un ambiente in cui risulta elevato il rischio di violenza domestica, sul presupposto che le autorità dello Stato in cui i minori hanno la residenza siano in grado di trattare e contrastare eventuali abusi.

13. La Corte ritiene che i giudici nazionali avrebbero dovuto prestare maggiore attenzione al potenziale rischio di maltrattamento in cui sarebbero potuti incorrere i bambini, qualora fossero stati rimandati in Italia, quantomeno garantendo l'adozione di accordi specifici per salvaguardarne i diritti.

Si è quindi ritenuto che i tribunali nazionali non avevano esaminato in maniera adeguata le accuse di "grave rischio" per i minori, riconoscendo la sussistenza della violazione dell'art. 8 della Convenzione.

14. La Corte ha in conclusione dichiarato fondato il ricorso, constatando la violazione dell'art. 8 della Convenzione e ritenendo assorbita la lamentata violazione dell'art. 3 CEDU nell'affermazione della lesione del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Lo Stato romeno è stato condannato al pagamento in favore dei ricorrenti della somma pari ad € 12.500,00 a titolo di danni non patrimoniali ed € 3.645,00 in favore della madre in relazione ai costi e alle spese sostenute per il giudizio.

**Indice**

## **CLASSIFICAZIONE**

ERGASTOLO – DIVIETO TRATTAMENTI DISUMANI O DEGRADANTI – DIRITTO AL RISPETTO VITA PRIVATA E FAMILIARE - RIDUCIBILITÀ PENA PERPETUA *DE IURE ET DE FACTO* - PROSPETTIVA DI LIBERAZIONE – LIBERAZIONE CONDIZIONALE - REVISIONE

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**CONVENZIONE EDU**, artt. 3 e 8

RICONOSCIUTA VIOLAZIONE art. 3

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU, Sez. I, sentenza 13 Giugno 2019, Marcello Viola c. Italia (n° 2) Application n. 77633/16.**

### **Abstract**

1. La prima sezione della Corte EDU torna nuovamente sul tema della riducibilità *de jure et de facto* del cd. ergastolo ostativo, alla luce dell'art. 3 della Convenzione.

Nella causa *Marcello Viola c. Italia* il ricorrente è un cittadino italiano, nato nel 1959, attualmente detenuto presso il carcere di Sulmona. I fatti riguardano la faida che contrappose due famiglie di *'ndrangheta* (la cosca di Radicena e la cosa di Iatrinoli) a partire dagli anni 80 e sino all'ottobre del 1996 (periodo definito come la "seconda faida di Taurianova").

Il 16 ottobre 1995 la Corte d'assise di Palmi condannò il Viola a 15 anni di reclusione, ridotti dalla Corte d'Assise d'Appello a 12 anni, quale capo e promotore di un'associazione criminale di tipo mafioso per fatti verificatisi tra il 1990 ed il 1992. Il ricorrente non presentava ricorso per cassazione.

A seguito di un secondo processo penale (denominato "*Taurus*"), nel settembre 1999, la Corte d'Assise di Palmi condannò il Viola all'ergastolo per ulteriori fatti relativi ad attività criminali di tipo mafioso (nel ruolo di capo e promotore dell'organizzazione criminale), nonché per omicidio, rapimento e sequestro di persona da cui è derivata la morte della vittima e possesso illegale di armi da fuoco. L'appello del ricorrente era respinto.

La Corte d'Assise d'Appello di Reggio Calabria, nel marzo 2002, confermava la decisione dei primi giudici e, applicando il regime del reato continuato, condannava il ricorrente all'ergastolo con due anni di isolamento diurno. Il 12 dicembre 2008, la stessa Corte, richiesta del riconoscimento del vincolo della continuazione tra i fatti di cui ai due processi, ritenendo unico il programma

criminoso, ricalcolava la pena globale, fissandola nell'ergastolo con isolamento diurno per anni due e mesi due.

2. Tra il giugno 2000 e il marzo 2006 il ricorrente era sottoposto al regime detentivo speciale previsto dall'art. 41 *bis*, comma 2, della legge n. 354 del 26 luglio 1975.

Nel dicembre 2005, il Ministero della Giustizia emanava un decreto con cui ordinava il prolungamento di questo regime per un periodo di un anno, tuttavia, con ordinanza del 14 marzo 2006, il Tribunale di sorveglianza de l'Aquila accoglieva l'appello del ricorrente, ponendo fine al regime speciale.

Successivamente, il Viola presentava per ben due volte domanda per il rilascio di un permesso di uscita.

La prima richiesta era respinta dal giudice di sorveglianza nel luglio 2011, ritenuto non concedibile il permesso a coloro che, come nel caso di specie, venivano condannati all'ergastolo per uno dei reati di cui all'art. 4 *bis* della legge 26 luglio 1975 n. 354, per difetto di collaborazione con l'autorità giudiziaria. Con ordinanza del 29 novembre 2011, il Tribunale di sorveglianza de l'Aquila respingeva l'appello del ricorrente, osservando come non fosse stata acquisita la prova della cessazione dei legami con l'organizzazione criminale e, altresì, che l'osservazione quotidiana dell'interessato non rivelava il suo impegno in una valutazione critica del suo passato criminale.

La seconda richiesta di permesso era respinta per gli stessi motivi.

Nel frattempo, nel marzo 2015, il signor Viola presentava al tribunale di sorveglianza istanza di liberazione condizionale, rigettata con decisione del 26 maggio 2015 dal Tribunale di sorveglianza de l'Aquila, atteso che il beneficio era subordinato alla collaborazione con la giustizia e, dunque, alla rottura definitiva del legame tra la persona condannata e l'ambiente della mafia, elementi assenti nel caso di specie.

Con sentenza del 22 marzo 2016, la Corte di cassazione respingeva il ricorso proposto contro tale decisione.

3. Il ricorrente ha adito la Corte EDU ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, lamentando il trattamento disumano e degradante subito stante l'irriducibilità della sua condanna a vita, per non essergli stata offerta alcuna opportunità di beneficiare della libertà condizionale, nonché l'incompatibilità del sistema penitenziario con l'obiettivo di emendare e di risocializzare i detenuti, con riferimento agli artt. 3 (*Prohibition of torture*) e 8 (*Right to respect for private and family life*) della ECHR. La Corte ha ritenuto esistente la violazione dell'art.3 CEDU.

VIOLAZIONE ART. 3 CEDU

4. I giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la fondatezza delle censure mosse dal ricorrente, ritenendo non rispettati i requisiti di cui all'art. 3 della Convenzione.

4.1. Il ricorso ha costituito l'occasione per richiamare i principi già affermati a partire dal noto caso *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC, no. 66069/09+130/10+3896/10, ECHR, luglio 2013] e, a seguire, *Murray v. the Netherlands* [GC, no. 10511/10, aprile 2016] e *Hutchinson v. the United Kingdom* [GC, no. 57592/08, 17 gennaio 2017]. Tuttavia, nella specie, la Corte ha osservato che il ricorrente non aveva lamentato la sproporzione della condanna all'ergastolo, bensì l'irriducibilità *de jure et de facto* della stessa.

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto che, nel caso *de quo*, il regime applicabile all'ergastolo derivasse dal combinato disposto dell'articolo 22 del codice penale con gli articoli 4 *bis* e 58 *ter* della legge sull'ordinamento penitenziario (ergastolo ostativo), disposizioni che prevedono un trattamento penitenziario differenziato che ha l'effetto di impedire la concessione di una liberazione condizionale e l'accesso ad altri benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione, se non è soddisfatta la condizione necessaria della collaborazione con la giustizia.

Ebbene, il contenuto di questa collaborazione è regolato dall'articolo 58 *ter* dell'ordinamento penitenziario, ai sensi del quale la persona condannata deve fornire alle autorità elementi decisivi atti a prevenire le conseguenze del reato o a facilitare l'accertamento dei fatti e l'identificazione dei responsabili dei reati. La Corte ha, tuttavia, precisato che il condannato è esonerato da tale obbligo se la collaborazione risulta impossibile o inesigibile o se fornisce la prova della rottura di qualsiasi legame con il gruppo mafioso.

4.2. I giudici di Strasburgo hanno, dunque, osservato che la legislazione nazionale non vieta in termini assoluti e con effetto automatico l'accesso alla libertà condizionale e ad altri benefici propri del sistema penitenziario, ma lo subordina alla collaborazione con la giustizia, condotta che, ad avviso del Governo, dimostrerebbe in modo tangibile la dissociazione del condannato dall'ambiente criminale e, conseguentemente, il successo del processo di risocializzazione.

Per determinare se l'ergastolo sia *de iure et de facto* riducibile, cioè se offre una prospettiva di rilascio e la possibilità di un riesame, la Corte si è concentrata sull'unica opzione offerta al richiedente: la cooperazione nelle attività investigative e giudiziarie svolte dalle autorità giudiziarie al fine di avere l'opportunità di chiedere e ottenere la sua liberazione.

Il caso, secondo i giudici di Strasburgo, è diverso da quello all'origine della causa *Öcalan c. Turchia* (no 2, 18 marzo 2014), in cui il contrasto tra la legislazione turca in vigore e l'art. 3 della Convenzione dipendeva dalla mancata previsione, per un effetto automatico, della possibilità di ottenere un riesame della pena.

Nel caso di specie, viceversa, il regime nazionale non preclude in maniera assoluta e con effetto automatico l'accesso alla libertà condizionata e agli altri benefici propri del sistema penitenziario, ma subordina tale possibilità alla scelta di collaborare con la giustizia.

La Corte ha preso atto delle affermazioni del Governo a proposito del temperamento tra le finalità di prevenzione generale e di protezione della collettività, per il quale è richiesto ai condannati per i delitti di mafia di dare prova della loro collaborazione con le autorità a giustificazione del regime differenziato dell'ergastolo, ma anche delle conclusioni del giudice penale nella sentenza di condanna a proposito del patto mafioso che si connota per essere particolarmente solido e perdurante, come la natura permanente del reato dimostra secondo la stessa Corte di cassazione (il richiamo in sentenza è a Cass. n. 46103 del 2014), esso presupponendo l'esistenza di un programma criminoso indeterminato, proiettato al futuro e senza alcun limite di natura temporale. Di talché la permanenza del delitto sarebbe compatibile con l'inattività dell'associato, potendo il rapporto associativo venir meno solo in caso di scioglimento del vincolo o dissociazione del singolo.

Nel richiamare la giurisprudenza costituzionale interna (il riferimento è alla sentenza n. 313 del 1990) sulla funzione della pena e l'esigenza di risocializzazione del condannato che deve caratterizzare la pena sin dalla sua astratta formulazione normativa e fino alla sua concreta esecuzione, la Corte di Strasburgo si è dunque chiesta se l'equilibrio tra le finalità di politica criminale sopra esposte e la funzione di risocializzazione della pena si sia tradotta, nel caso all'esame, in un'eccessiva restrizione della prospettiva di liberazione dell'interessato e della possibilità per quest'ultimo di richiedere un riesame della pena.

La Corte, pur prendendo atto della posizione del Governo che ha precisato come, nel caso di specie, l'ostacolo rappresentato dall'assenza della collaborazione con le autorità da parte del Viola non sia frutto di un automatismo legislativo, ma la conseguenza di una scelta individuale, ha altresì considerato la tesi del richiedente, il quale ha affermato che la collaborazione con le autorità avrebbe esposto se stesso e i suoi congiunti a rischio di rappresaglia da parte del sodalizio mafioso

Orbene, la Corte EDU dubita della libertà di tale opzione così come dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale della persona condannata.

