

QUADERNO SPECIALE

del
Consiglio Superiore della Magistratura

Anno 2008 - Numero 154

Spedizione in abb.to postale - Art. 2, comma 20, lett. c, della legge n. 662/1996 - Filiale di Roma

PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA
presso la Corte Suprema di Cassazione

Contributi **alla giurisprudenza** **di legittimità**

Rassegna delle requisitorie civili e penali
e delle decisioni sui contrasti di competenza



QUADERNO SPECIALE

del
Consiglio Superiore della Magistratura

PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA
presso la Corte Suprema di Cassazione

Contributi alla giurisprudenza di legittimità

**Rassegna delle requisitorie civili e penali
e delle decisioni sui contrasti di competenza**



**QUADERNI DEL
CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA**

Anno 2008, Numero 154

Pubblicazione interna per l'Ordine giudiziario
a cura del Consiglio Superiore della Magistratura

INDICE GENERALE

PRESENTAZIONE DELLA RASSEGNA	Pag.	9
INTRODUZIONE	Pag.	11
GUIDA ALLA LETTURA	Pag.	15

PARTE I

I CONTRASTI DI COMPETENZA FRA PUBBLICI MINISTERI

1. Criteri generali	Pag.	19
2. Singole fattispecie di reato	Pag.	30
3. Altre figure speciali di reato	Pag.	52

PARTE II

LE REQUISITORIE CIVILI

1. Questioni di giurisdizione	Pag.	59
2. Processo civile	Pag.	128
2.1 Processo e garanzie di difesa in generale	Pag.	128
2.2 Processo civile di cassazione	Pag.	159
3. Rapporti con il diritto sovranazionale	Pag.	184

4. Diritto e processo del lavoro	Pag. 213
5. Sanzioni amministrative	Pag. 238
6. Altre questioni di interesse	Pag. 244

PARTE III

LE REQUISITORIE PENALI

A) Diritto penale	Pag. 267
1. La successione di norme	Pag. 267
2. Il danneggiamento di beni culturali	Pag. 275
3. Alterazioni per impedire l'identificazione	Pag. 277
4. La legislazione speciale	Pag. 281
4.1 La responsabilità da reato degli enti	Pag. 281
4.2 I reati finanziari	Pag. 288
4.3 Il fenomeno dell'immigrazione	Pag. 290
4.4 La guida in stato di ebbrezza	Pag. 291
4.5 Il fenomeno della violenza in occasione di competizioni sportive	Pag. 294
4.6 Le misure di prevenzione	Pag. 304
4.7 L'ordinamento penitenziario	Pag. 363
B) Diritto processuale	Pag. 374
1. Persona offesa e parte civile	Pag. 374
2. Le notificazioni	Pag. 381
3. La custodia cautelare	Pag. 383
4. L'archiviazione	Pag. 387
5. Il regime della prova	Pag. 391

6. Le intercettazioni telefoniche	Pag. 397
7. I collaboratori di giustizia	Pag. 400
8. Le impugnazioni	Pag. 403
9. Il patrocinio dei non abbienti	Pag. 410
10. I rapporti con le autorità straniere	Pag. 412
10.1 La sentenza emessa all'estero	Pag. 412
10.2 La procedura di estradizione	Pag. 421
10.3 Il mandato di arresto europeo	Pag. 431
11. Gli effetti nel diritto interno delle decisioni CEDU	Pag. 434

PRESENTAZIONE DELLA RASSEGNA

L'interesse manifestato di recente, da parte della dottrina e di singoli operatori, per le requisitorie redatte dalla Procura generale della Corte di cassazione nell'espletamento delle funzioni requirenti di legittimità ha fatto nascere l'idea di far conoscere all'esterno le linee argomentative seguite dall'ufficio, allo scopo di renderne comprensibili gli indirizzi e di arricchire il quadro conoscitivo di chi intenda approfondire le specifiche questioni giurisprudenziali.

In tale prospettiva, è stata effettuata una selezione di requisitorie e conclusioni – in ambito sia civile sia penale – focalizzata su temi di particolare interesse teorico e pratico.

La finalità informativa è stata estesa alle decisioni della Procura generale in tema di contrasti positivi o negativi di competenza tra uffici del pubblico ministero, nonché sulle richieste della persona indagata di trasmissione degli atti ad una procura diversa da quella che conduce le indagini. Il tema della competenza è ricorrente nei processi penali e si caratterizza di frequente per la complessità dei problemi: di qui l'insorgere di divergenze rispetto alle quali la Procura generale è chiamata all'adozione di decisioni motivate (in una fase antecedente all'intervento del giudice), la cui conoscenza può contribuire a prevenire futuri contrasti in casi analoghi.

L'intenzione è quella di inaugurare, con questa prima pubblicazione, realizzata grazie al sostegno del Consiglio superiore della magistratura, una serie di "quaderni" annuali (dei quali si studierà pure la possibile edizione informatica), con la speranza di fornire un utile strumento di conoscenza e di contribuire all'approfondimento della dialettica giurisprudenziale.

Vitaliano ESPOSITO
Procuratore generale
presso la Corte suprema di cassazione

INTRODUZIONE

Il presente volume contiene l'organizzazione sistematica di documenti redatti dalla Procura generale presso la Corte di cassazione.

Si tratta di una raccolta selettiva di provvedimenti presenti nel sito *intranet* dell'ufficio, che viene messa a disposizione di tutti i magistrati, per la prima volta, in forma cartacea e che è destinata all'aggiornamento continuo e alla futura pubblicazione periodica in formato anche elettronico.

La rassegna delle decisioni in tema di contrasti di competenza tra uffici del pubblico ministero e delle conclusioni che il pubblico ministero è chiamato – obbligatoriamente – a formulare nel giudizio di cassazione (in base all'art. 76 dell'ordinamento giudiziario e, in materia civile, all'art. 70 c.p.c. ovvero, in materia penale, agli artt. 611 e 614 c.p.p.) rende necessario esplicitare i criteri adottati in questa prima, e inevitabilmente parziale, esposizione.

Si è considerato oggettivamente impossibile dar corso ad una disamina di carattere retrospettivo, tale cioè da colmare quella che – al di là di singole iniziative, qualificate ma frammentarie, dovute alla sensibilità di specifiche riviste giuridiche – costituisce una lacuna informativa che riguarda più decenni. Né, del resto, una simile pretesa di completezza *a posteriori* avrebbe avuto una concreta ragione d'essere e sarebbe risultata, anzi, in contrasto con la reale finalità di questa esposizione: che non è tanto quella di sviluppare una sorta di divulgazione meccanicistica degli argomenti che il rappresentante della Procura generale ha svolto in questo o quel giudizio, a integrazione argomentativa della semplice formula di “conformità/differenza” rispetto alla decisione adottata dalla Corte regolatrice, quanto quella di segnalare, per quanto è possibile con il filtro di una selezione critica, una serie di impostazioni su temi e questioni oggetto di dibattito giuridico, che l'ufficio requirente *presso* il giudice della interpretazione ha ritenuto di dovere assumere, svolgendone le ragioni.

Questa rilevazione di aree di intervento e di proposte di soluzione di questioni aperte, nella giurisprudenza e in generale nella discussione degli operatori, esigeva dunque una scelta.

In questa prima rassegna, si è considerato un duplice ordine di limitazioni, di carattere obiettivo: (a) da un lato, la limitata disponibilità di fonti appropriate, cioè tali da rivestire un interesse per la novità della materia trattata, per il grado di approfondimento della questione, per le implicazioni anche pratiche; (b) dall'altro, la delimitazione

che, rispetto all'esigenza di completezza, deriva dalla stessa struttura processuale del giudizio di legittimità.

(a) Quanto al primo aspetto, nell'opera di rilevazione e nella selezione dei contributi, si è attribuito carattere prioritario, anche se non esclusivo, alla raccolta, già da tempo avviata, di materiali presenti nelle pagine *web* dell'ufficio (al momento disponibili ai magistrati della Procura generale e della Corte, ma di cui è prefigurata una più ampia accessibilità): in primo luogo per quanto concerne i decreti in tema di contrasti tra uffici del pubblico ministero, per una chiara ragione pratica di conoscenza e diffusione di una "giurisprudenza" che vede l'ufficio in veste decidente; ma poi anche delle requisitorie su temi di diritto che l'esperienza e l'attività giudiziaria devolvono alla definizione da parte del giudice di legittimità.

Questa opzione, quanto alle requisitorie nella materia civile e in quella penale, se pure fino a un determinato periodo ha portato con sé il limite di una selezione essenzialmente rimessa all'iniziativa del singolo magistrato che ha sviluppato determinati argomenti in sede di giudizio e che di volta in volta ne ha segnalato il rilievo, si è progressivamente affrancata dal carattere puramente individuale della scelta, grazie a una serie di frequenti momenti di coordinamento e di collegialità nella discussione (preventiva, ovviamente, rispetto alla trattazione del giudizio) che l'ufficio ha posto in essere nei tempi più recenti e che perciò permettono di attribuire – sia pure nella libertà espressiva di fondo che a ciascun magistrato è riconosciuta – la conclusione, ancorché redatta o svolta in forma orale dal singolo Sostituto o Avvocato generale, alla Procura generale nella sua interezza.

Ne è derivata una prospettiva di riflessione a più voci e di radicamento di tesi che, per questo, possono a buon diritto classificarsi come sponda dialettica della Corte di cassazione, nel comune obiettivo della formazione della giurisprudenza. Ciò è coerente con la funzione dell'ufficio requirente di legittimità, organo imparziale di giustizia chiamato a collaborare all'attuazione dell'ordinamento in maniera indipendente dagli interessi in concreto dedotti in giudizio.

(b) Quanto al secondo aspetto, la produzione documentale disponibile per la divulgazione è inevitabilmente condizionata dalla conformazione del processo civile e del processo penale di legittimità. Così – non senza un certo paradosso – le conclusioni che l'ufficio deve formulare nella pubblica udienza (e cioè nella sede deputata, di regola, alla trattazione delle cause di maggiore complessità perché prive di quei caratteri di evidenza decisoria che legittimano il ricorso al procedimento camerale: art. 375 c.p.c. nel testo ante-riforma del 2006; ora,

artt. 375, 380-*bis* c.p.c. nel testo introdotto dal d. lgs. n. 40/2006; nonché art. 610 comma 1 c.p.p., come novellato nel 2001), sono, di regola, espresse nella sola forma verbale; ed altrettanto vale per tutte le delicate problematiche cautelari in ambito penale, trattate – tanto per la materia cautelare personale, quanto per quella reale – nelle forme della cosiddetta camera di consiglio “partecipata”.

In tutti questi casi, però, la prassi dell’ufficio supplisce alla procedura, poiché per le cause di specifico rilievo la requisitoria del Procuratore generale è sempre strutturata secondo una traccia argomentativa scritta: nella quale l’esigenza di sintesi, necessariamente implicata dalla forma orale dell’esposizione e del ragionamento, finisce perfino per costituire un elemento di ricerca di chiarezza e di capacità persuasiva. Di queste requisitorie, come si vedrà nella parte della documentazione, vi è dunque abbondante esempio nel materiale offerto al lettore.

Sotto altro profilo, la veste scritta è invece naturalmente correlata alla trattazione c.d. camerale “non partecipata” nel rito penale (art. 611 c.p.p.) e in ambito civile ai regolamenti di competenza o di giurisdizione (art. 380-*ter* c.p.c.); essa è del pari la modalità propria dei procedimenti affidati alla trattazione in camera di consiglio nei quali il rappresentante del pubblico ministero reputi di formulare conclusioni autonome o dissenzienti rispetto alla relazione del giudice designato come relatore (art. 380-*bis* c.p.c.), nonché dei procedimenti in tema di revocazione delle sentenze della Corte di legittimità (art. 391-*bis* c.p.c.).

Nella presente rassegna si è cercato di includere in modo equilibrato conclusioni dell’una come dell’altra forma. Entrambe, del resto, convergono nella finalità che è loro propria: la ricerca di un apporto effettivo dell’ufficio alla soluzione di problemi giuridici, sovente complessi, che la realtà sociale costantemente propone alla valutazione del giudice di ultimo grado e che la frammentazione ordinamentale e legislativa accentua considerevolmente (provocando, tra l’altro, l’aumento di contrasti decisionali e l’incremento del ricorso alle Sezioni Unite); come pure la ricerca dell’esigenza – simmetrica – di recuperare alla Corte il ruolo di effettiva istanza di sola legittimità. E’ questo, del resto, il *leit-motiv* della novella del rito civile del 2006: una riforma che, per quanto riguarda l’ufficio del pubblico ministero presso la Corte, più che per la rivitalizzazione dell’istituto – pur sempre di fatto inoperante – del ricorso “nell’interesse della legge” (art. 363 c.p.c.), appare assecondare una valorizzazione del ruolo del Procuratore generale nel giudizio civile là dove, affrancandolo dalla cogente obbligato-

rietà di esprimere conclusioni scritte allorché reputi di condividere la relazione redatta in sede di procedimento in camera di consiglio (art. 380-*bis* c.p.c.), sembra mirare a una accentuazione dell'apporto qualitativo dell'ufficio, in base a una selezione dei casi che “meritano” trattazione e formulazione di conclusioni specifiche e argomentate.

Giovanni PALOMBARINI
*Procuratore generale aggiunto
presso la Corte suprema di cassazione*

GUIDA ALLA LETTURA

Le decisioni in tema di contrasto di competenza fra pubblici ministeri

I provvedimenti presenti nella rassegna sono preceduti da un titolo che ne sintetizza l'oggetto e la conclusione, in forma strutturalmente analoga alla titolazione delle massime giurisprudenziali. Lo scopo è di agevolare la consultazione, orientando il lettore nell'individuazione della questione di volta in volta affrontata.

I documenti dei primi due capitoli sono classificati seguendo la progressione delle disposizioni normative dei codici di diritto penale sostanziale e processuale. Il terzo capitolo è riservato ad altre figure speciali di reato, classificate secondo l'ordine cronologico delle disposizioni normative.

In calce a gran parte dei documenti è riportata l'annotazione del decreto o dei decreti reperibili per esteso nella rassegna delle risoluzioni inserita nel sito *intranet* della Procura generale.

Dei passaggi argomentativi che sono apparsi non essenziali alla comprensione delle questioni dibattute è stata omessa la riproduzione.

Le requisitorie civili

Il materiale documentale selezionato è stato aggregato intorno a materie, e dunque a referenti procedurali di massima, ripartiti in altrettanti paragrafi: le questioni di giurisdizione; quelle processuali, a loro volta suddivise in questioni del processo civile in generale e del processo civile di cassazione in particolare; quelle in tema di rapporti con il diritto sovranazionale (comunitario e della CEDU); le questioni di diritto e di processo del lavoro; quelle in tema di sanzioni amministrative; infine, ma non ultime, questioni di interesse su temi non classificabili nei precedenti paragrafi ma che appaiono essere, per le implicazioni pratiche diffuse o per la delicatezza del tema trattato, certamente da segnalare.

Specifico rilievo è stato dato alle requisitorie (scritte) redatte in relazione a questioni di giurisdizione (art. 360, comma 1, n. 1, e art. 362 c.p.c.), e ciò perché, come è stato osservato dalla dottrina costituzionalistica, quelle in discorso sono, in realtà, propriamente questioni costituzionali: da esse deriva, infatti, la qualificazione di una posizione come degna di tutela o meno da parte dell'ordinamento, quindi deriva il grado di tutela in rapporto alla consistenza della posizione soggettiva, come infine deriva l'individuazione della sede processuale e

ordinamentale a ciò deputata. Ciò ne spiega, del resto, non solo la normale trattazione in collegio a sezioni unite (art. 374 c.p.c.), ma anche la portata conclusiva e dirimente che sulla questione assume la decisione intorno alla giurisdizione (art. 382 c.p.c.).

Le requisitorie presenti nella rassegna sono precedute da un titolo che ne esplicita il tema e la conclusione, secondo una struttura corrispondente, per questa parte, alla titolazione della “massimazione” del provvedimento decisionale adottato dal collegio.

La numerazione dei documenti è progressiva ed indipendente dalle voci generali di riferimento.

In calce a ciascun documento, graficamente distinta, è riportata l’annotazione circa l’esito del giudizio e dunque circa l’adesione o meno del collegio alla tesi prospettata dal requirente; quando la decisione non risulti ancora pubblicata, se ne è dato conto.

Dove possibile, è stata omessa la riproduzione di passaggi delle argomentazioni e delle conclusioni che non sono apparsi strettamente necessari alla comprensione della questione.

Le requisitorie penali

Il lavoro si presenta diviso in due parti: la prima dedicata al diritto penale sostanziale, la seconda al diritto processuale.

All’interno delle due sezioni le requisitorie sono state riportate seguendo una linea di continuità concettuale nell’ambito dei singoli paragrafi, il cui sommario dà conto in modo sintetico delle tematiche sulle quali è stato possibile rinvenire contributi significativi.

In nota sono riportati gli estremi del procedimento, con l’indicazione del nome del ricorrente (stante la consuetudine di identificare in tal modo i più rilevanti arresti giurisprudenziali della Corte di cassazione penale) e del procuratore generale che ha trattato il caso.

Con successiva nota, posta al termine delle argomentazioni del P.G., si è dato conto della decisione assunta dalla Corte, con l’indicazione degli estremi al fine di agevolare anche una più esaustiva ricerca in merito.

La pubblicazione è stata curata dai sostituti procuratori generali Carlo Di Casola (contrastisti di competenza fra pubblici ministeri), Alfredo Montagna (requisitorie penali), Carmelo Sgroi (requisitorie civili) e Antonio Mura. Quest’ultimo ha coordinato il lavoro del gruppo dei redattori.

Il materiale è stato raccolto fino alla data del 3 dicembre 2008.

PARTE I

I contrasti di competenza fra Pubblici Ministeri

Sinossi ragionata

1. Criteri generali *

art. 9 c.p.p. (Regole suppletive) – Contrasto negativo di competenza – criterio sussidiario della residenza del domicilio o della dimora – prevalenza del domicilio

In relazione al criterio sussidiario del luogo di residenza, domicilio o dimora dell'indagato, occorre adeguarsi al principio affermato dalla Corte di Cassazione, sia pure non recentemente, secondo cui "il domicilio, quale centro concreto degli interessi del soggetto (secondo la nozione di ordine generale ricavabile dall'art. 43 comma primo cod. civ.), prevale, in caso di diversità, sulla semplice residenza, specie quando quest'ultima sia rilevabile unicamente sulla base del dato formale costituito dalle mere risultanze dei registri anagrafici" (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 1775 del 24/04/1992 Cc. (dep. 22/06/1992) Rv. 190677; Confl. comp. Trib. Sorv. Ancona e Trib. Sorv. Napoli in proc. Russo).

Con riferimento, poi, ad un caso inquadrabile nella fattispecie astratta di cui all'art. 570 c.p., si è precisato che occorre aver riguardo alla dimora effettiva della persona offesa, sicchè, in caso di difformità fra la residenza anagrafica e quella di fatto, la violazione si realizza nel luogo di stabile dimora o residenza di fatto.

Art. 10 c.p.p. (Competenza per reati commessi all'estero) - Contrasto negativo di competenza – reato più grave commesso all'estero – connessione - reato più grave commesso in Italia

Ove sussista connessione tra reati commessi nel territorio dello Stato e reati commessi all'estero, in osservanza del principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge, la competenza va determinata in relazione al luogo del commesso reato, avendo riferimento, ex art. 16 c.p.p. al più grave dei reati commessi, che sia stato realizzato nel territorio dello Stato" (Cass. VI, 6 novembre 2000, n. 4089).

Decreto n. 238

Art. 10 c.p.p. (Competenza per reati commessi all'estero) - Contrasto negativo di competenza – reato più grave commesso all-

* I magistrati addetti ai contrasti di competenza fra pubblici ministeri nel corso dell'anno 2008 sono stati Gianfranco Ciani, Carlo Di Casola, Aurelio Galasso, Guglielmo Passacantando. Nel periodo feriale si sono inoltre avvicendati Luigi Ciampoli, Enrico Delehaje, Francesco Lo Voi, Alfredo Montagna, Antonio Mura, Giovanni Salvi, Eugenio Selvaggi.

l'estero – connessione - criterio sussidiario del reato meno grave commesso in Italia

Per contro, nel caso in cui il reato più grave risulta commesso all'estero, non può aversi riguardo al criterio previsto dall'art. 8 comma 1, c.p.p., né ai criteri sussidiari di cui all'art. 9 c.p.p., non applicabili ai reati commessi all'estero; neppure è applicabile la disposizione di cui all'art. 10 c.p.p. la quale si riferisce, per giurisprudenza costante, a procedimenti con reato singolo; sicchè, in caso di pluralità di reati si deve far ritorno, secondo la giurisprudenza di legittimità, al luogo di consumazione del reato che, in via decrescente, si presenta come il più grave fra quelli residui connessi, che sia stato realizzato nel territorio dello Stato italiano (per l'applicazione generale del principio si veda Cass. Sez. I, 24.9.1993, n. RIV. 195429; Cass. 17.3.1993, Giorni; RIV. 194047; per l'applicazione, nello specifico, dello stesso principio in caso di connessione con reati commessi all'estero, si veda Cass. Sez. VI, 6.11.2000-29.11.2000; D. 4089, RIV. 217908); la giurisprudenza è pervenuta alla determinazione di tale principio secondo una interpretazione orientata al rispetto del principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge.

Decreto n. 172

Art. 11 c.p.p. (Competenza per procedimenti riguardanti i magistrati) – Contrasto negativo di competenza - Esposto anonimo – assenza di elementi precisi – competenza del P.M. nel cui circondario sarebbero stati commessi i reati

Nel caso in cui, alla stregua del contenuto del solo esposto anonimo, non siano stati acquisiti elementi di accusa sufficientemente precisi a carico di ben individuati magistrati, che autorizzino una delineata e ben connotata imputazione, ancorché iniziale, la quale possa rendere operativa la disciplina, in tema di competenza territoriale, prevista dall'art. 11 c.p.p. si è ritenuto di applicare il principio giurisprudenziale ormai consolidato secondo cui, in tema di competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati, l'operatività dell'art. 11 c.p.p. è subordinata alla condizione che il magistrato assuma la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato, ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato e che tale qualità *“deve essere una qualità formale assunta nella sede procedimentale, attraverso le iniziative formali previste dall'ordinamento giuridico, spettanti all'organo del pubblico ministero”* (Cass. Sez. VI, ud. 9.5.2005, n. 40984, dep. 11.11.2005, Mazzoccoli ed altri, in C.E.D., rv.: 233471).

Decreto n. 136

Nel ribadire di recente il medesimo principio, si è ulteriormente precisato che, derogando l'art. 11 c.p.p. al principio costituzionale del giudice naturale, la norma dallo stesso posta è di stretta interpretazione non suscettibile di interpretazioni estensive; e, pertanto, affinché operi l'art. 11 c.p.p., con conseguente modifica del criterio ordinario di attribuzione della competenza territoriale, occorre che un magistrato del distretto, nominativamente individuato, rivesta la qualità di indagato o di parte offesa o danneggiata; la semplice prospettiva ed il sospetto non sono idonei a far operare il criterio di competenza di cui all'art. 11, occorrendo, invece, che l'eventuale magistrato, ritenuto autore del reato, sia individuato e raggiunto da concreti indizi; di conseguenza, quando il P.M. che ha sollevato il contrasto, prospetta solo la astratta possibilità che le indagini possano rivelare che il fatto debba essere addebitato ad un magistrato del luogo, deve svolgere ogni accertamento al fine di individuare il p.u. che ha agito (nella specie, il p.u. che ha diffuso la notizia, che doveva rimanere segreta), e solo qualora tale persona sia un magistrato, trasmetterà il procedimento al P.M. competente ex art. 11 C.p.p.

Decreto n. 233.

artt. 12, 16, 9 c.p.p. (Casi di connessione) - Contrasto negativo di competenza – reato singolo – pluralità di reati – connesione - norme applicabili.

Con riguardo alle modalità di determinazione della competenza territoriale, il principale discrimine risiede nella configurabilità di un reato singolo ovvero di più reati, fra loro avvinti da ragioni di connessione.

Nel primo caso devono essere applicate le regole sancite in via principale dall'art. 8 ed in via sussidiaria dall'art. 9 c.p.p.

Nel secondo caso l'applicazione corretta dell'art. 16 c.p.p. impone di seguire un diverso percorso logico-giuridico. In particolare, in presenza di reati connessi, ove non sia possibile individuare il luogo di consumazione del reato più grave, non può farsi immediato riferimento ai criteri sussidiari di cui all'art. 9 c.p.p., in quanto detta disposizione si riferisce, per giurisprudenza costante, a procedimenti con reato singolo; sicchè, in caso di pluralità di reati si deve avere riguardo al luogo di consumazione del reato più grave e, in caso di pari gravità, al criterio temporale di cui all'art. 16 c.p.p.; ma se anche così risulta impossibile individuare una primazia, occorre individuare il reato che, in via decrescente, si presenta come il più grave fra quelli residui (Cass. Sez. I, 24.9.1993, n. RIV. 195429; Cass. 17.3.1993, Gior-

ni; RIV. 194047). Solo se non risulta possibile applicare neppure tale criterio, e, dunque, resta incerto anche il luogo di consumazione dei reati individuati in ordine decrescente, la competenza deve essere determinata – conformemente all’insegnamento della Corte di legittimità- facendo applicazione delle regole suppletive dell’art. 9 c.p.p., in relazione al primo dei reati da prendere in considerazione.

Decreti n. 6, 19, 65, fra gli altri

Artt. 12, 16 c.p.p. (Casi di connessione) - Contrasto negativo di competenza – pluralità di reati – connessione – archiviazione per uno dei reati connessi - principio della perpetuatio jurisdictionis – operatività – esclusione

Nel caso in cui uno dei reati, pur essendo individuato in un determinato circondario, risulti archiviato, si è stabilito che nella fase procedimentale delle indagini preliminari non opera, per giurisprudenza consolidata, il principio della perpetuatio jurisdictionis (cfr. fra le altre, Cass. Sez. 5, Sentenza n. 45418 del 29/09/2004 Ud. (dep. 24/11/2004) Rv. 230413; Lussi ed altro), secondo cui *“Pur essendo la connessione, nel vigente sistema processuale, criterio autonomo ed originario di attribuzione della competenza, essa non comporta, nelle fasi antecedenti al giudizio, l’operatività del principio della perpetuatio jurisdictionis”*. Pertanto, qualora, prima della chiusura delle indagini preliminari, sopravvenga pronuncia di archiviazione relativamente ad alcuno dei fatti tra loro connessi, non può invocarsi il suddetto principio per sostenere, anche con riguardo agli altri fatti, il permanere della competenza del giudice inizialmente individuato sulla base della connessione (*Massime precedenti Conformi*: N. 6442 del 1997 Rv. 208946, N. 736 del 1999 Rv. 212879, N. 19050 del 2004 Rv. 228162).

Decreto n. 127

Artt. 12, 16 c.p.p. (Casi di connessione) - Contrasto negativo di competenza – pluralità di reati – reato continuato - connessione – principio della perpetuatio jurisdictionis – operatività – esclusione

Analogamente, se la ragione di contrasto risiede nel fatto che il P.M. remittente ritiene che i reati siano avvinti da continuazione con altro e precedente reato dello stesso tipo commesso in altro circondario, si è rilevato che l’esercizio congiunto o disgiunto dell’azione penale ovvero la riunione o la separazione dei procedimenti non modificano la determinazione della competenza per connessione, in quanto il vincolo tra reati individuato dalla legge costituisce criterio originario

ed autonomo di attribuzione di competenza; deve essere tuttavia ritenuto - in sintonia con la costante giurisprudenza in materia - che *“in tema di connessione e di relativi effetti sulla competenza, l’indicato criterio autonomo e originario di attribuzione della competenza non implica che detta attribuzione assuma carattere definitivo ed irreversibile anche nelle fasi procedurali diverse e antecedenti rispetto a quella del giudizio”* (cfr. fra le altre, Cass. Sez. 1, *Sentenza n. 3308 del 12/05/1997* Cc. (dep. 06/06/1997) Rv. 207757; Conf. comp. in proc. Olivieri ed altri; Cass. Sez. 5, *Sentenza n. 45418 del 29/09/2004* Ud. (dep. 24/11/2004) Rv. 230413; Lussi ed altro).

Decreto n. 166

Artt. 12, 16 c.p.p. (Casi di connessione) - Contrasto negativo di competenza – pluralità di reati – reato continuato - connessione – individuazione del reato più grave – maggiore gravità del danno - esclusione – gravità in astratto – medesimo nomen iuris - applicabilità

Circa l’individuazione del reato più grave, si è precisato che la formulazione dell’art. 16, comma 1, c.p.p., per individuare la competenza territoriale, nel caso di reato continuato, riproduce esattamente la disciplina del codice di rito del 1930, stabilita dall’art. 39, comma 3, c.p.p., che, nel caso, appunto, di reato continuato, fissava la competenza territoriale del giudice del luogo in cui era stato “commesso il reato più grave o, in caso di pari gravità, il primo reato”. Inoltre, la formulazione dell’art. 16, comma 1, c.p.p., in tema di effetti della connessione sulla competenza per territorio, riproduce il criterio principale, adottato anche dal codice di rito del 1930, all’art. 47 c.p.p., del “reato più grave”, ai fini dell’individuazione della competenza per i procedimenti connessi. In relazione a tali criteri, rimasti sostanzialmente immutati, dettati dall’ordinamento in tema di reato continuato ed agli effetti della individuazione della competenza per territorio per i procedimenti connessi, sotto la previgente disciplina degli artt. 39 e 47 c.p.p., si era formato un consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità, secondo cui l’espressione “reato più grave”, di cui all’art. 39 c.p.p./1930 - diversa dalla locuzione “violazione più grave” ex art. 81, comma 1, c.p. - doveva essere riferita al reato che, per titolo, grado e circostanze, risultasse in astratto di maggiore gravità e non già in concreto (in tal senso, v. Cass. Sez. I, C.c. 3.10.1980, dep. 24.10.1980, n. 2384, Squicciarini, in C.E.D., rv.: 146337; Cass. Sez. V, ud. 24.11.1981, dep. 16.12.1981, n. 11025, Gardin, in C.E.D., rv.: 151282; Cass. Sez. I, C.c. 15.11.1990, dep. 22.12.1990, n. 4012, Mira-

bile, in C.E.D., rv.: 186977; Cass. Sez. II, ud. 8.4.1993, dep. 9.6.1993, n. 5777, Di Barba, in C.E.D., rv.: 194050), tanto è vero che, nel caso del reato continuato di emissione di assegni a vuoto, risultante dalla unificazione di più reati aventi il medesimo *nomen juris* e di pari gravità in astratto, la competenza per territorio si radicava nel luogo di commissione del primo reato, con la precisazione che dell'importo dei singoli assegni si doveva tener conto esclusivamente per stabilire quale fosse la "violazione più grave" per la determinazione della pena base, sulla quale apportare l'aumento ex art. 81 c.p.

Tale interpretazione non può non essere ribadita – come precisa la Corte Suprema in una alquanto recente decisione (*"Ai fini della individuazione della competenza per territorio, in caso di procedimenti connessi, la comparazione dei reati sotto il profilo della gravità, secondo il disposto del comma 3 dell'art. 16 c.p.p., va effettuata con riguardo esclusivo alle sanzioni edittali, restando priva di rilevanza, nel caso che queste si equivalgano, la maggiore o minore entità del danno in concreto provocato dalle singole condotte criminose"*): Cass. Sez. II, c.c. 19.11.2003, n. 48784, dep. 19.12.2003, Mazzaferro, in Cass. pen., 2005, p. 1284, m. 477 o in C.E.D., rv.: 228335) - anche nella vigenza dell'attuale normativa, di cui agli artt. 4, 12, lett. b) e 16 c.p.p., sia per l'identità del dato letterale, che è rimasto immutato, sia per come è strutturata l'attuale disciplina, fondata esclusivamente – come la precedente – sulla fissazione di criteri legali ed astratti. Difatti, sia la norma generale, di cui all'art. 4 c.p.p. – che contiene le regole per determinare la gravità del reato, agli effetti della competenza – sia la norma più specifica, di cui all'art. 16 c.p.p., in tema di competenza territoriale, nei casi di competenza per connessione, fanno entrambe riferimento al criterio della "gravità del reato", in rapporto al titolo, al grado, alle circostanze, nonché alla qualità, specie ed entità della pena edittale prevista dalla legge, e, quindi, alla gravità del reato, considerata in astratto (art. 16, comma 3, c.p.p.); pertanto, trattandosi di reato continuato, risultante dall'unificazione di più reati aventi il medesimo *nomen juris* e di pari gravità in astratto, la competenza territoriale, ai sensi dell'art. 16, comma 1. c.p.p., appartiene al Giudice del luogo in cui è stato commesso il primo reato.

Artt. 12, 16 c.p.p. (Casi di connessione) – Determinazione di competenza territoriale su richiesta di parte – esaurimento della fase procedimentale delle indagini preliminari – art. 415 bis c.p.p. e conclusione delle indagini - esclusione

L'art. 54 *quater* c.p.p. - introdotto dall'art. 12 Legge n. 479/1999 prevede che l'indagato "*che abbia avuto conoscenza del procedimento ai sensi dell'art. 335 o dell'art. 369* stesso codice possa chiedere lo trasmissione degli atti ad altro ufficio del P.M. qualora ritenga una diversa competenza territoriale. Scopo della norma è quello quindi di trasferire al P.M. effettivamente competente lo svolgimento delle indagini preliminari: e ciò non tanto al fine di creare un parallelismo col principio del "giudice naturale" (essendo le valutazioni in punto di competenza del P.M. necessariamente soggette alla verifica da parte del giudice), quanto piuttosto per far sì che non si verificchino indebiti spostamenti delle indagini preliminari dal luogo in cui, secondo la disciplina della competenza di cui agli artt. 8 e ss. c.p.p., appaia sussistente la (futura) competenza del giudice. Finalità, peraltro, cui è sotteso l'intero sistema della risoluzione dei contrasti - negativi o positivi - tra pubblici ministeri di cui agli artt. 54 e ss. c.p.p.

Ora, così come nei casi regolati dagli articoli precedenti, anche la trasmissione degli atti prevista dal citato art. 54 *quater* ha una logica possibilità di applicazione (oltre che un senso pratico) fintantoché le indagini preliminari siano in corso di svolgimento, non invece quando le stesse siano state concluse. Non è senza significato, infatti, che detta norma preveda la possibilità di formulare tale richiesta dal momento in cui l'indagato abbia conoscenza del procedimento nei suoi confronti (comunicazione dell'iscrizione nel registro notizie di reato o invio dell'informazione di garanzia); ed a tale ipotesi è certamente equiparabile l'emissione dell'ordinanza di custodia cautelare. La specificazione operata dalla norma, dunque, consente di confermare che è la fase delle indagini preliminari - ed essa soltanto - ad essere presa in considerazione ai fini della trasmissione del procedimento, non invece quella successiva alla sua conclusione.

Ad ulteriore conferma della superiore impostazione, milita la considerazione che tra le norme citate quali fonti di conoscenza del procedimento penale non viene indicato l'art. 415 *bis* c.p.p. che peraltro, in quanto introdotto con la medesima Legge n. 479/1999 (art. 17), ben avrebbe potuto e dovuto - ove questa fosse stata l'intenzione del legislatore essere parimenti richiamato. Ciò invece non è avvenuto, per la logica considerazione che, una volta chiuse le indagini preliminari, non ha alcun senso chiederne lo spostamento ad altro ufficio del P.M., dovendo tutte le questioni - anche in punto di competenza - ormai trasferirsi nella fase processuale dell'udienza preliminare o del giudizio. Del resto, che le disposizioni dell'art. 415 *bis* si riferiscano alla fase successiva alla conclusione delle indagini deriva non soltanto dall'inti-

tolazione della norma stessa, ma anche dal suo inserimento in chiusura del Titolo VIII del Libro V del codice di rito; e non è di ostacolo a tale lettura la possibilità, pure prevista da tale norma, di effettuare nuove indagini, posto che tale facoltà è riconosciuta alle parti anche a seguito del decreto che dispone il giudizio (cfr. art. 430 c.p.p.), senza che possa in tal caso ovviamente dubitarsi della avvenuta definitiva chiusura della fase delle indagini preliminari.

Decreto n. 186

Artt. 12, 16 c.p.p. (Casi di connessione) - Determinazione di competenza territoriale su richiesta di parte – connessione – stessa fase procedimentale – fase dibattimentale – esclusione

Ove dalle informazioni assunte e dagli atti acquisiti risulti che la connessione invocata dall'istante come ragione del richiesto spostamento della competenza territoriale riguarda un processo penale a carico del medesimo soggetto, ma attualmente nella fase dibattimentale di primo grado, si è osservato - alla stregua dell'indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato della Corte Suprema - che nel vigente sistema processuale penale la connessione, pur costituendo un criterio autonomo ed originario di attribuzione della competenza, postula necessariamente, per la sua operatività, che i relativi procedimenti si trovino nella medesima fase processuale (in tal senso v. Cass. Sez. I, Cc. 11.10.1994, dep. 21.11.1994, n. 4444, Polverino, in CE.D., rv.: 199663; Cass. Sez. 1/ Cc. 27.11.1995, dep. 31.1.1996, n. 6092, Pavan ed altro, in CE.D., rv.: 203555; Cass. Sez. I, c.c. 2.12.1997, dep. 23.1.1998, n. 6780, Maida, in CE.D., rv.; 209374; Cass. Sez. 1/ ud. 29.1.1998, dep. 4.3.1998, n. 2794, Presti, in CE.D., rv.: 210004; Cass. Sez. VI, ud. 19.5.1999, dep. 7.7.1999, n. 8656, Fracasso, in CE. D., rv.; 214685; Cass. Sez. 1/ c.c. 8.4.2004/ dep. 22.4.2004, n. 19003, Darocz ed altro, in CE.D., rv: 227947/ nella quale si afferma: *“La connessione tra più procedimenti, contemplata dall'art. 12 c.p.p. determina lo spostamento della competenza per territorio, ai sensi dell'arto 16 c.p.p., solo se i procedimenti si trovano nella stessa fase processuale, ferma restando la sua natura di criterio originario ed autonomo di attribuzione della competenza”* e, in considerazione della preminenza del principio costituzionale del giudice naturale su quello della *“perpetuatio jurisdictionis”*, l'attribuzione della competenza, determinata da ragioni di connessione, non implica che detta attribuzione assuma carattere definitivo ed irreversibile anche nelle fasi procedurali diverse ed antecedenti rispetto a quella del giudizio (con l'unica eccezione concernente lo spostamento di competenza per connessione con procedimenti riguardanti magistrati) (Cass. Sez. 1/ Cc.

14.5.1998/ dep. 6.6.1998/ n. 2739, Campigli, in C.E.D., rv.: 210772; Cass. Sez. I, Cc. 12.5.1997/ dep. 6.6.1997/ n. 3308, Olivieri ed altri, in C.E.D., rv.: 2rrJ757; Cass. Sez. I, c.c. 20.1.2004/ dep. 23.4.2004, n.19050, Piccolo, in C.E.D., rv: 228162);

Artt. 22, comma 1 (incompetenza dichiarata dal gip) e 54, comma 2, c.p.p. - Contrasto negativo di competenza – Applicabilità in caso di decisione del giudice – ambito di operatività – esclusione

La trasmissione degli atti al P.M. ritenuto competente conseguente alla declaratoria della incompetenza territoriale del G.I.P. pronunciata, ai sensi dell'art. 22, co. 1 c.p.p., è un adempimento necessario esecutivo di un provvedimento giurisdizionale, che non può certamente essere invalidato, o contrastato, da un eventuale decreto, di natura amministrativa, emesso dall'autorità inquirente, priva di poteri giurisdizionali. Quel provvedimento può dar luogo - nel caso di un eventuale successivo provvedimento giurisdizionale di segno opposto, emesso dal giudice investito della competenza territoriale - ad una situazione di conflitto risolvibile con gli strumenti normativi approntati specificamente dall'ordinamento processuale vigente (artt. 28 e ss. c.p.p.).

Il P.M., nel caso di dichiarazione di incompetenza adottata dal giudice, ai sensi dell'art. 22, comma 1, c.p.p., come precisa la Corte Suprema (Cass. Sez. I, c.c. 19.02.1990, n. 406, dep. 14.3.1990, Facchineiri, in C.E.D., rv: 183662) rimane, sì, libero di proseguire le indagini preliminari, non essendo vincolato alla pronuncia del giudice, ma, *“qualora si trovi di fronte al diniego, per ragioni di competenza, dell'adozione di un provvedimento da parte del giudice, che egli ritenga irrinunciabile e necessario, è, allora, legittimato – anche in deroga alla designazione da parte dell'ufficio del P.M. sovraordinato, ai sensi dell'art. 54 c.p.p. – a rimettere gli atti all'ufficio del P.M. ritenuto competente, perché richieda al G.I.P. presso il quale svolge le sue funzioni, il provvedimento ritenuto necessario, non potendosi, infatti, non ravvisare in tale situazione una ragione legittima di deroga all'efficacia vincolante della designazione da parte del P.M. sovraordinato. L'accoglimento della richiesta del provvedimento da parte del diverso G.I.P. investito risolverà, almeno nella fase dello svolgimento delle indagini preliminari, il problema, mentre il diniego, in conseguenza di una dichiarazione di incompetenza, determinerà, invece, una situazione evidente di conflitto, la quale sarà rilevata dal giudice stesso, oppure denunciata dal P.M. per essere rimessa alla cognizione della Corte di Cassazione, adempimento al quale il giu-*

dice è certamente obbligato” (in tal senso, in una fattispecie identica nella quale il GIP, richiesto di emettere ordinanza di custodia cautelare nei confronti degli indagati, dichiarava, con ordinanza ai sensi dell’art. 22 c.p.p., la propria incompetenza territoriale, indicando il diverso GIP territorialmente competente, v. anche Cass. Sez. I, c.c. 7.04.1999, n. 2828, dep. 7.06.1999, DI Lorenzo, in C.E.D., rv: 213491). Ciò, perché, in tema di conflitti di competenza, non è configurabile tra i casi analoghi cui fa riferimento l’art. 28, comma 2, c.p.p. un conflitto tra P.M. e Giudice, in quanto il conflitto di competenza è configurabile solo tra organi giurisdizionali (Cass. Sez. I, c.c. 10.05.1991, n. 2204, dep. 5.06.1991, Capriglione, in C.E.D., rv: 187396). *“Ne consegue che il P.M. non può che prendere atto della decisione del Giudice in ordine alla competenza ed adeguarvisi, sino a quando non si determinino le condizioni di legge per la denuncia del conflitto”* (Cass. Sez. I, c.c. 19.2.1990, cit., in C.E.D., rv.: 183662. In senso conforme, v.: Cass. Sez. I, c.c. 7.4.1999, n. 2828, dep. 7.6.1999, Di Lorenzo ed altri, in C.E.D., rv.: 213491 e Cass. Sez. V, c.c. 30.07.1991, n. 781, dep. 27.08.1991, Spezio, in C.E.D., rv: 189875, che distingue i due casi della declaratoria di incompetenza territoriale emessa con ordinanza ovvero con sentenza dal GIP; Cass. Sez. III, c.c. 11.1.2001, n. 5472, dep. 9.2.2001, Sardinas, in C.E.D., rv.: 218323, quest’ultima riguardante l’ipotesi in cui il G.U.P. si sia dichiarato incompetente per territorio con sentenza, e Cass. Sez. I, c.c. 27.02.1996, n. 1299, dep. 17.04.1996, Ferraro ed altro, in C.E.D., rv: 204221, che si riferisce al caso della sentenza di incompetenza territoriale emessa dal GIP, ai sensi dell’art. 22, co. 3 c.p.p., dopo la chiusura delle indagini preliminari). E, pertanto, in siffatta situazione, caratterizzata dalla ripetuta decisione giurisdizionale (confermata ormai definitivamente dal Tribunale del Riesame) di incompetenza territoriale pronunciata dal G.I.P., con l’attribuzione della competenza territoriale di altro G.I.P., non sono ravvisabili i presupposti dell’ipotesi di contrasto negativo tra uffici del Pubblico Ministero, onde non può darsi luogo alla pronuncia prevista dall’art. 54, comma 2, c.p.p.

art. 54, comma 3bis, c.p.p. (Contrasti negativi fra pubblici ministeri)- ipotesi residuale - Misure di prevenzione – è tale - determinazione del luogo di pericolosità

Un simile contrasto negativo tra pubblici ministeri, appartenenti a distretti diversi, rientra nell’ipotesi residuale prevista dall’art. 54, co. 3-bis c.p.p., che, pur non riguardando il caso tipico del contrasto negativo relativo alla conduzione delle indagini preliminari di un determinato procedimento penale, appartiene alla competenza di questo ufficio.

Va rilevato che, ai fini della determinazione della competenza per territorio in tema di misure di prevenzione, in considerazione dei presupposti e delle finalità della normativa in materia, la competenza per territorio a decidere spetta al Tribunale del capoluogo della provincia nella quale il proposto ha tenuto comportamenti significativi di pericolosità sociale e nel cui ambiente ha trovato stimolo e copertura omertosa per i propri comportamenti illeciti e pericolosi per la sicurezza pubblica, al di là delle risultanze anagrafiche, del vivere abituale e dello svolgimento delle normali attività del soggetto proposto (Cass. Sez. I, *c.c.* 21.12.1992, n. 5248, dep. 19.1.1993, Palmieri, in CE.D., rv.: 192710; Cass. Sez. Un. *c.c.* 3.7.1996, n. 18, dep. 17.7.1996, SimoneIli ed altri, in CE.D., rv.: 205259; Cass. Sez. I, *c.c.* 16.4.1996, n. 2531, dep. 6.6.1996, Biron ed altri, in CE.D., rv.: 204906; Cass. Sez. I, *c.c.* 4.3.1999, n. 1826, dep. 19.4.1999, Tedesco, in CE.D., rv.: 213064; Cass. Sez. I, *c.c.* 26.5.2000, n. 3837, dep. 26.6.2000, Mincuzzi, in CE. D., rv.: 216289; Cass. Sez. I, *c.c.* 4.7.2001, n. 29002, dep. 16.7.2001, Agostino, in CE.D., rv.: 219610; Cass. Sez. VI, *c.c.* 19.9.2002, n. 39588, dep. 22.11.2002, Pagnozzi, in CE. D., rv.: 222813; Cass. Sez. VI, *c.c.* 14.4.2003, n. 21710, dep. 15.5.2003, Buonanno, in CE.D., rv.: 225687; Cass. Sez. VI, *c.c.* 15.4.2004, n. 23090, dep. 17.5.2004, Alecci, in CE.D., rv.: 229955; Cass. Sez. I, *c.c.* 10.11.2006, n. 1281, dep. 18.01.2007, Zito, in CE.D., rv.: 235856).

Decreto n. 100.

art. 54, comma 3bis, c.p.p. (Contrasti negativi fra pubblici ministeri) ipotesi residuale - Reati non ancora configurati – iscrizione del reato nel registro delle notizie di reato – necessità.

Gli uffici territoriali del P.M. hanno talvolta sollevato contrasto negativo con riferimento a reati, che, ancorché ragionevolmente configurabili in una prospettiva di futuro sviluppo delle indagini, non erano stati tuttavia ancora iscritti nel registro delle notizie di reato.

In simili ipotesi questo ufficio ha ritenuto incongruo ancorare la competenza territoriale ad una dubbia configurabilità di fattispecie criminose.

La competenza territoriale, come è noto, viene determinata allo stato degli atti, intervenendo in una fase procedimentale dinamica per definizione, che non preclude – ed anzi sollecita – lo svolgimento di opportune indagini, al fine di verificare ed individuare il luogo di consumazione di eventuali altri e più gravi reati ovvero, se di pari gravità, reati cronologicamente precedenti; pertanto, non è possibile rifiutare l'investitura solo perché le ulteriori, pur doverose indagini potrebbero

ipoteticamente portare a definire ulteriori, molteplici e diversificati reati commessi dalle stesse persone o da persone diverse ed in luoghi diversi.

Decreto 154

Artt. 54, 663 e 665, comma 4, c.p.p. – art. 40, co. 3 d.l. n. 274/2000 – contrasto negativo di competenza in materia di esecuzione - atti relativi all'esecuzione di pene concorrenti – individuazione del giudice – ultima sentenza irrevocabile – plurimi provvedimenti del giudice di pace e del giudice ordinario – competenza del giudice ordinario

Il giudice competente a provvedere sull'esecuzione a carico di soggetto, raggiunto da più condanne emesse da giudici diversi, è quello che ha pronunciato la sentenza divenuta irrevocabile per ultima, ai sensi degli artt. 663 e 665, 4° comma, c.p.p;

Tale principio regola la competenza del giudice dell'esecuzione nel caso di una pluralità di sentenze emesse da giudici ordinari diversi e, pertanto, la diversa ipotesi - oggetto del presente contrasto - prevista dall'art. 40, co. 3 d.l. n. 274/2000, di "provvedimenti emessi dal giudice di pace e dal giudice ordinario", è disciplinata da quest'ultima norma che attribuisce la competenza a conoscere l'esecuzione in ogni caso al giudice ordinario;

Pertanto, non potendo il giudice di pace provvedere all'esecuzione concernente più provvedimenti emessi da giudici ordinari diversi e dallo stesso giudice di pace, ancorché la sentenza emessa da quest'ultimo sia divenuta irrevocabile per ultima, la competenza a conoscere dell'esecuzione in questione appartiene al giudice ordinario che ha pronunciato la sentenza divenuta irrevocabile per ultima, tra quelle emesse dai diversi giudici ordinari.

Decreto n. 226

2. Singole fattispecie di reato

art. 319-321 c.p. (corruzione) – contrasto negativo di competenza - reato a schema duplice – momenti consumativi differenziali – ricevitore dell'utilità – accettazione della promessa.

Il delitto di corruzione, secondo l'orientamento ormai prevalente della Corte Suprema, si configura come "reato a duplice schema, principale e sussidiario. Secondo quello principale, il reato viene commes-

so con due essenziali attività, strettamente legate tra loro e l'una funzionale all'altra: l'accettazione della promessa e il ricevimento dell'utilità, con il quale finisce per coincidere il momento consumativo, versandosi in un'ipotesi assimilabile a quella del reato progressivo. Secondo lo schema sussidiario, che si realizza quando la promessa non viene mantenuta, il reato si perfeziona con la sola accettazione della promessa che identifica il momento della consumazione del reato" (Cass. Sez. VI, c.c. 9.07.2007, n. 35118, dep. 20.09.2007, Fezia, in CE.D., rv: 237288; nello stesso senso v. anche Cass. S. ez. VI, ud. 4.05.2006, n. 33435, dep. 5.10.2006, Battistella ed altri, in CE.D., rv: 234360; Cass. Sez. VI, ud. 7.02.2003, n. 23248, dep. 17.05.2003, Zanotti ed altri, in CE.D., rv: 225669; Cass. Sez. VI, ud. 30.01.2003, n. 13619, dep. 25.03.2003, Lodigiani ed altri, in CE.D., rv: 224144); perciò, il reato di corruzione si consuma nel momento in cui viene raggiunto l'accordo, ma quando a questo segua, in logica successione temporale, la dazione effettiva del denaro e dell'utilità, il momento consumativo si sposta in avanti per coincidere con la dazione medesima (Cass. Sez. VI, ud. 4.05.2006, Il. 33435, dep. 5.10.2006, Battistella ed altri, cit.; Cass. Sez. VI, ud. 7.02.2003, n. 23248, dep. 17.05.2003, Zanotti ed altri, cit.).

Decreto 176

art. 334 c.p. (Sottrazione di beni in custodia) - Contrasto negativo di competenza – reato istantaneo – appropriazione del bene – irrilevanza - consumazione – luogo della rimozione o spostamento della cosa.

Il concetto di sottrazione del bene in custodia di cui all'art. 334 c.p. non implica quello di appropriazione, bastando ad integrarlo il semplice spostamento della cosa effettuato senza preavviso all'ufficiale giudiziario; pertanto, il luogo di consumazione del reato deve ritenersi quello della rimozione o spostamento della cosa in sequestro.

Decreto n. 163

art. 368 c.p. (Calunnia) - Contrasto negativo di competenza – reato istantaneo e di pericolo – consumazione – comunicazione all'autorità della falsa incolpazione

Il reato di calunnia, essendo reato istantaneo e di pericolo, si perfeziona, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione con la comunicazione all'autorità di una falsa incolpazione a carico di persona che si sa essere innocente.

Decreto n. 34

art. 368 c.p. (Calunnia) - Contrasto negativo di competenza – reato istantaneo e di pericolo – consumazione – reato commesso all'estero – criteri alternativi – prevalenza del criterio anagrafico

Tuttavia, quando il reato si sia consumato all'estero, risultano applicabili i criteri sanciti dall'art. 10 c.p.p. e, primieramente, il criterio di residenza, dimora o domicilio, mentre solo successivamente può trovare applicazione quello del luogo dell'arresto o della consegna dell'imputato o ancora quello del luogo in cui si è proceduto a iscrivere per prima la notizia di reato.

Decreto n. 58

Art. 416 c.p. (Associazione per delinquere) - Contrasto negativo di competenza – luogo di costituzione ignoto – determinazione della competenza – luogo dei primi segni di operatività

Nel caso in cui sia rimasto ignoto il luogo in cui l'associazione per delinquere sia stata costituita, occorre individuare il luogo in cui i primi segni dell'operatività dell'associazione per delinquere (reato più grave) si sono concretamente manifestati. Tale criterio in difetto della conoscenza del luogo della genesi del reato associativo, vale a determinare la competenza territoriale secondo il costante indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte (Cass. Sez. VI, n. 26010, 23.4.2004-9.6.2004, Riv. 229972, Loccisano; nello stesso senso Cass. Sez. VI, n. 22286, 2.3.2006-23.6.2006, Riv. 234722, Savino; Cass. Sez. IV, n. 35229, 30.9.2005, Riv. 232081, Mercato Varquez).

Decreto n. 76, fra gli altri

Art. 416 bis. c.p. - art. 74 dpr. 309/90 (associazione di tipo mafioso ed associazione finalizzata al traffico di stupefacenti) - Contrasto negativo di competenza – luogo di costituzione ignoto – determinazione della competenza – luogo dei primi segni di operatività – legge istitutiva della Direzione Nazionale Antimafia – deroga alle regole sulla competenza territoriale – art. 51 bis c.p.p. - vis attractiva

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale ormai affermatosi (Cass. Sez. VI, ud. 30.09.2003, n. 4345, dep. 4.02.2004, Arone ed altri, in C.E.D., rv: 228675; Cass. Sez. VI, ud.4.12.2003, n. 2850, dep. 27.01.2004, Odigie Ogneide ed altri, in C.E.D., rv: 229767) deve precisarsi che l'art. 51, co. 3 bis c.p.p. prevede, limitatamente ai reati ivi contemplati, una deroga assoluta ed esclusiva alle regole sulla competenza per territorio, anche fuori dagli ambiti distrettuali, e stabilisce la "vis attractiva" di essi nei confronti dei reati connessi, che esulano

dalla previsione normativa, anche se si palesino di maggiore gravità (nella fattispecie, il reato associativo ex art. 74 dpr n. 309/1990 era connesso con il più grave reato ex artt. 73 e 80, co. 2 dpr cit., commesso in altro distretto). Tale decisione spiega che, con la legge istitutiva della Procura Nazionale Antimafia e delle sue articolazioni (DDA) – la quale attribuisce la competenza funzionale, per alcuni reati (tra cui l'art. 74 cit), a norma dell'art. 51, co. 3 c.p.p., all'ufficio del pubblico ministero presso il Tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente – si è introdotta una deroga alla competenza per territorio all'interno del distretto in favore del Tribunale del capoluogo del distretto stesso. Ma – aggiunge la Corte nella citata sentenza – la portata applicativa del principio ad essa sotteso è ben più ampia: nel senso che, per i reati in essa (art. 51, co. 3 c.p.p.) contemplati, la norma prevede, in sostanza una deroga assoluta ed esclusiva alle regole sulla competenza per territorio, anche fuori dagli ambiti distrettuali, e stabilisce una “vis attractiva” di essi (reati) nei confronti dei reati connessi, che esulino dalla previsione normativa, anche se si palesino di maggiore gravità. Pertanto, è necessario aver riguardo al luogo del commesso reato associativo (art. 74 dpr n. 309/1990), che da solo incardina la competenza funzionale della DDA.

Di conseguenza, assume rilievo il fatto che, registrandosi una deroga assoluta all'art. 16 c.p.p., il giudice naturale deve essere individuato in base al criterio principale dell'art. 8 c.p.p. e, se tale criterio si riveli inapplicabile, in base ai criteri sussidiari previsti dall'art. 9 c.p.p.

Dunque, il reato associativo in questione è un reato permanente e quindi la regola generale e principale da applicare è contenuta nell'art. 8, co. 3 c.p.p., secondo cui è competente il giudice del luogo in cui ha avuto inizio la consumazione. In difetto di elementi storicamente certi in ordine alla genesi del vincolo associativo, soccorrono (secondo la stessa giurisprudenza di legittimità) criteri presuntivi che valgono a radicare la competenza territoriale nel luogo in cui il sodalizio criminoso si manifesti, per la prima volta, all'esterno ovvero si concretino i primi segni della sua operatività, ragionevolmente utilizzabili come elementi sintomatici della genesi dell'associazione nello spazio. In tal senso le informative della polizia giudiziaria, le richieste di autorizzazioni e decreti per le intercettazioni, il capo di imputazione possono offrire elementi di valutazione congrui e convergenti per ritenere che i primi sintomi della genesi del reato permanente associativo si siano disgelati in un determinato luogo e quindi in un determinato circondario.

Art. 474 c.p. (Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi) - Contrasto negativo di competenza – introduzione nello Stato di prodotti con segni falsi - reato di pericolo – contro la fede pubblica – luogo in cui il bene risulta introdotto

Il reato di introduzione nel territorio dello Stato per fame commercio e commercio di prodotti con segni falsi, previsto dall'art. 474 c.p., è reato di pericolo, volto a tutelare non la libertà di determinazione dell'acquirente, ma la pubblica fede, intesa come affidamento dei consumatori nei marchi, quali segni distintivi della particolare qualità e originalità dei prodotti messi in circolazione (Cass. Sez. V, c.c. 20.9.2004, n.40835, dep. 20.10.2004, Chianella, in C.E.D., rv.: 230913); quindi, il delitto si consuma nell'area doganale ove sono pervenute, introdotte nel territorio dello Stato per farne commercio, le calzature con il marchio contraffatto.

Decreto n. 139

Artt. 477, 482 c.p. (Falsità materiale in certificati o autorizzazioni amministrative commessa dal privato) - Contrasto negativo di competenza - reato istantaneo – uso di atto falso - esclusione

In un caso di falsità materiale in patente di guida e carta d'identità (artt. 477 e 482 c.p.) questo ufficio, precisando che il reato è istantaneo e non richiede per la sua consumazione anche l'uso dell'atto falso, ha segnalato che esso si perfeziona nel momento e nel luogo in cui sia stata compiuta la falsificazione. Quando non risulta accertato il luogo della consumazione non può aversi riguardo al criterio previsto dall'art. 8 comma 1, c.p.p., nè al criterio sussidiario di cui all'art. 9, comma 1, c.p.p., in quanto deve escludersi la possibilità di considerare "parte dell'azione" la protrazione degli effetti del reato istantaneo e, quindi, attribuire la competenza, per tale via, al giudice del luogo in cui la detenzione e l'uso della res siano stati accertati. Pertanto, deve necessariamente aversi riguardo, trattandosi di indagato noto, al criterio sussidiario, dettato dall'art. 9, comma 2, c.p.p., del luogo di residenza domicilio o dimora dell'indagato.

Decreto n. 27, fra gli altri

Art. 483 c.p. (Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico) - Contrasto negativo di competenza – dichiarazioni doganali - false attestazioni – momento percettivo della falsa dichiarazione - necessità – rilevanza.

ricorre l'ipotesi di cui all'art. 483 c.p. nelle false attestazioni fatte nella dichiarazione doganale perché sia il registro delle operazioni che

le bollette doganali sono documenti pubblici; nell'ipotesi di cui all'art. 483 c.p. il momento consumativo coincide con la percezione della falsa dichiarazione da parte del pubblico ufficiale, non già con il momento in cui il privato forma la falsa dichiarazione, e quindi la competenza territoriale va determinata nel luogo in cui la falsa attestazione del privato perviene al pubblico ufficiale,

art. 485 c.p. (Falsità in scrittura privata) – Contrasto negativo di competenza – uso di atto falso – necessità – primo atto di uso del documento - rilevanza

Poiché il reato di falsità in scrittura privata richiede per la sua consumazione anche l'uso della scrittura falsificata, si è precisato, in linea con la giurisprudenza affatto costante, che il reato si perfeziona con il primo atto di uso del documento falso.

Decreto n. 35, fra gli altri

art. 485 c.p. (Falsità in scrittura privata) – Contrasto negativo di competenza – titoli di credito – uso di atto falso – necessità – luogo di prima negoziazione - irrilevanza

Ma, in caso di negoziazione di assegno, il luogo della prima negoziazione può costituire circostanza rilevante agli effetti della identificazione del luogo di consumazione del reato solo se essa è riferibile al presunto autore del reato, mentre rimane del tutto irrilevante se attribuibile indifferentemente ad uno dei giranti e presentatori, anche in buona fede del titolo.

Art. 572 c.p. (Maltrattamenti) - Contrasto negativo di competenza – maltrattamenti – permanenza – esclusione - abitualità – consumazione – ultimo atto

Con riferimento al reato di maltrattamenti si è precisato che il reato di maltrattamenti è reato abituale poiché è caratterizzato dalla sussistenza di una serie di fatti i quali, isolatamente considerati, potrebbero anche non costituire delitto, ma che rinvergono la ratio dell'antigiuridicità penale nella loro reiterazione, che si protrae nel tempo, e nella persistenza dello elemento intenzionale; pertanto, poiché i fatti debbono essere molteplici e la reiterazione presuppone un arco di tempo che può essere più o meno lungo, ma comunque apprezzabile, la consumazione del reato si perfeziona con l'ultimo di questa serie di fatti (cft. Cass. Sez. 6, Sentenza n. 3032 del 16/12/1986 Ud. (dep. 13/03/1987) Rv. 175315; Nenna; nella specie la suprema Corte ha disatteso la tesi, sostenuta dal ricorrente, relativa al rinveni-

mento della competenza per territorio nel luogo ove aveva avuto inizio la consumazione, motivata dalla assimilabilità del reato abituale a quello permanente; v. anche mass n. 135000; n. 115743; n. 113944).

Decreto n. 96

Art. 589 c.p. (omicidio colposo) - Contrasto negativo di competenza – criterio residuale del luogo della prima iscrizione della notizia di reato, in difetto di conoscenza dell’indagato o indagati (ignoti), dell’unicità ovvero della pluralità delle azioni causali indipendenti.

Quando non sia noto né conoscibile il luogo oppure i luoghi dove, ai sensi dell’art. 8, co. 2 c.p.p., è avvenuta la condotta attiva o omissiva che ha dato origine alla malattia dalla quale è derivata la morte (intervenuta in luogo diverso, Perugia) occorre indagare circa i luoghi in cui sono state realizzate eventuali colpose condotte causali indipendenti, commesse da soggetti distinti in luoghi diversi, le quali hanno determinato la morte (ipotesi di cui agli artt. 12, co. 1 lett. a) c.p.p. e 16, co. 2 c.p.p.). Ma, se neppure tali luoghi appaiono conoscibili, la competenza territoriale a procedere per il reato ipotizzato di omicidio colposo non può essere determinata né ai sensi dell’art. 8, co. 2 c.p.p., né ai sensi degli artt. 16, co. 2 c.p.p. in relazione all’art. 12 lett. a) c.p.p., né ai sensi dell’art. 9, co. 1 e 2 c.p.p., non essendo state individuate, neppure in parte, l’azione o l’omissione dalle quali è derivata la morte della persona offesa e trattandosi di procedimento contro ignoti. L’unico criterio suppletivo applicabile ai fini della determinazione della competenza territoriale è, pertanto, quello previsto dall’art. 9, co. 3 c.p.p., riferito al luogo ove ha sede l’ufficio del p.m. che ha provveduto ad iscrivere per primo la notizia di reato nell’apposito registro.

Decreto n. 218

Art. 590 c.p. (Lesioni colpose) - Contrasto negativo di competenza – lesioni colpose nel Palazzo di Giustizia- lavoratore non dipendente - infortunio sul lavoro – configurabilità – criterio di competenza dettato dall’art. 11 c.p.p.

In materia di responsabilità per l’igiene e la sicurezza dei luoghi di lavoro relativi agli uffici giudiziari, il dovere di sicurezza incombe (oltre al titolare del potere di spesa, spettante all’organo del comune (sindaco o assessore delegato al patrimonio immobiliare o direttore dell’ufficio tecnico dotato di poteri decisori) anche sul titolare del potere di controllo, attribuito dall’art. 2 del d.lgs 19.03.1996 n. 242 e, sulla base di questo, dal decreto del Ministro della Giustizia del

18.11.1996 di attuazione, ai capi degli uffici giudiziari, che, in tal modo hanno assunto la qualità di datori di lavoro, ai sensi dell'art. 2, co. 1 letto b) del d.lgs 19.09.1994, n. 626 in relazione all'art. 30 d. 19s n. 242/1996 e art. 1lett. g) D. M. 18.11. 1996 (Cass. Sez. m, ud. 2.03.2001, n. 20904, dep. 23.05.2001, Mazza Ricci G., in C.E.D., rv: 219010; nello stesso senso v. anche Cass. Sez. III, ud. 16.12.1999, n. 2080, dep. 23.02.2000, Leggiadro E., in C.E.D., rv: 215525). Inoltre, in tema di lesioni e di omicidio colposo, perché possa ravvisarsi l'ipotesi del fatto commesso con violazione delle norme dirette a prevenire gli infortuni sul lavoro, è sufficiente che sussista tra siffatta violazione e l'evento dannoso un legame causale, il quale non può ritenersi escluso solo perché il soggetto colpito da tale evento non sia un lavoratore dipendente o soggetto equiparato, in quanto le norme antinfortunistiche tutelano anche il soggetto passivo estraneo all'attività e all'ambiente di lavoro, purché la presenza di tale soggetto nel luogo e nel momento dell'infortunio non abbia i caratteri di anormalità, atipicità ed eccezionalità da far ritenere interrotto il nesso di causalità tra l'evento e la condotta inosservante (Cass. Sez. IV, ud. 10.11.2005, n. 11360, dep. 31.03.2006, Sartori ed altri, in C.E. D., rv: 233662). La competenza a procedere in ordine all'ipotesi di reato sopra descritta e consumata nel Palazzo di Giustizia appartiene al P.M. presso il Tribunale competente ai sensi dell'art. 11 c.p.p., potendo emergere a carico dei magistrati capi degli uffici giudiziari elementi di responsabilità;

Art. 594 c.p. (Ingiuria) e art. 612 c.p. (Minaccia) - Contrasto negativo di competenza- reato commesso a mezzo di posta elettronica – consumazione nel luogo in cui il soggetto passivo percepisce le espressioni ingiuriose o minacciose.

I reati di ingiuria e minaccia si consumano nel momento e nel luogo in cui il soggetto passivo percepisce le espressioni ingiuriose e minacciose; nella specie, tale luogo è quello ove risiede la persona offesa, che ha percepito dette espressioni attraverso la lettura dei messaggi pervenuti sulla sua casella di posta elettronica.

Decreto n. 150

Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione a mezzo stampa – determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri – deposito presso la Prefettura – esclusione – verifica del luogo in cui è stata confezionata la pubblicazione - legatoria ed incellophanatura - necessità

Il reato di diffamazione a mezzo stampa si consuma nel luogo e nel momento in cui ha avuto diffusione la notizia di stampa ritenuta lesiva, la quale di solito coincide con il luogo della stampa, nella ragionevole presunzione che, una volta uscito lo stampato dalla tipografia, si verifica l'immediata possibilità che esso venga letto da altre persone e, quindi, la diffusione dello stesso in senso potenziale (Cass. Sez. V, 26 novembre 2002, Calabrese, RIV. 222722; Sez. I, 14 giugno 2007, Filippi, Guida Dir. 2007, n. 38, p. 96). Per stabilire il momento consumativo del reato, alcuni provvedimenti di questa Procura e talune decisioni della Corte di Cassazione avevano individuato la prima diffusione dello stampato nel deposito obbligatorio presso gli uffici di Prefettura. Sennonché, a seguito dell'entrata in vigore del D.P.R. 3 maggio 2006, n. 252, è venuto meno l'obbligo di deposito preventivo delle pubblicazioni presso la Prefettura, Tale deposito può oggi avvenire entro 60 giorni dalla pubblicazione e, quindi, non appare più utile per determinare il momento della diffusione.

Si impone, quindi, il ritorno al criterio generale che rimanda all'accertamento del luogo di stampa. Tuttavia, si è registrato che alcuni giornali vengono sottoposti ad una particolare procedura industriale di "incellophanatura". Così, ad esempio, il settimanale "L'Espresso" presenta una peculiare procedura di allestimento, diversa rispetto ai normali quotidiani, venendo allestito, dopo la stampa, da una legatoria sita in Ariccia (RM), e venendo ancora successivamente incellophanato da ditta operante in Pavona, frazione del Comune di Albano Laziale (circondario di Velletri). Tenuto conto delle modalità di confezionamento della rivista, questo ufficio ha ritenuto che la prima diffusione avviene subito dopo la incellophanatura, allorquando il settimanale è pronto per essere distribuito ai rivenditori, con immediata possibilità, quindi, che esso venga letto da persone estranee al procedimento di redazione e stampa.

Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione via internet – consumazione -determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri – impossibilità di individuare il luogo e il momento in cui i terzi percepiscono l'offesa – criterio generale – esclusione – criteri sussidiari – luogo di residenza domicilio o dimora – necessità

L'inserimento di frasi offensive o di immagini denigratorie nella rete telematica (internet) dà luogo ad un reato di evento (diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, co. 3 c.p. attesa la particolare diffusività del mezzo utilizzato) che si consuma, secondo le ordinarie norme

(mancando una disposizione derogatoria della competenza come quella prevista dalla legge 6.08.1990 n. 223) sulla competenza, nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa (in tal senso v. Cass. Sez. V, c.c. 17.11.2000, n. 4741, dep. 27.12.2000, Ignoti, i C.E.D., rv: 217745). In particolare, la Corte Suprema ha precisato che: *“La diffamazione è un reato di evento, inteso quest’ultimo come avvenimento esterno all’agente e casualmente collegato al comportamento di costui. Si tratta di un evento non fisico, ma per così dire psicologico, consistente nella percezione del terzo (rectius terzi) della espressione offensiva. Il reato, dunque, si consuma non al momento della diffusione del messaggio offensivo, ma al momento della percezione dello stesso da parte di soggetti che siano “terzi” rispetto all’agente ed alla persona offesa. Nel caso in cui l’offesa venga arrecata tramite internet l’evento appare temporalmente, oltre che concettualmente, ben differenziato dalla condotta: in un primo tempo, si avrà l’inserimento in “rete” da parte dell’agente degli scritti offensivi e/o delle immagini denigratorie, e solo in un secondo tempo, i terzi, connettendosi con il “sito” e percependo il messaggio, consentiranno la verifica dell’evento”* (Cass. Sez. V, c.c. 17.11.2000, n. 4741, dt. Nello stesso senso v. Cass. Sez. V, ud. 21.06.2006, n. 25875, dep. 25.07.2006, Cicino ed altro, in C.E. D., rv: 234528). Del resto, tale orientamento giurisprudenziale è conforme alla natura eccezionale e speciale delle norme di cui all’art. 30 legge n. 223/1990, che, in quanto tali, non possono essere suscettibili di interpretazione estensiva o analogica e, quindi, valgono esclusivamente, in tema di trattamento sanzionatorio e di competenza territoriale, per il reato di diffamazione con attribuzione di fatto determinato, commesso attraverso trasmissioni radiofoniche e/ o televisive.

Peraltro, quando non sono noti né il luogo in cui le espressioni, inserite nella rete telematica, lesive della reputazione della persona offesa, sono state percepite da terzi (art. 8 c.p.p.), né il luogo in cui l’agente ha immesso le stesse nel relativo “sito” web, condotta che costituisce una parte dell’azione (art. 9, co. 1 c.p.p.) per la consumazione del delitto de quo, deve farsi ricorso al criterio suppletivo di cui all’art. 9, co. 2 c.p.p., cioè al luogo di residenza, domicilio o dimora dell’indagato, ovvero ancora al criterio suppletivo di cui all’art. 9, comma 3 c.p.p..