Preso atto del rifiuto espresso dal ricorrente di cooperare con il sistema giudiziario, la Corte ha sostenuto che la mancata collaborazione non può essere sempre collegata a una scelta libera e volontaria né giustificata dalla persistenza dell'adesione ai valori criminali e al mantenimento dei legami con l'organizzazione mafiosa, come del resto ha riconosciuto la stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 306 del 1993, allorché ha stabilito che la mancanza di

collaborazione non si traduce necessariamente nel mantenimento del legame con l'organizzazione criminosa. Per i giudici di Strasburgo si potrebbe, invero, ragionevolmente prevedere la situazione in cui il condannato collabori con le autorità senza che il suo comportamento rifletta una emenda da parte sua o la sua effettiva dissociazione dall'ambiente criminale.

La Corte EDU ha, dunque, sostenuto che qualora si considerasse la cooperazione con le autorità come unica dimostrazione possibile della dissociazione e dell'emenda della persona condannata, si ometterebbe di tener conto di ulteriori indici che consentirebbero, invero, di valutare i progressi compiuti dal detenuto, atteso che non è escluso che la dissociazione dall'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso rispetto alla collaborazione con la giustizia.

4.3. I giudici di Strasburgo hanno osservato che il sistema penitenziario italiano si basa sul principio della progressione del trattamento carcerario del detenuto (*progressione trattamentale*), secondo il quale la partecipazione attiva al programma di rieducazione individuale e il trascorrere del tempo possono avere effetti positivi sul condannato e favorirne, dunque, il pieno reinserimento sociale. Scopo del lavoro all'esterno, del permesso di uscita, della semi-libertà, del rilascio condizionale, è proprio quello di promuovere il processo di risocializzazione del detenuto.

Tuttavia, nel caso di specie, il richiedente non ha beneficiato di queste progressive opportunità di reinserimento sociale, nonostante i rapporti di osservazione della prigione, presentati a sostegno della sua richiesta di rilascio condizionale, abbiano indicato un cambiamento positivo nella sua personalità. La Corte ha tenuto conto, altresì, delle dichiarazioni rese del ricorrente, il quale ha sostenuto che alcuna sanzione disciplinare è stata mai irrogata nei suoi confronti e di aver accumulato dopo la condanna, a seguito della partecipazione al programma di reinserimento, circa cinque anni di liberazione anticipata di cui, però, non ha potuto beneficiare a causa della mancata collaborazione.

La Corte ha considerato, inoltre, che la personalità di una persona condannata non rimane fissa nel momento in cui il reato è stato commesso, potendo evolversi durante la fase di esecuzione della pena, come vuole la funzione di risocializzazione che consente all'individuo di rivedere criticamente il proprio percorso criminale e di ricostruire la sua personalità. Proprio per tale ragione il condannato deve sapere cosa deve fare affinché la sua liberazione sia considerata e a quali condizioni.

4.4. Per i giudici di Strasburgo, dunque, l'assenza di collaborazione con la giustizia determina una presunzione assoluta di pericolosità che priva il ricorrente di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione, con la conseguenza che quest'ultimo potrebbe non essere mai in grado di redimersi, laddove indipendentemente dalla sua condotta, la punizione rimarrebbe immutabile.

Mantenendo l'equivalenza tra assenza di collaborazione e presunzione assoluta di pericolosità sociale, l'attuale regime viola l'art. 3 della Convenzione nel momento in cui mette in relazione la pericolosità della persona interessata al momento della commissione del reato invece di prendere in considerazione il percorso di reinserimento e gli eventuali progressi fatti dopo la condanna.

Inoltre, ha osservato la Corte, la presunzione di pericolosità impedisce al giudice competente di considerare la domanda di libertà condizionale e di valutare se il detenuto si sia evoluto e sia progredito sulla via dell'emenda e se, pertanto, il mantenimento dello stato detentivo non sia più giustificato.

4.5. La Corte ha aggiunto che, nonostante i reati per i quali il ricorrente è stato condannato riguardino un fenomeno particolarmente pericoloso per la società, il giudice nel respingere la richiesta di liberazione condizionale avrebbe dovuto valutare i progressi del ricorrente e non limitarsi a rilevare la mancata collaborazione dello stesso con la giustizia, laddove la natura del reato addebitato resta del tutto irrilevante, in quanto non può giustificare una deroga alle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione che vietano in termini assoluti le pene inumane o degradanti.

Infine, ha ricordato come la dignità umana, che si trova al centro del sistema messo in atto dalla Convenzione, impedisca la privazione della libertà di una persona senza operare, allo stesso tempo, il suo reinserimento e senza fornirgli la possibilità di recuperare un giorno questa libertà.

## LA DECISIONE

5. Ebbene, alla luce di tali principi la Corte ha considerato come l'ergastolo ostativo imposto al ricorrente, ai sensi dell'art. 4 *bis*, abbia limitato indebitamente la sua prospettiva di rilascio, nonché la possibilità per il predetto di ottenere un riesame della sua condanna.

Atteso che l'inconfutabile presunzione di pericolosità prevista nel caso dell'ergastolo per i reati di cui all'articolo 4 *bis* della legge sull'amministrazione penitenziaria (c.d. ostativo), derivante dalla mancata collaborazione con la giustizia, può privare i condannati per tali reati di ogni prospettiva di liberazione e della possibilità di ottenere un riesame della pena, secondo la Corte, lo Stato italiano dovrebbe introdurre una riforma del regime dell'ergastolo, per garantire effettivamente la possibilità di una revisione che possa consentire alle autorità di determinare se, durante l'esecuzione della condanna, il detenuto abbia compiuto progressi e di verificare il permanere o meno di motivi penali legittimi per continuare la detenzione.

5.1. In conclusione, per i giudici di Strasburgo non sono stati rispettati i principi di cui all'articolo 3 e, conseguentemente, la condanna all'ergastolo disposta non può essere qualificata come riducibile ai fini della citata disposizione, precisando, tuttavia, che la constatazione di tale

violazione non può essere intesa nel senso di dare al richiedente una prospettiva imminente di rilascio.

Gli Stati contraenti dispongono, invero, di un ampio margine di discrezionalità nel decidere la durata adeguata delle pene detentive per reati specifici e il semplice fatto che una pena detentiva a vita possa essere scontata nella sua integralità non la rende incomprimibile. Di conseguenza, la possibilità di riconsiderare l'ergastolo implica certamente la possibilità per la persona condannata di chiedere la liberazione, ma non necessariamente di ottenerla se questa costituisce ancora un pericolo per la società.

#### L'OPINIONE DISSENZIENTE DEL GIUDICE WOJTYCZEK

6. Le considerazioni espresse dalla maggioranza non sono state condivise dal giudice Wojtyczek, ad avviso del quale non sarebbe ravvisabile, nel caso di specie, alcuna violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

6.1. Nella *partly dissenting opinion* si è richiamato, in particolare, l'articolo 2 della Convenzione che impone alle parti contraenti l'obbligo di adottare misure adeguate a proteggere la vita umana. In proposito, il giudice, nel richiamare la giurisprudenza della Corte (caso *Kayak c. Turchia*, n. 60444/08, 10 luglio 2012), ha ricordato il dovere dello Stato di garantire il diritto alla vita e, dunque, di adottare le misure necessarie atte a proteggere la vita delle persone sotto la sua giurisdizione. Ebbene, tale obbligo di protezione emerge con peculiare rilievo nella lotta contro la criminalità organizzata, atteso che lo Stato, tenendo conto della situazione specifica presente nel proprio paese, deve adottare misure efficaci per smantellare le organizzazioni criminali che minacciano la vita delle persone. Per raggiungere tale obiettivo, il giudice ritiene essenziale distruggere la solidarietà tra i membri dell'organizzazione e infrangere la legge del silenzio ad essa collegata.

Nel caso di specie, il ricorrente era il capo di un'organizzazione criminale e, in quanto tale, ben potrebbe continuare a rappresentare una minaccia per la vita e la sicurezza delle persone in Italia, minaccia che, tuttavia, egli stesso potrebbe contribuire a ridurre significativamente fornendo ragionevolmente le informazioni di cui dispone alle autorità.

Il giudice Wojtyczek ha sostenuto come la legislazione italiana non renda irriducibile la pena per le persone condannate all'ergastolo per reati particolarmente pericolosi, poiché prevede la possibilità della libertà condizionale subordinata - nel solo caso di coloro che sono stati considerati parte del vertice dell'organizzazione criminale - alla collaborazione con la giustizia.

D'altronde, la minaccia che la criminalità organizzata rappresenta per coloro che infrangono la legge del silenzio non sembra costituire un ostacolo insormontabile all'attuazione delle varie misure volte a garantire la cooperazione dei criminali con le autorità giudiziarie.

6.2. In merito al parere espresso dalla maggioranza, secondo cui la mancanza di cooperazione non può sempre essere legata a una scelta libera e volontaria, né può essere giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione a "valori criminali" e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza, il giudice ha rilevato l'erroneità dell'astratta valutazione della legislazione nazionale operata, laddove non si dovrebbe verificare se la scelta sia sempre libera e volontaria ma, piuttosto, se la scelta effettiva del detenuto in questione sia concretamente libera e volontaria.

6.3. Inoltre, nella causa *Hutchinson c. Regno Unito* [(GC), n. 57592/08, § 42, 17 gennaio 2017] la Corte ha sostenuto che per essere compatibile con l'articolo 3, l'ergastolo deve essere riducibile *de jure et de facto*, ossia deve offrire una prospettiva di liberazione e una possibilità di revisione basata su una valutazione dell'esistenza di motivi penali legittimi per il trattenimento del detenuto, tra cui gli imperativi di punizione, deterrenza, protezione pubblica e riabilitazione. Questo approccio conferma che la pena è uno strumento legale multidimensionale e che la risocializzazione del criminale è sicuramente un obiettivo fondamentale della condanna, ma non l'unico, come invero risulterebbe dall'opinione della maggioranza, atteso che la pena ha anche una funzione retributiva: dà un senso di giustizia non solo alla società ma anche e soprattutto alla vittima. Essa ha anche una funzione deterrente nei confronti di altri potenziali criminali, come, del resto, asserito dalla stessa Corte EDU che, in numerose sentenze, ha ribadito la necessità che la sanzione irrogata sia adeguata a perseguire l'esigenza di dissuadere l'imputato dal commettere nuovamente il reato (cfr. *Sidiropoulos e Papakostas c. Grecia*, n. 33349/10, 25 gennaio 2018; *Zeynep Özcan c. Turchia*, n. 45906/99, 20 febbraio 2007). Spetta, pertanto, al legislatore nazionale attuare la politica penale, stabilendo le sanzioni ritenute appropriate per i vari reati e definendo gli obiettivi concreti della sanzione e la loro priorità.