Decreti n. 1 e 2, fra gli altri

Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione via internet – consumazione -determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri – impossibilità di individuare il luogo e il momento in cui

i terzi percepiscono l'offesa – criterio generale – esclusione – criteri sussidiari – luogo di residenza domicilio o dimora - necessità

Seguendo lo stesso indirizzo, in alcuni casi riguardanti diffamazione via internet l'ufficio ha altresì ritenuto che il delitto - reato di evento - si consuma nel luogo e nel momento in cui i terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa, non in quello in cui la persona offesa ha contezza dell'avvenuta offesa alla sua reputazione. Trovandosi nell'impossibilità di individuare le persone che sono venute a conoscenza della pubblicazione delle notizie, non possono quindi trovare applicazione le regole dell'art. 8, bensì quelle suppletive dell'art. 9, ed in particolare la regola che attribuisce rilevanza al luogo di residenza, dimora o domicilio dell'imputato, e, se l'imputato è ancora ignoto, la regola di cui al comma 3, secondo cui la competenza si radica nell'ufficio del P.M. che per primo ha iscritto la notizia di reato nel registro ex art. 335 c.p.p. che, invero, il reato di diffamazione si consuma nel momento e nel luogo in cui si attua la comunicazione con più persone lesiva dell'altrui reputazione.

Nell'affermare tale principio si è richiamato quanto precisato dalla Corte Suprema, cioè che: *“La diffamazione è un reato di evento, inteso quest'ultimo come avvenimento esterno all'agente e casualmente collegato al comportamento di costui. Si tratta di un evento non fisico, ma, per così dire psicologico, consistente nella percezione del terzo (rectius terzi) della espressione offensiva; e, dunque, il reato si consuma non al momento della diffusione del messaggio offensivo, ma al momento della percezione dello stesso da parte di soggetti che siano “terzi” rispetto all'agente ed alla persona offesa. Nel caso in cui l'offesa venga arrecata tramite internet l'evento appare temporalmente, oltre che concettualmente, ben differenziato dalla condotta: in un primo tempo, si avrà l'inserimento in “rete” da parte dell'agente degli scritti offensivi e/ o delle immagini denigratorie, e solo in un secondo tempo, i terzi, connettendosi con il “sito” e percependo il messaggio, consentiranno la verifica dell'evento”* (Cass. Sez. V, c.c. 1 7.11.2000, n. 4741, dt. Nello stesso senso v. Cass. Sez. V, ud. 21.06.2006, n. 25875, dep. 25.07.2006, Cicino ed altro, in C.E. D., rv: 234528).

Decreti n. 159 e n. 211

Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione via internet – tentativo - determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri – impossibilità di individuare il luogo e il momento in cui i terzi percepiscono l'offesa – criterio generale – esclusione – criteri sus-

sidariii – luogo di residenza domicilio o dimora – esclusione – luogo di immissione nel web - necessità

Nel ribadire il principio di cui sopra, si è altresì precisato che il diverso luogo nel quale risultano immesse nel web le espressioni ritenute lesive dell'altrui reputazione potrebbero venire in considerazione solo qualora mancasse l'effettiva percezione della notizia, e, quindi, nel caso di reato tentato.

Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione a mezzo trasmissione televisiva – consumazione -determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri in deroga – luogo di residenza della persona offesa - necessità

Il reato di diffamazione a mezzo di trasmissione televisiva si consuma nel momento e nel luogo in cui avviene la diffusione della trasmissione televisiva; l'art. 30 l. 223/90 deroga alla disciplina generale disponendo che, quando vi sia attribuzione di un fatto determinato, la competenza territoriale è determinata in base al luogo di residenza della persona offesa.

Art. 595 c.p. (Diffamazione) - Contrasto negativo di competenza – diffamazione a mezzo trasmissione televisiva – consumazione -determinazione del luogo e del momento in cui ha avuto diffusione la notizia – criteri in deroga – luogo di residenza della persona offesa – residenza estera – esclusione – ritorno ai criteri generali - necessità

Tuttavia, in un caso in cui la persona offesa risultava risiedere all'estero, questo ufficio, ritenendo non più applicabile la disciplina derogatoria, ha determinato la competenza territoriale in base alla regola dell'art. 8 c.p.p. con riguardo al luogo di consumazione del reato, avvenuto in Roma negli studi RAI.

art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa – reato istantaneo di danno - consumazione – conseguimento di assegni bancari – messa all'incasso dei titoli

Il reato di truffa – essendo reato istantaneo e di danno - si perfeziona, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione (Cass. SS.UU. 16/12/1998 n. 17, Cellammare, RIV. 212080; Cass. SS.UU. 21.6.2000, n. 18, Franzo ed altri, RIV. 216429) nel luogo del conseguimento dell'effettivo profitto, con il contestuale concreto danno patrimoniale subito dalla parte offesa;

In particolare, si è affermato il principio secondo cui *“quando il reato abbia come oggetto immediato il conseguimento di assegni bancari, il danno si verifica nel momento in cui i titoli vengono posti all’incasso, ovvero usati come normali mezzi di pagamento, mediante girata a favore di terzi portatori legittimi”* (Cass. Se. II, 24.1.2002 n. 28928, Migliorini, RIV. 226745; id. sez. II del 28.10.1997, n. 1136, Stabile, RIV. 209671; sez. VI, 24.5.2000, n. 10539, Marcoccia, RIV. 217308); che, pertanto, nel caso di specie, il luogo di consumazione dell’ipotizzato reato di truffa in danno del querelante non è il luogo in cui sono stati consegnati gli assegni da parte del querelante, bensì il luogo in cui la persona ignota indagata ha posto all’incasso uno degli assegni intestati in suo favore.

Decreto n. 105, fra gli altri

art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa contrattuale – reato istantaneo di danno - consumazione – effettivo conseguimento del bene – luogo deputato al pagamento

Confermando l’orientamento di cui sopra, si è in particolare ritenuto, in caso di truffa contrattuale, in cui l’agente (ditta committente di un appalto di opere edili) avrebbe posto in essere una condotta fraudolentemente volta ad accreditare la propria solvibilità, in modo da ottenere la prestazione d’opera dalla ditta appaltatrice (ristrutturazione di un immobile) senza adempiere alle proprie obbligazioni (S.A.L. e saldo finale), che il reato si consuma nel momento e nel luogo in cui si realizza l’effettivo conseguimento del bene da parte dell’agente con correlativa definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato; che, dunque, il danno si realizza nel luogo in cui il pagamento del saldo da parte della ditta committente si sarebbe dovuto perfezionare; che, in definitiva, deve aversi riguardo, nel particolare caso in esame, al luogo in cui i lavori sono stati eseguiti ed in cui l’appaltatore avrebbe dovuto ricevere il corrispettivo delle proprie prestazioni.

Decreto n. 126

Sviluppando il medesimo principio, si è sostenuto che nel caso di compravendita di cose mobili con consegna a mezzo vettore, laddove quest’ultimo abbia agito per conto del compratore, il reato si consuma nel luogo in cui la merce viene consegnata al trasportatore, attraverso il quale l’agente consegue la disponibilità giuridica e materiale dei beni.

Decreto n. 234

art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza –

particolare forma di truffa contrattuale – reato istantaneo di danno - consumazione – stipulazione dei nuovi accordi sui pagamenti già dovuti.

Quando, però, la fattispecie sia individuata nell'artificioso ed indebito conseguimento da parte delle persone sottoposte alle indagini (ben consapevoli della impossibilità di adempiere regolarmente l'obbligazione di pagamento dei titoli di credito ceduti in sostituzione di quelli in scadenza) della dilazione del pagamento a mezzo del rinnovo dei titoli di credito in precedenza rilasciati in pagamento e in scadenza, a tale figura criminosa non può riferirsi il criterio alla stregua del quale il danno rilevante per l'individuazione del luogo di consumazione del reato si verifica nel momento in cui i titoli vengono posti all'incasso; in caso di ri-negoziazione dei termini di adempimento di pregresse obbligazioni, ottenuto attraverso artifici e raggiri quanto alla solvibilità e attraverso il rilascio di titoli poi non onorati, il momento consumativo del reato non può essere posposto alla fase in cui i nuovi titoli sono stati messi all'incasso e protestati, dovendo bensì essere individuato già all'atto della stipulazione dei nuovi accordi sui pagamenti dovuti, funzionalmente alla quale venivano maliziosamente rilasciati i titoli in questione.

Decreto n. 180

art. 640 c.p (truffa) – truffa contrattuale ai danni di una società di finanziamento per l'acquisto di auto – mutuo - reato istantaneo e di danno – momento consumativo - materiale erogazione del danaro.

La truffa contrattuale si consuma non già quando il soggetto passivo assume per effetto di artifici e raggiri l'obbligazione della datio di un bene economico, ma nel momento in cui si realizza l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente e la definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato.

In particolare, in tema di mutuo il reato si consuma con la consegna del danaro. Quindi, nel caso di finanziamento per l'acquisto di un'autovettura il reato si consuma non già nel momento in cui la società finanziatrice ha deliberato la concessione del finanziamento, bensì nel momento in cui il denaro è stato materialmente erogato al richiedente tramite il beneficiario concessionario; è infatti in tale momento che si ha l'effettiva diminutio patrimonii della p.o. e l'ingiusto profitto dell'agente.

Decreto n. 193

art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa ai danni di compagnia assicuratrice – reato istantaneo di danno - consumazione – effettivo conseguimento del bene – luogo deputato al pagamento

Nel caso di truffa consumata in danno di una compagnia assicuratrice, il reato si consuma nel luogo e nel momento in cui l'agente ha ricevuto la polizza assicurativa nonché i relativi documenti assicurativi, a fronte del pagamento di un premio assicurativo corrisposto nella misura inferiore a quello che il cliente avrebbe dovuto versare se avesse prodotto una genuina e veridica documentazione in ordine all'effettivo luogo di residenza.

Decreto n. 47

art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa con carta Poste Pay - reato istantaneo di danno - consumazione – effettivo conseguimento del bene – luogo deputato al pagamento

In caso di truffa commessa ricaricando una carta Poste Pay, la deminutio patrimonii del soggetto passivo si realizza nel momento in cui viene compiuta l'operazione di ricarica e, quindi nel luogo in cui ha sede l'ufficio postale utilizzato; contestualmente con la disponibilità sulla carta della somma versata si verifica l'ingiusto profitto dell'agente a prescindere dal luogo in cui la somma viene effettivamente riscossa, giacchè l'arricchimento è costituito dalla mera disponibilità, non già dall'effettiva spesa o prelievo della somma

Decreto n. 29, fra gli altri

art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa – reato istantaneo di danno - tentativo – ultimo atto dell'iter criminoso – spedizione di un messaggio – luogo di destinazione

In tema di tentata truffa, competente a giudicare è il giudice del luogo in cui sia stato compiuto l'ultimo atto dell'iter criminis diretto a commettere il reato; che, pertanto, deve ritenersi tuttora prevalente l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“Allorquando l'ultimo atto di esecuzione del delitto di tentata truffa consista nella spedizione di un messaggio, il luogo che viene in considerazione è quello in cui il proposito fraudolento raggiunge il destinatario del messaggio stesso, ossia dove sarebbe rimasto indotto in errore il soggetto passivo della truffa qualora l'evento consumativo si fosse verificato”* (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 2615 del 06/12/1967 Cc. (dep. 08/03/1968) Rv. 107113; Mo-

lina; Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 2548 del 28/11/1967 Cc. (dep. 05/02/1968) Rv. 106643; Pater).

Decreto n. 9, fra gli altri

art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – truffa in danno della società autostrade – reato istantaneo di danno - consumazione – effettivo conseguimento del bene – luogo deputato al pagamento

Nel fatto di chi prelevi due tagliandi di accesso autostradale invece di un solo biglietto e consegni uno dei due biglietti ad altro conducente di veicolo, traendo in tal modo un ingiusto profitto rappresentato dall'utilizzo del tagliando al casello d'uscita, con vantaggio patrimoniale costituito dal minor prezzo pagato rispetto al dovuto, questo ufficio ha ritenuto di configurare il reato di truffa, non già quello di furto, ravvisandosi nella condotta gli elementi costitutivi del primo reato;

Tanto premesso, si è ribadito che il reato di truffa – essendo reato istantaneo e di danno - si perfeziona, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione (Cass. SS.UU. 16/12/1998 n. 17, Cellammare, RIV. 212080; Cass. SS.UU. 21.6.2000, n. 18, Franzo ed altri, RIV. 216429) nel luogo del conseguimento dell'effettivo profitto, con il contestuale concreto danno patrimoniale subito dalla parte offesa; che, in particolare, il prelievo del secondo biglietto non ha alcuna autonoma rilevanza, rappresentando unicamente la modalità con cui i conducenti degli automezzi, previo accordo fra loro, hanno ritenuto di poter trarre vantaggio a danno dell'ente autostradale; che il reato di truffa, come configurato, si consuma all'uscita del casello autostradale, ove l'ignoto conducente ha percepito l'ingiusto profitto del pagamento del prezzo inferiore commisurato ad un percorso più breve, con danno ingiusto per la società autostradale.

art. 640 c.p. (Truffa) - Contrasto negativo di competenza – reiterato transito senza tessera attraverso il varco riservato Viacard – connessione – qualificazione giuridica del reato (truffa o insolvenza fraudolenta in danno della società autostrade) – irrilevanza – luogo in cui si verifica il transito senza il contestuale pagamento – luogo deputato al pagamento

Nel caso di reiterate condotte di transito autostradale senza pagamento del pedaggio, scontata la continuazione, si è ritenuto che, indipendentemente dalla configurazione della ipotesi di reato più aderente al caso concreto (si veda sul tema specifico: Cass. Sez. 2, Sentenza

n. 26289 del 18/05/2007 Ud. (dep.06/07/2007) Rv. 237150, Piccoli e altro, secondo cui integra il delitto di truffa, per la presenza di raggiri finalizzati ad evitare il pagamento del pedaggio, la condotta di chi transita con l'autovettura attraverso il varco autostradale riservato ai possessori di tessera Viacard pur essendo sprovvisto di detta tessera) i reati in esame paiono avvinti da connessione, ricorrendo molteplici ipotesi contemplate nell'art. 12 c.p.p.; che, in presenza di reati connessi, per la determinazione della competenza per territorio, ove i reati siano di pari gravità occorre far riferimento al primo reato in ordine di tempo; che, invero, il reato di truffa - essendo reato istantaneo e di danno - si perfeziona, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione (Cass. SS.UU. 16/12/1998 n. 17, Cellammare, RIV. 212080; Cass. SS.UU. 21.6.2000, n. 18, Franzo ed altri, RIV. 216429) nel luogo del conseguimento dell'effettivo profitto, con il contestuale concreto danno patrimoniale subito dalla parte offesa; che il reato di insolvenza fraudolenta si consuma per giurisprudenza costante nel momento in cui si verifica l'inadempimento.

Decreto n. 168

Approfondendo la questione riguardante la qualificazione giuridica della condotta, questo Ufficio non ha mancato di rilevare che essa fu risolta dalle Sezioni Unite con riferimento a un contrasto tra Sezioni semplici che tuttavia non concerneva direttamente tale questione (pacificamente risolta in passato nel senso della riconduzione della condotta alla fattispecie di insolvenza) ma quella del permanere della ipotesi incriminante, pur dopo la previsione di uno specifico illecito amministrativo. La Corte di Cassazione ebbe modo di esaminare il reato di cui all'art. 641 c.p., enucleandone anche gli aspetti che lo distinguono da quello di truffa (*"L'insolvenza fraudolenta si distingue dalla truffa perché la frode non viene attuata mediante i mezzi insidiosi dell'artificio o del raggirio ma con un inganno rappresentato dallo stato di insolvenza del debitore e della dissimulazione della sua esistenza finalizzato all'inadempimento dell'obbligazione, in violazione di norme comportamentali."*) e sottolineando la rilevanza dell'impossibilità ad adempiere ai fini della completa integrazione della fattispecie. Ne consegue la conferma del costante orientamento giurisprudenziale secondo cui *"l'inadempimento [è] un elemento costitutivo del reato il quale si consuma non nel momento in cui viene posta in essere l'obbligazione o in quello in cui viene a manifestarsi lo stato di insolvenza bensì in quello dell'inadempimento, che costituisce l'ultima fase dell'iter criminoso"*. Tuttavia una recente decisione della Suprema Corte (Sez. 2, Sentenza

n. 26289 del 18/05/2007) ha ritenuto che l'accesso al casello riservato ai titolari di carta Viacard o similari, pur senza esser in possesso di tale titolo di pagamento, integri il delitto di truffa e non di insolvenza fraudolenta, in quanto *"in tale comportamento deve ravvisarsi una consapevole condotta raggirante finalizzata in maniera inequivoca a sottrarsi al pagamento del pedaggio dovuto"*.

Sembrerebbe dunque doversi distinguere tra le ipotesi in cui l'inadempimento consegue a una mera dichiarazione di non poter adempiere da quello in cui - in alternativa o in aggiunta ad essa - vi è il consapevole utilizzo di un mezzo di adempimento per il quale non si ha titolo.

Va, però, conclusivamente rilevato che il luogo di consumazione del delitto è comunque quello coincidente col casello di uscita, ove si verifica l'inadempimento e dunque si consuma l'ipotesi di insolvenza fraudolenta, oppure si realizzano i raggiri, nell'ipotesi che si acceda all'impostazione segnalata da ultimo.

Decreto n. 182

640 bis c.p. (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) – Mandati di pagamento – luogo di riscossione – luogo di emissione - ininfluenza

Il reato di cui all'art. 640 bis c.p. si consuma nel momento e nel luogo in cui vengono materialmente riscossi, mediante messa all'incasso, i mandati di pagamento. Se tale luogo non è noto, non potendo sopperire alla verifica effettiva un mero giudizio di verosimiglianza, è ininfluenza il luogo in cui sono stati emessi i mandati di pagamento, perché è solo con la loro riscossione che si consuma il reato.

Decreto n. 121

640 e 642 c.p. (truffa e fraudolento danneggiamento di beni assicurati) – caratteri distintivi – terzo estraneo al rapporto assicurativo – configurabilità del tentativo di truffa.

Il delitto di cui all'art 642 c.p. richiede quale presupposto che tra agente e parte offesa sussista un valido contratto di Assicurazione per cui l'Azione del primo induca l'assicuratore a risarcirgli il danno. Ove un terzo, estraneo al rapporto assicurativo, all'insaputa dell'assicurato commetta una simulazione di infortunio al fine di conseguire il prezzo dell'Assicurazione, risponde di truffa, consumata o tentata, nei confronti dell'assicurato e non già del delitto di cui all'art 642 c.p. essendo egli del tutto estraneo al rapporto assicurativo (Cass. Sez. I, Sentenza n. 361 del 07/03/1967 Ud. (dep. 02/08/1967) Rv. 105163; De Mat-

tia). Per altro verso, il reato di fraudolenta distruzione (di cui all'art. 642 c.p.) costituisce ipotesi speciale rispetto al reato di truffa, recando gli stessi elementi caratterizzanti la truffa ed in più, come elemento specializzante, il fine di tutela del patrimonio dell'assicuratore.

In ragione di tali principi si è rappresentato che, nel caso la denuncia di sinistro risulti presentata da terzi estranei al rapporto assicurativo (presunti danneggiati dal sinistro), debba essere correttamente configurata la fattispecie astratta della truffa, piuttosto che quella del fraudolento danneggiamento dei beni assicurati; e che, in considerazione del mancato conseguimento del profitto, debba essere configurata l'ipotesi della tentata truffa.

Decreto n. 204

642, comma 2, c.p. (fraudolento danneggiamento di beni assicurati) -terzo estraneo al rapporto assicurativo - configurabilità del reato - momento consumativo.

Quando, invece il denunciante sia l'assicurato, nelle condotte descritte dal comma secondo dell'art. 642 c.p., come novellato dall'art. 24 della legge 12 dicembre 2002 n. 273, occorre distinguere diverse fattispecie. Quella oggi in esame è integrata dalla condotta di chi "denuncia un sinistro non accaduto". Tale condotta si consuma dunque non con la materiale predisposizione di un atto ma con la condotta tipica costituita dal denunciare il sinistro non verificatosi. Tale condotta è diversa da quella di chi cagioni a se stesso lesioni a fini risarcitori, oppure distrugga, falsifichi, alteri elementi di prova o documenti, con la medesima finalità. E' evidente che la denuncia, proprio per la sua finalità di portare a conoscenza di terzi circostanze rilevanti ai fini della determinazione di effetti giuridici, si perfeziona nel momento in cui - uscita dalla sfera del denunciante - perviene in quella del destinatario. Sul punto soccorre peraltro giurisprudenza di legittimità in materia di concorso tra diverse ipotesi di calunnia (diretta e indiretta o materiale) che, pur risalente (3225/85) e avente riguardo a ipotesi di reato ben diversa, ben si ataglia alle distinte fattispecie descritte nell'art. 642,2° comma c.p..

Decreto n. 185

644 c.p. (usura) - Contrasto negativo di competenza - usura - reato a condotta frazionata o a consumazione prolungata - consumazione

In ordine al reato di usura si è richiamata costante giurisprudenza, secondo cui il delitto rientra nella categoria dei reati a condotta

frazionata o a consumazione prolungata, in cui i pagamenti effettuati dalla persona offesa, in esecuzione del patto usurario, compongono il fatto lesivo penalmente rilevante, di cui segnano il momento consumativo sostanziale.

Decreto n. 3

Successivamente, si è ulteriormente precisato che il reato di usura si perfeziona, secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione (cfr. fra le altre, Cass. Sez. 2, Sentenza n. **10126** del **27/05/1992** Ud. (dep. **22/10/1992**) Rv. **192854**, Di Puccio) nel momento in cui l'agente si fa dare o promettere gli interessi o gli altri vantaggi usurari ed è al momento della conclusione di tale specifico patto che deve farsi riferimento per accertare la sussistenza degli estremi del reato.

In un caso in cui il patto di natura usuraria si sia perfezionato prima con un collaboratore di una società di finanziamento e poi con la sottoscrizione del contratto da parte del responsabile della società finanziatrice, si è precisato che l'usura, in effetti, si presenta come un reato a schema duplice, costituito da due fattispecie - destinate strutturalmente l'una ad assorbire l'altra con l'esecuzione della pattuizione usuraria - aventi in comune l'induzione del soggetto passivo alla pattuizione di interessi od altri vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, delle quali l'una è caratterizzata dal conseguimento del profitto illecito e l'altra dalla sola accettazione del sinallagma ad esso preordinato. Nella prima il verificarsi dell'evento lesivo del patrimonio altrui si atteggia non già ad effetto del reato, più o meno esteso nel tempo in relazione all'eventuale rateizzazione del debito, bensì ad elemento costitutivo dell'illecito il quale, nel caso di integrale adempimento dell'obbligazione usuraria, si consuma con il pagamento del debito, mentre nella seconda, che si verifica quando la promessa del corrispettivo, in tutto o in parte, non viene mantenuta, il reato si perfeziona con la sola accettazione dell'obbligazione rimasta inadempita (così Cass. Sez. 2, Sentenza n. 11837 del **10/12/2003** Ud. (dep. **11/03/2004**) Rv. **228381**, Sideri e altro). Si è, pertanto, concluso che il luogo di consumazione del reato di usura, così ipotizzato, è il luogo in cui si è perfezionato l'accordo di tipo usurario, non il luogo in cui risulta apposta la definitiva firma del responsabile sulla modulistica approntata per la domanda di finanziamento.

646 c.p. (Appropriazione indebita) - Contrasto negativo di competenza – reato istantaneo di mera condotta - luogo e mo-

mento dell'interversione del possesso - consumazione - conoscenza del fatto da parte della persona offesa - rilevanza ai soli fini della querela

Con riguardo al reato di appropriazione indebita, in presenza di un contrasto giurisprudenziale emerso nella recente giurisprudenza di legittimità, l'ufficio della Procura Generale si è attestato sul principio, nettamente prevalente, secondo cui *"Il delitto di appropriazione indebita si consuma nel momento e nel luogo in cui interviene l'interversione del possesso della cosa, cioè in cui l'agente tiene consapevolmente un comportamento oggettivamente eccedente la sfera delle facoltà ricomprese nel titolo del suo possesso ed incompatibile con il diritto del proprietario. L'appropriazione, pertanto, si verifica immediatamente per effetto del mutamento del titolo del possesso e il reato è istantaneo e di mera condotta, non richiedendosi la produzione di un effetto ulteriore ne' un elemento che lo perfezioni, e si consuma nel luogo in cui la cosa si trova e nel tempo in cui l'interversione del possesso si verifica in conseguenza dell'atto di disposizione compiuto dall'agente in contrasto con il diritto del proprietario. La conoscenza del fatto, che può coincidere con il compimento da parte dell'agente dell'atto incompatibile col diritto del proprietario, è condizione per la proposizione della querela - quanto meno fino alla scadenza del termine per l'usucapione, che segna l'acquisizione di un nuovo titolo di possesso legittimo, in sostituzione di quello originario nomine alieno - ma non rileva in ordine alla sussistenza del reato"* (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 39873 del 16/11/2006 Cc. (dep. 01/12/2006) Rv. 235234; P.G. in proc. Junevicius; cfr. anche Cass. N. 12096 del 1986 Rv. 174174; N. 1824 del 1997 Rv. 209926; N. 26440 del 2002 Rv. 222657).

Decreto n. 158

646 c.p. (Appropriazione indebita) - Contrasto negativo di competenza - locazione finanziaria - reato istantaneo di mera condotta - luogo e momento dell'interversione del possesso - consumazione - conoscenza del fatto da parte della persona offesa - rilevanza ai soli fini della querela

In applicazione di tale principio si è ritenuto che in caso di locazione finanziaria (autovetture concesse in locazione e non restituite all'atto della risoluzione del contratto) la competenza per territorio andasse stabilita in relazione al luogo in cui ha sede il locatario dei beni, ivi essendo esercitato il possesso dei medesimi ed ivi dovendosi pertanto ritenere consumata la pretesa condotta appropriativa, con inversione del titolo del possesso; per contro, si è ritenuto che nessuna rilevanza decisiva può essere attribuita al luogo in cui il bene avrebbe

dovuto essere restituito e non lo è stato, dovendosi attribuire all'omissione valenza meramente sintomatica di un comportamento illecito attribuibile appunto alla mancata restituzione dei beni nel termine prescritto e nel luogo a ciò deputato.

Art. 648 c.p. (ricettazione) - Contrasto negativo di competenza – ricettazione – ignoti – impossibilità di accertare il luogo del commesso reato - reato istantaneo - luogo della detenzione – irrilevanza – criterio sussidiario ex art. 9 comma 3, c.p.p.

Occorre distinguere il caso dell'indagato ignoto di ricettazione il cui luogo di consumazione non risulta accertato, da quello in cui il delitto, ancorché commesso in luogo non accertato, risulta tuttavia commesso da un indagato noto. Nel primo caso, poichè trattasi di reato istantaneo, che si perfeziona all'atto della ricezione della cosa proveniente da delitto, a nulla rilevando il luogo in cui viene accertata la detenzione della *res* (Cass. Sez. I, c.c. 12.6.1997, n. 4127, RIV. 208400, Sivari; Cass. Sez. II, 23.1.1997, n. 1312, RIV. 207124, Mazza), non può aversi riguardo al criterio previsto dall'art. 8, comma 1, c.p.p., nè può farsi riferimento al criterio sussidiario di cui all'art. 9, comma 1, c.p.p., in quanto deve escludersi la possibilità di considerare "parte dell'azione" la protrazione degli effetti permanenti del reato istantaneo e, quindi, attribuire la competenza, per tale via, al giudice del luogo in cui la detenzione della *res* è stata accertata (Cass. Sez. I, c.c. 24.2.2004, n. 24934, RIV. 228778, Bujar). E', dunque, doveroso in via residuale applicare la regola suppletiva dell'art. 9, comma 3, (giudice del luogo in cui ha sede il p.m. che ha provveduto per primo ad iscrivere la notizia di reato nel registro previsto dall'art. 335).

Art. 648 c.p. (ricettazione) - Contrasto negativo di competenza – ricettazione – imputato noto – impossibilità di accertare il luogo del commesso reato - reato istantaneo - luogo della detenzione – irrilevanza – criterio sussidiario ex art. 9 comma 2, c.p.p.

Nel secondo caso, invece, può applicarsi il criterio residuale di cui al secondo comma dell'art. 9 (residenza, dimora o domicilio).

Decreti n. 5, 16, 59, 64, 75, 88, 111, fra gli altri

Art. 660 c.p. (Molestia o disturbo alle persone) - Molestie con messaggi telefonici sms su utanza mobile – impossibilità di individuazione del luogo in cui la persona offesa riceve le molestie – criterio sussidiario della residenza dell'indagato.

Ben vero che il reato ipotizzato, di cui all'art. 660 c.p., si consuma nel luogo in cui la persona offesa subisce l'azione molesta. Tuttavia, quando le telefonate ed i messaggi telefonici SMS sono pervenuti alla persona offesa esclusivamente sulla sua utenza telefonica mobile e, quindi, essi non sono dimostrativi, in assenza di altri elementi, del luogo in cui i ripetuti episodi di molestia si sono realizzati, non può essere applicato il criterio previsto dall'art. 8, co. I c.p.p. e neppure quello dettato dall'art. 9, co. I c.p.p., bensì bisogna aver riguardo alla regola suppletiva di cui all'art. 9, co. 2 c.p.p., cioè al luogo di residenza della persona indagata.

Decreto n. 145

3. Altre figure speciali di reato

Art. 41, 186, comma 2, cod. strad. (d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285) – guida in stato di ebbrezza – luogo dell'inizio della consumazione ignoto – luogo dell'incidente – rilevanza.

Quando non è noto il luogo in cui l'indagato si è posto alla guida del veicolo in stato di ebbrezza alcolica, con la conseguenza che non è individuabile il luogo dell'inizio della consumazione del reato, ai sensi dell'art. 8, co. 3 c.p.p., è certamente noto l'ultimo luogo in cui è avvenuta una parte della condotta, che corrisponde al luogo in cui è stato rilevato il sinistro stradale nel quale è rimasto coinvolto il veicolo guidato, in stato di ebbrezza. Nel caso di specie, può essere utilizzato il primo criterio suppletivo previsto dall'art. 9, co. 1 c.p.p., al fine di determinare la competenza per territorio, prima ancora di ricorrere alla seconda regola sussidiaria, di cui all'art. 9, co. 2 c.p.p., del luogo di residenza, dimora o domicilio del soggetto indagato, onde la competenza a procedere nelle indagini preliminari in ordine al reato di cui all'art. 186, co. 2 Cod. Strad. appartiene alla Procura della Repubblica presso il Tribunale del luogo in cui è avvenuto il sinistro.

Decreto n. 222

Art. 132, comma 1 TUB (d. lgs. 385/1993) - Polizze fideiussorie – reato istantaneo – reati di pari gravità – luogo di consumazione del primo reato – coincidenza con il luogo del rilascio della polizza fideiussoria

Il reato in esame è reato istantaneo, che si perfeziona nel luogo di rilascio delle polizze fideiussorie;

poiché trattasi di una pluralità di reati avvinti da plurime ragioni di connessione soggettiva, ai sensi dell'art. 12 comma 1, letto a) e b) c.p.p., deve aversi riguardo al reato di maggiore gravità e, in caso di pari gravità, deve aversi riguardo al luogo di consumazione del primo reato, che coincide con il luogo in cui è avvenuto il primo rilascio.

Decreto n. 123

artt. 4, 10 e 10 quater d. lgs. 10.3.2000 n. 74 (occultamento delle scritture e documenti contabili) — reato più grave permanente – consumazione – luogo e momento dell'ispezione

E' principio giurisprudenziale ormai consolidato che: "L'occultamento - che consiste nella temporanea o definitiva indisponibilità della documentazione da parte degli organi verificatori - costituisce un reato permanente che si consuma al momento dell'ispezione, e cioè nel momento in cui gli agenti chiedono di esaminare la documentazione" (Cass. Sez. 111, ud. 7.3.2006, n. 13716, dep. 19.4.2006, Cesari, in C.E.D., rv.: 234239; nello stesso senso v. Cass. Sez. 11I, ud. 14.11.2007, n. 3055, dep. 21.1.2008, Allocca, in C.E. D., rv.: 238612), luogo che generalmente coincide con il luogo ove ha sede amministrativa ed operativa la Società. In caso di plurime violazioni degli artt. 4, 10 e 10 quater d. lgs. 10.3.2000 n. 74, si versa in ipotesi di connessione, onde la competenza territoriale va determinata, ai sensi dell'art. 16, comma I, c.p.p., in base al luogo di consumazione del reato più grave, che, nella specie, è rappresentato dal delitto di cui all'art. 10 d.lgs n. 74/2000, sotto il profilo dell'"occultamento delle scritture e dei documenti contabili".

Decreto n. 135

art. 10 bis D. Lgs. 10 marzo 2000 n. 74 (omesso versamento di ricevute certificate) – reato istantaneo a condotta omissiva – luogo in cui l'agente viene meno al dovere di versamento

considerato che il reato in esame è istantaneo ed a condotta omissiva, esso si consuma nel momento e nel luogo in cui l'agente è venuto meno, nel termine riconosciutogli, al suo dovere di versamento. Tale luogo coincide con quello in cui la società ha sede legale, in quanto è in quel luogo che la società ha l'obbligo di adempiere gli oneri tributari, mentre le sedi secondarie e institorie non assumono rilievo ai fini della competenza territoriale.

Decreto n. 125

Art. 2621 c.c. (come sostituito dall'art. 1 d. lgs. 11 aprile 2002 n. 61) – false comunicazioni sociali – nuova formulazione - consumazione – momento e luogo in cui si riunisce l'assemblea

Il reato di false comunicazioni sociali previsto dall'articolo 2621 cod. civ. si consuma nel luogo e nel momento in cui si riunisce l'assemblea ed il bilancio viene illustrato ai soci, e, pertanto, è con riferimento a tale luogo che si radica la competenza per territorio, non rilevando, ai predetti fini, il momento (e il luogo) di deposito degli atti presso la Camera di Commercio. (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 2160 del 05/04/2000 Cc. (dep. 02/05/2000) Rv. 216884; Marinotta).

La nuova formulazione dell'art. 2621 c.c. non ha modificato in alcun modo il principio di competenza territoriale già accolto sotto il vigore della precedente normativa dalla Corte di cassazione, di guisa che non si rinvergono ragioni valide per giustificare un cambiamento di orientamento.

Decreto n. 203

art. 258, comma 4, d. lgs. N. 152 del 2006 e art. 483 c.p. - Trasporto di rifiuti pericolosi e falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico – carattere permanente dei reati più gravi – consumazione – luogo in cui essa ha inizio

In un caso relativo al trasporto di rifiuti pericolosi e falso ideologico la competenza territoriale è stata determinata con riferimento al luogo in cui ha avuto inizio la consumazione del reato più grave, ritenuto il reato che ha riguardato la gestione dei rifiuti pericolosi, che ha carattere permanente.

Decreto n. 114

artt. 124, 137, 256 d. lgs. n. 152 del 2006 e art. 734 c.p. – Smaltimento rifiuti – nuova competenza regionale della Procura di Napoli – competenza derogativa dell'art. 3 D.L. 90/08 esclusivamente per l'individuazione dei siti di stoccaggio - irrilevanza per lo smaltimento di rifiuti commesso da privati- reato permanente – criteri generali

Le espressioni generali dell'art. 3 D.L. 90/08 (reati riferiti alla gestione dei rifiuti) vanno interpretate con riferimento alle finalità della nuova legge e segnatamente alle specifiche funzioni pubbliche attribuite alla figura del sottosegretario all'uopo nominato, di tal che dovranno essere prese in considerazione, ai fini della competenza derogativa di cui all'art. 3, solo quelle condotte amministrative da considerarsi essenziali o connesse all'attività di gestione dei rifiuti nella Re-

gione Campania e quegli illeciti ambientali idonei ad assumere rilievo ai fini degli interventi necessari per affrontare l'emergenza rifiuti in Campania. Tale approdo interpretativo, già di per sé condivisibile, ha trovato conferma nella legge di conversione del 14/07/2008 n. 123, entrata in vigore in data odierna, ove il testo dell'art. 3 viene integrato dall'espressione limitativa (riferita ai reati in tema di rifiuti e ambientali) "attinenti alle attribuzioni del Sottosegretario di Stato, di cui all'art. 2 del presente decreto". Le attribuzioni di tale organo riguardano esclusivamente l'individuazione di siti di stoccaggio pubblici e l'acquisizione di impianti per lo smaltimento dei rifiuti da attivare per far fronte all'emergenza rifiuti in Campania, sicchè alla luce di tali attribuzioni va interpretato (e limitato) il criterio derogativo della competenza territoriale fissata dall'art. 3.

Ne consegue che il reato che abbia in concreto come oggetto lo smaltimento illecito dei rifiuti provenienti dall'industria conserviera commesso da privati non rientra, alla luce dei criteri sopraesposti, nella competenza regionale della Procura di Napoli, e ha natura permanente, atteso che è punita la protrazione della specifica condotta di trasporto senza l'osservanza delle prescrizioni di legge, onde la condotta che ne integra gli estremi si protrae nel tempo durante tutto il periodo del trasporto (Cass. Sez. III, ud. 14.04.2005, n. 16890, dep. 05.05.2005, Gallucci ed altro, in C.E.D. 231649); perciò, deve aversi riguardo, agli effetti della individuazione della competenza territoriale, al criterio di cui all'art. 8, comma 3, c.p.p., cioè al luogo in cui ha avuto inizio la consumazione del reato, e, quindi, al luogo in cui ha avuto inizio il trasporto illecito dei rifiuti.