6.4. Il giudice ha poi osservato come le conclusioni della maggioranza si fondino sull'idea della sussistenza nel sistema italiano di una presunzione assoluta di pericolosità sociale del detenuto che rifiuta di cooperare con le autorità, dimenticando però che non si tratta nella specie di un ragionamento presuntivo, ma semplicemente di una regola di diritto che fa derivare alcune conseguenze da alcune circostanze fattuali. Nel caso *de quo*, la pena inflitta al ricorrente non deriva da una presunzione di pericolosità sociale dello stesso, bensì dall'esigenza di dare un senso di giustizia alle famiglie delle vittime e alla società italiana in generale e di dissuadere altri potenziali criminali dal commettere reati simili e, dunque, dall'effettiva sussistenza di motivi giustificanti il mantenimento dello stato di detenzione (*legitimate penological grounds*).

6.5. Infine, il principio affermato dalla Corte nella causa *Hutchinson c. Regno Unito* (n. 57592/08, 17 gennaio 2017) secondo cui un detenuto condannato all'ergastolo ha il diritto di sapere, fin dall'inizio della sua condanna, che cosa deve fare affinché il suo rilascio possa essere considerato e quali siano le condizioni applicabili, è, a parere del giudice, del tutto rispettato dalla legge

italiana, la quale risulta sufficientemente chiara e consente al detenuto di gestire la propria condotta, rispettando così il principio della certezza del diritto.

#### L'ORDINAMENTO INTERNO.

7. La premessa costituzionale. L'ambito entro cui, ormai da tempo, si muove la giurisprudenza di legittimità in tema di ergastolo cd. ostativo è stato delineato da una importante pronuncia della Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 135 del 2003 la Corte costituzionale dichiarò la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, l. n. 354 del 1975 per contrasto con il principio rieducativo della pena di cui all'art. 27 Cost., nella parte in cui pone la collaborazione con la giustizia come condizione di accesso ai benefici penitenziari e, in specie, alla liberazione condizionale, sull'osservazione che non si tratta di una preclusione automatica, assoluta e definitiva. È infatti rimessa al condannato la scelta se collaborare o meno, e questa decisione è assunta dal legislatore a "criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il *sicuro ravvedimento* del condannato". Ciò, peraltro, in un contesto che tiene conto dell'eventualità che la scelta di collaborazione possa non essere possibile, soccorrendo in tal caso le previsioni che, accertata l'impossibilità o l'inesigibilità della collaborazione, consentono al condannato di fruire sia dei benefici penitenziari che della liberazione condizionale.

7.1. La risposta della giurisprudenza di legittimità. Entro questa direttrice la Corte di cassazione ha da allora reiteratamente affermato, per dirla con una delle recenti decisioni – Sez. 1, n. 7428 del 17/01/2017, Pesce, Rv. 271399 – che "il sistema delineato dall'ordinamento penitenziario vigente in materia di accesso ai benefici del detenuto in espiazione della pena dell'ergastolo per condanne relative a reati contemplati dall'art. 4-bis ord. pen. (cd. ergastolo ostativo) è compatibile con i principi costituzionali e con quelli della Conv. EDU, in quanto, in caso di provato ravvedimento, il condannato può essere ammesso alla liberazione condizionale ex art. 176, comma terzo, cod. pen. anche per i predetti reati, in relazione ai quali la richiesta collaborazione e la perdita di legami con il contesto della criminalità organizzata costituiscono indici legali di tale ravvedimento". Ha quindi escluso che il condannato all'ergastolo per uno dei reati cd. ostativi sia privato in radice del diritto alla speranza che la sua detenzione possa non essere perpetua.

Qualche tempo prima la Corte di cassazione – Sez. 1, n. 27149 del 22/03/2016, Viola, Rv. 271232 – aveva dichiarato, forte degli insegnamenti della Corte costituzionale, la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale "degli artt. 4-bis e 58-ter ord. pen., in riferimento all'art. 27, comma 3, Cost., nella parte in cui prevedono che, nel caso di condanna all'ergastolo per delitto ostativo, il beneficio della liberazione condizionale sia ammissibile solo se il condannato collabora con la giustizia, in quanto la possibilità per il condannato di scegliere

se collaborare o meno esclude che possa ritenersi vanificato, in concreto, il perseguimento della finalità rieducativa della pena”.

7.2. Un parziale mutamento di rotta. Le dichiarazioni di manifesta infondatezza della questione di compatibilità con i principi costituzionali della disciplina dell'ergastolo ostativo sono state più d'una. Anche Sez. 1, n. 15982 del 17/09/2013, dep. 2014, Greco, Rv. 261990, in precedenza, aveva asserito la manifesta infondatezza, “in riferimento agli artt. 3, 24, 27 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, all'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, della questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* della legge 25 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui subordinano la concessione dei benefici penitenziari (nella specie, permessi premio) ai condannati alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis*, comma 1, cit. alla collaborazione con la giustizia, poiché tale disposizione consente al detenuto di scegliere se collaborare o meno, nonché di modificare la propria scelta, in ogni caso fruendo delle garanzie previste dagli artt. 210 e 197 bis cod. proc. pen., e trova, inoltre, un limite quando la collaborazione è impossibile perché inesigibile o irrilevante”.

L'atteggiamento della giurisprudenza è sia pure parzialmente cambiato con una ultima pronuncia – Sez. 1, n. 57913 del 20/11/2018, Cannizzaro, Rv. 274659 – che, invece, ha ritenuto di dover interpellare la Corte costituzionale per una rinnovata verifica della conformità ai principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost. dell'art. 4-*bis*, comma 1, della legge 25 luglio 1975, n. 354, “nella parte in cui esclude che possa essere ammesso alla fruizione di permessi-premio il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso indicate, che non abbia collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter*, legge n. 354 del 1975”

Sia pure nel ristretto e specifico campo dei permessi premio e quindi senza alcun riferimento ai benefici che si sostanziano nelle misure alternative alla detenzione e che hanno la capacità di modificare le condizioni di restrizione carceraria, la Corte di cassazione ha dissentito dall'affermazione che “la cessazione dei legami consortili di un detenuto con il gruppo criminale di riferimento possa essere dimostrata, durante la fase di esecuzione della pena, solo attraverso le condotte collaborative di cui all'art. 58-*ter* ord. pen.”, e ha revocato in dubbio che la collaborazione si atteggi quale “canone valutabile in termini di presunzione assoluta, a prescindere dalle emergenze concrete”.

Ha motivato una posizione di tal fatta osservando che “le ragioni che possono indurre un condannato all'ergastolo ostativo a non effettuare una scelta collaborativa ex art. 58-*ter* ord. pen. non risultano univocamente dimostrative dell'attualità della pericolosità sociale e non

necessariamente coincidono con la volontà di rimanere legato al sodalizio mafioso di provenienza. Tale scelta, infatti, può trovare spiegazione in valutazioni che prescindono dal percorso rieducativo, tra le quali, a titolo meramente esemplificativo, si possono citare il rischio per l'incolumità propria e dei propri familiari; il rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di un congiunto o di persone legate da vincoli affettivi; il ripudio di una collaborazione di natura meramente utilitaristica”.

Uno spunto per questa rinnovata riflessione sulla compatibilità costituzionale dell'ergastolo ostativo è provenuto dalla stessa più recente giurisprudenza costituzionale. La Corte di cassazione ha infatti richiamato, per meglio argomentare il giudizio di non manifesta infondatezza, la sentenza n. 149 del 2018 con cui è stata dichiarata l'illegittimità di quella particolare forma di ergastolo prevista dall'art. 58-*quater* ord. pen. per i casi in cui la condanna è pronunciata per i delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione o per sequestro di persona a scopo di estorsione, seguiti dalla morte della vittima. Per tale categoria di condannati la soglia temporale di accesso ai benefici dell'ammissione al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alla semilibertà, pur in presenza di una collaborazione con la giustizia o delle condizioni equiparate (collaborazione impossibile o irrilevante), era in ogni caso quella dei ventisei anni, non anticipabile con gli sconti semestrali di liberazione anticipata, invece applicabili per l'accesso alla liberazione condizionale, interessata comunque, ai sensi dell'art. 176, comma terzo, cod. pen., dalla medesima soglia di pena espiata.

Giova infine ricordare che la sentenza Viola c. Italia n. 2 diventerà definitiva il 13 settembre 2019 soltanto se il Governo italiano non deciderà di chiedere il rinvio della decisione alla Grande Camera, ai sensi dell'art. 43, § 1, Conv. e dell'art. 73, § 1, Reg. Corte edu.

**Indice**

**Studi e approfondimenti**

## **CLASSIFICAZIONE**

DIVERSA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA EDU E DI LEGITTIMITÀ.

**L'adeguamento della giurisprudenza di legittimità ai principi fissati dalla Corte EDU in tema di diversa qualificazione giuridica del fatto nel giudizio di cassazione.**

1. La Corte EDU ha affermato, con una sentenza emessa in data 11/12/2007 (cd. "Drassich 1"), che il diritto di essere informato del contenuto dell'accusa, riconosciuto dall'art. 6, par. 3, CEDU, non riguarda solo i fatti materiali attribuiti all'imputato, ma anche la qualificazione giuridica di tali fatti.

Presupposto di tale affermazione è che, nella materia penale, l'informazione completa delle accuse a carico dell'imputato, compresa la qualificazione giuridica dei fatti, costituisce una condizione fondamentale dell'equità del processo quale oggetto del diritto sancito dall'art. 6, par. 1, CEDU.

Pur escludendo la necessità di adottare forme particolari in ordine alla modalità con cui deve essere attuata tale informazione, la Corte EDU ha posto in rilievo la stretta correlazione tra il diritto di essere informato della natura e del motivo dell'accusa e il diritto di disporre del tempo e delle possibilità necessari per preparare la difesa (art. 6, par. 3, lett. b), CEDU).

2. A conclusione del complesso *iter* processuale relativo al c.d. "caso Drassich 1", la Corte Suprema di cassazione (Sez. 6, n. 36323 del 25/05/2009, Drassich, Rv. 244974) ha fatto propria l'interpretazione dell'art. 6 Conv. fornita dalla Corte EDU in tema di riqualificazione del fatto nel giudizio di legittimità, affermando che, in tale sede di giudizio, il diritto del ricorrente ad essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico deve ritenersi soddisfatto anche quando l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto operabile dal giudice *ex officio* sia stata rappresentata al difensore dell'imputato con un atto del Collegio, in modo che la parte abbia potuto beneficiare di un congruo termine per apprestare la propria difesa.

Nella fattispecie esaminata, l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica era stata rappresentata nelle conclusioni e nella sintesi delle statuizioni riportate nel dispositivo di una precedente sentenza della Corte di legittimità, con la quale era stata revocata una propria precedente pronuncia limitatamente alla riqualificazione dei fatti corruttivi come reati di corruzione in atti giudiziari, disponendo che si procedesse ad una nuova trattazione del ricorso proposto contro la decisione assunta dal giudice di secondo grado.

Già nella precedente sentenza n. 45807 del 12 novembre 2008, pronunciata in relazione al medesimo caso, la Corte Suprema di cassazione aveva affermato, fra l'altro, che la regola racchiusa nell'art. 521, comma 1, cod. proc. pen. caratterizza *"una funzione indefettibile del giudice, quella della corretta qualificazione giuridica del fatto e delle relative conseguenze sanzionatorie. Regola che diviene ancor più cogente nel giudizio di legittimità perché da contenuto e significato alla funzione della Corte di cassazione chiamata ad assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge"*.