Decreto n. 169

PARTE II

Le requisitorie civili

1. Questioni di giurisdizione

1. Immunità dello Stato estero – Base aerea di Aviano – Presenza in essa di un deposito di ordigni nucleari – Prospettata violazione del diritto internazionale e degli obblighi internazionali da parte degli Stati Uniti d’America – Classificazione della condotta come “crimine internazionale” e conseguente applicazione del criterio di universalità della giurisdizione – Azione dinanzi al giudice italiano per ottenere la condanna degli Stati Uniti d’America alla rimozione degli ordigni e al risarcimento del danno – Esercizio di poteri di imperio e di attuazione del trattato istitutivo del Patto Atlantico – Difetto di giurisdizione

(N. R.G. 9083/07)

IL P.G.

(In fatto) Con atto di citazione del 21 agosto 2006, T.T., G.R., M.N., C.M. e M.G. hanno convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Pordenone gli Stati Uniti d’America per sentire: dichiarare che la presenza di ordigni nucleari, asseritamente situati all’interno della base aerea di Aviano, è illegittima in base al diritto internazionale ed ai trattati internazionali e rappresenta un pericolo per la salute e la vita degli attori; ordinare agli Stati Uniti d’America di procedere alla rimozione di tali presunti ordigni nucleari dal territorio italiano; condannare gli Stati Uniti d’America al risarcimento dei danni in favore degli attori.

A sostegno di tali domande, nell’atto di citazione si è esposto quanto segue:

- gli attori abitano, con le rispettive famiglie, nelle adiacenze dell’aeroporto militare di Aviano. Tale struttura militare, esistente dal 1954, “(conterrebbe) un deposito di 50 armi nucleari”, ospiterebbe “18 Aeroplani US F-16 C/D appartenente all’esercito degli Stati Uniti d’America e (avrebbe) una capacità totale per 72 aeroplani dello stesso tipo”.
- in base ad una “convenzione segreta” conclusa nel 1960, l’Italia e gli Stati Uniti avrebbero concordato di “mettere a disposizione delle forze armate americane l’aeroporto di Aviano per ospitare armi nucleari ed utilizzare aerei per il programma strategico nucleare americano”; tale accordo, che esiste “in forma simile, con Belgio, Germania, Grecia, Olanda e Turchia”, prevede la partecipazione dell’Italia “alla programmazione e progettazione della strategia nucleare della NATO”;

- nel 1968 è stato firmato, e successivamente ratificato, dagli Stati Uniti e dall'Italia, il "Trattato di non proliferazione". Tale Trattato prevede: "l'obbligo degli Stati nucleari di non lasciare a disposizione di nessuno, né in modo diretto, né indiretto, armi nucleari", l'obbligo degli Stati non nucleari "di non acquisire, direttamente o indirettamente, la disponibilità ed il potere di disporre di armi nucleari, o di cercarne o accettarne il possesso, o di dare un supporto alla produzione delle stesse armi", nonché l'obbligo di tutti gli Stati firmatari, nucleari e non nucleari, di "trattare in buona fede con gli (altri) Stati nucleari per pervenire al più presto possibile ad un totale disarmo nucleare sotto il controllo internazionale". Gli Stati Uniti sono uno "Stato nucleare", mentre l'Italia è uno "Stato non nucleare"
- con risoluzione adottata nel dicembre 1995, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite aveva chiesto alla Corte Internazionale di Giustizia di esprimere un parere sul quesito: "E' la minaccia o l'uso delle armi nucleari in qualunque circostanza permessa dal diritto internazionale?". Secondo gli attori, la Corte ha reso tale parere l'8.7.1996, dichiarando che la minaccia o l'uso delle armi nucleari è in contrasto con le norme di diritto internazionale applicabili ai conflitti armati e, in particolare, con i principi e le regole del diritto umanitario. In tale parere, la Corte ha inoltre ribadito l'obbligo degli Stati firmatari del citato Trattato di "perseguire in buona fede e concludere negoziati che conducano ad un disarmo nucleare globale sotto un rigido ed effettivo controllo internazionale";
- a seguito della dissoluzione dell'Unione Sovietica, nell'aprile del 1999 la NATO ha "deliberato un nuovo concetto strategico nucleare". I piani militari degli Stati Uniti e della NATO prevedono tuttora il possibile impiego di armi nucleari. I piani della NATO, in particolare, prevedono la possibilità "di mettere in stato di operatività le armi nucleari che si trovano nella base di Aviano";
- "nell'attuale sistema strategico delle potenze nucleari il territorio della Repubblica italiana, e specificamente la zona di Aviano, (è) un bersaglio nucleare...";
- nel citato parere la Corte Internazionale di Giustizia ha affermato che mantenere una minaccia nucleare nei confronti di altri Paesi costituisce un illecito e, pertanto, le armi nucleari in territorio italiano rappresentano un pericolo per la salute e la vita anche degli attori; tale minaccia crea danni alla salute ed alla incolumità della persona, sia in quanto l'ansia provocata dal pericolo di morte e di

distruzione crea un trauma sociale...sia anche attraverso l'inquinamento del terreno e l'ambiente circostante il deposito;

- la presenza di armi nucleari deve essere valutata in considerazione del rischio di incidenti; in particolare, negli ultimi 50 anni vi sarebbero stati 5 casi di rischi di incidente che avrebbero potuto coinvolgere la zona di Pordenone, il primo risalente al 1960 e l'ultimo al 1995;
- in caso di un possibile attacco alla base di Aviano, essi attori subirebbero lesioni e danni alla salute;
- le loro richieste possono fondarsi sugli obblighi e sui divieti posti a carico dello Stato estero convenuto dal Trattato di non proliferazione e dal Trattato EURATOM, nonché dall'art. 484 C.P. e dalla Legge n. 185/1995.

A conclusione di tale ragionamento, gli attori affermano che: l'ordinamento italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute; pertanto la presenza di armi nucleari in Italia, quale preparazione di un futuro conflitto nucleare della NATO o degli USA, costituisce una violazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto, secondo quanto affermato dalla Corte Internazionale di Giustizia nel citato parere del 1996; il deposito e la presenza delle armi nucleari costituisce inoltre un crimine internazionale secondo i principi dettati dal Tribunale militare di Norimberga e dalla Convenzione del 9.12.1948 sulla prevenzione e punizione del crimine di genocidio. Il giudice italiano ha pertanto giurisdizione sulla controversia instaurata dagli attori nei confronti degli Stati Uniti d'America, in base ai principi affermati dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 5044/04.

Lo Stato convenuto si è costituito in giudizio, eccependo, in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione. Quindi ha proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione al fine di sentire dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

Gli argomenti sui quali tale richiesta si fonda sono essenzialmente i seguenti:

- le attività svolte all'interno delle basi militare della NATO presenti sul territorio italiano si collocano nel contesto del Trattato Nato e, come tali, costituiscono espressione di poteri pubblicistici, riconducibili alla sovranità degli Stato parti del suddetto Trattato e rappresentano tipiche condotte "*iure imperii*", per le quali opera il principio della c.d. "immunità ristretta";
- la Convenzione tra gli Stati partecipanti al Trattato del Nord Atlantico, stipulata a Londra il 19.6.1951, e resa esecutiva in Italia

con l. 30.11.1955 n. 1335, ai paragrafi VIII e IX esclude la giurisdizione dello Stato ospitante in ordine a tutte indistintamente le domande riguardanti attività di diritto pubblico aventi un nesso immediato con l'espletamento dei compiti propri degli organi del Patto Atlantico;

- come dichiarato dal Governo italiano alla Commissione difesa della Camera dei Deputati, la deterrenza nucleare ed il dispiegamento di forze nucleari in Europa costituiscono un elemento indispensabile di quel vincolo che lega tutti gli Alleati tra loro, ed in particolare gli Stati Uniti, alla sicurezza del nostro continente;
- il dispiegamento di armi nucleari in territorio italiano, in attuazione di accordi internazionali, non può costituire violazione del diritto internazionale e tanto meno crimine internazionale, assimilabile alla situazione presa in considerazione dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 5044/2004;
- la Corte Internazionale di Giustizia, in sede di parere reso su richiesta dell'Assemblea Generale dell'ONU, pur auspicando la conclusione di negoziati che conducano ad un disarmo nucleare globale sotto un rigido ed effettivo controllo internazionale, non è certo pervenuta alla radicale affermazione che il dispiegamento di armi nucleari, in virtù di accordi internazionali, possa costituire di per sé un crimine internazionale, avendo operato una serie di distinzioni che non consentono di stabilire *ex abrupto* se la minaccia o l'uso delle armi nucleari possa essere considerato legittimo o illegittimo in un caso estremo di autodifesa, in cui sia in gioco l'effettiva sopravvivenza di uno Stato;
- in conclusione, quindi, la questione di cui si discute nella presente controversia attiene alla politica internazionale e deve essere risolta dalla comunità internazionale secondo gli strumenti propri (negoziati, stipula di convenzioni, ecc.) e giammai in sede giudiziaria.

(*In diritto*) 1. Preliminarmente va rilevato che il regolamento preventivo di giurisdizione deve ritenersi ammissibile relativamente alle questioni sulla sussistenza o meno della giurisdizione italiana nei confronti di soggetti stranieri, senza che vi osti la circostanza che l'art. 37 c.p.c. – così come modificato dall'art. 73 l. 1995, n. 218, che ne ha abrogato il comma 2 – menzioni il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei soli confronti della P.A. o dei giudici speciali, giacché il rinvio ricettizio operato dall'art. 41 c.p.c. all'art. 37 dello stesso codice per la determinazione del campo di applicazione del regolamento di giurisdizione deve intendersi ora riferito anche all'art.

11 della stessa legge n. 218 del 1995, che disciplina, appunto, la rilevanza del difetto di giurisdizione del giudice italiano (S.U. 24.3.2006 n. 6585). Ed ancora che il regolamento è proponibile anche quando miri alla statuizione del difetto di giurisdizione di qualsiasi giudice (S.U. 2002 n. 8157).

2. Il problema della esistenza (o meno) della giurisdizione del giudice italiano deve essere, anzitutto, esaminato alla luce del principio di diritto internazionale in tema di immunità degli Stati.

Tale principio è rimasto a lungo fermo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite.

La sentenza 6 giugno 1974 n. 1653 affermava che in virtù del principio consuetudinario "*par in parem non habet jurisdictionem*", universalmente accettato, e rientrante nella previsione dell'art. 10 primo comma della Costituzione, gli Stati esteri non sono soggetti alla giurisdizione italiana neppure per gli atti compiuti nel territorio della Repubblica, purché si tratti di una attività diretta alla realizzazione dei loro fini pubblici. In termini anche S.U. 1979 n. 3062; 1994 n. 5565; 1996 n. 919; 1999 n. 328; 2005 n. 11225.

Nella sentenza 530 del 3.8.2000, riguardante i danni cagionati durante le esercitazioni dei velivoli da guerra statunitensi sul nostro territorio (caso "Cermis"), le S.U. hanno puntualizzato alcuni significativi principi:

- Il precetto dell'immunità della giurisdizione civile dello Stato estero, in presenza di attività *jure imperii* – pur se intrinsecamente idonea ad incidere su diritti fondamentali dell'uomo, ed in particolare sul diritto alla vita, all'incolumità personale ed alla salute – è sancito da una norma consuetudinaria internazionale, preesistente all'entrata in vigore della Costituzione italiana, ed ha assunto valore cogente nel nostro ordinamento in virtù della clausola di adeguamento automatico alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute dettata dall'art. 10 comma I Cost., e non in forza di una norma avente efficacia di legge ordinaria;
- Ne deriva che quella regola è stata recepita nel nostro ordinamento nella sua interezza; e che, rispetto ad essa, non si pone la questione di compatibilità con il nostro sistema costituzionale alla stregua del principio, affermato dal giudice delle leggi nella sentenza 12 giugno 1979 n. 48, secondo cui per le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute anteriori alla data di entrata in vigore della Costituzione, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 10 ne determina l'automatica ricezione piena e senza limiti; ed il problema della coerenza delle omologhe norme

con i principi fondamentali della Costituzione si pone solo per le norme che siano venute ad esistenza dopo quella data;

- Né in contrario può valere la previsione di cui all'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, nella parte in cui riconosce il diritto di ognuno di ricorrere davanti al competente giudice nazionale contro gli atti commessi in violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalle leggi.

Ciò perché – anche a non tener conto che siffatta regola non ha valore precettivo immediato ed è rivolto agli Stati – certo è che la stessa mira a disciplinare soltanto i rapporti tra l'individuo e lo Stato del quale egli è cittadino (nel senso che ogni Stato deve riconoscere ai propri cittadini la tutela giudiziaria dei loro diritti fondamentali) e non anche a regolare la diversa questione della riserva della giurisdizione di ciascun Stato in ordine alle attività poste in essere in estrinsecazione della propria sovranità, né ad escludere o limitare il principio dell'immunità giurisdizionale rispetto agli atti *jure imperii*.

Ad identiche conclusioni sono pervenute le Sezioni Unite con la successiva sentenza 5 giugno 2002 n. 8157, nella quale hanno riaffermato il principio che “gli atti che vengono compiuti dallo Stato nella conduzione di ostilità belliche si sottraggono totalmente al sindacato sia della giurisdizione ordinaria che della giurisdizione amministrativa, in quanto costituiscono manifestazione di una funzione politica rispetto alla quale non è configurabile una situazione di interesse protetto a che gli atti, in cui detta funzione si manifesta, assumano o meno un determinato contenuto”.

Senonché, proprio in un caso di danni civili arrecati dalle truppe naziste durante la seconda guerra mondiale, si è successivamente registrato un “*revirement*” da parte della Suprema Corte, con la sentenza 11 marzo 2004, n. 5044.

Le linee argomentative sulle quali si fonda detta decisione sono le seguenti:

- la configurazione come “crimine internazionale” della deportazione e dell'assoggettamento dei deportati al lavoro forzato trova conferma nei principi e nelle convenzioni di diritto internazionale;
- è ricorrente l'affermazione che i crimini internazionali “minacciano l'umanità intera e minano le fondamenta stesse della coesistenza internazionale”; si tratta, infatti, di delitti che si concretano nella violazione, particolarmente grave, per intensità e sistematicità, dei diritti fondamentali della persona umana, la cui tu-

tela è affidata a norme inderogabili che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale, prevalendo su ogni altra norma, sia di carattere convenzionale che consuetudinario; per questo ne è stata sancita l'imprescrittibilità e si è riconosciuto che ogni Stato può reprimerli, indipendentemente dal luogo dove sono stati commessi, secondo i principi della giurisdizione universale; per la stessa ragione non si dubita che il principio della universalità della giurisdizione valga anche per i processi civili che traggono origine da tali reati;

- il riconoscimento dell'immunità della giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti si pone in palese contrasto con i dati normativi emergenti dalle convenzioni internazionali in materia di repressione dei crimini internazionali, poiché detto riconoscimento, lungi dal favorire, ostacola la tutela di valori, che hanno assunto ormai il rango di principi fondamentali dell'ordinamento internazionale, la cui protezione è da considerare essenziale per l'intera Comunità internazionale.

In effetti il privilegio dell'umanità della giurisdizione si pone in un rapporto particolarmente critico con il diritto fondamentale dell'individuo a disporre di effettivi rimedi giurisdizionali a tutela delle sue posizioni giuridiche soggettive.

Senonché lo stesso ordinamento internazionale, con regole consuetudinarie e convenzionali, pressoché unanimemente recepite da corti internazionali e statali, in decisioni intervenute anche dopo la pronuncia in esame (ed il cui significato giuridico non è certamente inciso dalla molteplici citazioni contenute nella sentenza del 2004) ha costantemente ribadito la "fondamentale" esigenza di ammettere l'esenzione dalla giurisdizione territoriale degli Stati stranieri e degli altri soggetti dell'ordinamento medesimo, allo scopo di difendere le reciproche sovranità, di favorire le buone relazioni fra di essi e di evitare l'acuirsi di conflittualità.

L'impedimento, insito nel riconoscere l'immunità della *potestas iudicandi*, è funzionale agli obblighi generali di non ingerenza e, come pure si è sostenuto, di risoluzione pacifica delle controversie internazionali, e rappresenta, altresì, il riflesso del principio della separazione dei poteri, in base al quale l'autorità giurisdizionale dello Stato territoriale non può influire sulle scelte di politica estera del Governo o del Parlamento riguardo alle relazioni esterne con lo Stato che fruisce dell'immunità.

Con riferimento alla giurisprudenza delle Corti nazionali di altri Stati assumono particolare significato:

- la decisione del 17 settembre 2002 della Corte Suprema speciale greca che ha riaffermato il principio della immunità giurisdizionale con riferimento ad un'azione civile per risarcimento danni determinati dall'occupazione militare tedesca del 1944;
- la decisione, della Corte Federale di Cassazione tedesca, in data 26.6.2003, che nella stessa materia, ha ribadito l'esenzione dalla giurisdizione anche nel caso di violazione di norme cogenti di diritto internazionale, escludendo che possa essersi formato riguardo a tale esclusione un "diritto internazionale vigente";
- la decisione della Corte di Cassazione francese 16 dicembre 2003, che ha rigettato la domanda di pagamento di compensi e risarcimento danni per il lavoro forzato in Germania durante la seconda guerra mondiale in applicazione del principio della immunità giurisdizionale della Repubblica Tedesca, succeduta al Terzo Reich;
- l'immunità dello Stato in relazione a domande di risarcimento dei danni subiti a seguito di torture – crimine oggetto di una norma di *jus cogens* e punito incondizionatamente nei confronti dell'individuo ex organo autore della condotta – è stata sostenuta nelle "opinions" della House of Lords nel procedimento Pinochet, nell'affare Al-Adsani (confermate poi dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo) e, di recente in data 14 giugno 2006, nella causa Jones v. Ministry of Interior Al-Maulaka Al-Arabiye AS Saudiye and others, dove viene svolta un'ampia panoramica sulla giurisprudenza internazionale sul tema e menzionata criticamente la sentenza "Ferrini" della Cassazione italiana (la "sentenza Ferrini" non può considerarsi un'esatta applicazione del diritto internazionale come generalmente interpretato, e sulla singola decisione non crea una regola di diritto internazionale);
- un'analisi simile a quella seguita dalle Corti europee è stata compiuta, nel 2002, dalla Superior Court of Justice dell'Ontario nella causa "Houshang Bouyari": la Corte canadese ha ammesso che il divieto di tortura è posto da una norma di *jus cogens*, ma ha negato che ciò comporti l'affermazione della giurisdizione nei confronti dello Stato estero per azioni di risarcimento danni; ha rilevato – nonostante la presenza di una normativa nazionale in materia – che l'esistenza di una deroga andava riscontrata nella prassi internazionale ed ha perciò esaminato la giurisprudenza nazionale ed internazionale, concludendo che, allo stato attuale, il diritto consuetudinario non prevede un'eccezione di quel tipo;
- anche in numerose decisioni adottate da giudici degli Stati Uniti (un'ampia elencazione è contenuta aff. 18-19 del ricorso) trovasi

affermato espressamente il principio dell'immunità degli stati della giurisdizione civile, anche in presenza di gravi violazioni dei diritti umani;

- altre decisioni di segno contrario si basano su un emendamento del 1996 al Foreign Sovereign Immunities Act del 1976, che introduce una deroga all'immunità nel caso di azioni civili nei confronti di alcuni Stati, specificamente indicati dal Segretario di Stato come "*sponsors*" del terrorismo, per risarcimento dei danni alla persona causati da tortura, esecuzioni sommarie, sabotaggi di aerei, presa di ostaggi (il ricorrente o la vittima devono essere cittadini statunitensi al momento del fatto, e questo non deve essersi verificato sul territorio dello Stato terrorista): si tratta, tuttavia, di un dato ambiguo, in quanto l'esigenza dell'emendamento sembra piuttosto deporre a favore della mancanza di una regola altrimenti vigente (e, peraltro, la compatibilità delle iniziative assunte dagli Stati Uniti in materia di lotta al terrorismo è tuttora oggetto di ampio dibattito critico nella comunità giuridica internazionale).

Passando ad esaminare gli orientamenti delle Corti internazionali con riguardo al diritto internazionale consuetudinario, la Corte europea dei diritti dell'uomo, in diverse decisioni (21 novembre 2001 Al-Adsani e Gov. Regno Unito Gran Bretagna e Irlanda del Nord; 12 dicembre 2002 Kalogeropoulou ec. C. Grecia e Germania; 14 dicembre 2006 Markovic c. Italia – il caso già deciso dalle SS.UU. con la sentenza 2002 n. 8157) ha affermato i seguenti principi:

- l'esistenza di una immunità non incide sui diritti sostanziali;
- il diritto di accesso ai Tribunali non è assoluto; esso può essere sottoposto a limitazioni dagli Stati, che in materia godano di un margine di apprezzamento; spetta alla Corte accertare che tali limitazioni non pregiudichino la sostanza del diritto, che esse tendono ad uno scopo legittimo e siano proporzionate allo scopo perseguito;
- la concessione dell'immunità della giurisdizione civile ad uno stato straniero persegue lo scopo legittimo di osservare il diritto internazionale per favorire le buone relazioni tra Stati attraverso il rispetto della sovranità altrui;
- la Convenzione europea deve essere interpretata sulla base dei principi enunciati dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, il cui art. 31 par. 3 lett. c, stabilisce che occorre tener conto di ogni norma di diritto internazionale pertinente, applicabile alle relazioni fra le parti; i provvedimenti adottati da uno

Stato contraente della Convenzione in ottemperanza alle regole di diritto internazionale che dispongono l'immunità degli Stati stranieri della giurisdizione non possono essere considerate limitazioni sproporzionate;

- l'obbligo enunciato dall'art. 3 della Convenzione di non sottoporre nessuno a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti consacra un valore fondamentale delle società democratiche e costituisce il contenuto di una norma imperativa del diritto internazionale penale;
- nella recente prassi degli Stati è apparsa una tendenza a dare particolare rilievo al divieto di tortura, ma non si può ritenere che nel diritto internazionale si sia affermata la regola che esclude l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile rispetto alle azioni di risarcimento dei danni per atti di torture commessi al di fuori dello Stato del foro.

Si rende, poi, necessario chiarire che l'esistenza di una norma di diritto consuetudinario vincolante per i soggetti internazionali non può desumersi dal quadro normativo e giurisdizionale che sanziona le responsabilità penali individuali. Distinzione che risulta chiara alla Corte internazionale di giustizia, la quale, in più decisioni (v. sent. 14.2.2002 Repubblica Democratica del Congo c. Belgio; sent. 3.2.2006 Repubblica Democratica del Congo c. Ruanda) ha escluso che una violazione dello *jus cogens* sia sufficiente per attribuire la giurisdizione nei confronti di uno Stato.

Per quanto concerne il diritto internazionale pattizio anche la recente convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati, adottata dall'assemblea generale il 2 dicembre 2004 e non ancora entrata in vigore, non prevede alcuna eccezione al principio della immunità degli Stati nel caso di violazione dei diritti umani, nonostante il tema avesse costituito oggetto di esame da parte dell'apposito gruppo di lavoro.

Dai dati testé riportati – molti dei quali, si ripete, successivi alla pronuncia del 2004 – si deve plausibilmente dedurre che non è affatto agevole affermare che nell'ordinamento internazionale si siano formate regole convenzionali o consuetudinarie secondo le quali l'immunità della giurisdizione viene meno qualora si invochi la responsabilità civile dello Stato per la commissione di crimini internazionali.

Consequenziale è la non operatività del principio di adattamento sancito dall'art. 10 comma primo della Corte Costituzionale.

Né può obliterarsi l'affermazione del giudice delle leggi, con la sentenza "Russel" del 12 giugno 1979 n. 48, secondo cui il principio

dell'immunità degli Stati, fondato su norme internazionali generalmente riconosciute anteriori alla data d'entrata in vigore della Costituzione, prevale anche sui diritti fondamentali da quest'ultima contemplati, con la conseguenza che l'operatività del meccanismo dell'adeguamento automatico si pone solo per le norme che siano venute ad esistenza dopo quella data.

3. Alle suesposte argomentazioni occorre aggiungere che il richiamo alla sentenza n. 5044 del 2004 non appare conferente, o comunque decisivo.

Infatti, nell'occasione, le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover escludere l'immunità dello Stato in presenza di comportamenti di tale gravità da configurare crimini internazionali, reputando tali, in base a norme di diritto consuetudinario, la deportazione e l'assoggettamento ai lavori forzati.

Situazione cui di certo non è assimilabile lo stazionamento di armi nucleari in forza di impegni internazionali cui sono obiettivamente sottese le esigenze di sicurezza nazionale, in un contesto di equilibri di forza cui anche lo stato italiano è interessato.

E peraltro le stesse conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia nel parere reso sono tali da non consentire la configurazione di una norma consuetudinaria idonea a "criminalizzare", nella sua generalità, lo stazionamento, o addirittura l'utilizzo di armi nucleari.

L'immunità dello Stato estero, peraltro, discende anche dalle previsioni del Trattato del Nord Atlantico, firmato a Londra il 19 giugno 1951, e ratificato dall'Italia con legge 30.11.1955, n. 1335, le quali escludono la giurisdizione dello Stato di soggiorno in ordine a tutte le domande riguardanti attività di diritto pubblico aventi un nesso immediato con l'espletamento dei compiti propri degli organi del Patto Atlantico, e ciò in base al ricordato criterio della cosiddetta immunità ristretta, che – come già affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza 3 agosto 2000 n. 530 – non trova deroga neppure in presenza di attività idonee a ledere o porre in pericolo la vita, l'incolumità personale e la salute dei cittadini dello Stato ospitante.

Per quanto, poi, riguarda la specificità del caso in esame, giova individuare che il Trattato non pone soltanto un obbligo reciproco di intervento nell'ipotesi di aggressione proveniente dall'esterno, ma prevede anche un'ulteriore serie di obblighi aventi lo scopo di accrescere la capacità di resistenza degli Stati contraenti ed una aggressione armata. La base militare di cui si contesta la presenza nel territorio italiano si inserisce, è indubbio, come ufficialmente conclamato dal Governo, nelle iniziative volte a realizzare un apparato difensivo nell'inte-

resse comune dei due Stati (Italia e Stati Uniti), a tutela della loro sicurezza e nel rispetto di obblighi pattiziamente assunti. Le attività che in essa si svolgono vanno, perciò, ricollegate all'esercizio di poteri di imperio ed appaiono altresì giustificate in base a quanto richiesto dal c.d. Patto Atlantico.

P.Q.M.

visto l'art. 375 c.p.c.

chiede che le Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione dichiarino il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana.

(Roma, 12 aprile 2008)

IL P.G.

(Pasquale Ciccolo)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

2. Fermo amministrativo di veicoli – Preavviso di fermo notificato dal concessionario della riscossione – Giurisdizione delle commissioni tributarie – Limiti

(R.G. 18956/2007)

IL P.G.

Rilevato che il regolamento preventivo di giurisdizione è stato proposto con riferimento ad una controversia instaurata, con ricorso depositato il 29 gennaio 2007, davanti una commissione tributaria provinciale avverso un preavviso di fermo di beni mobili registrati notificato dal concessionario per la riscossione;

che con ordinanza del 24 aprile 2007 l'adita Commissione ha rigettato l'istanza di sospensione del detto preavviso per difetto di giurisdizione, e, a seguito del ricorso per regolamento preventivo proposto dalla società ricorrente, ha disposto la sospensione del procedimento con provvedimento del 31 luglio; (*omissis*)

ritenuto che deve essere dichiarata la giurisdizione delle commissioni tributarie atteso che:

- a) la legge 248/2006 ha inserito fra gli atti elencati nell'art. 19 del D.lg. 546/1992, ed impugnabili avanti alle Commissioni Tributarie: « "l'iscrizione di ipoteca sugli immobili di cui all'articolo 77 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e successive modificazioni (sub lett. e)-bis e il fermo di beni mobi-

li registrati di cui all'articolo 86 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e successive modificazioni (sub lett. e)-ter);

- b) stante la inequivoca formulazione di tale legge, si deve ritenere non più attuale l'orientamento giurisprudenziale (v., da ultimo, Cass. S.U. n. 14701 del 2006) che, considerando il fermo un rimedio preordinato all'esecuzione forzata, attribuiva la controversia alla cognizione del giudice ordinario;
- c) in particolare, dalla genericità della previsione (oltre che dalla finalità della legge: facilitare la riscossione anche di entrate non tributarie nell'ambito del sistema esattoriale) deriva che ricorre la giurisdizione delle commissioni tributarie per tutte le questioni relative alla regolarità formale e sostanziale della misura adottata, anche quando il credito posto a base del fermo non abbia natura tributaria (ove, peraltro, l'impugnazione coinvolga anche gli aspetti sostanziali del rapporto debitorio il giudice tributario potrà esaminarli solo ove il rapporto stesso rientri nella sua giurisdizione in forza dell'art. 2 del D.lgs. n. 546/1992 e salva la eventuale integrazione del contraddittorio nei confronti dell'ente titolare della pretesa tributaria);

rilevato che nello stesso senso si sono espresse da ultimo, sia pure *incidenter tantum*, le Sezioni unite (v. n. 3171 del 2008);

precisato, infine, che spetta al giudice dotato di giurisdizione valutare se il solo "preavviso" di fermo sia autonomamente impugnabile (anche se si può rilevare come nel detto preavviso si faccia espresso riferimento alla "iscrizione del fermo senza ulteriore comunicazione" e trascorso il termine di "venti giorni", onde l'impugnazione immediata costituisce l'unico mezzo per evitare che, in attesa della possibilità di impugnare la successiva comunicazione dell'avvenuta iscrizione, si possa subire un grave e irreparabile danno; ogni diversa interpretazione, risolvendosi il preavviso di fermo in una sorta di *solve et repete*, sarebbe in contrasto con i principi della Costituzione).

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, dichiarino la giurisdizione delle commissioni tributarie, con le conseguenze di legge.

(Roma, 26 marzo 2008)

IL P.G.

(Antonio Martone)

* *Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

3. Elezioni politiche – Esclusione di una lista e mancata ammissione di un contrassegno elettorale – Difetto assoluto di giurisdizione

(R.G 7523/2008)

IL P.G.

(*Omissis*) Premesso che il regolamento preventivo di giurisdizione è stato chiesto da “La Sinistra L’Arcobaleno”, interveniente volontaria nel giudizio instaurato, davanti al TAR della Campania, sede di Salerno, dalla Democrazia Cristiana per ottenere l’annullamento, previa sospensione, delle decisioni dell’Ufficio elettorale regionale e dell’Ufficio centrale nazionale presso la Cassazione con le quali sono stati disposti, rispettivamente, l’esclusione della lista e la non ammissione del contrassegno della Democrazia Cristiana alle elezioni politiche per il rinnovo del Senato della Repubblica del 13-14 aprile 2008, nonché, “ove occorra, del provvedimento del Ministero dell’interno che” aveva “invitato a sostituire il contrassegno sotto comminatoria di esclusione”.

Ritenuto che il ricorso, anche se proposto da chi è intervenuto volontariamente nel giudizio di merito, è ammissibile; le Sezioni unite, infatti, hanno già avuto occasione di precisare (v., da ultimo, l’ordinanza n. 17823 del 2007), che il regolamento preventivo può essere proposto da chiunque sia parte nel giudizio di merito, in quanto, ogni deduzione circa la validità dell’assunzione di detta qualità dal soggetto che tale mezzo ha proposto è inidonea interferire sulla decisione della questione di giurisdizione;

che, del pari, il ricorso, proposto dopo l’entrata in vigore del decreto legislativo n. 40 del 2006, pur non contenendo il quesito di diritto ai sensi dell’art. 366-*bis* cod. proc. civ., è ammissibile (v. Cass. S. U. n. 22059 del 22 ottobre 2007).

Rilevato che le Sezioni unite della Corte, con la decisione n. 8118 del 2006, in un caso di esclusione di una lista dalle elezioni politiche nazionali del 9 e 10 aprile 2006, sono pervenute a dichiarare il difetto assoluto di giurisdizione:

- a) richiamando precedenti decisioni (Cass. S.U. n. 5583 del 1980, n. 5135 del 1997 e n. 172 del 1999), che, in applicazione dell’art. 66 della Costituzione, avevano affermato che spettava alle Camere il controllo dei titoli di ammissione dei componenti delle dette assemblee comprensivo del regolare svolgimento delle operazioni elettorali e del risultato numerico della votazione;
- b) affermando che, l’art. 87 del T U delle leggi recanti norme per l’e-

lezione della camera dei deputati n. 361 del 1957 (applicabile anche al Senato per il generale rinvio operato dall'art. 27 del decreto legislativo n. 566 del 1993) stabilisce che la Camera pronuncia giudizio definitivo su tutti i reclami presentati all'Ufficio Centrale elettorale durante la sua attività, onde rimane riservata alla cognizione della Giunta per le elezioni della Camera stessa la convalida di tutte le operazioni elettorali, comprese quelle di ammissione delle liste e sugli effetti di questi provvedimenti in ordine alla convalida delle elezioni;

- c) escludendo, pertanto, che le posizioni soggettive fondamentali che hanno rilievo in questa fase preparatoria delle elezioni siano prive di tutela nel disegno costituzionale che rimette a ciascuna Camera la convalida delle elezioni dei propri componenti.

Rilevato che in sede di ricorso la richiesta di riesame di quest'orientamento si fonda essenzialmente sull'affermazione che "con ribadite decisioni pubblicate sul bollettino del 28 febbraio 2008 la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato, che come noto in materia di definizione dei propri poteri (a mezzo di pronunce di ammissibilità/inammissibilità delle controversie che vengano sottoposte al suo esame) esprime in via definitiva la volontà del Senato, ha escluso che rientri nell'ambito della propria autodichia la verifica di legittimità sulla fase di ammissione/esclusione delle liste, evidentemente considerata come prodromica a quella propriamente elettorale ed estranea pertanto alla verifica dei poteri di cui all'art. 66 Cost.;"

che, in presenza di questa "sostanziale interpretazione autentica dei limiti del proprio potere", si dovrebbe prenderne atto dei definiti ambiti di autodichia e, per evitare un inaccettabile "vuoto di tutela", affermare, involgendo la controversia posizioni tipiche di interesse legittimo, la giurisdizione del giudice amministrativo;

che, in via subordinata, si dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 87 del DPR n. 361 del 1957, in relazione e agli artt. 24 e 113 della Costituzione, considerando altresì che identica questione, già sollevata dal TAR del Lazio, era stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale "con una mera pronuncia di rito"(Corte costituzionale n. 512 del 2000).

Considerato che questo Ufficio, in occasione dell'esame del ricorso che ha dato luogo alla richiamata decisione n. 8118 del 2006, aveva chiesto la dichiarazione della giurisdizione del giudice amministrativo in considerazione dell'esigenza di assicurare effettività alla tutela di un diritto di rilievo costituzionale quale quello di elettorato passivo il cui esercizio richiede la presentazione delle liste;

che, tuttavia, alla luce dei motivi posti a base di detta decisione, non si ravvisano ragioni da giustificare in questa delicata materia un mutamento del richiamato orientamento giurisprudenziale;

che, in particolare, quanto affermato in ordine alle “ribadite decisioni” della Giunta delle elezioni non risulta dal richiamato – ma non depositato in atti - bollettino del 26 febbraio 2008, almeno nel testo che è stato possibile consultare sul sito ufficiale del Senato della Repubblica;

che, conseguentemente, si deve ritenere, allo stato, che quanto sostenuto nel ricorso sia stato desunto dai numerosi provvedimenti adottati in sede di verifica dei poteri dei senatori eletti nelle singole regioni, senza, peraltro, che dal bollettino emergano le relative motivazioni; non è, quindi, condivisibile l’affermazione che si sarebbe in presenza dell’espressione “in via definitiva” (come sostenuto nel ricorso) della volontà del Senato;

che vengono, pertanto, meno i presupposti perché allo stato possa porsi una questione di legittimità costituzionale, non essendo comunque ravvisabile, in base alla interpretazione operata dalle SU degli artt. 66 della Costituzione e 87 del TU, il lamentato “vuoto di tutela”.