Nel giudizio di legittimità, dunque, l'applicazione dell'art. 521, comma 1, cit. nel senso indicato dalla Corte europea è stata ritenuta conforme al principio epistemologico statuito dall'art. 111, comma 2, Cost., per il quale "... ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti al giudice ....", principio che non investe soltanto "la formazione della prova" ma anche ogni questione che attiene la valutazione giuridica del fatto commesso.

Secondo quanto statuito con la sentenza del 12 novembre 2008, la su richiamata norma processuale va applicata ed interpretata nel senso che la qualificazione giuridica del fatto diversa da quella attribuita nel giudizio di merito, riconducibile ad una funzione propria della Corte Suprema di cassazione, richiede una condizione imprescindibile per il suo concreto esercizio: l'informazione di tale eventualità all'imputato e al suo difensore. Informazione che, *"qualora manchi una specifica richiesta del pubblico ministero, va formulata dal Collegio con un atto che ipotizzi tale eventualità"*.

3. Con riferimento alla medesima vicenda processuale già sottoposta all'esame della Corte EDU, ma pronunciando questa volta in sede di revisione, la Corte Suprema di cassazione (Sez. 2, n. 37413 del 15/05/2013, Drassich, Rv. 256651) ha successivamente confermato che, nel giudizio di legittimità, il diritto del ricorrente ad essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico deve ritenersi soddisfatto quando l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice *ex officio* sia stata rappresentata al difensore dell'imputato, in modo che la parte abbia potuto beneficiare di un congruo termine per apprestare la propria difesa, e che l'art. 6, par. 1, CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea, può ritenersi rispettato con l'informazione al solo difensore, tenendo conto della natura tecnica del giudizio di legittimità.

Nel rigettare il ricorso, la Suprema Corte ha affermato: a) che la menzionata sentenza n. 36323 del 2009 aveva precisato che la questione da esaminare, a seguito della revoca della precedente decisione, era di puro diritto, non toccando la essenza contenutistica dell'imputazione e la ricostruzione dei fatti *"considerata corretta e logica nella sua complessiva esposizione delle decisioni di merito"*; b) che in ogni caso, non sussiste violazione del diritto al contraddittorio quando l'imputato abbia avuto modo di interloquire in ordine alla nuova qualificazione giuridica

attraverso l'ordinario rimedio dell'impugnazione, non solo davanti al giudice di secondo grado, ma anche davanti al giudice di legittimità; c) che la questione della qualificazione giuridica del fatto (e non dell'accertamento materiale dello stesso) rientra fra i casi tipici del ricorso per cassazione; d) che, anche ove sia ipotizzabile la contestazione in fatto della diversa qualificazione giuridica, è imprescindibile che con il ricorso per cassazione sia formulata una richiesta di annullamento con rinvio, che specificamente indichi nuovi elementi di fatto, non valutati dal giudice di merito e non prospettati perché non attinenti alla originaria qualificazione, che consentirebbero di escludere la diversa e nuova qualificazione; e) che comunque le nuove prove che la difesa ricorrente avrebbe inteso chiedere in sede di merito non attenevano alla specifica questione della riqualificazione giuridica, ma tendevano a mettere in discussione in radice quella ricostruzione dei fatti, confermata nei due gradi di merito, e ritenuta dalla Suprema Corte "corretta e logica"; f) che, quanto alla doglianza del ricorrente di non avere a suo tempo potuto partecipare personalmente al giudizio, doveva ribadirsi, alla stregua della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che le procedure dedicate esclusivamente a punti di diritto e non di fatto, possono soddisfare le esigenze dell'art. 6 della Convenzione, anche se la Corte d'appello o di Cassazione non hanno dato al ricorrente la facoltà di esprimersi personalmente dinanzi ad esse, purché vi sia stata una pubblica udienza in primo grado e ciò perché l'istanza giurisdizionale interessata non ha il compito di accertare i fatti, ma solo quello di interpretare le norme giuridiche controverse.

4. La Corte EDU ha in seguito ribadito il suo orientamento con una decisione del 22/2/2018 (cd. "Drassich 2"), ove ha escluso l'imprevedibilità della diversa qualificazione giuridica dei fatti ascritti al ricorrente valutando i motivi della riapertura del processo a suo carico e le indicazioni contenute nella sentenza della Corte di cassazione n. 45807 del 12 novembre 2008.

In ordine alla prospettata violazione dei diritti riconosciuti dall'art. 6, par. 3, lett. a) e lett. b), CEDU, la Corte europea ha rilevato che, nei cinque mesi intercorsi fra la sentenza di revoca ex art. 625-*bis* cod. proc. pen. e la riapertura del processo dinanzi alla Corte di cassazione, il ricorrente aveva depositato due memorie scritte e il suo difensore aveva discusso oralmente la causa.

La Corte EDU ha evidenziato, inoltre, che il ricorrente non aveva offerto alcuna dimostrazione del fatto che la Corte di cassazione avesse deciso sulla base di elementi - di fatto o di diritto - sui quali non si era svolto il contraddittorio tra le parti, sottolineando, in particolare, che egli non aveva mai contestato il modo in cui il Tribunale o la Corte di appello avevano accertato i fatti di causa, né aveva chiesto la riapertura dell'istruttoria al fine di ottenere nuove prove a discarico, ma si era limitato a chiedere l'annullamento senza rinvio della sua condanna per intervenuta prescrizione. Sulla base della strategia difensiva adottata dal ricorrente nel giudizio

di legittimità e delle questioni sottoposte all'esame della Corte di cassazione, la Corte EDU ha pertanto escluso che vi fossero dei motivi per un rinvio alla fase di merito.

Infine, la Corte europea ha osservato che il giudizio dinanzi alla Corte di cassazione riguardava esclusivamente punti di diritto e non anche questioni di fatto per le quali sarebbe stata necessaria la presenza in udienza del ricorrente, escludendo di conseguenza qualsiasi profilo di iniquità del processo con riferimento all'impossibilità del ricorrente di comparire personalmente dinanzi alla Corte di cassazione, avuto riguardo alla particolarità del giudizio di legittimità.

5. Sin dalla prima sentenza Drassich del 2007, dunque, la Corte Suprema di cassazione ha condiviso l'impostazione ricostruttiva delineata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ed ha, in più occasioni, ribadito che il potere di attribuire una diversa qualificazione giuridica ai fatti accertati, esercitabile, ai sensi dell'art. 521, comma 1, cod. proc. pen., anche in sede di legittimità, non può avvenire con atto a sorpresa e con pregiudizio del diritto di difesa, ma impone la comunicazione alle parti del possibile diverso inquadramento giuridico attraverso la concessione di un adeguato termine per la preparazione della difesa (*ex plurimis*, oltre le pronunce su richiamate, v. Sez. 2, n. 3211 del 20 dicembre 2013, Racic Cardazzi e altro, Rv. 258538; Sez. 6, n. 3716 del 24/11/2015, Caruso, Rv. 266953; Sez. 4, n. 2340 del 29/11/2017, D.S., Rv. 271758).

Nel giudizio di cassazione, in particolare, si ritiene consentita la riqualificazione giuridica del fatto anche nel caso in cui la questione non sia stata oggetto di discussione in fase di merito o prospettata nel ricorso, se la parte, in conformità al quadro di principi delineato dalla giurisprudenza della Corte EDU, sia stata espressamente posta in condizione di interloquire sulle diverse possibili definizioni giuridiche del fatto (Sez. 6, n. 41767 del 20/06/2017, Boschi, Rv.271391), eventualmente concedendosi la possibilità di chiedere un – ragionevolmente breve – rinvio per poter predisporre la difesa, senza che ciò, evidentemente, comporti, data la natura del giudizio di legittimità, la possibilità di provvedere a nuove acquisizioni probatorie.

Particolarmente significativa appare la fattispecie qui considerata, ove la questione riguardava la qualificazione giuridica delle condotte di frode informatica poste in essere nella gestione di cd. *slot-machine* e di apparecchiature di video giochi trasformabili in *slot-machine* (questione che, in parte, costituiva oggetto dei motivi di ricorso che ne invocavano la sussunzione in reati/illeciti amministrativi meno gravi, in violazioni di natura tributaria e/o in tema di gioco d'azzardo).

In tal caso, la Corte Suprema di cassazione ha scelto di instaurare dinanzi a sé il contraddittorio, invitando le difese ad argomentare in merito alla possibile diversa qualificazione giuridica del fatto, oltre che secondo le loro richieste, anche quale delitto di truffa aggravata. Quindi, la Corte ha provveduto direttamente alla riqualificazione ai sensi dell'art. 640, comma 2, cod. pen. di talune delle condotte ascritte agli imputati e, ravvisandone l'estinzione per sopravvenuta

prescrizione, ha disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza limitatamente ai capi concernenti i reati estinti, rinviando alla Corte di appello per la sola rideterminazione della pena per i reati residui di associazione per delinquere e corruzione.

In altro caso, ancora, la Corte (Sez. 4, n. 9133 del 12/12/2017, Giacomelli, Rv. 272263) ha ritenuto sufficiente all'attuazione del contraddittorio la circostanza che la possibilità di una diversa qualificazione giuridica del fatto fosse stata prospettata dal Procuratore Generale nel corso della sua requisitoria orale e successivamente discussa dalle parti. In tal caso, dunque, la Corte ha provveduto in dispositivo in merito alla diversa qualificazione giuridica della condotta ed ha disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata ravvisando l'estinzione del reato per prescrizione.

Sempre nella medesima prospettiva di espansione della tutela dei diritti fondamentali si è altresì affermato (Sez. 6, n. 22813 del 3/5/2016, Majer, Rv. 267133) che, qualora dalla nuova e diversa qualificazione giuridica effettuata in sede di legittimità, emerga un reato per il quale sarebbe stata necessaria l'udienza preliminare, in concreto non tenuta, in quanto non necessaria per il reato originariamente contestato (nella specie, il reato di cui all'art. 378 cod. pen., riqualificato in quello di cui all'art. 390 cod. pen.), deve recuperarsi l'operatività dell'art. 521-*bis* cod. proc. pen. con il conseguente travolgimento del processo attraverso l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero presso il Tribunale competente in primo grado (analogamente v. Sez. 1, n. 43230 del 4/11/2009, Pigozzi, Rv. 245118).

Il limite alla riqualificazione giuridica del fatto nel giudizio di legittimità è strettamente connesso, peraltro, alla sua pacifica ricostruzione storica da parte dei giudici di merito (Sez. 2, n. 7462 del 30/01/2018, Lunardi, Rv. 272091), sicché potrebbe rendersi necessario, talora, per non recare pregiudizio al diritto di difesa, l'annullamento della sentenza impugnata per l'instaurazione del contraddittorio in ordine al diverso inquadramento giuridico del fatto o di una sua circostanza (in tale direzione si è orientata, ad es., Sez. 4, n. 2340 del 29/11/2017, D.S., Rv. 271758, con riferimento ad una fattispecie in cui la S.C., ritenendo di dover procedere alla riqualificazione giuridica di una circostanza aggravante contestata nell'imputazione di furto, ha annullato la sentenza impugnata limitatamente alla circostanza aggravante della "destrezza" - art. 625, n. 4, cod. pen. - con rinvio alla corte d'appello per l'instaurazione del contraddittorio in ordine al diverso inquadramento giuridico della ritenuta circostanza aggravante del mezzo fraudolento ex art. 625, comma 1, n. 2, cod. pen.).