Ritenuto, infine, che si può concludere per il difetto assoluto di giurisdizione ribadendo che l’esame dei ricorsi avverso l’esclusione delle liste spetta alle Camere (o ai suoi organi o articolazioni);

che la stessa Corte costituzionale, del resto, in un “giudizio per conflitto” promosso con ricorso da una “Lista” esclusa dalla competizione elettorale e che mirava all’affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, ha dichiarato, nella fase di ammissibilità, irricevibile il ricorso affermando testualmente che alla Corte “non compete risolvere i conflitti negativi (o positivi) di giurisdizione (art. 362 cod. proc. civ.)” e considerando tale rilievo assorbente anche della questione relativa alla legittimazione della lista a sollevare conflitto di attribuzione (ordinanza n. 117 del 2006);

che, inoltre, tra i motivi che hanno indotto la Corte costituzionale (ordinanza n. 512 del 2000) a dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale del più volte richiamato art. 87, se interpretato nel senso del difetto assoluto di giurisdizione del giudice ordinario e/o amministrativo a conoscere del ricorso avverso le decisioni di esclusione dei contrassegni elettorali (e, conseguentemente, delle relative liste), si rinviene l’espressa affermazione che “nella sostanza si sollecita(va) una radicale riforma legislativa”; ora da tale affermazione sembra potersi desumere che anche la Corte costituzionale abbia fatto propria l’interpretazione contestata con il ricorso.

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, dichiarino il difetto assoluto di giurisdizione, con le conseguenze di legge.

(Roma, 27 marzo 2008)

Il P.G.

(Antonio Martone)

** La Corte di cassazione non ha potuto affrontare il merito della questione, per ragioni preliminari di rito: S.U. (ord.) 8.4.2008, n. 9154.*

4. Vendita internazionale tra soggetti comunitari – Regolamento CE n. 44/2001 – Foro facoltativo del luogo in cui l’obbligazione è eseguita – Applicabilità – Luogo di consegna del bene – Individuazione – Nozione di consegna – Riferimento alla nozione comunitaria – Conseguenze – Difetto di giurisdizione

(R.G.32812/2006)

IL P.G.

1. - La Ferroli España Sociedad Anonima, con sede legale in Burgos (Spagna), (d’ora in avanti, Ferroli), propone regolamento preventivo di giurisdizione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, con il quale la società ARDI s.r.l. in fallimento (d’ora in avanti, Ardi) le ingiungeva di pagare euro 34.830,40, quale residuo credito, derivante dal contratto di fornitura, stipulato il 26 novembre 2002.

2. - In punto di fatto espone l’attuale ricorrente che tra la Ardi e la Ferroli veniva stipulato un contratto di fornitura dalla prima alla seconda di un macchinario di pressofusione e relativi accessori, con l’obbligo di installare il macchinario stesso presso lo stabilimento della Ferroli in Burgos, nonché di istruire – sempre in loco – il personale di quest’ultima, relativamente al funzionamento e alla manutenzione dello stesso. Il prezzo pattuito ammontava ad euro 640.000. Una volta consegnato ed installato, il macchinario presentava numerosi vizi, tutti denunciati tempestivamente dall’acquirente: difetti che, a dire della ricorrente, erano solo in parte eliminati dai tecnici della Ardi. La Ardi veniva, successivamente, dichiarata fallita dal Tribunale di Brescia e il curatore del fallimento intimava, a mezzo raccomandata A.R., il pagamento del residuo credito. Tale debito veniva contestato dalla Ferroli, ma in data 8 giugno 2005 la Ardi in fallimento pro-

poneva ricorso per ingiunzione per il recupero della somma sopra indicata. Con atto del 4 ottobre 2005 la Ferroli proponeva opposizione ed eccepiva, in primo luogo, il difetto di giurisdizione del giudice italiano che aveva emesso il decreto ingiuntivo, sia alla luce del Reg. CE n. 44/2001 che della Convenzione di Vienna del 1980, in tema di vendita internazionale, a favore del giudice spagnolo. A tale eccezione la Ardi in fallimento replicava, con l'atto di costituzione, che si trattava di compravendita di merci internazionali e, quindi, andava applicato l'art. 5 del Reg. CE n. 44/2001, il quale espressamente prevede quale foro facoltativo quello del luogo in cui l'obbligazione è stata eseguita. Nella specie, il luogo della esecuzione della obbligazione, ai sensi dell'art. 5 lett. b del suddetto Regolamento, sarebbe da individuarsi nel luogo di consegna della merce, che, ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna, in tesi applicabile ad un contratto stipulato da soggetti appartenenti a due Stati contraenti la Convenzione citata, è quello del luogo di consegna della merce da parte del venditore al primo vettore. Nel caso in esame la consegna al primo vettore venne effettuata in Italia.

Il Tribunale di Brescia, con ordinanza del 26 aprile 2006, rigettava l'eccezione proposta e ribadiva la giurisdizione del giudice italiano.

3. - Nell'attuale ricorso, la Ferroli ribadisce che il giudice italiano è sfornito di giurisdizione. A suo dire, l'effettivo oggetto del contratto è non solo la mera consegna del macchinario, ma sarebbe anche costituito dalle ulteriori obbligazioni, consistenti nella messa in funzione in loco, e cioè in Spagna, del bene ceduto e nell'addestramento, sempre in loco, del personale della Ferroli. Dette obbligazioni risulterebbero espressamente previste nel contratto a pag. 1. Aggiunge la ricorrente che la sua deduzione risulterebbe confermata dalle S.U., che con decisione n. 448/00 avrebbero stabilito in tal senso, individuando il luogo di consegna in quello in cui deve avvenire il montaggio del macchinario. Infatti, tra le due obbligazioni dedotte in giudizio (pagamento del prezzo e messa in opera dell'impianto industriale) sarebbe la seconda idonea a caratterizzare il contratto stipulato tra le parti. Essendo l'obbligazione principale, quella caratterizzante il contratto, la obbligazione di installazione, le altre sarebbero da qualificarsi come accessorie, secondo la giurisprudenza della CGCE, 15 gennaio 1987 in C - 266/85, n. 19 della motivazione. Nello stesso senso si sarebbero pronunciate le Sezioni Unite con ord. n. 8224/02 e n. 58/00 (sempre in tema di montaggio e obbligo di consegna: quest'ultima decisione applicava l'art. 1182 c.c.) e soccorrerebbe, al riguardo, anche dottrina sul punto. Infine, il ricorso sarebbe ammissibile, in quanto, nel giudizio di

merito, il giudice ha emesso solo una ordinanza affermativa della giurisdizione (e cita S.U. n. 307/05).

(*Omissis*) 4.2. - Nel merito, la Ardi in fallimento deduce la assoluta infondatezza del ricorso, perché l'art. 1510 c.c. stabilisce che "qualora la cosa alienata debba essere trasferita da un luogo all'altro il venditore è liberato dalla obbligazione di consegna rimettendo la cosa al vettore o allo spedizioniere". Questa norma, secondo la giurisprudenza (Cass. n. 2444/94 e n. 1381/94) e secondo anche l'interpretazione di queste Sezioni Unite (n.14837/902), sarebbe applicabile al caso di specie. Infatti, i beni oggetto del contratto sono stati consegnati franco Ardi al vettore nella sede del venditore ed è questo luogo che "assume decisiva rilevanza anche rispetto agli eventuali *accidentalia negotii*, quale l'eventuale messa in opera della cosa venduta o parti di essa" (Cass. Sez. II n. 1309/83). Quindi, non solo non si tratterebbe, come sostiene la ricorrente, di un contratto complesso, perché lo scopo perseguito dalla ricorrente ... è consistito essenzialmente nell'acquisto del bene compravenduto", per cui le diverse operazioni, poste in essere dalla venditrice sono casualmente orientate al raggiungimento del menzionato obiettivo, né possono essere arbitrariamente sottratte e considerate autonomamente", ma mancherebbe del tutto, nella fattispecie, l'espressa pattuizione di assegnare, per volontà dichiarata, alla messa in opera dell'impianto la funzione di requisito indispensabile per l'adempimento della obbligazione di consegnare. Sussisterebbe soltanto una unicità di causa, "fornita dalla connessione oggettiva delle prestazioni, confluenti nella sola finalità concordemente perseguita dalle parti, costituita appunto dalla vendita del macchinario". A queste prestazioni accederebbero, con funzione secondaria e cancellare, le altre obbligazioni, senza che le stesse possano interferire con l'esecuzione della consegna prevista in contratto "franco fabbrica Ardi".

(*Omissis*) 2.- Il giudice di Brescia ha ritenuto inquadrare la fattispecie nell'ambito dell'art. 1470 c.c. e ss., per cui la prestazione principale del venditore-pacificamente adempiuta-rimarrebbe quella di cui all'art. 1476 c.c., con conseguente operatività sia dello stesso art. 1476 c.c. che dell'art. 1510 c.c..

In sostanza, per il giudice del merito si tratta di una vendita di macchinario, con obbligo per il venditore di consegnare la cosa al compratore, garantendolo dai vizi della cosa e in presenza della clausola franco fabbrica Ardi con applicazione dell'art. 1510 c.c.

Orbene, e premesso che, come è noto, in tema di regolamento preventivo di giurisdizione, la Corte è giudice dei presupposti di fatto sulla base dei quali la giurisdizione si determina (giurisprudenza co-

stante, v. n. 560/00), a parere di questo requirente, l'attenta lettura del contratto evidenzia che si è trattato di un contratto di vendita di macchinario industriale, in cui si prevedeva a carico della società italiana fornitrice anche la installazione, mediante suoi tecnici, presso lo stabilimento della società spagnola nonché la garanzia della idoneità all'uso e al buon funzionamento dello stesso macchinario (v. p. 1 - installazione e istruzione del personale; p.10 - condizioni generali di garanzia richieste - del contratto). La questione, a parere di questo requirente, va risolta alla luce del Regolamento CE n. 44/2001 sotto un duplice profilo, attesa la sua dichiarata discontinuità, come emerge dalla Relazione Pocar al Progetto di riforma della Commissione, in GUCE, 28 dicembre 1999, n. 37. Questa relazione ha identificato in modo autonomo, rispetto alle disposizioni della legge sostanziale interna applicabile, il luogo di adempimento del contratto, che, in questo caso, non sarebbe stato stipulato dalla Ferroli, se la Ardi non avesse provveduto a quanto in esso previsto e cioè montaggio, assistenza tecnica e formativa del suo personale, garanzia, che andavano e in parte sono state adempiuti in Spagna. E tale discontinuità è rilevabile anche dai Considerando n. 3 e 11 dello stesso Regolamento. Ne consegue che, sotto un primo profilo, bisogna guardare al contratto nella sua interezza, per cui non rileva tanto la circostanza della obbligazione caratterizzante (pure affrontato dalle parti). Infatti, il Regolamento ha eliminato la pregiudizialità dell'obbligazione caratterizzante, quale in precedenza richiesta dalla Convenzione di Bruxelles del 1968, per gli Stati membri, al fine di realizzare la concentrazione presso un unico giudice della controversia (CGCE, sent. 26 maggio 1982 in C - 133/82, n. 22, in motivazione su questione pregiudiziale), perché designa direttamente, senza rinviare alle disposizioni degli ordinamenti nazionali, il foro competente (CGCE-Sez.IV, sent. 3 maggio 2007 in C - 386/05, n. 30, in motivazione).

Comunque, anche a voler focalizzare l'attenzione sulla obbligazione caratterizzante, dalla lettura della articolata redazione del documento appare evidente che, se è vero che alla società spagnola interessava l'acquisto del macchinario, è, altresì, vero che ad essa (potrebbe dirsi, quasi, ancor di più) interessavano quelle che la resistente definisce prestazioni accessorie, con l'effetto che se non fosse stata convenuta tra le parti e riconosciuto nell'atto stipulato l'obbligo per la Ardi di installare e montare in Spagna il macchinario, di curarne in Spagna la funzionalità, qualora si fossero verificati impedimenti, come in effetti avvenne, di istruire in Spagna il proprio personale tecnico, la Ferroli non avrebbe concluso quel tipo di contratto.

Sembra, pertanto, che la clausola pattiziamente sottoscritta franco Fabbrica Ardi, così come inserita nel più ampio contesto contrattuale, assuma un rilievo assolutamente secondario e la sua efficacia si attenui sino a svilirsi nei confronti delle altre pattuizioni, con l'effetto che il luogo di esecuzione dell'intero contratto, e cioè di adempimento dell'obbligazione principale, va ad individuarsi con quello dello stabilimento della Ferroli (per fattispecie quasi identica S.U. n. 448/00, puntualmente citata dalla ricorrente).

Ma, anche sotto un ulteriore profilo, strettamente ancorato alla dichiarata "discontinuità", e a parere di questo requirente, più pregnante, il ricorso va accolto. Infatti, se non è da dubitare che si tratti di vendita internazionale a prestazioni plurime, occorre prendere atto che la consegna del materiale, in virtù della quale la merce entra nella disponibilità dell'acquirente, è avvenuta e si è perfezionata in Spagna. La nozione di "consegna" va interpretata, ai sensi e nello spirito del Regolamento CE n. 44/2001, nel senso di consegna materiale e il luogo non può non essere quello nel quale l'acquirente ha avuto possibilità di disporre di fatto del macchinario acquistato e permettere alla Ardi di adempiere alle ulteriori prestazioni derivanti dal contratto.

In effetti, a differenza della Convenzione di Bruxelles, la norma regolamentare ha eliminato, sul punto, ogni criterio diverso, determinando una discontinuità normativa e susseguente discontinuità interpretativa, sostituendo al criterio giuridico interno degli Stati membri circa la "consegna" quello fattuale della stessa, allorché individua il luogo di consegna come luogo che assicuri il collegamento più stretto tra il contratto e il giudice competente, onde consentire a questi di conoscere di tutte le domande fondate sul contratto.

Nel Regolamento CE si è configurata, quindi, una nozione di fatto di consegna, che proprio perché riguardante fattispecie soggettivamente "comunitarie" fa sì che non rilevi più che il luogo di consegna si identifichi nel trasferimento giuridico, quale ritenuto e previsto dal diritto dei singoli Stati membri (sul punto, cfr. CGCE - Sez. IV, 3 maggio 2007, cit., n. 39, in motivazione, circa la genesi dell'art. 5 n. 1 lett. b) del Regolamento).

La stessa dottrina più recente propone una interpretazione del genere, sottolineando che, diversamente opinando, "risulta vanificata la autonomia della nozione delineata nel Regolamento....determinandosi il "rientro dalla finestra" delle medesime prescrizioni dal legislatore comunitario "fatte uscire dalla porta" mediante la definizione appunto autonoma ed uniforme del *locus executionis* "(*Omissis*). Queste considerazioni, in conclusione, applicate al contratto *de quo*, portano a

concludere che difetta di giurisdizione il giudice italiano a favore del giudice spagnolo.

Qualora queste Sezioni Unite non ritengano di condividerle, si propone che la questione venga sottoposta in via pregiudiziale all'esame della Corte di Giustizia delle Comunità europee, ai sensi degli artt. 68 e 234 Trattato CE.

P.Q.M.

v. gli artt. 41 e 375 c.p.c.

si chiede che le Sezioni Unite della Corte suprema di cassazione, riunite in camera di consiglio, in via principale, accolgano il presente regolamento e, per l'effetto, dichiarino il difetto di giurisdizione del giudice italiano a favore del giudice spagnolo; in subordine, rimettano gli atti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, perché, in via pregiudiziale, si pronunci sulla individuazione, in tema di vendita internazionale di beni mobili, del luogo di consegna, come luogo di esecuzione dell'obbligazione concernente il contratto di simile vendita.

(Roma, 6 dicembre 2007)

IL P.G.

(Fulvio Uccella)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

5. Crimini contro l'umanità – Erede di deportato in campo di concentramento, successivamente ucciso – Azione contro la Repubblica Federale di Germania per il risarcimento del danno - Chiamata in garanzia della Repubblica Italiana – Difetto di giurisdizione

(R.G. 6247/2006)

IL P.G.

1. rilevato che il regolamento preventivo di giurisdizione è stato proposto, con atto del febbraio 2006, con riferimento ad una causa di risarcimento dei danni instaurata davanti al Tribunale di Firenze nei confronti della Repubblica Federale di Germania dall'erede di un ufficiale catturato nell'agosto del 1944 e deportato in Germania in un campo di concentramento, adibito al lavoro forzato e successivamente, nell'imminenza dell'arrivo dell'armata rossa, ucciso, insieme ad altri 186 lavoratori forzati, per impedire la loro testimonianza;

che nel costituirsi in giudizio la Repubblica Federale di Germania

ha chiamato in garanzia la Repubblica Italiana e, quindi, ha richiesto il regolamento preventivo di giurisdizione;

2. rilevato in particolare che a sostegno del difetto di giurisdizione del giudice italiano si sostiene che:

- a) con l'art. 77, comma 4 del Trattato di pace del 10 febbraio 1947 (decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato del 28 novembre 1947 n. 1430) l'Italia avrebbe rinunciato a sua nome e a nome dei cittadini italiani, a qualsiasi domanda di risarcimento nei confronti della Germania e i cittadini germanici pendente alla data dell'8 maggio 1945, con la sola eccezione di quelle relative a diritti acquisiti prima del 1° settembre 1939;
- b) le Sezioni unite della Corte di cassazione, con la sentenza n. 285 del 1953 avevano statuito che la detta rinuncia riguardava, non soltanto le domande già proposte alla detta data, ma "qualsiasi pretesa" (come meglio precisato dalle parole -"all claims"- contenute nel testo inglese del Trattato) con conseguente improponibilità delle domande;
- c) ogni problema in ordine all'applicabilità del detto Trattato anche alla Repubblica federale di Germania (che non vi aveva partecipato) doveva intendersi superata dal successivo accordo stipulato con la Repubblica Italiana a Bonn il successivo 2 giugno 1961 "per il regolamento d'alcune questioni di carattere patrimoniale economico e finanziario" (reso esecutivo con il D.P.R. n. 1263 del 14 aprile 1962) con il quale il Governo italiano aveva dichiarato "che sono definite tutte le rivendicazioni ... di persone fisiche e giuridiche italiane..derivanti da diritti o ragioni sorti nel periodo tra il 1° settembre e l'8 maggio 1945, assumendo l'impegno a tener "indenne la Repubblica Federale di Germania da ogni eventuale azione o altra pretesa legale";
- d) a seguito di detto Accordo, la Repubblica Italiana, con il DPR n. 2043 del 6 ottobre 1963 aveva provveduto alla ripartizione della somma ricevuta anche in favore dei "lavoratori non volontari";
- e) nessun ragionevole dubbio poteva sollevarsi riguardo all'applicabilità di detti trattato e accordo stante il fondamentale principio "*pacta sunt servanda*" e, comunque, l'esistenza all'epoca della stipula dei medesimi di un quadro normativo internazionale di riferimento univoco in tal senso e considerando, altresì; che il diritto al risarcimento dei danni, diversamente da altri diritti inviolabili della persona, ben può essere oggetto di rinuncia e/o di transazione;

3. rilevato altresì che nel ricorso si chiede che venga comunque dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano in applicazione

del principio (universalmente accettato e rientrante, in quanto preesistente – v. Corte costituzionale n. 48 del 1979, nella previsione dell’art. 10, primo comma della Costituzione) della immunità degli stati per gli atti espressione della loro sovranità, costantemente affermato dalle Sezioni unite della Corte (v., da ultimo, Cass. n. 11225 del 2005, con riferimento al caso dei “*bond argentini*”);

che in questa prospettiva si sottopone a critica la recente decisione (n. 5044 del 2004) delle Sezioni unite che in un caso analogo (anche se riferito a un civile e non a un militare come in quello in esame) hanno negato l’applicabilità di tale principio affermando, in sintesi, che il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto il valore di principio fondamentale dell’ordinamento internazionale, riducendo la portata e l’ambito di altri principi ai quali tale ordinamento si è tradizionalmente ispirato, quale quello sulla “sovrana uguaglianza” degli Stati, cui si collega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera;

5. rilevato che nel ricorso, a conferma della permanente validità del principio della immunità dalla giurisdizione civile dello stato straniero per gli atti “*iure imperii*”:

- a) si richiamano recenti decisioni di altre corti supreme europee (il Supremo Tribunale speciale greco, la Corte federale di Cassazione tedesca e la Corte di cassazione francese) e della stessa Corte europea dei diritti dell’uomo;
- b) si precisa, inoltre, che le decisioni delle Corti degli Stati Uniti citate nella sentenza n. 5044/04, in quanto fondate su un’espressa previsione normativa (emendamento del 1996 al *Foreign Sovereign Immunities Act* del 1976) riguardano esclusivamente gli Stati “sponsor del terrorismo, mentre in numerose altre decisioni statunitensi è stato riaffermato il tradizionale principio di immunità;
- c) si richiamano, nello stesso senso, decisioni delle corti del Regno Unito e del Canada;
- d) si conclude sottolineando come anche nella recente Convenzione delle Nazioni unite sulle immunità giurisdizionali degli stati, approvata dall’Assemblea generale il 9 novembre 2004 non si sia inserita alcuna deroga all’immunità per la violazione dei diritti della persona e ciò nonostante che il problema fosse stato affrontato nel corso dei lavori preparatori;

4. ritenuto che per escludere la giurisdizione del giudice italiano non è sufficiente richiamare le disposizioni contenute nei trattati del 1947 e del 1961 prima richiamati atteso che:

- così come formulate le medesime sembrano riferirsi esclusiva-

mente ai rapporti diritto sostanziale e non alla giurisdizione (spettando al giudice eventualmente adito decidere nel merito in ordine alle domande oggetto della rinuncia e, in primo luogo, alla data di acquisizione del diritto);

- diversamente opinando difficilmente si spiegherebbe l'impegno assunto dalla Repubblica italiana di "tener indenne la Repubblica Federale di Germania da ogni eventuale azione o altra pretesa legale";
- argomenti in tal senso possono trarsi anche dalla constatazione che la stessa Repubblica Federale ha istituito, con il concorso delle imprese tedesche che si erano avvalse del lavoro dei deportati, una fondazione ("Memoria responsabilità e futuro") anche per assicurare un indennizzo alle vittime;

5. ritenuto, invece, che il problema della esistenza (o meno) giurisdizione del giudice italiano deve esser risolto in applicazione dei principi di diritto internazionale in tema di immunità degli Stati;

ritenuto al riguardo che, ad avviso di questo Ufficio, quanto affermato con la decisione n. 5044/04 più volte richiama per superare il precedente orientamento della Cassazione, dovrebbe essere oggetto di ulteriore riflessione considerando che:

- a) molte delle decisioni di autorità giudiziarie diverse da quelle italiane riguardano la responsabilità penale degli individui per gravi comportamenti in violazione dei diritti fondamentali della persona, e non la responsabilità civile;
- b) nella stessa sentenza sin riconosce che "anche di recente si è affermato che gli Stati hanno il diritto di avvalersi dell'immunità dalla giurisdizione pur in presenza di domande dirette ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti da crimini internazionali", ma si afferma che si tratta di decisioni che "riguardano casi nei quali l'illecito era stato commesso in uno Stato diverso da quello del foro", ora sembra difficile sostenere che il "comportamento criminale" (nel caso esaminato in quella occasione e ancor più in quello del presente giudizio dove la cattura e la "deportazione" in Germania riguardava un ufficiale) si sia già realizzato in Italia e ciò ai fini della individuazione del giudice "competente" a conoscere dell'illecito;

ritenuto più in generale che l'affermazione del principio< consuetudinario enunciato nella decisione in esame sembra contrastare, non soltanto con le decisioni analiticamente richiamate nel ricorso e con la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità degli stati, ma in decisioni successive al 2004 di altre Corti supreme;

ritenuto di dove richiamare, limitando l'esame a quelle successive alla sentenza n. 5044/04,

- la decisione della *House of Lords*, 14 giugno 2006 nella causa Jones c. Ministry of interior Al Maulaka and others (che sottopone a critica anche la sentenza n. 5044/04);
 - la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 14 dicembre 2006 nel caso Markovic c. Italia in coerenza con l'orientamento di considerare legittima la concessione dell'immunità dalla giurisdizione civile ad uno stato straniero per favorire le relazioni internazionali con il rispetto reciproco delle sovranità statali;
 - la decisione della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2006 nella causa tra la Repubblica democratica del Congo e il Ruanda, dove è affermata la distinzione prima richiamata tra responsabilità penale individuale e responsabilità civile dello Stato;
6. ritenuto, in definitiva, che le pur importanti osservazioni contenute nella decisione n. 5044/04 non sembrano tali da consentire il superamento di un principio del diritto internazionale consuetudinario per lunghi anni generalmente condiviso e in considerazione anche tenendo conto delle più recenti decisioni adottate a livello internazionale;

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte, in camera di consiglio, dichiarino il difetto di giurisdizione del giudice italiano; con le conseguenze di legge.

(Roma, 16 novembre 2007)

Il P.G.

(Antonio Martone)

** La Corte di cassazione è andata in diverso avviso, affermando la giurisdizione del giudice italiano in ragione del carattere di crimine di guerra, dedotto quale fonte dell'obbligo risarcitorio: S.U. (ord.) 29.5.2008, n. 14202.*

6. Eventi bellici – Sfruttamento del lavoro forzato svolto dagli internati in campi di lavoro – Azione di arricchimento e di risarcimento del danno nei confronti della Repubblica Federale di Germania – Ritenuta inoperatività del principio della immunità dalla giurisdizione per la qualificazione dei fatti quali crimini contro l'umanità in quanto lesivi di diritti fondamentali della persona – Azione risarcitoria nei confronti delle imprese che hanno utilizzato il lavoro forzato – Regolamento CE n. 44/2000 – Difetto di giurisdizione per entrambe le domande

(R.G. 28420/2005 + 249/2006)

IL P.G.

(*In fatto*) Con atto di citazione del 13 aprile 2004 alcuni civili, o i loro eredi, deportati in Germania nel corso dell'ultima guerra mondiale e costretti al lavoro coatto nella fabbrica Daimler-Benz sita nelle vicinanze del lager di internamento, convenivano in giudizio la U.M. Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, la Fondazione "Memorie, responsabilità e futuro", la Repubblica Federale di Germania, la Daimler-Chrysler A.C. (già Daimler-Benz), formulando nei loro confronti le seguenti richieste:

- dichiararsi, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1453 cod. civ., la risoluzione per inadempimento di ogni accordo intercorso con la Fondazione "Memorie, responsabilità e futuro" e la O.L.M., organizzazione partner delegata nell'ambito del programma tedesco di indennizzo per lavoro forzato;
- conseguentemente dichiararsi, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2041 e 2042 c.c., l'indebito arricchimento della Repubblica Federale di Germania e della Daimler-Chrysler A.G., per aver, senza una causa legittima, locupletato risparmio di spesa e ingenti utili dal lavoro coatto reso dagli internati;
- per l'effetto, condannarsi la Repubblica Federale di Germania nonché la Daimler-Chrysler A.G., in solido e/o in via alternativa, al pagamento dell'indennizzo dovuto per lo sfruttamento del lavoro forzato degli indicati internati, oltre ai danni tutti, anche non patrimoniali, morali ed esistenziali, pure in via equitativa, trattandosi di crimini contro l'umanità, in misura non inferiore ad Euro 1.000.000,00, in favore di ciascun avente diritto.

A sostegno di tali richieste esponevano quanto segue.

Con comunicazione 24.01.1989 la Daimler-Benz A.G. riconosceva di aver utilizzato il lavoro degli ex internati italiani nello stabilimento di Gaggenau. Con sentenze nn. 391/98, 776/01, 1292/01, 419/03, la Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la Regione Piemonte, ai sensi della legge 791/80, accertava le circostanze di cui sopra e la natura di sterminio del campo di Gaggenau. La gravità di tali crimini era stata riconosciuta dalla stessa Germania, la quale aveva istituito, con il concorso delle imprese tedesche che avevano beneficiato del lavoro coatto (fra cui la Daimler-Benz), una fondazione, denominata "Memorie, responsabilità e futuro" allo scopo di mantenere vivo il ricorso dell'accaduto e di assicurare alle vittime un indennizzo, con un fondo di circa 10 miliardi di marchi, subordinando l'individuazione degli aventi diritto alla ricorrenza di determinati requisiti. Conseguente-

mente, la O.L.M. – Organizzazione internazionale per le migrazioni –incaricata dalla Fondazione tedesca, inviava agli indirizzi degli ex internati un modulo di domanda di indennizzo, nella quale, a fronte del relativo pagamento, era prevista la rinuncia irrevocabile a far valere qualsiasi pretesa al di fuori della legge tedesca. Allo stato nessun pagamento era stato effettuato, ed alcuni interessati avevano ricevuto un formale diniego. Senza esito erano rimaste le diffide al consolato tedesco e le ulteriori trattative per addivenire ad una soluzione amichevole. Essi, pertanto, non avevano più alcun interesse a mantenere l’impegno assunto con la O.L.M.. In conseguenza dell’inefficacia giuridica del programma di indennizzo tedesco, ritenevano di poter agire nei confronti della Repubblica Federale Tedesca, trattandosi di crimini internazionali, commessi in Italia, lesivi dei diritti fondamentali della persona umana, per i quali già le Sezioni Unite, con la decisione 11 marzo 2004 n. 5044, hanno riconosciuto l’ammissibilità dell’azione dinanzi al giudice italiano. Inoltre, lo sfruttamento del lavoro coatto – vietato dall’art. 6 dello Statuto firmato a Londra in data 8 agosto 1945 ed ancor prima dall’art. 52 della Convenzione dell’Aja del 18 ottobre 1907 — legittimava essi attori ad esperire un’azione generale di arricchimento senza causa *ex* artt. 2041 e 2042 cod. civ., avendo la Germania e la Daimler-Benz realizzato — senza titolo — un notevolissimo risparmio di spesa, con correlativo gravissimo depauperamento psicofisico degli internati. Interveneva in giudizio il sig. B.C.E. formulando le medesime domande degli attori. Sí costituiva in giudizio la Repubblica Federale di Germania chiedendo, anzitutto, dichiararsi il difetto di giurisdizione del giudice italiano per la vigenza nel diritto internazionale pubblico del principio della c.d. immunità ristretta, ribadito, pur dopo la citata sentenza delle Sezioni Unite, dalle Corti Supreme francese, tedesca e statunitense. Eccepiva, altresì, la improponibilità della domanda, alla luce dell’art. 77, c. IV, del Trattato di pace del 10 febbraio 1947, con il quale l’Italia rinunciava, a suo nome ed a nome dei cittadini italiani, a qualsiasi domanda di risarcimento nei confronti della Germania per fatti accaduti in tempo di guerra, improponibilità riconosciuta anche dalle Sezioni Unite con la sentenza 285/1953. Peraltro, in data 2 giugno 1961 veniva sottoscritta tra la Repubblica Federale Tedesca e l’Italia una convenzione, resa esecutiva con D.P.R. 1962 n. 1263, nella quale il governo italiano dichiarava che erano state definite tutte le rivendicazioni e richieste della Repubblica italiana, o di persone fisiche o giuridiche italiane, ancora pendenti nei confronti della Repubblica Federale di Germania o nei confronti di persone fisiche o giuridiche tedesche, purché derivanti da diritti o ra-

gioni sorti nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945. Il Governo italiano si impegnava, nel contempo, a tenere indenni la Repubblica Federale di Germania e le persone fisiche e giuridiche tedesche da ogni eventuale azione o altra pretesa legale da parte di persone fisiche o giuridiche italiane per le rivendicazioni e richieste suddette. E poiché aveva versato all'Italia, a titolo di risarcimento ed a fronte della conclusione degli accordi di Bonn, le somme di denaro concordate, nell'ipotesi di ritenuta proponibilità della domanda, chiedeva l'autorizzazione a chiamare in giudizio la Repubblica italiana per essere della stessa garantita. La Daimler-Chrysler A.G., costituendosi in giudizio, eccepeva il difetto di giurisdizione sotto ulteriori profili. Rilevava, infatti, che la decisione delle SS.UU. n. 5044 affrontava la questione dell'immunità dello Stato e della giurisdizione universale in presenza di crimini internazionali commessi dallo Stato. Nel suo caso, di contro, si trattava di un'azione contro un soggetto giuridico privato relativa al preteso arricchimento indebito di tale soggetto, e quindi la giurisdizione andava determinata sulla base di principi ordinari. Trattandosi di una controversia internazionale coinvolgente soggetti appartenenti a Stati membri della C.E. e vertendo tale controversia in materia civile, nel caso di specie trovava applicazione il regolamento CE n. 44/2001, che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 27.09.1968.

L'art. 2.1 di detto regolamento stabilisce che, salve le disposizioni speciali, le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro. Ed ai sensi del successivo art. 60 il domicilio di una persona giuridica è individuato nel luogo in cui si trova la sua sede statutaria o la sua amministrazione centrale o il centro di attività principale (per la Daimler-Chrysler, Stoccarda). Quanto alle competenze speciali di cui all'art. 5 – la cui elencazione, per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha carattere tassativo – fra di esse non rientrano le controversie in materia di arricchimento senza causa, su cui si fondano le pretese degli attori. Peraltro, qualora si fosse ritenuto che detta azione rientrava fra le materie per le quali si applicano i criteri speciali la soluzione non sarebbe stata diversa. Infatti, ove la controversia fosse ritenuta di natura contrattuale, si avrebbe la giurisdizione del giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita. Occorre quindi stabilire quale è la legge (tedesca o italiana) in base a cui determinare il luogo di adempimento, e per fare ciò far riferimento alle norme di diritto internazionale privato della *lex fori*, e dunque alla legge 1995 n. 218.

L'art. 61 di tale legge stabilisce che l'arricchimento senza causa è sottoposto alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione. Poiché il fatto da cui deriverebbe l'obbligo restitutorio a titolo di arricchimento senza causa è consistito nello sfruttamento del lavoro degli attori in Germania, dovrebbe concludersi che la legge applicabile fosse quella tedesca, la quale prevede, in mancanza di accordo, che la prestazione deve essere effettuata nel luogo in cui il debitore aveva la residenza al momento in cui è sorta l'obbligazione (e quindi in Germania, sede del preteso debitore). Sempre in subordine, anche se si ipotizzasse l'applicazione dell'art. 5.3 del Reg. 44/2001, che individua la competenza del giudice in caso di illecito, si arriverebbe comunque alla competenza del giudice tedesco, in quanto l'evento dannoso sarebbe avvenuto in Germania ove il lavoro coatto è stato prestato. E lo stesso ove si configurasse una responsabilità ex art. 2043 c.p. La competenza del giudice tedesco risulterebbe anche ove si volesse far riferimento alla legge 218/1995. Infatti l'art. 3, 1° comma, della citata legge stabilisce che la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 c.p.c. o negli altri casi previsti dalla legge. La Daimler-Chrysler non è domiciliata in Italia e non ha neppure un rappresentante autorizzato a stare in giudizio: infatti la Daimler Chrysler Italia s.p.a. è un diverso soggetto giuridico. Il secondo comma del citato art. 3, inoltre, ai fini della determinazione della giurisdizione, sancisce l'applicabilità della convenzione di Bruxelles del 1968 (che ha contenuto analogo al Reg. 44/2001 che l'ha sostituita) e, quindi, per effetto dei criteri stabiliti nel regolamento, sussisterebbe comunque la giurisdizione del giudice tedesco. In ogni caso, l'azione nei suoi confronti doveva ritenersi improponibile o improcedibile sia in relazione all'art. 77 co. 4 del Trattato di pace, sia dell'accordo in data 2.6.1961 sottoscritto a Bonn, cui venne data esecuzione con il D.P.R. 14 aprile 1962 n. 1263. Nel merito eccepiva la maturata prescrizione del vantato diritto e contestava la quantificazione del danno. Anch'essa chiedeva di essere autorizzata a chiamare in causa la Repubblica italiana.

Si costituiva in giudizio anche l'O.L.M. (già comitato internazionale per le migrazioni europee), deducendo per essa la carenza di giurisdizione del giudice italiano nei suoi confronti. Affermava, infatti, di essere una organizzazione intergovernativa (di cui è membro anche lo Stato italiano) che gode delle immunità e dei privilegi accordati in Italia alle Organizzazioni interregionali in applicazione della Convenzione del 21 novembre 1947 sui privilegi e le immunità delle istituzioni

specializzate adottate dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione 21 novembre 1947 nonché degli annessi riguardanti le singole istituzioni (legge 24.7.1951 n. 1740). Rilevava, inoltre, che la Repubblica Federale di Germania, con legge 2 agosto 2000, aveva istituito una Fondazione denominata “Memorie, responsabilità e futuro” allo scopo di mettere a disposizione, attraverso organizzazioni *partners*, fonti di finanziamento per la concessione di prestazioni agli ex lavoratori forzati ed ai colpiti da altre ingiustizie nel periodo del regime nazional-socialista. Tale indennizzo veniva stabilito a favore di persone aventi determinati precisi requisiti e con relativa procedura per il loro accertamento. Considerati i suoi scopi statutari, veniva indicata per l’assistenza umanitaria alla detta pratica di indennizzo e quindi includeva nel suo programma e bilancio per il 2001 il programma per compensazione lavoratori forzati in Germania, cui si è poi attenuto. Ne conseguiva che la sua partecipazione a detto programma costituiva una sua attività statutaria, come tale immune dalla produzione italiana. Si costituiva la Presidenza del Consiglio dei Ministri, chiedendo, per essa, la declaratoria di improponibilità ed il rigetto delle domande attrici e, di conseguenza, delle richieste avanzate nei confronti dello Stato italiano.

Prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni la Repubblica di Germania ha proposto l’odierno ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione.

Ha, innanzitutto, ribadito il difetto di giurisdizione in conseguenza alla rinuncia alle rivendicazioni di carattere economico, per effetto dell’art. 77, c. IV del Trattato di pace del 1947 (effetto già riconosciuto dalle SS.UU. con la sentenza 285/1953) e dell’art. 2 dell’Accordo italo-tedesco del 2.6.1961, trattati che, sicuramente a] momento della loro conclusione, non potevano ritenersi in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale (art. 53 Convenzione di Vienna su diritto dei trattati del 1969), anche perché il quadro normativo internazionale posto alla base della sentenza delle S.U. 5044/2004 non è cronologicamente riferibile alla situazione internazionale vigente all’epoca.

Ha chiesto, inoltre, un riesame del principio di diritto enunciato nella sentenza 5044/04 delle Sezioni Unite, in quanto non corrispondente allo stato attuale del diritto internazionale.

Infatti, dopo la predetta pronuncia sono intervenute, a conferma delle norme consuetudinarie in materia di immunità degli Stati, pur in presenza di gravi violazioni di obblighi internazionali posti da norme cogenti, le pronunce delle Corti Supreme greca, francese e tedesca.

Anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo, con tre decisioni, ha ribadito l'applicabilità della regola dell'immunità pur in presenza di violazioni di norme di c.d. "*jus cogens*". Di contro, le sentenze delle Corti U.S.A., citate dalle Sezioni Unite, si basano su un emendamento del 1996 del *Foreign Sovereign Immunities Act*, che stabiliva la deroga all'immunità dalla giurisdizione degli Stati specificamente indicati come "*sponsors*" del terrorismo. La normativa prevede che la deroga dell'immunità si applichi a condizione che la vittima o l'attore siano cittadini U.S.A. al momento del fatto e che quest'ultimo non si sia verificato nel territorio dello Stato terrorista. Trattasi chiaramente di normativa dettata da esigenze del tutto particolari di uno Stato coinvolto nelle azioni terroristiche e che, peraltro, ha suscitato molte perplessità circa la compatibilità con il diritto internazionale. Nel contempo, in numerose altre sentenze statunitensi è stato riaffermato il principio dell'immunità, principio ribadito, in più occasioni, anche dai giudici della House of Lords di Londra.

Da ultimo ha rilevato che la Convenzione sulla immunità degli Stati in seno alle Nazioni Unite, approvata il 9.11.2004 (quindi successivamente alla sentenza delle S.U.) non ha previsto alcuna deroga all'immunità anche in caso di violazioni dei diritti umani (addirittura sono state espressamente escluse le azioni di guerra, così come era avvenuto per la Convenzione europea sull'immunità del 1976).

Si è costituita la Daimler-Chrysler A.G., proponendo anche ricorso incidentale, e insistendo per la declaratoria del difetto di giurisdizione sotto un duplice profilo. Innanzitutto per aver rinunciato l'Italia, anche a nome dei cittadini italiani, a qualsiasi pretesa contro la Germania e i cittadini germanici sia col Trattato di pace di Parigi del 1947 sia con gli Accordi italo-tedeschi di Bonn del 1961. In secondo luogo perché in relazione alle domande proposte nei suoi confronti difetterebbe comunque la giurisdizione del giudice italiano, per essere competente il giudice tedesco, in applicazione del Regolamento CE n. 44/2001, che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968.

(*In diritto*) (*Omissis*) Venendo, quindi, ad esaminare le questioni di giurisdizione prospettate, deve evidenziarsi, anzitutto, come gli attori, nel giudizio di merito, abbiano formulato una serie di domande eterogenee, quali la risoluzione ex art. 1453 c.c. degli accordi intercorsi con la Fondazione tedesca e l'O.I.M.; l'indennizzo per indebito arricchimento, ex artt. 2041 e 2042 c.c., da parte della Repubblica di Germania e della Daimler-Chrysler A.C. per lo sfruttamento del lavoro forzato degli internati; il risarcimento dei danni, anche non patrimoniali, trattandosi di crimini contro l'umanità. Orbene, non essen-

dovi fra le varie domande rapporto di priorità logica o di subordinazione, ma semmai di alternatività, va esaminata, anzitutto, la questione della sussistenza della giurisdizione civile nei confronti dello Stato tedesco.

Occorre, al riguardo premettere che la Corte di giustizia delle Comunità europee, con recente pronuncia del 15 febbraio 2007 (in causa C - 292/05), nell'ambito di una controversia instaurata davanti alle Autorità giudiziarie greche tra i parenti delle vittime di azioni delle forze armate tedesche durante l'occupazione della Grecia da parte delle forze naziste e la Repubblica Federale di Germania per il risarcimento del danno patrimoniale e morale da loro subito, ha ribadito il principio che le norme in materia di competenza enunciate dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 (oggi Reg. 44/2001 CE), devono essere interpretate nel senso che non rientra nella materia civile l'azione giudiziaria promossa da persone fisiche in uno Stato contraente nei confronti di un altro stato contraente e volta ad ottenere il risarcimento del danno subito dalle vittime di azioni delle forze armate nell'ambito di operazioni di guerra.

La decisione, ovviamente, lascia impregiudicata la questione se, una volta dichiarata inapplicabile la predetta convenzione, sussiste l'immunità degli Stati dalle pretese risarcitorie.

Ricorrente e controricorrente deducono, anzitutto, il difetto di giurisdizione come effetto della clausola di cui all'art. 77 c. IV del Trattato di pace del 10 febbraio 1947, in forza della quale l'Italia rinunciava, a suo nome ed a nome dei cittadini italiani, fra l'altro, a tutte le domande di risarcimento di perdite o di danni occorsi durante la guerra.

L'accordo, come è noto, ha costituito oggetto di interpretazione da parte delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con la sentenza 29 gennaio 1953 n. 235, la quale ha rilevato che a seguito dello stesso – reso esecutivo in Italia con il d.lgs. 1947 n. 1430 – il giudice italiano difetta di giurisdizione a conoscere della domanda, proposta da cittadino italiano al fine di ottenere il risarcimento danni.

Nell'occasione la Suprema Corte, dopo aver premesso che la rinuncia non poteva ritenersi limitata alle domande proposte in giudizio e pendenti alla data dell'8 maggio 1945, sebbene riferita a tutte le pretese esistenti a detta data, o comunque ricollegata a rapporti o fatti sorti o verificatisi dopo il 1° settembre 1939, ha affermato che la predetta rinuncia, tradotta per effetto della seguita promulgazione dello stesso Trattato, in una legge dello Stato, spiegava la sua efficacia anche nei confronti dei cittadini italiani (si poteva discutere, semmai, sul se a seguito di tale rinuncia il Governo italiano fosse tenuto o meno ad

indennizzare i propri cittadini del pregiudizio ad essi derivato, ma sulla forza operativa della stessa non poteva cadere dubbio).

Nel 1961 fra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica Federale di Germania intervenivano ulteriori accordi sugli indennizzi a favore dei cittadini italiani. A tali accordi veniva data attuazione, anzitutto, con il D.P.R. 1962 n. 1263, il cui articolo 1 prevedeva il versamento dalla Germania all'Italia, a definizione delle gestioni economiche pendenti, della somma di 40 milioni di marchi tedeschi, e nell'art. 2 si dava atto che il Governo italiano dichiarava definite tutte le rivendicazioni e richieste della Repubblica italiana, o di persone fisiche o giuridiche italiane, derivanti da diritti o ragioni sorte nel periodo bellico, e con il D.P.R. n. 2043 del 1963, con il quale la Repubblica italiana ha provveduto alla ripartizione delle somme ricevute in seguito agli accordi internazionali raggiunti con la R.F.T., anche a favore dei c.d. "lavoratori non volontari" deportati in Germania.

E' di palese evidenza, quindi, che agli accordi del 1961 - ed ai relativi provvedimenti normativi di attuazione interna - da ritenersi integrativi di quelli di cui al Trattato di pace del 1947, possono puntualmente mutuarsi i principi affermati dalle Sezioni Unite nel 1953, e che trovano sostanziale conferma nella successiva pronuncia delle S.U. 2 marzo I 987 n. 2188.

L'obbligo di conformarsi alle prefate convenzioni internazionali costituisce attuazione del fondamentale principio di diritto internazionale "*pacta sunt servanda*" sancito espressamente dalla Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 (ratificata anche dal nostro paese), e la cui permanente validità è stata anche di recente ribadita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la decisione 30 giugno 2005 "Bosphorus Hava Yollary Turizm c. Ireland.

Né potrebbe invocarsi che trattasi di clausola nulla perché in conflitto con norme imperative del diritto internazionale generale (*jus cogens*), ai sensi dell'art. 53 della convenzione, e ciò sia perché il diritto al risarcimento del danno civile non fa parte del contenuto della norma inderogabile (potendo essere, a differenza del diritto alla vita o alla salute, oggetto di rinuncia e/o transazione), sia perché, ove l'invalidità sussistesse sarebbe certamente conseguenza dell'evoluzione del quadro internazionale e quindi non inficerebbe la validità dei fatti sottoscritti dai due Stati (cfr. Corte Giustizia CE 16 giugno 1998 n, 162). D'altronde, gli accordi predetti (analoghi a quelli intervenuti tra altri Stati belligeranti al termine del secondo conflitto mondiale) costituiscono un equo temperamento fra i diritti fondamentali dell'individuo e l'esigenza di difendere le reciproche sovranità, di favorire le

buone relazioni fra gli Stati e di evitare l'acuirsi delle conflittualità: in quest'ottica, possono reputarsi succedanei, ed in rapporti di sostituibilità con il rimedio dell'azione giurisdizionale diretta.

Potrebbe, peraltro, sostenersi che le disposizioni contenute nei trattati del 1947 e del 1961, così come formulate, siano riferibili esclusivamente ai rapporti di diritto sostanziale e non alla giurisdizione, giacche diversamente opinando difficilmente si spiegherebbe l'impegno assunto dalla Repubblica italiana di "tenere indenne la Repubblica Federale di Germania da ogni eventuale azione o altra pretesa legale".

Comunque il problema della esistenza (o meno) della giurisdizione del giudice italiano deve essere risolto in applicazione del principio di diritto internazionale in tema di immunità degli Stati.

[Omissis: l'argomentazione è corrispondente a quella del paragrafo 2 del diritto del doc. sub 1, cui pertanto si rinvia]

La Daimler-Chrysler AG, con il ricorso incidentale, ha sollevato questione di giurisdizione in ordine alla domanda, proposta nei suoi confronti, di indennizzo per arricchimento ingiustificato (artt. 2041-2042 cod. civ.) conseguente allo sfruttamento del lavoro coatto. L'eccezione di difetto di giurisdizione, correttamente formulata mediante richiamo al regolamento CE 22/12/2000 n. 44, appare fondata. La domanda attrice, infatti, non appare riconducibile nell'alveo del c.d. foro generale di cui all'art. 2, non risultando (la relativa prova incombeva sugli attori: Cass. 1974 n. 2004) - che la società convenuta abbia in Italia sede statutaria o amministrazione centrale o il suo centro di attività principale (art. 60 reg. CE), o, comunque, ai sensi dell'art. 3 1. 218/1995, un rappresentante autorizzato a stare in giudizio. Né possono trovare applicazione i criteri speciali di cui all'art. 5 reg. CE.

Sicuramente non trattasi di materia contrattuale, avendo la Corte di giustizia delle comunità Europee (v. sent. 5/2/2004 in causa c. 265/02) costantemente affermato che alla materia contrattuale non possano ricondursi situazioni in cui difetta un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altro.

Nessuna delle altre ipotesi elencate nella norma speciale riguarda l'arricchimento senza causa, che l'art. 61 della normativa italiana sottopone alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto di cui deriva l'obbligazione (e, quindi, nella specie, il lavoro coatto svolto in Germania).

Ed egualmente deve dirsi ove si ritenesse applicabile il criterio speciale di cui all'art. 5 n. 3 Reg. CE, atteso che l'evento dannoso imputato alla società (lo sfruttamento del lavoro coatto) si è verificato in territorio tedesco.

Non costituisce oggetto di esame la questione di giurisdizione sollevata nel giudizio di merito dalla O.L.M., la quale, comunque, ove rilevasse per gli eventuali profili di connessione con le domande formulate nei confronti degli altri convenuti, appare fondata alla luce di quanto previsto dalla Convenzione sui privilegi e le immunità delle istituzioni specializzate, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione 21 novembre 1947, nonché degli annessi riguardanti le singole istituzioni (cfr. Cass. S.U. 1975 n. 1266; 1973 n. 2910)

P.Q.M.

visto l'art. 375 c.p.c., chiede che, previa riunione dei procedimenti nn. 28420/2005 e 249/2006, le Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, in accoglimento dei ricorsi della Repubblica Federale di Germania e della Daimler-Chrysler AG, dichiarino il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana sulle domande proposte nei confronti di essi ricorrenti.

(Roma, 3 settembre 2007)

IL P.G.

(Pasquale Ciccolo)

** La Corte di cassazione ha statuito conformemente quanto alla domanda contro l'impresa, mentre è andata in diverso avviso quanto alla domanda verso lo Stato estero, in relazione alla qualificazione di crimine contro l'umanità: S.U. (ord.) 29.5.2008, n. 14201.*

7. Giudizio civile – Decisione di una causa in entrambi i gradi di merito da parte di giudici onorari Criterio organizzativo della assegnazione del lavoro nell'ufficio giudiziario – Ritenuto difetto di legittimazione del giudice all'esercizio della potestà decisionale – Difetto di giurisdizione – Esclusione

(R.G. 31698/05)

IL P.G.

rilevato che il ricorso denuncia, fra l'altro, vizio di difetto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 360 n. 1 c.p.c., in quanto sarebbe stata violata la disposizione di cui all'art. 43-bis R.D. 30.1.1041 n. 12, essendo stata la causa decisa, sia in primo che in secondo grado, da giudici onorari;

ritenuto che la questione di giurisdizione è inammissibile, o comunque manifestamente infondata, giacché l'art. 43-bis introduce un

mero criterio organizzativo dell'assegnazione del lavoro tra giudici ordinari e quelli onorari (cfr. Cass. sez. II pen. 22 febbraio 2007 n. 8413) e, comunque, l'eventuale irregolare costituzione dell'organo giudicante si risolve, semmai, in un difetto di legittimazione del giudice all'esercizio della "potestas iudicandi" ma non implica la violazione dei limiti stabiliti dalle norme sulla giurisdizione (Cass. 26.1.1980 n. 625);

P.Q.M.

chiede che la Corte dichiari inammissibile, o comunque manifestamente infondata, la questione di giurisdizione.

(Roma, 24 gennaio 2008)

IL P.G.

(Pasquale Ciccolo)

* *La Corte di cassazione ha reso decisione nel medesimo senso: S.U. 19.5.2008, n. 12644.*

8. Giurisdizione in materia di rapporto di lavoro con pubbliche amministrazioni – Controversie in tema di concorsi interni ma che dovrebbero essere aperti all'esterno – Giurisprudenza costituzionale e di legittimità – Analisi – Problemi – Giurisdizione del giudice ordinario

(RG 3752/07)

IL P.G.

Osserva: 1. Il ricorrente, dipendente del Comune di Torino inquadrato in categoria C5, ha partecipato ad una procedura selettiva interna per 25 posti di Responsabile contabile (categoria D1). All'esito egli è stato escluso dalla progressione in quanto si era collocato al 26° posto. In realtà egli aveva ottenuto lo stesso punteggio del 25°, ma era stato a lui posposto perché più anziano di età, in contrasto – a suo avviso - con l'articolo 5 del D.P.R. 487 del 1994, in quanto coniugato con prole. Il sig. G.V. ha quindi proposto ricorso al TAR, che ha peraltro affermato con sentenza il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo posto che la controversia riguardava un concorso riservato ai dipendenti del Comune con il profilo di istruttore contabile di categoria C per la loro progressione alla qualifica superiore di responsabile contabile nella medesima area tecnico-contabile, come tale non assimilabile al concorso pubblico e all'assunzione dei pubblici impieghi.

"In via prudenziale" il sig. G.V., riservandosi di appellare la sentenza del TAR, ha proposto ricorso davanti al tribunale di Torino,

quale giudice del lavoro. Tuttavia, ritenendo che la questione di giurisdizione fosse dubbia, ha chiesto alla cassazione di regolare in via preventiva la competenza giurisdizionale.

Nel richiamare l'indirizzo giurisprudenziale iniziato con la sentenza della Sezioni Unite n. 15403 del 2003, il ricorrente rileva che la sentenza del TAR si è basata sul concetto di "area" al quale tale indirizzo fa riferimento e a tal fine ha rilevato che la progressione cui la procedura selettiva era finalizzata era interna alla medesima area contabile. Il ricorrente ha richiamato anche l'ordinanza delle Sezioni unite n. 9168 del 2006 che ha predicato la giurisdizione del giudice ordinario in tutti i casi di procedure selettive per progressioni di carriera che sono da configurare come progressioni da una qualifica ad un'altra per il fatto che la contrattazione collettiva non prevede una classificazione per aree. Infine il ricorso sottolinea la necessità di precisare le nozioni utilizzate dalla giurisprudenza della Sezioni Unite, necessità peraltro evidenziata anche dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 6510 del 2004.

In fatto, il ricorrente riferisce che il CCNL 31 marzo 1999 del Comparto regioni ed enti locali classifica il personale in quattro categorie (A, B, C e D). Le mansioni delle categorie sono qualitativamente e quantitativamente diverse. Anche il profilo correlato alle due distinte categorie che qui interessano è diverso: con riguardo alla fattispecie che qui interessa, nella categoria C si fa riferimento alla figura dell'istruttore amministrativo; nella categoria D a quella dello specialista in attività amministrative e contabili. Ancora in punto di fatto il ricorrente riferisce che "con i concorrenti che avevano superato la selezione era stato stipulato un nuovo contratto di lavoro".

2. Costituendosi in giudizio, il Comune di Torino ha eccepito l'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'articolo 41 cod. proc. civ.; nel merito ha sostenuto la giurisdizione del giudice amministrativo, dovendo tale giurisdizione essere affermata ogni qual volta si tratti di selezioni finalizzate a progressione verticale da una categoria all'altra, quale era quella oggetto del presente giudizio.

3. E' infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per intervenuta pronuncia di merito.

La prescrizione (ex art. 41 cod. proc. civ.) secondo cui il regolamento preventivo di giurisdizione non è proponibile dopo che il giudice del merito abbia emesso una sentenza, anche soltanto limitata alla giurisdizione o ad altra questione processuale, fa riferimento solo alla pronuncia emessa dal giudice presso il quale il processo è radicato e non già a quella emessa da altro giudice precedentemente adito;

sicché, dopo che il giudice amministrativo abbia dichiarato con sentenza il proprio difetto di giurisdizione e l'attore abbia conseguentemente adito il giudice ordinario proponendo le stesse domande formulate innanzi al primo giudice, è non di meno proponibile dallo stesso attore il regolamento preventivo di giurisdizione, durante la pendenza di quest'ultimo procedimento (cfr., tra le tante, Cass. SU n. 16461 del 2006, n. 385 del 2005, n. 9288 del 2002, nn. 11 e 45 del 1999, n. 1985 del 1998).

4. Appare opportuno dar brevemente conto dell'evoluzione giurisprudenziale che vi è stata nei tempi recenti in ordine al problema dell'interpretazione dell'articolo 63, comma 4, del decreto legislativo 165 del 2001, nella parte in cui stabilisce che "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni" ("nonché – prosegue la norma – in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle relative ai diritti patrimoniali conseguenziali").

E' bene partire dalla considerazione – più volte ribadita dalla giurisprudenza delle Sezioni unite - che in tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi dell'art. 63 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro (incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro e il conferimento di incarichi dirigenziali) dalla sua instaurazione fino all'estinzione, compresa ogni fase intermedia, relativa a qualsiasi vicenda modificativa, salva la riserva disposta in via residuale alla giurisdizione amministrativa, ai sensi del comma 4 del citato art. 63, concernente esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la pubblica amministrazione. Al di fuori di tale riserva, non ha alcun rilievo il fatto che la controversia si colleghi all'esercizio di poteri "autoritativi" o discrezionali della pubblica amministrazione. Occorre osservare che, dopo la c.d. privatizzazione dei rapporti di impiego con le pubbliche amministrazioni, non residua più alcuno spazio per l'esercizio di "poteri autoritativi" direttamente incidenti sul rapporto di lavoro che non siano quelli propri del datore di lavoro privato e, correlativamente, non residua più alcuno spazio per la giurisdizione del giudice amministrativo (al di fuori delle controversie relative alle procedure concorsuali), neppure a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione datrice di lavoro o a fronte della violazione di c.d. norme di azione, né, infine, residua più alcuno spazio per

la configurabilità di situazioni di interesse legittimo ed in particolare di ipotesi di c.d. affievolimento di diritti soggettivi. Poteri e soggezioni, diritti ed obbligazioni, doveri e pretese derivanti dal rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni debbono essere ricondotti – per valutarne la sussistenza, per individuarne limiti e disciplina e per definirne gli ambiti ed i parametri di sindacabilità ad opera del giudice - al carattere privatistico del rapporto e dei poteri che in esso esercita la pubblica amministrazione – datrice di lavoro. Ne consegue che l'esercizio della discrezionalità datoriale può essere contestato davanti al giudice o negando la sussistenza della discrezionalità stessa, o affermando la violazione di diritti soggettivi ovvero deducendo la violazione dei doveri di correttezza e di buona fede che disciplinano l'esecuzione rapporti contrattuali privati ed in particolare dei rapporti di lavoro subordinato oppure sostenendo la violazione di altri obblighi o doveri specifici o generali, quali quello di non discriminazione. In tutti questi casi il giudice al quale è devoluta la cognizione delle relative controversie è - sempre e comunque - esclusivamente il giudice ordinario.

Per quanto invece riguarda le controversie relative alle procedure concorsuali, un primo rilievo che è necessario formulare è che la norma prevede al riguardo non già un affidamento alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma il mantenimento di tale giurisdizione per la sola tutela degli interessi legittimi e non anche per la tutela dei diritti soggettivi, che resterebbe quindi di competenza del giudice ordinario (SU n. 6217 del 2005). In questa materia, quindi, resta rilevante la distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata, tra norme di azione e norme di relazione, tra atti autoritativi e atti vincolati e tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Tale soluzione interpretativa appare quella maggiormente consigliabile per due ragioni. La prima è rappresentata dalla sua maggiore aderenza al tenore testuale della disposizione (che nella stessa proposizione normativa limita espressamente il carattere esclusivo della giurisdizione del giudice amministrativo alle sole controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3 e pare quindi escludere tale esclusività per le altre controversie menzionate nella disposizione e cioè per quelle relative alle procedure concorsuali per l'assunzione). La seconda e principale ragione è rappresentata dalla considerazione che la residuale riserva alla giurisdizione amministrativa, stabilita dal quarto comma del citato art. 63 deve essere interpretata in senso stretto, dato il suo carattere di eccezione al principio generale e data la mancanza, per tale residua attribuzione alla giurisdizione del giudice

amministrativo, di ragioni collegabili ad esigenze pratiche o a principi di carattere generale.

Il mantenimento alla giurisdizione del giudice ordinario della cognizione sui diritti soggettivi anche in materia di procedure concorsuali e il carattere restrittivo dell'interpretazione da dare alla deroga di cui al comma 4 dell'articolo 63, sono stati più volte affermati nelle pronunzie delle sezioni unite ed essi trovano traduzione in alcuni indirizzi giurisprudenziali tra i quali quello secondo cui, mentre sussiste la giurisdizione amministrativa per l'impugnazione degli atti interni alle procedure concorsuali dirette alla formazione della graduatoria nonché per l'impugnazione della graduatoria medesima intesa come risultato delle operazioni valutative, appartiene invece alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia di colui che reclama il diritto all'assunzione sulla base della graduatoria approvata e della sua collocazione in essa tra i vincitori o tra gli idonei nonché la controversia che abbia ad oggetto atti successivi all'approvazione della graduatoria, ovvero da colui il quale reclama tale diritto assumendo che doveva essere utilizzata, per la scelta dei soggetti da assumere, una graduatoria diversa da quella alla quale l'amministrazione ha fatto ricorso ovvero di colui che reclami l'assunzione in base alla graduatoria approvata in ragione di titoli di preferenza a lui attribuiti da norme di legge o di regolamento, poiché la posizione giuridica che egli fa valere in questi casi è il diritto all'assunzione e non il diritto o l'interesse legittimo ad un diverso svolgimento delle operazioni valutative e selettive (cfr. SU n. 9540 del 2001, n. 7859 del 2001, n. 9332 del 2002 e, più di recente, SU n. 7945, 3399 3401, 3409 del 2008, n. 26113, 14290 del 2007 ecc; *contra* SU, Sentenza n. 22509 del 20/10/2006).

Uguualmente è da escludere la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie che abbiano ad oggetto la decisione di indire il concorso e più precisamente le controversie nelle quali si faccia valere la pretesa di un dipendente a che un posto di lavoro gli sia assegnato senza procedere a concorso pubblico (SU, Sentenza n. 10374 del 08/05/2007; *contra*: SU, Sentenza n. 20107 del 18/10/2005). Più precisamente, nei casi da ultimo richiamati mentre la decisione di indire il concorso non è sindacabile, la domanda con cui si faccia valere il diritto all'attribuzione senza concorso di un determinato posto rientra nella cognizione del giudice ordinario, il quale nel decidere la controversia, potrà disapplicare (in senso atecnico) la decisione amministrativa di mettere a concorso quel posto ove adottata in violazione di un diritto soggettivo del dipendente. La posizione giuridica che viene fatta valere in questi casi è il diritto all'assunzione o alla promozione

e non il diritto o l'interesse legittimo ad un diverso svolgimento delle operazioni valutative e selettive (cfr. S. U. n. 9540 del 2001; n. 7859 del 2001; n. 9332 del 2002; 15472, 15403, 14672, 14529, 11404, 1238 del 2003; 1478 e 1252 del 2004; 1989 del 2004, in cui è anche precisato che stante il carattere generale della giurisdizione del giudice ordinario in relazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, a fronte del quale la perpetuazione della giurisdizione del giudice amministrativo riveste una portata limitata ed eccezionale - la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie nelle quali, sul presupposto della definitività della graduatoria permanente, e senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso ed il relativo atto finale, si faccia valere il diritto alla nomina alla qualifica superiore cui si aspiri, specificamente contestando l'utilizzazione della graduatoria permanente alla stregua di circostanze successive all'esaurimento del concorso (e ad esso estranee), denunciate come ostative alla nomina alla detta qualifica di altri aspiranti nei cui confronti si rivendichi una posizione preferenziale (cfr. anche SU n. 20107 del 18/10/2005.).

La sottolineatura, da parte della giurisprudenza, della qualificazione come diritto soggettivo della posizione giuridica fatta valere dell'attore conferma il carattere non esclusivo della giurisdizione del giudice amministrativo in questa materia.

Altro indice della tendenza a dare un carattere restrittivo all'interpretazione della disposizione in esame è la giurisprudenza che ha escluso la giurisdizione del giudice amministrativo in caso di procedure selettive di carattere non propriamente concorsuale ovvero di nomine o promozioni senza concorso (SU, Sentenza n. 12348 del 28/05/2007; SU n. 20107 del 18/10/2005 SU, Ordinanza n. 11348 del 30/05/2005 SU, Ordinanza n. 1478 del 27/01/2004 e altre)

Il problema più incerto – anche se non l'unico – che la giurisprudenza ha dovuto affrontare per individuare la corretta interpretazione della norma derogatoria di cui al comma 4 dell'articolo 63 è quello che riguarda il significato da dare all'espressione “procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”.

Come è noto, in un primo tempo le Sezioni unite della Cassazione avevano tracciato un discrimine di semplice applicazione e strettamente aderente alla lettera della norma. Le controversie in materia di procedure concorsuali erano riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo solo se si trattava di concorsi per l'assunzione e quindi di concorsi rivolti all'esterno, mentre i concorsi interni, costituendo atti di gestione del rapporto di lavoro privatizzato, rientravano nella giurisdizione del giudice ordinario.

Chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale di questa disciplina con riferimento ai concorsi “misti” (e cioè aperti agli esterni ma con quote riservate agli interni) da un’ordinanza del giudice amministrativo che ne aveva dato una certa interpretazione, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 2 del 2001, affermò che era palesemente erroneo il presupposto interpretativo da cui muoveva il rimettente, secondo cui la procedura concorsuale di cui si trattava aveva differente natura per i concorrenti in quota di riserva e per quelli esterni, trattandosi viceversa, sia per gli uni che per gli altri, di una procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata nel bando; pertanto, l’intera controversia doveva ritenersi attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo e la questione di costituzionalità doveva essere dichiarata manifestamente infondata.

Il presupposto di tale pronuncia era quindi che alla giurisdizione del giudice amministrativo spettavano le controversie relative a procedure concorsuali per l’assunzione presso le pubbliche amministrazioni anche quando si trattava di concorsi “misti” e cioè con quote riservate a coloro che erano già dipendenti della pubblica amministrazione.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la sentenza 15403 del 2003 hanno invece notevolmente ampliato gli effetti di tale ordinanza di manifesta infondatezza. La sentenza ricorda che le Sezioni Unite avevano in precedenza affermato che la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa concerneva esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto di lavoro e non riguardava i casi in cui il concorso era diretto non già ad assumere, ma a promuovere il personale già assunto, dal momento che il legislatore ha inteso attribuire al giudice ordinario la giurisdizione su tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, dalla sua instaurazione fino all’estinzione, compresa ogni fase intermedia relativa a qualsiasi vicenda modificativa, anche se finalizzata alla progressione in carriera e realizzata attraverso una selezione di tipo concorsuale. Era stato anche precisato che “nell’ambito dello stesso rapporto, che ha natura privatistica, non è possibile configurare la procedura selettiva per ottenere un superiore inquadramento come un concorso esterno, trattandosi invece di un concorso interno per la progressione in carriera”. Ciò ricordato, la pronuncia del 2003 osserva che secondo l’art. 35, primo comma, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 l’ingresso nella pubblica amministrazione deve avvenire “tramite procedure selettive”, che sono dirette ad accertare la professionalità richiesta e che garantiscono in misura adeguata l’accesso dall’esterno. Que-

sta regola – osservano le SU - deve ritenersi applicabile, in via generale, anche con riferimento all’attribuzione al dipendente di una qualifica superiore dato che, a norma del successivo art. 52, primo comma, la qualifica superiore viene acquisita dal lavoratore “per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive”. Pertanto, considerato che mediante gli accordi collettivi stipulati nel comparto del pubblico impiego è stato previsto un sistema di inquadramento del personale articolato in aree o fasce, all’interno delle quali sono contemplati diversi profili professionali, si deve ritenere che le procedure che consentono il passaggio da un’area inferiore a quella superiore integrino un vero e proprio concorso - tali essendo anche le procedure che vengono denominate “selettive” qualunque sia l’oggetto delle prove che i candidati sono chiamati a sostenere.

Proseguendo, le SU rilevano che la Corte costituzionale, argomentando dalla norma contenuta nell’art. 97 della Costituzione - secondo cui ai pubblici uffici, che debbono essere organizzati in modo da assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione, si accede “mediante concorso salvi i casi stabiliti dalla legge” - aveva sostenuto anche prima della c.d. privatizzazione che il concorso costituisce, di norma, la regola generale per l’accesso ad ogni tipo di pubblico impiego, anche a quello inerente ad una fascia funzionale superiore, essendo lo stesso “il mezzo maggiormente idoneo ed imparziale per garantire la scelta dei soggetti più capaci ed idonei ad assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione” (v. le sentenze 27 dicembre 1991 n. 487, 15 ottobre 1990 n. 453, 4 aprile 1990 n. 161).

Questo indirizzo ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza costituzionale intervenuta dopo la privatizzazione del rapporto di impiego, essendo stato in particolare precisato che il passaggio ad una fascia funzionale superiore costituisce l’accesso ad un nuovo posto di lavoro e che la selezione, alla stregua di qualsiasi altro strumento di reclutamento, deve rimanere soggetta alla regola del pubblico concorso (v., fra le tante, le sentenze 30 ottobre 1997 n. 320 e 20 luglio 1994 n. 314). “Il giudice delle leggi – ricordano le SU - dopo avere ribadito che “il passaggio ad una fascia funzionale superiore, nel quadro di un sistema come quello oggi in vigore che non prevede carriere o le prevede entro ristretti limiti” (non appare chiaro da dove venga desunta, sul piano del diritto positivo, questa annotazione), deve essere attuato mediante una forma di reclutamento che permette “un selettivo accertamento delle attitudini” e, quindi, mediante pubblico concorso, ha rilevato che quest’ultimo non può essere riservato esclusivamente ai dipendenti interni, il nuovo assetto creato dal legislatore

essendo preordinato a realizzare “il valore dell’efficienza, grazie a strumenti gestionali che consentono di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua più flessibile utilizzazione” (...) “Inoltre, come è stato sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, la previsione non già di un concorso pubblico con riserva dei posti, bensì di un concorso interno, in quanto riservato ai dipendenti dell’amministrazione per una percentuale dei posti disponibili particolarmente elevata, appare irragionevole e si pone in contrasto con gli artt. 3, 51 e 97 della Costituzione (v. le sentenze 4 gennaio 1999 n. 1, 16 maggio 2002 n. 194, 29 maggio 2002 n. 218 e 23 luglio 2002 n. 373)”.

Passata così in rassegna la giurisprudenza costituzionale in materia, le sezioni Unite affermano che ai medesimi principi si è ispirata la medesima Corte costituzionale anche nel motivare l’ordinanza n. 2 del 4 gennaio 2001. Secondo le Sezioni unite, in tale ordinanza la Corte avrebbe infatti affermato che la procedura selettiva diretta all’accesso ad una qualifica superiore - e riservata sia al personale interno all’amministrazione, sia a candidati esterni - integra “una vera e propria procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata nel bando” (su tale ordinanza diverso era stato invece l’avviso delle SU nella sentenza n. 128 del 2001).

Alla luce del quadro così descritto le Sezioni Unite hanno ritenuto che il precedente indirizzo giurisprudenziale dovesse essere sottoposto ad una rieditazione fondata sull’imprescindibile presupposto che, nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l’accesso del personale dipendente ad un’area o fascia funzionale superiore deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso - al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni.

Sulla base di tale presupposto la sentenza n. 15403 del 2003 ha ritenuto di dover affermare che il quarto comma dell’art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo “le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l’accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore: il termine “assunzione” deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all’ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che, oltre

tutto, l'accesso nell'area superiore di personale interno od esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica (osservazione quest'ultima non agevolmente comprensibile e che non risulta sia stata ripresa dalla giurisprudenza successiva: normalmente – per quel che può rilevare - i concorsi, interni o esterni vengono banditi per posti vacanti ma già previsti in pianta organica).

A seguito di tale sentenza la giurisprudenza di legittimità ha individuato un criterio in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti, secondo cui la giurisdizione deve essere attribuita al giudice ordinario od a quello amministrativo a seconda che ricorra una delle diverse ipotesi di cui al seguente quadro complessivo: a) giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative a concorsi per soli candidati esterni; b) identica giurisdizione nelle controversie relative a concorsi misti, restando irrilevante che il posto da coprire sia compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di lavoro di interni ammessi alla procedura selettiva, poiché, in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni; c) ancora giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area funzionale ad un'altra, spettando, poi, al giudice del merito la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura all'esterno (salvo stabilire se la violazione del principio costituzionale in tema di concorso aperto all'esterno, risolvendosi in carenza di potere perpetrato attraverso atti di autonomia contrattuale, fondi, per questo stesso fatto, la giurisdizione del giudice ordinario, una volta negata la natura esclusiva della giurisdizione amministrativa in materia); d) residuale giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad un'altra, ma nell'ambito della medesima area funzionale.

Ai fini del riparto delle giurisdizioni, invece, non ha alcun rilievo la circostanza che il concorso di cui si discute sia per esami, per titoli ed esami, ovvero per soli titoli. Tutte le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti della pubblica amministrazione rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

La giurisprudenza successiva ha evidenziato alcuni elementi del problema non esaminati dalla sentenza del 2003 e ha usato concetti e strumenti giuridici in parte diversi, pur sempre riconfermando lo schema interpretativo sopra riportato.