6. Nella sua più autorevole composizione, la Corte Suprema di cassazione (Sez. Un., n. 155 del 29/09/2011, dep. 2012, Rossi, Rv. 251494) si è altresì fatta carico di precisare, in relazione alla individuazione delle concrete garanzie da assicurare all'imputato ex art. 6 Conv.

EDU, quali debbano essere le sequenze procedimentali da osservare nel caso in cui il problema della riqualificazione *in peius* del fatto di reato si ponga per la prima volta in sede di legittimità, indicandone a tal fine (v. il § 12 del *Ritenuto in fatto*) i passaggi nell'ipotesi in cui sia lo stesso Procuratore Generale ad informare le parti, in via preliminare, che intende sollevare, *"ai fini e per gli effetti di quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza 11 dicembre 2007, Drassich"*, il problema della diversa qualificazione giuridica del fatto ascritto al ricorrente.

A fronte della motivata richiesta formulata dal P.G. le parti possono chiedere ed ottenere un congruo termine, con il rinvio dell'udienza per formulare eventuali controdeduzioni in merito alla prospettiva di una diversa qualificazione giuridica del fatto, impregiudicata rimanendo, evidentemente, ogni decisione sul merito.

Nel caso in questione, le Sezioni Unite hanno escluso la possibilità di accogliere la sollecitata riqualificazione dei fatti di truffa alla stregua del solo reato di abuso d'ufficio, osservando che proprio la enunciazione delle condotte integranti tale reato nell'ambito della contestazione del reato di truffa rendeva palese che il fatto di abuso era stato considerato assorbito in quello più ampio di truffa, in virtù della clausola di consunzione contenuta nell'art. 323 cod. proc. pen. (*"salvo che il fatto non costituisca un più grave reato"*: clausola che a sua volta impone di considerare la fattispecie di abuso d'ufficio quale residuale e sussidiaria, escludendosi l'applicazione del precetto penale nel caso in cui la condotta materiale di abuso integri al tempo stesso un reato più grave e in esso si consumi).

7. Dall'analisi della giurisprudenza della Corte EDU e dalla stessa elaborazione giurisprudenziale della Corte Suprema di cassazione non risulta essere stata posta in discussione la possibilità che il giudice, anche in sede di legittimità, proceda ad una diversa qualificazione giuridica del fatto. L'unico limite individuato dalla Corte europea, al fine di armonizzare tale facoltà con il diritto di difesa riconosciuto dall'art. 6, par. 1 e 3, lett. a) e lett. b), CEDU, attiene alla prevedibilità della riqualificazione, che non può essere il frutto di un atto a sorpresa del giudice.

Nessun problema, dunque, può sorgere, in punto di prevedibilità e di attuazione del contraddittorio, nelle ipotesi in cui la diversa qualificazione giuridica del fatto venga sollecitata dalle parti, come tema espressamente enucleato nei motivi di ricorso ovvero prospettato, preliminarmente o nella successiva requisitoria, dal Procuratore Generale.

Per l'appunto questa è l'ipotesi verificatasi nel caso deciso da Sez. 6, n. 3913 del 11/12/2015, ric. Cucci ed altri, ove lo stesso P.G. ha ritenuto di prospettare, alla prima udienza del 5 maggio 2015, il tema della possibile riqualificazione dei fatti, ascritti come truffa aggravata e corruzione, in delitti di peculato.

**Indice**

## CLASSIFICAZIONE

NE BIS IN IDEM

**Abstract della scheda tematica redatta dalla Corte Edu in tema di *ne bis in idem* (articolo 4 - Diritto a non essere processato o punito due volte - del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo):**

*"1. Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.*

*2. Le disposizioni di cui al paragrafo precedente non impediranno la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso.*

*3. Nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione".*

### **1. Abstract**

Gli uffici della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sono soliti redigere schede tematiche su questioni di particolare rilievo, sulle quali si è sviluppata la giurisprudenza della Corte.

La presente scheda riguarda il tema del *ne bis in idem*.

La scheda tematica della Corte EDU analizza – con riferimenti specifici ai casi concreti già decisi – i vari aspetti in cui si articola il principio del *ne bis in idem*, ed in particolare

a) **L'ambito applicativo del principio:** in esso viene messo in luce che la norma è applicabile solo in relazione a violazioni qualificate di natura penale ai sensi della Convenzione, e solo in relazione a procedimenti nello stesso Stato. E' nota sul punto la dottrina della Corte sul concetto di "materia penale", per cui quest'ultima è ben più ampia del "diritto penale", comprendendo non solo ciò che è formalmente "penale", ma anche ciò che, qualificato formalmente come "amministrativo" deve però ritenersi, in virtù di alcune specifiche caratteristiche enucleate dalla Corte (c.d. criteri Engel) sostanzialmente penale. Solo quando si è in presenza di due procedimenti o sanzioni "sostanzialmente penali" viene in rilievo il principio del *ne bis in idem*. Peraltro, può anticiparsi fin d'ora che non ogni volta in cui si ha l'apertura di due procedimenti sostanzialmente penali, o l'applicazione di due sanzioni di questo tipo, si ha violazione del

principio del *ne bis in idem*, ma ciò avviene solo quando, per le caratteristiche del caso concreto, vi sia stata effettivamente una duplicazione di risposta punitiva per lo stesso fatto.

b) **la definizione del concetto di "bis"**, soffermandosi sul concetto di "giudizio definitivo", sulla rilevanza di una pronuncia di "non luogo a procedere" e sulla chiusura di un procedimento per causa estintiva come l'amnistia

c) **la definizione del concetto di "idem"**, compiendo un *excursus* della giurisprudenza dal caso "Gradinger" a quello "Zolotukhin", e soffermandosi poi su quest'ultimo e sulla giurisprudenza successiva, analizzando infine la situazione di "procedimenti paralleli".

La stessa si conclude con un accenno al tema del *ne bis in idem* nel diritto della UE, attese le strette connessioni, ma anche le differenze – che è bene avere presenti – con cui il principio si articola nei due sistemi.

## **2. Ambito applicativo del principio**

### 2.1. L'articolo 4 del protocollo n. 7 è applicabile in relazione a violazioni di natura penale nel senso della Convenzione.

1. L'art. 4 del protocollo n. 7 è applicabile ai procedimenti di natura penale, nel senso della Convenzione, intendendosi per tali quelle che fanno riferimento ai c.d. criteri Engel: qualificazione della condotta nella legge nazionale, la natura dell'offesa ed il grado di severità della sanzione.

2. nel caso **Mazni contro Romania**, del 21 settembre 2006, si discuteva della sanzione del ritiro della patente di guida; la Corte la ha considerata di natura penale, sebbene qualificata come amministrativa dalla legge nazionale, ma per la contemporanea applicazione della sanzione penale principale ha ritenuto che non vi sia stata violazione del principio del *ne bis in idem*

3. Nei casi **Storbråten contro Norvegia e Mjelde contro Norvegia** del 1 febbraio 2007 i due interessati avevano subito l'interdizione da cariche direttive in aziende, oltre ad una condanna per reati fallimentari. Gli stessi hanno invocato la violazione del divieto di *ne bis in idem*, ma la Corte ha dichiarato inammissibile l'istanza, ritenendo che il primo provvedimento (divieto di mantenere cariche direttive) non rientri nella "materia penale" ai sensi dell'art. 4 protocollo n. 7. Ha, infatti, essenzialmente natura amministrativa ed ha lo scopo principale di proteggere gli azionisti ed i creditori da comportamenti sleali degli amministratori, per cui ha un ruolo supplementare rispetto al campo penale. Inoltre, il contenuto della sanzione riguarda il divieto di operare come amministratore in nuove società e per un limitato periodo di tempo, e non è quindi un divieto generalizzato ed indeterminato, cosicché non può ritenersi di natura "penale".

Al riguardo si veda anche la decisione sulla ammissibilità nel caso **Haarvig contro Norvegia** dell'11 dicembre 2007.

4. Nel caso della Grande Camera **Paksas contro Lituania**, del 6 gennaio 2011, l'interessato era un ex presidente di quello Stato che era stato destituito dall'incarico, a seguito di procedura di messa in stato d'accusa per violazione della Costituzione. Era stato anche aperto un procedimento penale per rivelazione di segreto di Stato, nel quale era stato infine assolto. Egli assumeva così di essere stato processato due volte per gli stessi fatti.

5. La Corte ha dichiarato inammissibile l'istanza perché i procedimenti davanti alla Corte Costituzionale non riguardavano la determinazione dei suoi diritti civili e dei suoi obblighi, né avevano ad oggetto l'accertamento di un reato, ma l'esercizio delle funzioni presidenziali; essi non rientravano quindi né nell'art 6 comma 1 (diritto ad un giusto processo), né nell'art. 4 del protocollo n. 7

6. Nel caso **Kurdov and Ivanov contro Bulgaria**, del 31 maggio 2011, i ricorrenti erano dipendenti della società di trasporto ferroviario della Bulgaria. Nel 1995, mentre stavano effettuando lavori di saldatura su un vagone, lo stesso prese fuoco. Il primo ricorrente fu assoggettato ad una sanzione pecuniaria di 150 lev bulgari per violazione delle norme in materia di sicurezza. Fu anche aperto un procedimento penale per incendio doloso di oggetti di valore, in riferimento a fatti avvenuti tra il 1998 ed il 2004.

6.1. La Corte ha ritenuto che non vi è stata alcuna violazione dell'art. 4 protocollo n. 7 perché il procedimento amministrativo culminato nella sanzione pecuniaria di 150 lev non poteva essere considerato di natura penale. In base a ciò, l'apertura del procedimento penale dopo l'imposizione della sanzione amministrativa non ha comportato violazione del divieto di ne bis in idem.

7. Caso **A. and B. contro Norvegia (domande n. 24130/11 and 29758/11)** (si ritornerà sullo stesso anche successivamente nella sezione "La definizione di idem"), 15 Novembre 2016 (Grande Camera)

7.1. Il caso riguarda due contribuenti che reclamavano la violazione del divieto per essere stati puniti due volte – in un procedimento penale ed uno amministrativo – per lo stesso fatto, essendo stati interrogati e rinviati a giudizio dal p.m., poi assoggettati al procedimento amministrativo dalle autorità che avevano imposto una sanzione, pagata, e poi condannati in sede penale.

7.2. La Corte, per stabilire la natura penale dei procedimenti, è partita dai c.d. Criteri Engel sopra ricordati, e ha ritenuto che l'imposizione della sanzione fiscale del 30% dell'imposta potesse essere ritenuta di natura penale ai fini dell'art. 4 protocollo n. 7.

7.3. La Grande Camera ha, tuttavia, ritenuto che non vi sia stata alcuna violazione dell'art 4 protocollo n. 7, ma per ragioni che attengono alle altre definizioni del principio, su cui si tornerà in seguito.

8. Il caso **Seražin contro Croazia** del 9 ottobre 2018 riguarda le misure adottate in Croazia per combattere il fenomeno degli hooligans nelle partite di calcio. L'interessato lamentava di essere stato condannato due volte per aver causato disordini durante una partita nel 2012, prima in un procedimento per "violazioni minori", e poi in un procedimento che gli ha vietato di accedere ad eventi sportivi.