In primo luogo vi è da notare che varie sentenze – ed in particolare quelle del Consiglio di Stato (cfr. in particolare Consiglio di Stato n. 6510 del 2004 e 4030 del 2007) – hanno evidenziato la necessità di precisare il concetto di fascia o area funzionale, a fronte della grande varietà di terminologie che caratterizza la classificazione del personale nei vari settori del pubblico impiego privatizzato, anche in ragione della contrattualizzazione di esso. E da alcune sentenze si evidenzia come l'indirizzo giurisprudenziale in esame abbia in sostanza rimesso alla contrattazione collettiva la definizione applicativa del concetto di area o fascia funzionale o simili. Dato che appare da escludere che l'autonomia privata – compresa quella collettiva – possa essere arbitra della giurisdizione e possa determinarla usando questa o quella terminologia, si sono manifestate due tendenze: la prima, particolarmente presente in alcune recenti pronunzie del Consiglio di Stato, è nel senso di ritenere riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative alle procedure selettive per qualunque tipo di promozione. La seconda, manifestata da alcune pronunzie delle SU appare volta alla ricerca di un criterio discretivo oggettivo e sostanziale per individuare quali siano gli inquadramenti l'accesso concorsuale ai quali, anche se riservato ai dipendenti, è soggetto alla giurisdizione del giudice amministrativo e quali gli inquadramenti l'accesso concorsuale ai quali, se riservato ai dipendenti, resta invece soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario.

Il problema definitorio è di importanza cruciale, anche al di là della ricerca di una formula sufficientemente certa e agevole per definire con la necessaria precisione il riparto tra le due giurisdizioni in questa materia.

Occorre infatti ricordare che la giurisprudenza della Corte costituzionale si è occupata esclusivamente di affermare la necessità – secondo la propria interpretazione del dettato costituzionale - del concorso pubblico (o anche pubblico) per l'accesso a determinati livelli, categorie, aree o fasce che dir si voglia. Ma nulla ha mai detto - se si eccettua la frase fugace contenuta in un'ordinanza di manifesta infondatezza - sul tema della giurisdizione in ordine alle relative controversie. Sono state le Sezioni unite che hanno affermato – in sede di interpretazione del dettato legislativo - la giurisdizione del giudice amministrativo non solo per i concorsi pubblici e per quelli misti, ma anche per i concorsi che sono esclusivamente interni ma che – secondo la suddetta giurisprudenza costituzionale (nella lettura che ne hanno dato le Sezioni unite) – avrebbero dovuto essere pubblici o anche pubblici. Ma né la sentenza 15403 né, a quanto risulta, quelle successive,

hanno spiegato espressamente quale sia l'inferenza che dall'obbligo (costituzionale) di rendere aperto al pubblico il concorso fa desumere l'appartenenza delle controversie riguardanti concorsi (illegittimamente) non pubblici alla giurisdizione stabilita per quelli concernenti i concorsi di assunzione e cioè per i concorsi rivolti al pubblico.

Per spiegare questa traduzione sul piano processuale di un imperativo sostanziale sembra che debba ritenersi implicita la considerazione che la (illegittima) clausola di chiusura all'esterno – ovvero la (illegittima) non previsione di apertura all'esterno - per tali concorsi sia da considerare nulla (per contrasto con l'imperativo costituzionale) e quindi *tamquam non esset*. Di qui la configurabilità di tutti questi concorsi come concorsi pubblici di assunzione (e quindi tutti aperti alla generalità dei cittadini).

Ma se questa è l'inferenza che le Sezioni unite hanno implicitamente utilizzato per elaborare il loro indirizzo sul riparto di giurisdizione, vi è da sottolineare che essa ha conseguenze (sostanziali) che vanno ben al di là del riparto in esame. Tra le conseguenze sul piano sostanziale vi è quella che tutte le procedure di promozione di cui si parla debbono essere considerate aperte all'esterno con conseguente diritto di tutti i cittadini, a parità di condizioni, di parteciparvi: ogni sistema di progressione professionale nelle pubbliche amministrazioni dovrebbe quindi tradursi in una serie di mega-concorsi pubblici con tutti gli inconvenienti che ciò intuitivamente comporterebbe e comunque in contrasto con le varie norme che, nel tempo hanno temporaneamente vietato di procedere a nuove assunzioni nelle pubbliche amministrazioni (vedi ad esempio art. 95 della legge finanziaria per il 2005 – articolo 1, comma 95 della legge n. 311 del 2004). Il che appare poco plausibile specie se lo si configura come conseguenza ed attuazione del principio costituzionale di buona amministrazione. Vi è di più: la regola costituzionale invocata, prima di prescrivere l'apertura al pubblico del concorso, prescrive appunto il concorso. Dovrebbe quindi ritenersi illegittima qualunque promozione a fascia, area, categoria o livello superiore che non sia fatta con concorso.

L'esame di questi profili rende quindi cruciale il problema di comprendere quando possa davvero parlarsi di concorso di assunzione ovvero di quali siano le progressioni di inquadramento ai quali si applichino i principi sostanziali e processuali fin qui ricordati.

La soluzione adottata dalla sentenza n. 15403 del 2003 appare in effetti tale da destare non poche perplessità circa la sua corrispondenza al dato normativo e ad una ragionevole considerazione delle esigenze di regolazione poste dalla fattispecie. Occorre tuttavia conside-

rare che gli aspetti di scarsa persuasività messi in luce dall'esperienza successiva sono ascrivibili principalmente ai presupposti della soluzione enunciata e cioè in primo luogo ad una ripartizione legislativa delle competenze giurisdizionali per questo frammento dell'area delle controversie relative al pubblico impiego privatizzato che appare priva di qualunque giustificazione razionale ed è inevitabilmente fonte di inutili complicazioni; in secondo luogo da pronunzie del giudice delle leggi di cui non appare agevole cogliere il senso giuridico. La successiva giurisprudenza delle Sezioni Unite ha operato per dare quel tanto di sistemazione che era possibile attuare in un campo reso irragionevolmente disordinato dagli interventi suddetti. In queste condizioni - in attesa di un intervento legislativo che elimini questo inutile frammento residuale di giurisdizione del giudice amministrativo - modificare ora un orientamento giurisprudenziale che si è ormai consolidato significherebbe creare ulteriore disordine e confusione, in spregio a quella funzione nomofilattica che, soprattutto in materia di giurisdizione, costituisce condizione imprescindibile per la garanzia di cui all'articolo 24 della costituzione.

Vi è però la necessità di individuare le necessarie precisazioni correttive. A tal fine vanno ricordati alcuni concetti utilizzati dalle sentenze delle Sezioni unite per distinguere i passaggi di inquadramento. Tra tali concetti, non sembra fornire strumenti utili e precisi la distinzione tra progressione verticale e progressione orizzontale. Se con il termine di progressione orizzontale si fa riferimento a mutamenti di qualifica che non comportano variazioni di inquadramento la nozione appare troppo restrittiva e soprattutto ne risulta troppo ampliato - alla luce delle conseguenze prima illustrate - il termine complementare rappresentato dalle progressioni verticali. Se invece, come sembra potersi desumere dall'analisi dei casi decisi dalla giurisprudenza, con il secondo termine ci si riferisce a progressioni che pur rivolte verso l'alto non sono così "importanti" come quelle da ricondurre alla nozione di progressioni verticali, il problema interpretativo e definitorio non viene risolto ma solo riproposto con altre parole.

Più utile appare invece il concetto di novazione oggettiva al quale alcune sentenze hanno fatto ricorso per individuare quali modificazioni di inquadramento sono soggette ai principi in esame (SU 23439, 2693 e 260 del 2007; 10419 del 2006; 18886 del 2003). Perché si abbia novazione oggettiva, infatti, non è sufficiente una normale modificazione del contenuto del rapporto, ma occorre l'estinzione del rapporto novato e la costituzione di un nuovo rapporto che costituisce appunto

novazione del primo (così esattamente SU n. 128 del 2001). Orbene, nel rapporto di lavoro – tradizionalmente improntato al principio di continuità (specie con riguardo ai profili collegati all’anzianità) - una possibile discontinuità è stata ravvisata in passato nel passaggio dalla categoria operaia a quella impiegatizia (che comportava una modificazione dei criteri legislativi di calcolo dell’indennità di anzianità) ed ancor oggi è possibile parlare di discontinuità e non di semplice modificazione oggettiva nel caso di passaggio dalla categoria impiegatizia a quella dei dirigenti, dato che tale passaggio non determina soltanto una modificazione delle prestazioni reciproche, ma anche l’applicazione di un regime giuridico profondamente, di una diversa contrattazione collettiva e di un altro regime previdenziale. E’ solo a modificazioni di questa natura e di questa “entità” che appare potersi correttamente applicare il concetto di novazione oggettiva ed è quindi a passaggi di questo genere che appare potersi applicare il concetto di novazione oggettiva e quindi l’equiparazione tra promozione e assunzione e tra selezioni per la promozione e concorsi di assunzione. Salvo che, come si è verificato in alcune ipotesi concrete, il bando di concorso pur “interno”, non preveda espressamente la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro con periodo di prova e nuova decorrenza dell’anzianità e simili e con estinzione del rapporto precedente e correlato pagamento del TFR (cfr. Consiglio di Stato n. 4030 del 2007). Solo in questo caso potrà ritenersi che il concorso è effettivamente rivolto ad una assunzione e che comporti giuridicamente la novazione oggettiva del rapporto.

Applicando tali rilievi alla fattispecie in esame deve osservarsi:

- a) che il ricorrente reclama il suo diritto all’assunzione in base alla graduatoria operata a seguito delle operazioni valutative di selezione assumendo la sussistenza di un suo diritto di preferenza di fonte legale;
- b) che il concorso di cui si parla riguardava il passaggio da una “categoria” a quella immediatamente superiore, nell’ambito della medesima “area” e cioè una normale vicenda modificativa del rapporto, un segmento della normale micro-“carriera” che ancor oggi caratterizza i rapporti di lavoro in tutte le realtà organizzate: una di quelle “promozioni dei più meritevoli” per le quali nessun criterio di buona amministrazione, e meno che mai un criterio consacrato dalla Costituzione, potrebbe prescrivere il dispendioso strumento del concorso aperto a tutti i cittadini.
- c) che il contratto di lavoro stipulato con i vincitori della selezione interna non era un contratto di assunzione ma semplicemente un accordo per la modificazione consensuale del contenuto del rap-

porto ed era come tale inadatto a determinare una novazione oggettiva in termini giuridici (cfr. allegato 17 al fascicolo del Comune di Torino, in cui si legge che, “a seguito della procedura di progressione verticale ... il Comune di Torino attribuisce alla sig. X il profilo specifico di responsabile contabile ecc..).

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione dichiarino la giurisdizione del giudice ordinario.

(Roma 18 giugno 2008)

Il P.G.

(Marco Pivetti)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

9. Giurisdizione civile – Assegnazione in mobilità di un lavoratore ad una USL da parte della Provincia, ai sensi degli articoli 33, 34 e 34-bis del d.lgs. n. 165/2001 – Impugnazione dell’atto di assegnazione da parte della USL destinataria – Giurisdizione del giudice amministrativo

(RG 26077/07)

IL P.G.

1. Con ricorso notificato in data 5.12.2005 la USL n. 12 di Viareggio impugnava davanti al TAR per la Toscana il provvedimento della Provincia di Lucca del 13.10.2005, unitamente alla nota confermativa del 16.11.2005, con il quale era stata disposta l’assegnazione in mobilità della dott.ssa M.B. - iscritta nell’elenco del personale in disponibilità ai fini del ricollocamento presso altri pubblici - all’azienda USL di Viareggio per la copertura del posto di dirigente dell’unità operativa complessa “Affari Generali e Legali” (U.O.C.), bandito con pubblico concorso in data 5.10.2005.

La USL n. 12 di Viareggio, premesso di aver revocato la procedura concorsuale terminata con l’atto di assegnazione, deduceva:

- a) l’incompetenza della Provincia di Lucca ad assegnare personale alle aziende sanitarie locali, enti strumentali della Regione,
- b) la illegittimità del provvedimento di assegnazione per essere stata M.B. già destinataria di un precedente analogo atto,
- c) la illegittimità costituzionale della normativa per contrasto con il principio del concorso pubblico per l’accesso agli impieghi nella

pubblica amministrazioni stabilito dall'articolo 97 Cost. nell'interpretazione più volte ribadita dalla Corte costituzionale,

- d) la insussistenza dei presupposti per l'assegnazione con la procedura di mobilità ex art. 34 bis del d.lgs. n. 165/2001, dato che la sentenza della Corte d'Appello di Firenze che aveva costituito il suo rapporto con il Comune di Lucca era stata poi annullata dalla sentenza n. 3252/2003 della Corte di cassazione.
- e) l'intervenuta revoca da parte della medesima USL della delibera che aveva deciso la procedura di assunzione alla quale si riferiva il provvedimento di assunzione.

Nelle more del giudizio davanti al giudice amministrativo, M.B. ricorreva al giudice del lavoro del Tribunale di Lucca, che, in accoglimento della sua domanda, accertava l'avvenuta acquisizione - per effetto e dalla data dell'atto di trasferimento in mobilità operato dalla Provincia di Lucca - dello status di dipendente della USL n. 12 di Viareggio, con conseguente preclusione per l'azienda di risolvere il rapporto già costituito attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela.

La sentenza veniva confermata dalla Corte d'appello, la quale rigettava altresì l'eccezione, sollevata per la prima volta in appello, di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, incentrandosi il giudizio su una vicenda interna ad un rapporto di lavoro costituito. Nel merito rilevava, in particolare, che l'annullamento della sentenza costitutiva del rapporto di lavoro con il Comune di Lucca non aveva determinato la cessazione del rapporto poiché le parti, prima del deposito della sentenza, avevano validamente conciliato la controversia, per cui il rapporto era proseguito su basi negoziali fino al collocamento in disponibilità.

Tutto ciò premesso, M.B., con il ricorso qui in esame, propone regolamento preventivo di giurisdizione perché sia dichiarata, con riguardo alla controversia pendente innanzi al TAR per la Toscana, la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto in tale controversia viene in discussione il trasferimento di un dirigente collocato in disponibilità da un ente pubblico ad un altro sulla base di una procedura, non concorsuale, di mobilità obbligatoria finalizzata al suo ricollocamento previo accertamento dei requisiti previsti dalla legge per la iscrizione negli elenchi del personale collocato in disponibilità.

Con le censure avverso l'atto di assegnazione, quindi, la USL n. 12 di Viareggio contesta il diritto soggettivo della ricorrente al trasferimento in mobilità disposto dalla Provincia di Lucca, il cui esame compete al giudice ordinario, non rilevando - ai fini della determinazione

della giurisdizione - che la decisione della controversia comporti l'esame degli atti amministrativi preliminari al trasferimento, rispetto ai quali persiste il potere di disapplicazione del giudice ordinario.

(Omissis)

3. La controversia instaurata dalla USL 12 di Viareggio nei confronti della Provincia di Lucca ben potrebbe essere configurabile come una controversia relativa ad un rapporto di lavoro - e più precisamente relativa all'instaurazione del rapporto di lavoro tra M.B. e la medesima USL. Come tale la controversia potrebbe ritenersi compresa nell'ampia e generica formula usata dall'articolo 63 del decreto legislativo 165 del 2001 per indicare le controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

Il problema peraltro non appare poter essere risolto in questi termini. La devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario della (quasi) totalità delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è strettamente collegata alla privatizzazione del rapporto e cioè alla previsione legislativa secondo cui in esso la pubblica amministrazione non esercita (più) poteri autoritativi di carattere pubblicistico, ma solo le capacità e i poteri propri del privato datore di lavoro. Senza questa esclusione di ogni possibile incidenza di poteri pubblicistici della pubblica amministrazione, la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative a questi rapporti non avrebbe potuto essere sostanzialmente esclusiva, dato che il giudice ordinario non può giudicare degli interessi legittimi.

Ora è chiaro che i rapporti tra pubbliche amministrazioni possono anche essere a carattere privatistico ma di regola esse sono a carattere pubblicistico e rispetto a queste relazioni tra pubbliche amministrazioni non vi è stata alcuna privatizzazione, neppure se esse possono incidere in qualche modo su rapporti di lavoro privatizzati. Ove venga in discussione l'esercizio del potere amministrativo da parte di una pubblica amministrazione nei confronti di un'altra, se quest'ultima intende farne valere l'illegittimità la controversia rientra certamente nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Il procedimento di cui agli articoli 33, 34 e 34 bis del d.lgs. n. 165/2001 è un procedimento nel quale gli enti deputati alla gestione delle procedure di mobilità esercitano una posizione di potere autoritativo discrezionale nei confronti degli enti ai quali possono indirizzare i lavoratori per l'assunzione.

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione dichiarino la

giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla controversia promossa dalla USL 12 di Viareggio nei confronti della Provincia di Lucca con ricorso al Tar della Toscana.

(Roma 27 giugno 2008)

IL P.G.
(Marco Pivetti)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

10. Giurisdizione – Rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni - Giurisdizione del giudice ordinario – Caso in cui l’Amministrazione si attribuisce poteri “di ampiezza abnorme” tali da “travalicare il rapporto funzionale tra l’Amministrazione e il dipendente, dando luogo a un esercizio di attività discrezionale” – Misure aventi anche funzione organizzativa – Irrilevanza ai fini della giurisdizione -

(RG 23832)

IL P.G.

Osserva: 1. Il Dirigente generale del Dipartimento regionale dei beni culturali e ambientali ed educazione permanente della Regione Siciliana con decreto del 31 marzo 2006 conferiva alla dott.ssa M.G.B. l’incarico dirigenziale di preposizione all’Area Soprintendenza di Catania. Il contratto individuale di lavoro veniva sottoscritto dalla predetta in data 3 agosto 2006, con decorrenza 10 aprile 2006 sino al 31 marzo 2008. Successivamente, con decreto del 14 marzo 2007, alla dott.ssa M.G.B. veniva revocato l’incarico suddetto, che veniva contestualmente conferito all’arch. G.C. Con il decreto D.G. del 14 marzo 2007 veniva conferito alla dott.ssa M.G.B. l’incarico dirigenziale di preposizione al Servizio beni archeologici della Soprintendenza di Catania.

La dott.ssa M.G.B. con ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale chiedeva l’annullamento, previa sospensiva, degli anzidetti decreti del Dirigente generale, nonché degli atti connessi e consequenziali. Lamentava che il Dirigente generale aveva inteso “avvalersi della facoltà discendente dal comma 7-bis dell’art. 9 L.R. 10/2000 introdotto dall’art. 96 L.R. 2/2002 relativamente agli incarichi dirigenziali già conferiti ai dirigenti del Dipartimento”, ed osservava che la revoca era avvenuta senza alcuna specifica motivazione ma solo sulla base del mero richiamo a tale norma legislativa. Quest’ultima era stata

peraltro scrutinata dalla Corte costituzionale, che, con sentenza n. 104 del 2007 l'aveva dichiarata incostituzionale.

In corso di causa era poi accaduto che, con il decreto n. 6102 del 4 giugno 2007 il Dirigente generale, previa revoca dei precedenti decreti n. 7699 del 31 marzo 2006 (di conferimento di incarico alla ricorrente per l'Area Soprintendenza di Catania) e n. 5365 del 14 marzo 2007 (di preposizione della predetta al Servizio beni archeologici), conferiva alla medesima l'incarico di preposizione al Servizio beni archeologici della Soprintendenza di Catania; con il decreto n. 6103 del 4 giugno 2007 il Dirigente generale procedeva alla revoca del decreto n. 5364 del 14 marzo 2007 e conferiva all'arch. G.C. un nuovo incarico dirigenziale di responsabile dell'Area Soprintendenza di Catania.

Si trattava di azione in autotutela di revoca dei precedenti decreti e adozione dei nuovi decreti analoghi, necessitata dal fatto che era intervenuta sentenza n. 104 del 23 marzo 2007 con la quale la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 96 della legge reg. n. 2 del 2002 in forza del quale erano stati adottati i citati D.D.G. n. 5364 e n. 5365 del 14 marzo 2007, per i quali il predetto Dirigente con la nota prot. n. 47 del 28 marzo 2007 aveva comunicato l'avvio del procedimento di ritiro.

Questi nuovi decreti (n. 6102 e n. 6103 del 4 giugno 2007), unitamente ad ogni relativo atto propedeutico, tra cui il D.G. n. 6076 del 30 maggio 2007 di fissazione dei criteri per la nomina dei dirigenti a posti di funzione, o comunque connesso, consequenziale ed esecutivo, venivano impugnati dalla dott.ssa M.G.B. con motivi aggiunti di ricorso, con cui la ricorrente deduceva che i detti ulteriori decreti erano stati posti in essere, sotto l'apparenza della revoca dei precedenti, solo per mantenere fermi questi ultimi.

Nel giudizio di merito innanzi al TAR si costituivano l'amministrazione e l'arch. G.C., i quali contestavano la fondatezza delle censure, previa eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quello ordinario.

Intanto, in sede cautelare, il Consiglio di Stato, aveva ripreso in esame il giudizio dopo la sospensione per l'incidente di incostituzionalità e l'aveva definito con ordinanza n. 2700 del 29.5.2007, nella quale in ordine all'eccezione di difetto di giurisdizione proposta dall'Amministrazione, affermava la propria giurisdizione e rilevava che la ricorrente non subiva un provvedimento di mancata conferma adottato alla scadenza dell'incarico, ma l'improvvisa adozione di regole nuove, in forza delle quali, ravvisata l'impossibilità di procedere allo *spoil system* nei 90 giorni dall'insediamento, essendo stata dichiarata

incostituzionale la norma che prevedeva tale facoltà in capo al dirigente regionale neo-nominato, lo stesso dirigente aveva ritenuto di essere titolare del potere di operare ugualmente lo *spoil system*, in favore delle stesse persone ed anche oltre i 90 giorni. Ne derivava, secondo il Consiglio di Stato, che l'ampiezza abnorme del potere che detto dirigente si attribuiva travalicava il rapporto funzionale tra l'Amministrazione e la ricorrente, dando luogo a un esercizio di attività discrezionale della cui legittimità deve conoscere il Giudice amministrativo (CS., V, 295/2007, e giurisprudenza ivi citata).

Nell'ambito del ricorso, e successivi motivi aggiunti, pendente dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, relativo all'annullamento di decreto di revoca dell'incarico conferito alla dott.ssa M.G.B. di sua preposizione alla Soprintendenza di Catania e di decreto di conferimento all'arch. G.C., quest'ultimo propone ora innanzi a questa Corte Suprema ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione (*ex art. 41 c.p.c. e art. 30 legge n. 1034/1971*). Osserva l'arch. G.C. nel ricorso per cassazione che dal ricorso al TAR e dai motivi aggiunti si rileva a chiare lettere che la dott.ssa M.G.B. contesta solo ed esclusivamente la revoca del suo incarico a Soprintendente, il conferimento di questo incarico all'arch. G.C. e la sua assegnazione al Servizio beni archeologici della Soprintendenza di Catania, senza muovere alcuna censura all'assetto organizzativo della struttura intermedia della Regione Siciliana; aggiunge inoltre che, a fronte di un contratto individuale di lavoro, in forza del quale alla dott.ssa M.G.B. era stato conferito l'incarico di Dirigente dell'Area Soprintendenza di Catania, con scadenza dello stesso al 31 marzo 2008, la tutela della posizione soggettiva della predetta appartiene al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, dal momento che gli atti amministrativi di revoca dell'incarico, e/o cessazione dell'efficacia del rapporto contrattuale, e di preposizione del deducente alla Soprintendenza di Catania possono essere incisi soltanto dal giudice ordinario, trattandosi di atti di gestione dei rapporti. Richiama a tal fine l'art. 63 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che dispone che sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti, precisando la norma che quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica se illegittimi. Sulla scorta di quanto precede, l'arch. G.C.

chiede dichiararsi il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo essendo la materia demandata alla giurisdizione del Giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro. Le controparti non si sono costituite in giudizio.

2. Deve preliminarmente essere osservato, in base alla consolidata giurisprudenza delle SU, che la pronuncia di provvedimenti cautelari non rende inammissibile il ricorso per regolamento di giurisdizione ai sensi dell'articolo 41 cod.proc.civ.

3. Il Consiglio di Stato, pronunciando in sede cautelare, ha affermato che "l'ampiezza abnorme del potere che detto dirigente si attribuiva (con i provvedimenti menzionati da ultimo nella precedente narrativa in fatto) travalicava il rapporto funzionale tra l'Amministrazione e la ricorrente, dando luogo a un esercizio di attività discrezionale della cui legittimità deve conoscere il Giudice amministrativo (CS., V, 295/2007 e giurisprudenza ivi citata)".

Tale proposizione argomentativa non appare comprensibile sul piano logico e su quello giuridico, né appare dotato di alcuna plausibilità il principio espresso dall'ordinanza richiamata..

4. Per la decisione sulla questione di giurisdizione appare sufficiente il richiamo a Sez. U, Ordinanza n. 14252 del 7 luglio 2005, secondo cui: "In tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi dell'art. 63 del decreto legislativo n. 165 del 2001 sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse quelle relative al conferimento di incarichi dirigenziali, in quanto la riserva, in via residuale, alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel quarto comma del citato art. 63, concerne esclusivamente le procedure concorsuali, strumentali alla costituzione del rapporto con la pubblica amministrazione, nonché quelle cosiddette interne per l'accesso ad aree o fasce funzionali superiori, laddove gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali - i quali non concretano procedura concorsuale, ed i cui destinatari non solo sono già in servizio, ma sono anche in possesso della relativa qualifica professionale - conservano natura privata, in quanto atti interni di organizzazione, anche dopo la riforma attuata con la legge n. 145 del 2002, il cui art. 3, modificativo dell'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, adopera bensì la locuzione "provvedimento" riferita all'atto di conferimento dell'incarico, ma significativamente non aggiungendovi il predicato "amministrativo", presente invece in tutte le norme che disciplinano gli atti di esercizio del potere pubblico. I predetti atti di conferimento di incarichi dirigenziali mantengono, pertanto, la natura di determinazioni assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del pri-

vato datore di lavoro, come, a norma dell'art. 5, comma secondo, del citato d.lgs. n. 165 del 2001, al cui impianto la legge n. 145 del 2002 non ha apportato modifiche, tutti gli atti attinenti ai profili organizzativi e gestionali di rapporti di lavoro già costituiti”.

E' stato così ribadito dalle SU che, al di fuori della residuale riserva in materia di procedure concorsuali, non ha alcun rilievo il fatto che la controversia si colleghi all'esercizio di poteri "autoritativi" o discrezionali della pubblica amministrazione. Occorre osservare che, dopo la c.d. privatizzazione dei rapporti di impiego con le pubbliche amministrazioni, non residua più alcuno spazio per l'esercizio di "poteri autoritativi" pubblicistici direttamente incidenti sul rapporto di lavoro che non siano quelli propri del datore di lavoro privato e, correlativamente, non residua più alcuno spazio per la giurisdizione del giudice amministrativo (al di fuori delle controversie relative alle procedure concorsuali), neppure a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione datrice di lavoro o a fronte della violazione di c.d. norme di azione, né, infine, residua più alcuno spazio per la configurabilità di situazioni di interesse legittimo ed in particolare di ipotesi di c.d. affievolimento di diritti soggettivi. Poteri e soggezioni, diritti ed obbligazioni, doveri e pretese derivanti dal rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni debbono essere ricondotti – per valutarne la sussistenza, per individuarne limiti e disciplina e per definirne gli ambiti ed i parametri di sindacabilità ad opera del giudice - al carattere privatistico del rapporto e dei poteri che in esso esercita la pubblica amministrazione – datrice di lavoro. Ne consegue che l'esercizio della discrezionalità del datore può essere contestato davanti al giudice o negando la sussistenza della discrezionalità stessa, o affermando la violazione di diritti soggettivi ovvero deducendo la violazione dei doveri di correttezza e di buona fede che disciplinano l'esecuzione rapporti contrattuali privati ed in particolare dei rapporti di lavoro subordinato oppure sostenendo la violazione di altri obblighi o doveri specifici o generali, quali quello di non discriminazione. In tutti questi casi il giudice al quale è devoluta la cognizione delle relative controversie è - sempre e comunque - esclusivamente il giudice ordinario.

L'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario con riguardo alla controversia avente ad oggetto la pretesa al conferimento di un incarico dirigenziale ovvero la pretesa a che lo stesso non sia conferito ad altri ovvero la pretesa ad essere prescelto per tale conferimento ovvero l'impugnazione della revoca dell'incarico dirigenziale appare quindi incontrovertibile e – lo si ribadisce – il carattere discre-

zionale o meno delle decisione al riguardo assunte dall'amministrazione non ha rilevanza.

Né la conclusione può cambiare per quanto riguarda quanto della domanda abbia ad oggetto la parte delle delibere impugnate che riguardava l'organizzazione della Soprintendenza di Catania e di Messina e ciò indipendentemente dal carattere confermativo o meno della precedente organizzazione che tali delibere abbiano avuto.

Al riguardo viene in rilievo quanto l'articolo 63 del decreto legislativo 165 del 2001 dispone a proposito degli "atti presupposti". Secondo la disposizione legislativa, infatti, la giurisdizione del giudice ordinario sussiste anche "se vengano in questione atti amministrativi presupposti e quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo". D'altro canto, il comma 2 dell'articolo 5 prevede che "nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro".

Dalla combinazione di tali due previsioni si ricava: a) che le determinazioni e le misure di cui sopra – pur quando abbiano contenuto e funzione organizzatoria - sono atti *jure privatorum* e quindi non atti amministrativi (il che significa che essi sono oggetto di cognizione diretta e non solo incidentale da parte del giudice ordinario); ma b) che tuttavia esistono atti amministrativi presupposti i quali possono essere rilevanti per la decisione della causa davanti al giudice ordinario: il che significa che possono indirettamente incidere sui diritti e sugli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro; c) e che tali atti amministrativi sono oggetto di disapplicazione, se illegittimi, quando rilevino in una causa che, avendo ad oggetto diritti ed obblighi derivanti direttamente dal rapporto di lavoro o da altre delle situazioni previste dalla legge, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario; ma possono anche essere impugnati davanti al giudice amministrativo, il che è conferma e conseguenza necessaria (art. 103, primo comma, Cost.) del loro essere atti amministrativi.

Gli atti presupposti che hanno natura di atti amministrativi e che possono essere impugnati quindi davanti al giudice amministrativo da coloro che rispetto ad essi possano vantare una posizione di interesse legittimo sono gli atti organizzativi di cui al comma 1 dell'articolo 2 e, tra di essi, in particolare, secondo la dottrina più convincente, i regola-

menti. E' opportuno al riguardo precisare che rientrano in tale nozione non tutti gli atti di determinazione organizzativa ma esclusivamente, secondo la formulazione dell'articolo 2, comma 1, del suddetto decreto legislativo, gli atti organizzativi che in diretta applicazione dei principi generali fissati dalla legge e secondo i rispettivi ordinamenti, stabiliscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive. Allorquando la posizione di interesse che il privato possa vantare nei riguardi di tali atti dipende dalla incidenza diretta o indiretta di essi su posizioni di diritto soggettivo derivanti in capo al privato stesso dal rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, il soggetto potrà esclusivamente chiederne al giudice ordinario la disapplicazione (che implica la loro natura di atti amministrativi). Al di fuori di tale ipotesi, la posizione di interesse legittimo potrà essere fatta valere nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo.

L'eventuale contenuto organizzativo delle delibere impugnate non potrebbe quindi essere idonea a sottrarre la controversia alla giurisdizione del giudice ordinario.

P.Q.M.

chiede che le Sezioni Unite della Corte di cassazione dichiarino la giurisdizione del giudice ordinario.

(Roma 27 giugno 2008)

Il P.G.

(Marco Pivetti)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

11. Giurisdizione – Ricorso per regolamento preventivo – [Necessità della formulazione del quesito di diritto – Esclusione] – Sanzioni amministrative irrogate con ingiunzioni dell'Agenzia delle entrate in materia di omessa registrazione di lavoratori nelle scritture obbligatorie – Giurisdizione del giudice tributario

(RG 2068/2007)

IL P.G.

rilevato che il regolamento preventivo di giurisdizione è stato proposto con riferimento ad una controversia instaurata davanti al giudi-

ce tributario per proporre opposizione avverso una sanzione amministrativa, irrogata con ingiunzione dell'Agenzia delle entrate, per violazione dell'art. 3 comma 3 del decreto legge n. 12 del 2002 come convertito nella legge n. 73 dello stesso anno, per l'impiego di lavoratori non registrati nelle relative scritture obbligatorie; ritenuto, in via preliminare, che il ricorso anche se proposto da chi ha promosso il giudizio è ammissibile in quanto, come reiteratamente hanno precisato le Sezioni unite della Corte (v. tra le altre, Cass. S.U. 10 novembre 1994, n. 9352, cui *adde* da ultimo Cass. S.U. n. 10995 del 25 luglio 2002), in presenza di ragionevoli dubbi, la legittimazione a proporre il regolamento preventivo di giurisdizione spetta a ciascuna delle parti in causa e quindi anche a quella che abbia proposto la domanda davanti al giudice adito;

(Omissis: sulla questione preliminare relativa alla non necessità della formulazione del quesito di diritto in sede di regolamento di giurisdizione v. il doc. n. 26 cui si rinvia).

ritenuto, pertanto che il ricorso è ammissibile e che deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice tributario atteso che le S.U. della Corte (disattendendo le conclusioni di questo Ufficio), con la decisione n. 2888 del 2006 hanno statuito che, in applicazione del nuovo testo dell'art. 2 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, introdotto dall'art. 12 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 è devoluta alla giurisdizione delle commissioni tributarie la controversia relativa all'opposizione avverso l'ordinanza applicativa di sanzione amministrativa emessa dall'amministrazione finanziaria per violazione dell'art. 3, comma terzo, del d.l. 22 febbraio 2002, n. 12, convertito nella legge n. 23 aprile 2002, n. 73, relativa all'omessa registrazione di lavoratore dipendente nelle scritture obbligatorie osservando a sostegno che, pur non potendosi riconoscere a quest'ultima disposizione natura propriamente tributaria, deve ritenersi che la relativa sanzione amministrativa si aggiunge al sistema sanzionatorio contenuto nei decreti legislativi nn. 471, 472 e 473 del 18 dicembre 1997, dal momento che, ai sensi dell'art. 3, comma quarto, del suddetto d.l. n. 12 del 2002, competente ad irrogare la sanzione è l'Agenzia delle entrate, con la conseguenza che viene in rilievo la specifica previsione di competenza del giudice tributario per "le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari", come risultante dal novellato art. 2 del citato d.lgs. n. 546 del 1992, il quale prevede che tale giurisdizione sussiste, in via residuale, anche con riferimento all'organo (Agenzia delle entrate) che applica una sanzione amministrativa in ordine ad infrazioni commesse in violazione di norme di svariato contenuto, non necessariamente attinenti a tri-

buti (come nella specie), per quanto evidenziato dall'impiego del termine "comunque";

ritenuto, in mancanza di decisivi argomenti in contrario, di dover condividere tale orientamento (ribadito da ultimo da Cass. S.U. n. 13902 del 2007 con riferimento al giudizio relativo a sanzioni irrogate per l'analogia violazione consistente nella utilizzazione di prestazioni di lavoro autonomo da parte di pubblici dipendenti senza la preventiva autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza) per esigenze di certezza del diritto e considerando, altresì, che la Corte costituzionale:

- con la decisione n. 144 del 2005, nel ritenere ammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice tributario, ha dato atto dell'esistenza (all'epoca) di orientamenti difformi sulla questione di giurisdizione, e si è limitata ad affermare che la "sussistenza della giurisdizione tributaria *non appar(iva) implausibile*";;
- mentre con successive decisioni ha prima (v. n. 35 del 2006) dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'attribuzione della giurisdizione in materia alle commissioni tributarie rilevando la mancata preventiva verifica della possibilità di una diversa interpretazione della normativa, e successivamente (v. decisione n. 427 del 2006, adottata quando erano intervenute le decisioni delle SU della Cassazione)) ha restituito gli atti al remittente rilevando che era intervenuto il decreto-legge n. 233 del 2006 (convertito in legge, con modificazioni dall'art. 1 della legge 4 agosto 2006, n. 248) onde si imponeva un nuovo esame della rilevanza delle questioni sollevate alla luce del mutato quadro normativo (senza considerare che, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 cod. proc. civ., il giudizio "a quo" era stato instaurato anteriormente ai provvedimenti legislativi ora richiamati).

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, dichiarino la giurisdizione delle commissioni tributarie; con le conseguenze di legge.

(Roma, 18 ottobre 2007)

Il P.G.