8.1. La Corte ha dichiarato l'istanza inammissibile perché il secondo procedimento non era di natura penale, non avendogli imposto sanzioni incidenti sul suo patrimonio o sulla libertà, ma avendo adottato una misura finalizzata a prevenire ulteriori violenze, più che a punirlo una seconda volta per gli stessi fatti.

## 2.2. L'art 4 è applicabile solo in riferimento a giudizi nello stesso Stato

1. Il principio è stato affermato nei seguenti casi

**Böheim contro Italia del 22 maggio 2007**

**Trabelsi contro Belgio del 4 settembre 2014**

**Krombach contro Francia del 20 febbraio 2018**

2. Sul punto sono da segnalare anche **Gestra contro Italia, Amrollahi contro Danimarca**, decisione sulla ammissibilità del 28 giugno 2001; **Sarria contro Polonia**, decisione del 12 dicembre 2012.

## **3) La definizione di "bis"**

### 3.1. Sentenza definitiva

**1. Caso Lucky Dev contro Svezia, 27 Novembre 2014**

1.1. Il caso riguarda l'applicazione nei confronti dell'interessata, nel 2004, di sovrattasse in relazione alle imposte sui redditi ed iva per l'anno 2002 a seguito di procedimento amministrativo. La stessa fu anche sottoposta a processo penale per bancarotta documentale e reati fiscali in relazione alla stesse imposte.

Condannata per la bancarotta, fu assolta per i reati fiscali.

1.2. Il procedimento amministrativo è continuato per ulteriori nove mesi e mezzo dopo l'assoluzione definitiva in sede penale. La parte ha lamentato di essere stata processata e punita due volte per lo stesso fatto.

1.3. La Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7, rilevando che la parte è stata processata nuovamente per una violazione fiscale in relazione alla quale era stata assolta in maniera definitiva, in quanto il procedimento fiscale non è stato chiuso dopo l'assoluzione definitiva in sede penale

2. Il caso **Sismanidis e Sitaridis contro Grecia del 9 giugno 2016** riguarda la apertura di procedimenti amministrativi in relazione a fatti di contrabbando, dopo l'assoluzione in sede penale

Per una delle due parti, la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7 per il fatto che dopo l'assoluzione definitiva in sede penale, nel 1997, è stato aperto un procedimento amministrativo per gli stessi fatti (evidentemente di "natura penale").

### 3.2. Revisione

#### **1. Caso Nikitin contro Russia del 20 luglio 2004**

La questione riguarda un ex militare russo che aveva lavorato in un progetto per una NGO norvegese, ed era stato accusato dalla Russia di tradimento e rivelazione di segreti di ufficio.

1.1. Assolto nel dicembre 1999, nell'aprile 2000 la Corte Suprema confermò l'assoluzione, che divenne così definitiva. Nel maggio 2000 il procuratore generale presentò una richiesta al "Presidium" della Corte Suprema per la revisione del caso secondo lo specifico procedimento. Il Presidium rigettò la richiesta, confermando l'assoluzione.

1.2. La parte ha lamentato che la conduzione del procedimento per valutare la revisione dell'assoluzione definitiva ha rappresentato una violazione del diritto a non essere processato due volte

1.3. La Corte ha rigettato la domanda rilevando che, in realtà, la decisione sulla possibilità di rivedere la assoluzione non è stato un nuovo processo. Il Presidium non poteva entrare nel merito, e quindi non vi è stato il rischio di sottoposizione a nuovo giudizio. In ogni caso, anche avesse accolto la richiesta, questo avrebbe comportato solo l'annullamento della prima decisione, che non costituiva duplicazione del giudizio. Era piuttosto un tentativo di riapertura del giudizio, che non rappresenta un doppio giudizio, ed è permesso dall'art. 4 comma 2 del protocollo n. 7

Si veda anche il caso: **Bratyakin contro Russia**, del 9 marzo 2006.

### 3.3. Non luogo a procedere

#### 1. Caso **Horciag contro Romania** del 15 marzo 2005 (decisione sulla ammissibilità)

L'interessato non era stato ritenuto penalmente responsabile di un omicidio perché incapace di intendere, ed era stato sottoposto a misura di sicurezza.

1.1. Successivamente, i medici avevano espresso dubbi su tale incapacità, e l'ufficio di procura aveva chiesto di riaprire il caso. Una nuova perizia rilevò che al momento dell'omicidio la capacità di intendere dell'imputato era scemata, ma esistente. Per questo, egli fu processato e condannato.

1.2. L'interessato adì la Corte, lamentando di essere stato processato due volte per lo stesso fatto.

1.3. La Corte ha rilevato che il principio del ne bis in idem opera solo quando è intervenuta una sentenza definitiva secondo la legge dello Stato interessato.

1.4. Nel caso di specie, la prima sentenza non era ancora definitiva perché poteva essere rivista da un'autorità superiore. Non era pertanto applicabile l'art. 4 del protocollo n. 7 e l'istanza è stata dichiarata inammissibile.

### 3.4. Amnistia

1. Il caso **Marguš contro Croazia** del 27 maggio 2014 (Grande camera) riguardava la condanna nel 2007 di un ex comandante dell'esercito croato per crimini di guerra contro la popolazione civile, commessi nel 1991. Egli ha lamentato che i fatti fossero gli stessi per i quali era intervenuta l'amnistia generale 1997, in base alla quale i procedimenti pendenti erano stati chiusi.

1.1. La Corte ha ritenuto non applicabile l'art. 4 del protocollo n. 7, notando che vi è una generale tendenza nel diritto internazionale e considerare non accettabile la concessione di amnistia per crimini di guerra, cosicché l'apertura di nuovi procedimenti per tali fatti era addirittura in linea con gli art 2 e 3 della Convenzione e con le raccomandazioni di vari organismi internazionali.

## **4) La definizione di "idem"**

### 4.1. Da Gradinger a Zolotukhin

#### **1. Caso Gradinger contro Austria**, 23 ottobre 1995

1.1. L'interessato era stato punito per avere causato un incidente stradale mortale sotto l'effetto di alcool (0,8 grammi per litro), con una multa a livello amministrativo secondo la legge sulla

circolazione stradale (codice della strada), dopo che la Corte regionale aveva rilevato che non vi fossero gli estremi per un procedimento penale. Così egli lamentò la violazione del divieto di ne bis in idem.

1.2. La Corte ha rilevato una contraddizione nella valutazione del tasso alcolico di 0,8 grammi per litro nel procedimento penale ed in quello amministrativo, ed ha ritenuto che la violazione del codice della strada è un aspetto della condotta dell'art. 81 del codice penale, per cui entrambe le decisioni erano basate sulla stessa condotta. Di conseguenza, ha ravvisato una violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7

## **2. Caso Oliveira contro Svizzera, 30 luglio 1998**

2.1. Nella specie l'interessata aveva causato un incidente stradale con feriti e fu condannata sia dal giudice di pace per non aver mantenuto il controllo del proprio veicolo, sia dalla Corte distrettuale per lesioni colpose. Nell'istanza ha lamentato violazione del principio del ne bis in idem perché lo stesso fatto aveva portato a due condanne.

2.2. La Corte ha rilevato che si tratta di un tipico caso di concorso formale, in cui un singolo atto costituisce varie violazioni. Ha ritenuto che non vi sia stata violazione dell'art 4 del protocollo n. 7 perché questo proibisce di sottoporre a processo una persona due volte per lo stesso fatto, mentre in questi casi un singolo atto dà origine a due violazioni diverse e separate.

2.3. L'art 4 non impedisce che violazioni diverse siano giudicate da corti diverse, anche se derivano dalla stessa condotta illecita. Si tratta, quindi, di una situazione diversa da quella del caso Gradinger sopra citato, in cui due corti diverse sono giunte a risultati diversi sullo stesso fatto, il tasso alcolico dell'imputato.

## **3. Caso Ponsetti e Chesnel contro Francia, 14 settembre 1999**

3.1. Si tratta di un caso di omessa o incompleta dichiarazione dei redditi, in cui gli autori sono stati soggetti ad una sanzione amministrativa, nella forma di un incremento dell'importo dovuto, imposto dalle autorità fiscali. E' stato aperto anche un procedimento penale, al termine del quale sono stati condannati per frode fiscale, avendo ritenuto la Corte che essi avessero deliberatamente evaso il pagamento delle imposte. Gli interessati hanno invocato la violazione del divieto del ne bis in idem.

3.2. La Corte ha dichiarato l'istanza inammissibile perché manifestamente infondata, in quanto la sanzione amministrativa e quella penale riguardavano fattispecie diverse e basate su elementi differenti. La violazione fiscale riguardava solo la mancata dichiarazione entro un determinato termine temporale, mentre il reato era finalizzato a punirne l'omissione intenzionale.

**4. Caso R.T. contro Svizzera (no. 31982/96),** 30 maggio 2000 (decisione sulla ammissibilità)

4.1. L'interessato lamentava di essere stato punito due volte in due separati procedimenti per guida in stato di ebbrezza. Infatti dapprima era stato condannato da una corte distrettuale, e poi in via amministrativa gli era stata ritirata la patente.

4.2. La Corte ha ritenuto la domanda inammissibile perché manifestamente infondata.

Le sanzioni, entrambe previste per tale condotta, sono state emesse allo stesso tempo da due differenti autorità, per cui non si può affermare che il procedimento penale sia stato in violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7.

4.3. A commento di questo caso, si può notare come emergano già in esso alcuni concetti che poi diverranno fondamentali nella giurisprudenza successiva, quale quello della stretta connessione tra i due procedimenti, anche sotto il profilo temporale, per escludere la violazione del principio del ne bis in idem.

**5. Caso Franz Fischer contro Austria,** 29 maggio 2001

5.1. L'interessato aveva ferito un ciclista guidando in stato di ebbrezza. L'autorità amministrativa impose una multa per violazione del codice stradale, mentre l'autorità penale lo aveva condannato a 6 mesi di reclusione per omicidio colposo aggravato dalla guida in stato di ebbrezza.

5.2. In questo caso la Corte ha ribadito che il solo fatto che un singolo atto costituisca più di una violazione non è contrario all'art. 4 del protocollo n. 7. Tuttavia, per stabilire se vi è stata violazione del principio del divieto del ne bis in idem occorre vedere anche la relazione tra le due violazioni, in particolare se gli elementi costitutivi sono comuni cosicché una contiene l'altra.

5.3. Nella specie, tra la violazione amministrativa di guida in stato di ebbrezza e la circostanza del reato di cui al codice penale non è stata rilevata alcuna differenza, per cui la Corte ha ritenuto che l'imputato è stato condannato in effetti due volte per lo stesso fatto, con violazione dell'art 4 del protocollo n. 7

5.4. Sul punto anche, tra le altre: **Manasson contro Svezia**, decisione sulla ammissibilità dell'8 aprile 2003; **Bachmaier contro Austria**, decisione sulla ammissibilità del 2 settembre 2004; **Rosenquist contro Svezia**, decisione del 14 settembre 2004; **Aşçı contro Austria**, decisione del 19 ottobre 2006; **Hauser-Sporn contro Austria**, sentenza del 7 dicembre 2006; **Schutte contro Austria**, sentenza del 26 luglio 2007; **Garretta contro Francia**, decisione sulla ammissibilità del 4 marzo 2008

## **6. Göktan contro Francia**

6.1. L'interessato è stato condannato a cinque anni di reclusione per il reato di traffico di stupefacenti, a seguito di una operazione della polizia e della dogana per contrastare l'importazione illegale di beni, e poi sanzionato con una multa per la violazione doganale di illecita importazione della sostanza. Poiché la multa non è stata pagata, è stato emesso un ordine di carcerazione di due anni di reclusione. Egli ha così lamentato l'emissione di due condanne alla pena della reclusione per lo stesso fatto.

6.2. La Corte non ha ravvisato violazione dell'art 4 del protocollo n. 7 perché, oltre al fatto che il secondo ordine di detenzione è stato emesso solo in quanto misura conseguente al mancato pagamento della multa, nella specie si era in presenza di due distinte violazioni: quella generale del codice sul traffico di stupefacenti, e quella specifica doganale, per cui non vi è stata doppia condanna per lo stesso fatto, ma per fatti diversi.

## **7. Nilsson contro Svezia 13 dicembre 2005**

7.1. Il ricorrente lamentava violazione del principio per il fatto che la sua patente è stata sospesa per 18 mesi a seguito della condanna per guida in stato di ebbrezza, ravvisando in ciò una doppia condanna per lo stesso fatto

7.2. La Corte ha ritenuto che, poiché le due condanne sono intervenute in un arco di tempo sufficientemente ravvicinato, esse possono considerarsi espressione della medesima potestà punitiva, sebbene emesse con sentenze distinte di autorità diverse. L'istanza è stata, pertanto, dichiarata inammissibile.

## **8. Sergey Zolotukhin contro Russia 10 febbraio 2009 (Grande Camera)**

8.1. Il ricorrente era stato arrestato nel 2002 per avere introdotto la propria fidanzata in un complesso militare senza autorizzazione ed era stato condannato a 3 giorni di detenzione in quanto autore di una violazione amministrativa. Era stato poi aperto un procedimento relativo alle condotte di disturbo all'azione della polizia prima che venisse redatto il rapporto, e per minacce ed oltraggio durante e dopo la redazione del rapporto. In sede penale fu condannato per quest'ultimo reato. Egli lamentò di essere stato condannato due volte per lo stesso fatto.

8.2. La Corte ha qualificato come "penale" anche il primo procedimento – relativo alla condotta di disturbo tenuta prima della redazione del rapporto - formalmente amministrativo, a causa della gravità della sanzione. Poi ha cercato di precisare il concetto di "stesso fatto" dicendo che tale può definirsi quando i due fatti sono "sostanzialmente" gli stessi.

8.3. Nella specie, non ha ravvisato sostanziali differenze tra il fatto per il quale era stato condannato nel procedimento "amministrativo" e quello oggetto del procedimento penale,

essendo irrilevante che per tale reato esso fosse stato assolto, in quanto ciò era avvenuto non per violazione del divieto del *ne bis in idem*, ma per carenza di prove. L'apertura di tale procedimento penale, pertanto, ha rappresentato una violazione dell'art 4 del protocollo n. 7

#### 4.2. Giurisprudenza post- Zolotukhin

##### **1. Ruotsalainen contro Finlandia del 16 giugno 2009**

1.1. Il ricorrente utilizzava per il suo furgone benzina anziché gasolio, come avrebbe dovuto, approfittando così della minore imposizione. Fu assoggettato ad una multa di 120 euro per frode fiscale di minore importanza, a seguito di decreto penale. In via amministrativa, gli fu ordinato di pagare l'importo di 15.000 euro, corrispondente alla differenza tra l'imposta pagata e quella che avrebbe dovuto pagare, moltiplicato per tre per omessa informazione alle autorità competenti. Il suo ricorso contro tale provvedimento fu respinto. Ha quindi lamentato di essere stato punito due volte per lo stesso fatto.

1.2. La Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7, ritenendo che entrambe le sanzioni fossero di natura penale. Anche quella formalmente amministrativa non poteva ritenersi tale, bensì penale, perché la sanzione inflitta non era meramente compensatoria per ripagare la differenza tra l'importo pagato e quello dovuto, essendo stata aumentata con finalità punitiva e deterrente. Tutto ciò per lo stesso fatto, essendo la sola differenza tra i due procedimenti rappresentata dall'elemento soggettivo.

##### **2. Tsonyo Tsonev contro Bulgaria del 14 gennaio 2010**

2.1. Il ricorrente aveva commesso atti di disturbo dell'ordine pubblico, avendo forzato la porta di una abitazione, essendovi entrato all'interno ed avendo colpito l'occupante. Per questo era stato condannato sia in via penale che amministrativa.

2.2 La Corte ha notato che per lo stesso comportamento egli fu sia sanzionato in via amministrativa dal Comune, con una multa, sia in sede penale. La multa era divenuta definitiva. Pertanto la Corte ha ravvisato la violazione dell'art 4 del protocollo n. 7, essendo la persona stata assoggettata a due procedimenti e condannata per lo stesso fatto.

##### **3. Tomasović contro Croazia del 18 ottobre 2011**

3.1. Il ricorrente lamentava la violazione del principio per essere stato condannato due volte per il possesso di eroina, una come "violazione di minore importanza" nel marzo 2006 e poi come reato nel marzo 2007.

3.2. La Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7.

3.3. Il fatto "lieve" consisteva nell'essere stato trovato in possesso di 0,21 grammi di eroina il 15 marzo 2004 alle 22,35; il fatto "di rilievo penale" consisteva nel possesso di 0,14 grammi di eroina il 15 marzo 2004 alle 22,35.

3.4. La Corte non ha potuto non rilevare che il fatto "violazione lieve" era lo stesso del fatto "di rilievo penale", e perciò ha ravvisato nella doppia condanna la violazione del suddetto articolo.

#### **4. Khmel contro Russia del 12 Dicembre 2013**

4.1. Portato in una stazione di polizia per guida in stato di ebbrezza, il ricorrente – membro di un parlamento regionale - rifiutava di dare le generalità, dava in escandescenze e non lasciava l'edificio quando richiesto di farlo.

4.2. Condannato in sede amministrativa per rifiuto di sottoporsi all'alcol test e turbativa dell'ordine pubblico, era multato con 1.500 rubli.

4.3. Successivamente era condannato in sede penale per minaccia a pubblico ufficiale ed oltraggio, sanzionato con 7.500 rubli. Condanne entrambe confermate in appello.

4.4. Il ricorrente ha lamentato la doppia condanna per lo stesso fatto.

4.5. La Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7 ritenendo che il procedimento amministrativo nel quale fu condannato, era sostanzialmente equiparabile ad un procedimento penale.

#### **5. Muslija contro Bosnia-Herzegovina del 14 gennaio 2014**

5.1. Il ricorrente è stato condannato nell'agosto 2004 da una Corte "per le violazioni minori" perché il 12 febbraio 2003 alle 18,40 entrò nell'appartamento della sua ex moglie e la colpì in faccia e sul corpo. Gli fu imposta una sanzione di 150 marchi convertibili.

5.2. Nel gennaio 2008 una Corte municipale lo ha condannato per lesioni alla multa di 9.000 marchi convertibili.

5.3. Il ricorrente ha lamentato la doppia condanna per lo stesso fatto.

5.4. La Corte ha ravvisato la violazione, ritenendo che anche il procedimento davanti alla Corte non penale fosse in sostanza penale.

Si veda anche **Milenković contro Serbia**, sentenza del 1 marzo 2016.

#### **6. Grande Stevens e altri contro Italia** (Grande Camera), sentenza del 4 marzo 2014

6.1. Il caso riguarda sanzioni imposte dalla Consob e un procedimento penale per manipolazione del mercato.

6.2. I ricorrenti lamentavano che il procedimento penale era stato aperto in riferimento a fatti per i quali gli stessi erano già stati sanzionati in sede amministrativa.

6.3. Il Governo Italiano obiettò di avere fatto una dichiarazione secondo cui gli artt. da 2 a 4 del protocollo 7 si applicano solo ai procedimenti penali, quale non era quello della Consob.

6.4. La Corte ha concluso che ai sensi dell'art 6 della Convenzione, vi fossero motivi per ritenere che la procedura davanti alla Consob riguardasse una accusa di natura penale. Tale procedura era diventata definitiva nel giugno 2009. A quel punto, i ricorrenti dovevano ritenersi definitivamente condannati. Invece, nonostante ciò, il nuovo procedimento penale proseguì per gli stessi fatti. La Corte ha quindi ravvisato la violazione dell'art 4 del protocollo n. 7 e l'Italia ha dovuto assicurare che il nuovo procedimento penale venisse chiuso il più rapidamente possibile.

#### **7. Glantz contro Finlandia, Häkkä contro Finlandia, Nykänen contro Finlandia e Pirttimäki contro Finlandia, sentenze del 20 maggio 2014**

7.1. Si tratta di quattro casi in cui i ricorrenti lamentavano violazione del principio per essere stati condannati penalmente dopo l'applicazione di sovrattasse a livello fiscale.

7.2. La Corte ha ravvisato la violazione nel caso Glantz e Nykanen. Non ha ravvisato violazione nel caso Pirttimaki perchè i fatti che hanno dato origine ai procedimenti non erano gli stessi, e non la ha ravvisata nel caso Hakka dove l'interessato avrebbe potuto appellare la decisione che lo ha condannato in sede amministrativa.

#### **8. Kiiveri contro Finlandia e Österlund contro Finlandia 10 febbraio 2015**

8.1. In entrambi i casi le autorità fiscali hanno eseguito ispezioni delle società ed hanno trovato irregolarità fiscali, imponendo sovrattasse ed addizionali. In parallelo, la polizia ha aperto una indagine penale sulle attività finanziarie degli interessati.

8.2. Il primo è stato condannato per violazioni contabili e frode fiscale aggravata. Il secondo è stato condannato per frode fiscale aggravata. Entrambi sono stati condannati a pene detentive e pecuniarie.

8.3. Hanno lamentato di essere stati condannati due volte per gli stessi fatti.

8.4. In entrambi i casi la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7

#### **9. Boman contro Finlandia, 17 febbraio 2015**

9.1. All'inizio del 2010 il ricorrente è stato accusato di guida pericolosa e conduzione di veicolo senza patente. Il pubblico ministero ha chiesto l'interdizione alla guida.

9.2. La Corte distrettuale lo ha condannato nell'aprile 2010 ad una multa con interdizione alla guida fino al 4 settembre 2010.

9.3. Nel maggio 2010 la polizia ha imposto (amministrativamente) una nuova interdizione a guidare per due mesi, a partire dal 5 settembre, per la conduzione del veicolo senza patente.

9.4. Il ricorrente ha lamentato di essere stato condannato due volte per lo stesso fatto.

9.5. La Corte ha ritenuto che il secondo divieto a guidare emesso dalla polizia nel procedimento amministrativo era di natura penale, ma i due procedimenti erano intrinsecamente connessi, tali da essere quasi uno unico, cosicché non vi è stata violazione del divieto di ne bis in idem.

#### **10. Kapetanios e altri contro Grecia, 30 aprile 2015**

10.1. Gli interessati erano accusati di contrabbando, ma sono stati assolti dalla Corte di primo grado e di Appello. A livello amministrativo, invece, è stata imposta loro una sanzione pecuniaria per importazione illegale.

10.2. Hanno lamentato la violazione del divieto.

10.3. La Corte ha osservato che le sanzioni amministrative erano in realtà di natura penale, e perciò la domanda era ammissibile.

10.4. In sede penale, le assoluzioni divennero definitive nel 1992, 2000 e 1998. La Corte ha ritenuto che non vi sarebbe stata violazione del divieto se le condanne pecuniarie fossero intervenute con modalità tali quasi da integrare un unico procedimento, espressione di un'unica volontà punitiva. Non essendo stato così, vi è stata violazione dell'art 4 del protocollo n. 7.

#### **11. Igor Tarasov contro Ucraina, 16 giugno 2016**

11.1. Il caso riguarda l'applicazione di sanzioni penali ed amministrative contro il ricorrente a seguito di un litigio in un bar.

11.2. La Corte ha ravvisato violazione dell'art 4 del protocollo n. 7 poiché entrambi i procedimenti erano di natura penale e vi è stata duplicazione di procedimenti per lo stesso fatto.

#### **12. Rivard contro Svizzera, 4 ottobre 2016**

12.1. Il ricorrente lamentava che l'imposizione di una multa da parte del tribunale penale seguita dal ritiro della patente ad opera dell'autorità amministrativa per lo stesso fatto (superamento limiti di velocità) fosse contrario al divieto di ne bis in idem.

12.2. La Corte non ha ravvisato violazione, perché il ritiro della patente era una sorta di sanzione complementare alla condanna penale, anche per la stretta connessione anche temporale tra i due procedimenti, tali da poter essere considerati due aspetti della stessa potestà punitiva.

### **13. Ramda contro Francia**, 19 dicembre 2017

13.1. Il ricorrente, estradato dalla Gran Bretagna in Francia, lamentava violazione del divieto di *ne bin in idem* perché dapprima era stato condannato da un tribunale francese per partecipazione ad un gruppo terroristico e successivamente è stato condannato dalla corte d'assise per partecipazione ad una serie di tentati omicidi ed omicidi.

13.2. La Corte ha escluso la violazione perché egli non era stato condannato per gli stessi fatti

Si veda anche, di recente: **Šimkus contro Lituania**, 13 giugno 2017

### 4.3. Procedimenti paralleli

**1. A. e B. contro Norvegia (n. 24130/11 and 29758/11)** (vedi anche sopra alla voce "Ambito"), 15 novembre 2016 (Grande Camera)

1.1. I due ricorrenti, contribuenti norvegesi, lamentavano di essere stati perseguiti in due procedimenti, amministrativo e penale, per lo stesso fatto.

1.2. Erano stati interrogati dal p.m. come indagati e rinviati a giudizio, mentre sanzioni fiscali pecuniarie – poi pagate - erano imposte dalle autorità fiscali. Successivamente erano stati condannati in sede penale.

1.3. La Grande Camera ha premesso che ogni Stato è libero di organizzare il proprio sistema sanzionatorio come meglio ritiene, purché non venga violato il principio dell'art. 4 del protocollo n. 7 che vieta che una stessa persona venga giudicata due volte per lo stesso fatto di rilievo penale. Tale norma non vieta sistemi sanzionatori basati su un approccio "integrato", in particolare con l'apertura di procedimenti paralleli a diversi livelli come risposta alla violazione.

1.4. Per questo, nel caso di specie non ha ravvisato violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7; il sistema norvegese prevede un doppio sistema integrato (penale ed amministrativo) per fare fronte alle evasioni fiscali, e ciò era noto ai ricorrenti.

1.5. Nella specie, poi, i due procedimenti sono stati condotti in parallelo ed in stretta connessione, cosicché i fatti accertati in uno dei due procedimenti sono stati considerati come acquisiti nell'altro. La stretta connessione tra i procedimenti e le sanzioni ha dunque fatto sì che esse fossero espressione di una unica potestà punitiva, senza violazione del divieto di *ne bis in idem*.

## **2. Johannesson e altri contro Islanda, 18 maggio 2017**

2.1. I ricorrenti lamentavano di essere stati processati due volte per la stessa condotta di dichiarazione dei redditi infedele: prima con l'imposizione di sovrattasse e poi con un processo penale e la condanna per violazioni fiscali aggravate.

2.2. La Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7; questo perché entrambi i procedimenti sono stati considerati di natura penale; inoltre non erano connessi in modo tale da potersi ritenere espressione della medesima potestà sanzionatoria.

2.3. La Corte ha ricordato che l'art. 4 non esclude la possibilità di portare avanti procedimenti penali ed "amministrativi" in parallelo in relazione alla stessa condotta, ma i due procedimenti devono avere una connessione sostanziale sufficiente, tale da evitare che si possa configurare una duplicazione.

2.4. Nella specie, la Corte non ha ravvisato tale connessione sostanziale e temporale.

2.5. Su nove anni e tre mesi complessivi di durata, vi è stato parallelismo solo per poco più di un anno. I ricorrenti sono stati rinviati a giudizio nel dicembre 2008, quindici e sedici mesi dopo che l'autorità amministrativa aveva deciso sul ricorso amministrativo (sostanzialmente penale).

2.6 La raccolta delle prove è avvenuta separatamente, come la loro valutazione. Questa è dunque avvenuta in due procedimenti del tutto autonomi e separati tra loro.

## **5. Domande pendenti davanti alla Corte**

Si tratta di un elenco delle cause tuttora pendenti in attesa di decisione, nelle quali il tema trattato viene in rilievo

### **Mihalache contro Romania (n. 54012/10)**

Rimesso alla Grande Camera il 27 marzo 2018.

Il 3 ottobre 2018 si è svolta l'udienza davanti alla Grande Camera.

### **Fruja contro Romania (no. 2071/14)**

### **Mihai v. Romania (no. 50266/13)**

### **Nodet v. France (no. 47342/14)**

### **Velkov v. Bulgaria (no. 34503/10)**

## **Testi e documenti**

Si veda in particolare:

**- Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights - Right not to be tried or punished twice**, Directorate of the Court's Jurisconsult.

## **6. Conclusioni, con cenni sul concetto di "ne bis in idem" nel diritto dell'UE**

6.1. Se si vuole trarre una conclusione dalla rassegna sopra riportata, predisposta dalla Corte stessa e che in questa sede ci si è limitati ad esporre cercando solo di legare tra loro i vari paragrafi, è quella per cui il concetto che oggi appare largamente utilizzato per stabilire la sussistenza o meno della violazione del principio è quello relativo alla espressione di un'unica volontà punitiva; quando i due procedimenti e le due sanzioni, qualificate come "penali" ai sensi della Convenzione, appaiono espressione di un'unica potestà sanzionatoria, sembra non esservi violazione del divieto; quando al contrario appaiono una la reiterazione dell'altra, già definitiva, allora vi è violazione del divieto.

6.2. Criteri utili per ravvisare o meno la unicità di intento punitivo sono quelli della connessione sostanziale ed anche temporale tra i procedimenti, per cui si tratta di compiere un accertamento di fatto che, a questo punto, varia da caso a caso.

6.3. Il tema, tuttavia, non si esaurisce con la sola analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Su di esso è, infatti, concentrata l'attenzione anche all'interno dell'altro sistema sovranazionale europeo, quello dell'Unione.

6.4. Non è questa, ovviamente, la sede per una ricognizione approfondita del principio nel diritto dell'Unione Europea; tuttavia, per dare al lettore degli spunti utili per riflessioni che potrà sviluppare autonomamente, si può fare un brevissimo cenno alla configurazione dell'istituto nel diritto dell'Unione ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia al riguardo.

6.5. Questo, in virtù del fatto che, pur nella separazione del sistema CEDU e del diritto dell'UE, tuttavia non può negarsi che su taluni temi – e questo è uno di essi – esistano forti componenti di trasversalità.

6.6. Nel diritto dell'Unione, il principio era originariamente affermato nella Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen (CAAS), poi incorporata nell'*acquis* comunitario, il cui art. 54 dispone che

*«Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita»*

6.7. In seguito, è stato affermato nell'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali, il quale prevede – con disposizione la cui diretta applicabilità nell'ordinamento interno in seguito all'incorporazione della Carta nel Trattato di Lisbona (art. 6 TUE) è oggi al centro del "confronto" giurisprudenziale, a seguito di alcuni interventi della Corte Costituzionale –, che nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente a legge.

6.8 Come si vede, quindi, anche all'interno dell'Unione non vi è perfetta identità tra le due definizioni del principio, sebbene le stesse siano state dichiarate pienamente compatibili tra loro (**CGUE, C-129/14, caso Spasic**).

6.9. Peraltro, nell'analisi del principio del *ne bis in idem* nel sistema CEDU e nel diritto UE occorre attenzione perché, pur tra molte analogie e richiami reciproci, emergono alcune differenze su come le due Corti concepiscono lo stesso, oltre alla differenza più evidente consistente nel fatto che nel sistema CEDU, come visto sopra, il principio opera solo all'interno di uno stesso Stato; nel sistema UE, invece, esso opera per tutto il territorio dell'Unione.

6.10. In particolare, a titolo di mero esempio, alcuni dei punti su cui maggiormente è attivo il "confronto" tra le due Corti sono: i concetti di "stesso fatto", il ruolo del giudice di merito nella valutazione sulla natura sostanzialmente penale di uno dei due procedimenti, la connessione temporale per ravvisare la unicità di potestà punitiva.

6.11. Poiché, come detto, non è questa la sede per una disamina approfondita del problema, basti qui segnalare lo stesso e fare riferimento alle principali sentenze della Corte di Giustizia, per chi vorrà condurre un approfondimento individuale.

6.12. A tal fine si segnalano almeno, tra le altre e tra le più recenti:

**CGUE, caso C-489/10, Bonda**

**CGUE caso C-617/10, Akerberg Fransson**

**CGUE caso C- 524/15, Menci**

**CGUE caso C-537/16, Garlsson Real Estate**

**CGUE casi 596/16 e 597/16, Di Puma e Consob**

queste ultime aventi ad oggetto un tema che oggi sembra particolarmente "caldo" sul punto, e cioè quello del doppio binario sanzionatorio in campo tributario e di tutela del mercato finanziario.

6.13. Infine, a testimonianza della perenne attualità dell'argomento, ancora pochi giorni fa la Corte di Giustizia è tornata sull'argomento con la sentenza nel **caso C-617/17** (del 3 aprile

scorso), in materia di sanzioni applicate da un'autorità nazionale garante per la concorrenza sia per violazione del diritto nazionale, che del diritto della UE.

6.14. La Corte ha escluso la violazione del *ne bis in idem* affermando che "non osta a che un'autorità nazionale garante della concorrenza infligga ad un'impresa, nell'ambito di una stessa decisione, un'ammenda per violazione del diritto nazionale della concorrenza e un'ammenda per violazione dell'articolo 82 CE. In una situazione del genere l'autorità nazionale garante della concorrenza deve tuttavia assicurarsi che le ammende considerate congiuntamente siano proporzionate alla natura dell'infrazione".

6.15. Si è così aperto un fronte ulteriore sull'argomento, relativo alla violazione, con un'unica condotta, di disposizioni di ordinamenti diversi.

6.16. Un'ulteriore applicazione pratica dei concetti di "bis" e di "idem" che dimostra quanto l'argomento sia vivo, sempre aperto, e difficilmente racchiudibile in categorie, per cui esso non potrà mai prescindere dall'esame del singolo caso concreto.

**Indice**

*Progetto grafico a cura di*