(Antonio Martone)

* *La Corte ha deciso in conformità: Cass. S.U. (ord.) 11.2.2008, n. 34146.*

12. Giurisdizione amministrativa – “Pregiudiziale amministrativa” – Richiesta di risarcimento del danno conseguente a provvedimento illegittimo – Necessità di preventiva o concomitante pronuncia di annullamento del provvedimento ai fini dell’ammissibilità della domanda risarcitoria – Esclusione

(RG 33051/2006)

IL P.G.

rilevato che il regolamento preventivo di giurisdizione è stato proposto con riferimento ad una controversia instaurata davanti al giudice amministrativo da una carabiniere ausiliario per chiedere l’annullamento del provvedimento di collocamento in “congedo assoluto” e in ogni caso, anche autonomamente, il risarcimento dei danni conseguenti all’illegittimo provvedimento;

rilevato che l’amministrazione nel costituirsi in giudizio ha eccepito l’inammissibilità del ricorso per essere divenuto definitivo, in quanto non tempestivamente impugnato, il provvedimento di collocamento in congedo;

rilevato che a seguito di detta eccezione il ricorrente con il regolamento preventivo di giurisdizione, richiamando quanto reiteratamente affermato dalle Sezioni unite della Corte (a partire dalle decisioni n. 13659, 13660 e 13911 del 2006), ha chiesto che venga dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo con la precisazione che “sarebbe affetta da vizio giurisdizionale una decisione del giudice amministrativo che dovesse rifiutare di esercitare la giurisdizione, richiedendo la pregiudiziale amministrativa con conseguente declaratoria di inammissibilità per difetto delle preventiva o contestuale pronuncia di annullamento degli atti produttivi del danno”;

ritenuto, in primo luogo, che deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento anche alla domanda di risarcimento dei danni, atteso che all’esito della complessa evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle S U della Casazione (v., da ultimo, le decisioni nn. 9324 e 7256 del 2007) deve ritenersi che ricorre la giurisdizione del giudice amministrativo anche in relazione al giudizio instaurato per il solo risarcimento dei danni quando “i comportamenti causativi del danno ingiusto si risolvono in atti o provvedimenti amministrativi (e sono quindi riconducibili all’esercizio del pubblico potere... ancorché viziato da illegittimità” (v. da ultimo Corte costituzionale n. 191 del 2006), mentre la controversia resta devoluta al giudice ordinario soltanto in presenza comportamenti posti in essere *ab initio* in carenza di potere ovvero in via di

mero fatto (v. sul punto quanto ribadito dalla Corte costituzionale con la decisione n. 140 del 2007);

ritenuto, invece, che in questa fase le Sezioni unite non possono statuire in ordine alle possibili conseguenze della eventuale sfavorevole decisione del giudice amministrativo, in quanto le precedenti decisioni richiamate in sede di ricorso fanno riferimento (come mero argomento per motivare l'attribuzione al giudice amministrativo anche delle controversie in tema di risarcimento del danno) al successivo eventuale sindacato della Corte, a norma dell'art. 362, comma 1 cod. proc. civ., su una precedente decisione che nella fattispecie manca;

ritenuto, pertanto, che soltanto in sede di ricorso ai sensi del citato art. 362, primo comma c.p.c. avverso una decisione in cui sia ravvisabile un rifiuto di giurisdizione le Sezioni unite potranno statuire sul punto, considerando, anche per ulteriori approfondimenti dell'orientamento in oggetto, che la Corte costituzionale (con la decisione n. 77 del 2007 in ordine alla *translatio iudicii*) ha sul punto affermato;

- a) "che deve escludersi che la decisione sulla giurisdizione, da qualsiasi giudice emessa, possa interferire con il merito demandato al giudice munito di giurisdizione";
- b) che "perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversie, ma certamente non può vincolarli sotto altro profilo quanto al contenuto (di merito e/o di rito) di tale decisione"
- c) che «la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda».

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, dichiarino la giurisdizione del giudice amministrativo, con le conseguenze di legge.

(Roma, 27 dicembre 2007)

Il P.G.

(Antonio Martone)

** La Corte di cassazione non ha affrontato lo specifico punto, adottando una pronuncia in rito per difetto di interesse al ricorso, non essendo in realtà in discussione tra le parti la questione della giurisdizione: Cass. S.U. (ord.) 30.6.2008, n. 17776/2008.*

13. Giurisdizione – Richiesta di rimozione del crocifisso dalle aule scolastiche – Contestazione della legittimità dell’esercizio di poteri amministrativi affidati all’autorità scolastica – Giurisdizione del giudice amministrativo

(RG 15805/2004)

IL P.G.

rilevato che il regolamento preventivo di giurisdizione è stato proposto con riferimento ad una controversia instaurata, dopo l’esito negativo, in sede di reclamo, di un procedimento promosso ai sensi dell’art. 700 cod. proc. civ. davanti al giudice ordinario, dai genitori esercenti la patria potestà su figli minori tutti professanti la religione islamica, che, lamentando l’esposizione del Crocifisso nell’aula della scuola frequentata dai figli e ravvisando in tale esposizione una situazione di discriminazione lesiva del diritto assoluto alla libertà religiosa e della stessa salute psichica dei minori, chiedono la condanna dell’istituto scolastico, del dirigente *pro tempore* del detto istituto, del Ministero dell’Istruzione dell’Università e della Ricerca scientifica *“al risarcimento in forma specifica mediante il ripristino della condizione di legalità dell’ambiente scolastico e perciò la rimozione del crocifisso quale simbolo religioso cattolico, con ulteriore conseguente condanna al risarcimento del danno per la lesione del diritto alla libertà religiosa e di quello afferente la incondizionabile crescita psichica dei minori” in misura simbolica;*

ritenuto preliminarmente che il ricorso è ammissibile in quanto, secondo costante giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte (v. da ultimo, la decisione n. 14070 del 2003), la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione non è preclusa dalla circostanza che il giudice adito per il merito abbia provveduto su una richiesta di provvedimento cautelare, pur se, ai fini della pronuncia, abbia risolto in senso affermativo o negativo una questione attinente alla giurisdizione, ovvero sia intervenuta pronuncia sul reclamo avverso il provvedimento cautelare, in quanto il provvedimento reso sull’istanza cautelare non costituisce sentenza e la pronuncia sul reclamo mantiene il carattere di provvisorietà proprio del provvedimento cautelare;

ritenuto che in considerazione del *petitum* sostanziale (la domanda è sostanzialmente volta ad ottenere la rimozione del Crocifisso dall’aula scolastica e solo in via consequenziale il risarcimento dell’asserito danno) deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo atteso che:

- a) come precisato dalla Corte costituzionale (v. l’ordinanza n. 389 del 2004) l’esposizione del Crocifisso nelle aule è prevista da norme re-

golamentari (in particolare dall'art. 119 e tabella C allegata del regio decreto n. 1297 del 1928 per quanto attiene alle scuole elementari) volte a disciplinare le modalità di prestazione di un servizio pubblico essenziale;

- b) deve trovare applicazione, pertanto, l'art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998 (sostituito dall'art. 7 della legge n. 204 del 2000 e quale risultante dalla decisione della Corte costituzionale n. 204 del 2004) che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione a conoscere della controversia relativa a pubblici servizi con la sola esclusione dell'ipotesi (pacificamente con ricorrente nella fattispecie in esame) di quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così limitando l'originaria esclusione dei rapporti individuali di utenza);
- c) si deve, altresì, escludere che, attesa la natura regolamentare delle norme contestate, si sia in presenza di un rapporto paritario tra pubblica amministrazione e cittadino tale da giustificare il permanere della giurisdizione del giudice ordinario;
- d) in presenza di giurisdizione esclusiva, infine, la medesima si estende alle domande di risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998 come sostituito dall'art. 7 della legge n. 204 del 2000;

ritenuto, sotto altro profilo, che trattandosi di giurisdizione esclusiva a una diversa conclusione non può indurre la natura dei diritti di cui si lamenta la violazione, in quanto spetta al giudice dotato di giurisdizione valutare in che misura il "diritto di professare liberamente la propria fede religiosa" (art. 19 Cost.) e l'eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose (art. 8) in relazione al principio di eguaglianza riconosciuto a tutti i cittadini (art. 3), possano, non soltanto vietare allo Stato di adottare provvedimenti limitativi di tali libertà, ma altresì precludere (limitando così l'altrui libertà) l'affissione di un simbolo identificatore di principi che costituiscono comunque patrimonio storico del popolo sovrano (v. Corte costituzionale n. 203 del 1989);

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, dichiarino la giurisdizione del giudice amministrativo, con le conseguenze di legge.

(Roma, 23 dicembre 2005)

Il P.G.
(Antonio Martone)

** La pronuncia della Corte è nello stesso senso: S.U. (ord.) 10.7.2006, n. 15614.*

14. Giurisdizione – Controversie in materia di avviamento al lavoro degli addetti a lavori socialmente utili – Fattispecie – Domanda proposta nei confronti di un'amministrazione diversa da quella con la quale doveva costituirsi il rapporto di lavoro – Giurisdizione ordinaria

(RG 24986/05)

IL P.G.

Osserva:

1. Nel 2003 il Comune di Ragusa pubblicava un bando di chiamata pubblica, riservato ai lavoratori utilizzati dal Comune in lavori socialmente utili, al fine di avviare alcuni di essi, nei limiti dei posti banditi, al rapporto di lavoro dipendente a tempo indeterminato. G.A., impiegata dal Comune di Ragusa in lavori socialmente utili dal 1996, presentava domanda di partecipazione, ma veniva collocata in una posizione in graduatoria che non le consentiva di accedere ai posti di lavoro messi a disposizione, in quanto a suo dire non le veniva riconosciuta l'intera anzianità di utilizzo da parte del Comune. Proponeva quindi ricorso al TAR Sicilia, sede di Catania, impugnando la graduatoria definitiva e chiedendone l'annullamento, previa sospensione. Il TAR rigettava la domanda cautelare, affermando il proprio difetto di giurisdizione. La ricorrente proponeva quindi ricorso ex art. 700 c.p.c. dinanzi al tribunale di Ragusa, in funzione di giudice del lavoro, ribadendo le stesse ragioni di diritto già sottoposte al giudice amministrativo, ed il pregiudizio grave ed irreparabile cui andava incontro per la penalizzante collocazione in graduatoria. Il tribunale di Ragusa anch'esso in sede cautelare declinava la propria giurisdizione, affermando la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto si trattava di procedura concorsuale, e inoltre in quanto all'utile collocazione in graduatoria avrebbe fatto seguito la stipulazione ex novo di un contratto di lavoro a tempo indeterminato in favore della lavoratrice. La lavoratrice proponeva una nuova istanza cautelare davanti al TAR il quale a sua volta declinava con sentenza la propria giurisdizione rilevando che non si trattava di una procedura selettiva meritocratica. In attesa di una pronuncia in sede di merito del tribunale ordinario di Ragusa, nuovamente adito, G.A. ha proposto ricorso per regolamento di giurisdizione.

L'intimato, benché regolarmente evocato in giudizio, non si costituiva.

2. La ricorrente deduce l'illegittimità della formazione della graduatoria di collocamento da parte dell'Ufficio del lavoro ed ascrive a

tale illegittimità il fatto che essa non sia stata assunta presso il Comune di Ragusa con contratto a tempo determinato. Chiede quindi l'annullamento di tale graduatoria.

Occorre subito rilevare che la domanda non rientra nella disciplina stabilita per le controversie del pubblico impiego – neppure sub specie di “controversia concernente l'assunzione al lavoro” di cui all'articolo 68 del decreto legislativo n. 29 del 1993 e successive modificazioni.

Le controversie alle quali si riferisce tale disciplina, infatti, sono quelle che hanno come presupposto necessario della causa petendi il rapporto di lavoro (comprese quelle relative all'obbligo di concludere il relativo contratto) e che quindi hanno come parte necessaria la pubblica amministrazione datrice di lavoro.

La mancata assunzione di cui la ricorrente si duole ed il rapporto di lavoro di cui lamenta la mancata costituzione per effetto del mancato avviamento riguardava il comune di Ragusa, mentre la domanda in esame è rivolta esclusivamente nei confronti dell'Assessorato al lavoro della Regione Sicilia e non si ipotizza che il costituendo rapporto di lavoro avrebbe dovuto intercorrere con tale assessorato o con la Regione.

Data la non applicabilità delle norme di cui al decreto legislativo 165 del 2001, non viene in questione neppure l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie riguardanti le procedure concorsuali ai sensi dell'articolo 63, quarto comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che attribuisce alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti. Comunque, per controversie in materia di procedure concorsuali si intendono, agli effetti di tale norma, esclusivamente quelle che hanno ad oggetto le procedure concorsuali e cioè quelle che riguardano il bando, con il quale l'amministrazione manifesta all'esterno la decisione di reclutare un certo numero di dipendenti previa prove selettive di comparazione tra le attitudini ed i titoli professionali degli aspiranti, la determinazione dei titoli e/o delle prove selettive, le procedure per l'effettuazione delle prove e per l'esame dei titoli, per la valutazione degli uni e delle altre e tutte le altre sub-procedure fino alla formazione e all'approvazione della graduatoria definitiva. Come chiaramente si evince dall'articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 165 del 2001 si tratta di procedure diverse e distinte da quelle di avviamento mediante liste, pur se anche queste ultime implicano la formazione di graduatorie, paramtrate peraltro su elementi diversi da quelli indicativi della maggiore o minore professionalità.

Per determinare se la domanda di annullamento rientri nella giuri-

sdizione del giudice amministrativo occorre quindi accertare - secondo i principi generali in materia di riparto delle giurisdizioni - se l'atto di formazione della graduatoria avesse o meno natura provvedimentoale.

Essendosi ormai stabilizzata l'opinione che non ha natura provvedimentoale l'atto vincolato, allorquando le norme che lo regolano siano poste nell'interesse dei cittadini coinvolti e non lascino spazi alla discrezionalità amministrativa per la cura di interessi pubblici dei quali la stessa p.a. sia affidataria, è sufficiente osservare che per la formazione della graduatoria delle liste di avviamento sono previsti parametri predeterminati e oggettivi, non suscettibili di apprezzamento discrezionale neppure sul piano tecnico e comunque non in vista della miglior cura di alcun interesse pubblico.

Non può quindi che trovare applicazione la consolidata giurisprudenza in materia di iscrizione nelle liste dei disoccupati e quella in materia di avviamento al lavoro degli invalidi, ormai da tempo univocamente orientate a riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario (S.U., sentenza n. 12096 del 19/08/2003: "L'iscrizione nelle liste dei disoccupati e la permanenza in esse, non comportando alcun apprezzamento dell'interesse pubblico e, quindi, l'esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione, costituiscono oggetto di diritti soggettivi dei privati, la cognizione dei quali, nelle relative controversie, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario"; conforme Sezioni Unite, n. 10489 del 1996: "Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia nella quale un lavoratore impugni il provvedimento di cancellazione dalle liste dei disoccupati, in quanto l'iscrizione e la permanenza in dette liste, non comportando alcun apprezzamento dell'interesse pubblico, ne', quindi, l'esercizio di un potere da parte della P.A., costituiscono oggetto di diritti soggettivi dei privati interessati"; S.U., Sentenza n. 911 del 17/12/1999: "L'iscrizione nelle liste del collocamento obbligatorio, si configura come atto di accertamento dei requisiti previsti dalla disciplina del settore e nello svolgimento di tale funzione la pubblica amministrazione svolge un'attività di "certificazione", se del caso a seguito di un momento di discrezionalità tecnica, e mai amministrativa; ne consegue che i soggetti che si trovano nelle condizioni prescritte possono vantare un diritto soggettivo all'iscrizione nei suddetti elenchi, e che le relative controversie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario"; S.U., Sentenza n. 24862 del 23/11/2006: "Le controversie in materia di accertamento sanitario della possibilità di inserimento del disabile in un determinato contesto lavorativo, ai sensi dell'art. 10, comma 3, legge 12 marzo 1999 n. 68, investendo un atto di certificazione della commissione medica di

cui all'art. 1 comma 1 e 8, della legge n. 295 del 1990, con riflessi sul diritto soggettivo alla stabilità del collocamento obbligatorio, appartengono alla giurisdizione ordinaria, tanto che vengano promosse dal lavoratore che dal datore di lavoro”).

P.Q.M.

chiede che la Corte di Cassazione voglia, provvedendo in camera di consiglio, dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario.

(Roma 31 luglio 2007)

Il P.G.

(Marco Pivetti)

** La pronuncia della Corte è nello stesso senso delle conclusioni del P.G.: S.U. (ord.) 31.1.2008, n. 2297.*

2. Processo civile

2.1 Processo e garanzie di difesa in generale

15. Spese giudiziali – Compensazione per giusti motivi – Disciplina anteriore alla riforma dell'art. 92 c.p.c. a opera della legge n. 263/2005 – Obbligo di motivazione sulla sussistenza dei motivi – Possibilità di motivazione implicita in base al contesto complessivo della decisione

(R.G. 16231/03 e altro)

IL P.G.

Osserva: Le S. U. sono chiamate a comporre il contrasto di giurisprudenza sulla questione se, nel regime anteriore all'art. 2, comma 1, lett. a) della legge 28.12.2005, n. 263, la valutazione dell'opportunità della compensazione, totale o parziale, della spesa rientri nei poteri discrezionali del giudice di merito e non richieda specifica motivazione, restando perciò incensurabile in sede di legittimità.

Il contrasto deve essere composto nel senso che intanto il potere di compensazione delle spese processuali può ritenersi legittimamente esercitato da parte del giudice, in quanto risulti affermata e giustificata, in sentenza, la sussistenza dei presupposti cui esso è subordinato. Di conseguenza, il suo esercizio, per non risolversi in mero arbitrio, deve essere necessariamente motivato. Le ragioni in base alle quali il giudice accerta e valuta la sussistenza dei presupposti di legge devono, quindi, emergere o da una motivazione esplicitamente “speci-

fica” o dalla motivazione complessivamente adottata a fondamento dell’intera pronuncia, alla quale accede la decisione di compensazione delle spese, e ciò tanto più nell’ipotesi di compensazione “per giusti motivi”, in considerazione dell’ampiezza di tale previsione.

A questa conclusione si perviene considerando anzitutto che la regola generale, posta dall’art. 91, comma 1, c.p.c. in materia di spese processuali, è nel senso che il giudice deve condannare il soccombente al rimborso delle spese in favore della controparte.

L’art. 92, comma 2, attribuisce, poi, al giudice il potere discrezionale di derogare a tale regola, attraverso la compensazione, totale o parziale delle spese, non *ad libitum*, ma soltanto in presenza di determinate condizioni dalla legge prefigurate. Infine, va tenuto presente che l’art. 111, comma 1, Cost. stabilisce che tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati, e ciò onde consentire la realizzazione di un adeguato esercizio del diritto di difesa.

In difetto di motivazione, verrebbe violato – come sottolinea correttamente l’ordinanza di rimessione – l’art. 24 Cost. nel caso in cui il valore della causa dovesse essere di modesta entità o comunque di gran lunga inferiore alle spese processuali.

Va in conclusione evidenziata la intrinseca contraddittorietà dell’orientamento il quale ritiene da un verso che il provvedimento di compensazione delle spese è insindacabile in sede di legittimità, anche se motivato con un generico richiamo ai “giusti motivi”, dall’altro che ove il giudice di merito motivi in ordine alla compensazione delle spese è possibile censurare la motivazione basata su ragioni illogiche, erronee o contraddittorie. Infatti, nel primo caso in cui il giudice non estrinseca quali sono i “giusti motivi” che lo hanno indotto a compensare le spese, limitandosi ad affermarne la sussistenza, in base ad un suo intimo orientamento, motivi che potrebbero teoricamente essere illogici e ingiusti, non vi sarebbe tutela contro un comportamento arbitrario; nel secondo caso in cui il giudice, nel tentativo di giustificare la sua statuizione, dovesse errare nell’individuare i giusti motivi che la sorreggono, la tutela dovrebbe, invece, essere riconosciuta per non essere stato correttamente esercitato il potere discrezionale.

La conclusione alla stregua delle suddette considerazioni è nel senso dell’accoglimento del ricorso.

(Roma, 24 giugno 2008)

Il P.G.
(Domenico Iannelli)

* *La Corte di cassazione ha adottato pronuncia nel medesimo senso: S.U., 30.7.2008 n. 20598.*

16. Processo civile – Giudizio di rinvio a seguito di annullamento della Corte di cassazione – Rinvio prosecutorio ex art. 383 c.p.c. – Individuazione del giudice del rinvio – Competenza funzionale – Principio della alterità del giudice di rinvio, quale persona fisica, rispetto a quello che ha emesso la sentenza cassata – Necessità – Violazione - Nullità riconducibile a vizio di costituzione del giudice, rilevabile indipendentemente dalla proposizione di una istanza di ricasazione

(R.G. 22241/02)

IL P.G.

Osserva: Le S.U. sono chiamate a comporre il contrasto di giurisprudenza sulla questione “se la designazione del giudice di rinvio a seguito dell’annullamento della sentenza impugnata attribuisca una competenza funzionale *ratione materiae*, come tale inderogabile, non modificabile né dal giudice di rinvio né dalla Corte di Cassazione, o, se, viceversa, qualora nel giudizio di rinvio la sentenza sia stata pronunciata, non dalla diversa sezione designata, ma dalla stessa sezione dell’organo giudiziario che aveva reso la pronuncia cassata ma da giudici diversi, non si verta in situazioni di incompetenza né in situazione d’insorgenza dell’obbligo di astensione previsto dall’art. 51 n. 4 c.p.c.”.

Il principio dell’alterità del giudice di rinvio, posto dall’art. 383, comma 1, c.p.c., è improntato ad esigenza di imparzialità del giudice e di funzionalità del giudizio. La ratio di tale norma è di evitare che la controversia sia riesaminata dagli stessi giudici che hanno reso la sentenza cassata.

Questo principio subisce però deroga sia in relazione al giudizio di rinvio restitutorio, che comporta la necessità di designare lo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza di primo grado, cui spetta di riesaminare il merito della controversia, sia in relazione al giudizio di rinvio prosecutorio conseguente alla cassazione di pronunce in materie soggette alla competenza funzionale del giudice che ha emanato il provvedimento cassato.

Fuori di questi casi, il carattere di alterità del giudice designato per il giudizio di rinvio rispetto al giudice autore della sentenza cassata non comporta, però, uno snaturamento della nozione di competenza (intesa come riparto dei compiti tra i diversi uffici giudiziari). Pertanto, nel caso di designazione di altra sezione dello stesso ufficio dal quale è stata pronunciata la sentenza cassata, tale sezione non viene in rilievo quale ufficio giudiziario diverso rispetto all’altra sezione, dotato di competenza funzionale *ratione materiae* che non può essere

modificata né dal giudice di rinvio, né dalla Corte di Cassazione. Una situazione di incompetenza non è determinata neppure dalla circostanza che la pronuncia in sede di rinvio venga resa dalla medesima sezione che ebbe a pronunciare la sentenza cassata. Questo non comporta nullità insanabile della nuova sentenza *ex art. 158 c.p.c.* per vizio di costituzione dell'organo giudicante, sempre che la composizione personale di quest'ultimo risulti in concreto diversa rispetto alla composizione di quello che ha pronunciato la sentenza cassata, e ciò perché in tal caso restano soddisfatte le esigenze che stanno alla base del principio di alterità del giudice. Principio che non viene neppure violato nel caso di partecipazione di uno o più giudici ad entrambe le decisioni, sempre che la parte, a fronte della violazione da parte del giudice dell'obbligo di astensione di cui all'art. 51 n. 4 c.p.c., non si sia avvalsa del rimedio della ricusazione.

Alla stregua di queste considerazioni il ricorso deve essere rigettato perché la sentenza impugnata è stata pronunciata dalla 1 sezione del Tribunale, ma da giudici diversi da quelli che avevano reso la pronuncia cassata.

(Roma, 5 febbraio 2008)

Il P.G.
(Domenico Iannelli)

** La decisione della Corte di cassazione è nel medesimo senso: S.U. 27.2.2008, n. 5087.*

17. Contraddittorio – Notificazioni – Persone non residenti né dimoranti o domiciliate nel territorio della Repubblica – Modalità di notifica in assenza di convenzioni internazionali – Applicazione del diritto interno e dei principi essenziali di garanzia stabiliti dalla legge – Notificazione della sentenza a mezzo fax e raccomandata senza avviso di ricevimento – Estraneità allo schema legale di garanzia – Inesistenza della notifica (ai fini della decorrenza del termine di impugnazione)

(R.G. 21617/06)

IL P.G.

Osserva: la prima questione che si pone è se il ricorso sia ammissibile, per non essere i ricorrenti incorsi in decadenza. Il 2° comma dell'art. 327 c.p.c. stabilisce che il soccombente rimasto involontariamente contumace può proporre impugnazione contro la sentenza non

notificatagli personalmente, anche dopo la decorrenza del termine annuale, in presenza di due presupposti, uno oggettivo (la nullità della notificazione dell'atto d'appello), l'altro soggettivo (l'effettiva ignoranza della pendenza del processo).

Nella fattispecie in esame due problemi si pongono in relazione alla norma predetta. Il primo è se, essendo decorso l'anno dalla pubblicazione della sentenza, operi nei confronti del contumace involontario non solo il termine di decadenza annuale dalla data della successiva conoscenza della sentenza, ma anche il termine breve nell'ipotesi in cui la sentenza gli sia notificata personalmente. Questa questione deve essere risolta nel senso che nell'ipotesi in cui una sentenza sia notificata in forma esecutiva alla parte personalmente, il termine breve per farne valere la nullità conseguente al vizio di notificazione della citazione decorre da tale momento, con la conseguenza che è irrilevante il decorso di un anno dalla pubblicazione della sentenza.

Il secondo problema concerne l'individuazione della parte tenuta a provare la conoscenza della sentenza da parte del contumace involontario. Nell'ipotesi di inesistenza della notificazione opera la presunzione di ignoranza da parte del contumace della pendenza del procedimento. Incombe, quindi, su che eccepisce la tardività l'onere di provare che la controparte abbia avuto la conoscenza di fatto del processo. Nell'ipotesi di nullità della notificazione il contumace non può invocare una presunzione di non conoscenza, riversando sulla controparte l'onere di superare tale presunzione.

Questo premesso, occorre ora accertare, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, se la notificazione della sentenza impugnata effettuata dagli attuali intimati con le modalità di cui all'art. 151 c.p.c. sia valida, nulla o inesistente.

Posto che i provvedimenti del presidente della C.A. e del presidente del Tribunale stabilivano che le notificazioni degli atti dovessero avvenire a mezzo telex o telefax e successiva spedizione di plico raccomandato (senza ricevuta di ritorno nel primo caso e nel secondo caso con ricevuta di ritorno in alternativa ad altro telex o telefax con cui si comunicava l'avvenuta spedizione del plico), occorre rilevare che se è vero che il procedimento di notificazione ex art. 151 c.p.c. non prevede formalità costanti e necessarie, tuttavia devono trovare realizzazione in esso le garanzie del diritto di difesa e il principio del contraddittorio. Ne consegue che il giudice, se anche può escludere la necessità, nel caso di notifica a mezzo posta, di un formale avviso di ricevimento, deve tuttavia disporre un mezzo equipollente che non riduca la soglia di certezza della conoscenza legale dell'atto da parte del destinatario.

Quanto alla notificazione a mezzo fax, la Corte di Cassazione ha ritenuto che, anche se autorizzata dal giudice a norma dell'art. 151 c.p.c., essa è giuridicamente inesistente, in quanto manca la prova in modo assoluto della consegna dell'atto e del soggetto che lo ha ricevuto.

La notificazione della sentenza impugnata, in quanto esorbita completamente dallo schema legale degli atti di notificazione, deve, pertanto, ritenersi giuridicamente inesistente; il che comporta che non è iniziato a decorrere nei confronti dei ricorrenti il termine breve per l'impugnazione in cassazione.

Del tutto infondata è l'eccezione degli intimati secondo cui si sarebbe verificata in ogni caso la sanatoria della nullità della notificazione della sentenza, a norma dell'art. 156 c.p.c. Se, infatti, la notificazione della sentenza in forma esecutiva ai ricorrenti è giuridicamente inesistente, mancando la prova che il fax della stessa sia oggettivamente pervenuto ai destinatari, non può parlarsi di sanatoria per il raggiungimento dello scopo, quanto meno in relazione alla finalità della notifica della sentenza per far decorrere il termine breve.

Alla stregua di quanto sin qui detto, va accolto il primo motivo di ricorso. La notifica dell'atto di citazione tramite telefax, per quanto effettuata in conformità del provvedimento del presidente della C.A. ex art. 151 c.p.c., è giuridicamente inesistente. Lo stesso deve dirsi per la notificazione tramite raccomandata dell'atto di citazione, in quanto manca la certezza legale che sia il fax che la raccomandata siano pervenuti effettivamente al destinatario, del quale deve sempre essere salvaguardato il diritto di difesa, a prescindere da quanto disposto dal giudice nel provvedimento autorizzativi ex art. 151 c.p.c. (*Omissis*)

(Roma, 8 maggio 2007)

Il P.G.

(Domenico Iannelli)

* *La decisione della Corte di cassazione sul punto è nello stesso senso: S.U. 22.6.2007, n. 14570.*

18. Sospensione del processo – Provvedimento di sospensione adottato dal Giudice di pace – Impugnabilità con il regolamento di competenza ex art. 42 c.p.c. – Ammissibilità

(R.G. 5145/2005)

IL P.G.

rilevato che la questione sottoposta all'esame delle Sezioni unite

riguarda la ricorribilità con il ricorso previsto dall'art. 42 cod. proc. civ. dell'ordinanza di sospensione resa dal giudice di pace ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ.;

rilevato che, a partire dalla ordinanza delle Sezioni unite n. 12542 del 1998 (cui la questione era stata rimessa in quanto di particolare importanza), la Corte ha negato che avverso i provvedimenti di sospensione del processo adottati dal giudice di pace sia esperibile il rimedio del regolamento di competenza osservando che l'art. 46 cod. proc. civ. - che, nel testo risultante dal coordinamento imposto dall'art. 39 della legge 21 novembre 1991, n. 374, istitutiva del giudice di pace, prevede l'inapplicabilità nei giudizi davanti a tale giudice delle disposizioni di cui agli articoli 42 e 43 dello stesso codice - deve considerarsi tuttora vigente, non avendo formato oggetto di alcuna esplicita abrogazione con la citata legge n. 374 e non potendo considerarsi implicitamente abrogato per incompatibilità o per effetto della nuova disciplina dell'intera materia;

rilevato peraltro, che su impulso dell'ordinanza n. 16551 del 2006, che ha motivatamente prospettato la possibilità di una diversa soluzione, la questione è stata nuovamente rimessa alle Sezioni unite;

ritenuto che a favore dell'ammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 42 cod. proc. civ. avverso l'ordinanza di sospensione adottata dal giudice di pace possono valere varie argomentazioni;

ritenuto, in primo luogo, che sul piano dell'interpretazione letterale non si può escludere che l'art. 46 cod. proc. civ. (rimasto immutato dopo le riforme del rito dell'inizio degli anni '90) si limiti a richiamare (prevedendone l'inapplicabilità) il solo regolamento facoltativo e necessario di competenza oggetto esclusivo della previsione (prima della riforma del 90) degli artt. 42 e 43, con la conseguenza che l'impugnabilità dei provvedimenti di sospensione del giudizio introdotta dal legislatore della riforma avrebbe una portata generale indipendentemente dalla (forse "infelice") collocazione nell'art. 42 (presumibilmente dovuta all'intento di mutuare i soli aspetti procedurali del regolamento di competenza);

ritenuto, inoltre, che le evidenti ragioni di speditezza e di economia processuale che con riferimento alle controversie di competenza del giudice di pace (in quanto di minor "valore") giustificano, nelle intenzioni del legislatore, l'inammissibilità del regolamento di competenza avverso le decisioni di tale giudice (oltre che, per quelle da decidere secondo equità, della immediata ricorribilità in Cassazione avverso le statuizioni non definitive sulla sola competenza, v. da ultimo Cass. SU n. 13027 del 2006, ma sul punto v. ormai il decreto legislativo n. 40 del

2006), non possono certo valere per motivare la non immediata impugnabilità dei provvedimenti di sospensione; soluzione questa che, al contrario, contrasta con le dette ragioni in quanto consente che il momento della decisione della controversia sia differito nel tempo;

ritenuto, altresì, che a favore del superamento del precedente orientamento giurisprudenziale, depongono sul piano della ricostruzione sistematica il disfavore del legislatore verso le ipotesi di sospensione del processo (che emerge, oltre che dalla nuova disciplina in tema di regolamento preventivo di giurisdizione, dalla limitazione della ricorribilità in cassazione alla sola ipotesi di disposta sospensione e non anche nel caso in cui non sia stato adottato il provvedimento di sospensione necessaria);

ritenuto, allo stesso fine, di dover richiamare:

- a) l'orientamento assunto, su conforme richiesta di questo Ufficio, dalle Sezioni unite della Corte (v. l'ordinanza n. 14670 del 2003) che, nell'escludere la possibilità di una "sospensione facoltativa" del processo, hanno precisato come il legislatore abbia direttamente tutelato l'interesse della parte a che il giudizio non sia sospeso con la sola eccezione dei casi in cui la sospensione debba essere disposta per pregiudizialità o sia espressamente prevista dalla legge come obbligatoria (v. art. 75, 3° comma del nuovo codice di procedura penale) o facoltativa (come nel caso di cui all'art. 337 cod. proc. civ.), con la conseguenza che al di fuori di questi ultimi casi, sono sempre impugnabili con istanza di regolamento di competenza tutti i provvedimenti di sospensione del giudizio;
- b) la rigorosa applicazione di tale principio operata dalla Corte che, su conforme richiesta di questo Ufficio, non solo ha ritenuto ammissibile il ricorso avverso il provvedimento di sospensione disposta in considerazione della pendenza di una questione di legittimità costituzionale sollevata in altro giudizio (Cass. n. 24946 del 2006), ma anche nell'analogo caso di "pregiudiziale comunitaria" (Cass. n. 14412 del 2006), giungendo ad affermare l'impugnabilità ai sensi dell'art. 42 cod. proc. civ. anche nel caso di provvedimento di sospensione adottato ex art. 52 dello stesso codice (Cass. n. 11010 del 2005) e, quindi, in presenza di una fattispecie non riconducibile a quella di cui all'art. 295;
- c) l'interpretazione restrittiva di tale articolo che ha indotto le Sezioni unite (v. n. 14060 del 2004) a escludere la sospensione necessaria del processo nell'ipotesi di contemporanea pendenza davanti a due giudici diversi del giudizio sull'"*an debeatur*" e di quello sul "*quantum*" (cfr. anche Corte costituzionale n. 132 del 2005);

ritenuto, in definitiva, che in un sistema che (anche a seguito della riforme del '90) guarda con sfavore, come sottolineato anche dal giudice delle leggi (v. la decisione n. 182 del 1996), alle ipotesi di sospensione del giudizio l'esclusione della ricorribilità avverso la sospensione del processo da parte del giudice di pace si rivela priva di ogni ragionevole giustificazione e potenzialmente lesiva del principio di uguaglianza (art. 3, comma primo Cost.) e del diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, comma primo Cost.) e, in misura ancora maggiore, del diritto alla ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111 della Costituzione,;

ritenuto, pertanto, che ad avviso di questo Ufficio, si deve affermare il principio che l'art. 46 cod. proc. civ. non esclude che il provvedimento di sospensione del giudizio adottato dal giudice di pace sia impugnabile con il ricorso alla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 42 dello stesso codice;

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, enuncino il principio che l'art. 46 cod. proc. civ. non preclude che il provvedimento di sospensione del giudizio adottato dal giudice di pace sia impugnabile con il ricorso alla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 42 dello stesso codice; con le conseguenze di legge.

(Roma, 27 dicembre 2007)

IL P.G.
(Antonio Martone)

** La pronuncia della Corte di cassazione, che muta indirizzo rispetto a precedente decisione (n. 12063/2008), è nel medesimo senso.*

19. Sospensione del processo – Pronuncia di condanna generica sull'an – Separato giudizio sul quantum – Sospensione di quest'ultimo processo a norma dell'art. 295 c.p.c. per ritenuta pregiudizialità di quello sull'an – Illegittimità – Assenza di una relazione di pregiudizialità in senso proprio - Esclusione di ogni ipotesi di conflitto di giudicati, per la automatica caducazione della pronuncia dipendente sul quantum in caso di riforma o cassazione della sentenza sull'an

(R.G. 8560/2005)

IL P.G.

esaminati gli atti trasmessi, osserva quanto segue.

1. Ottenuta sentenza di condanna (generica), F.F. agiva in separato giudizio contro la Villa Claudia s.r.l. per la determinazione del *quantum debeatur*; ma, avendo la convenuta dimostrato che contro la predetta decisione era stato proposto appello, con il provvedimento in epigrafe indicato il G.I. del Tribunale romano sospendeva il giudizio *ex art. 295 c.p.c.*.

2. Avverso tale provvedimento, con atto tempestivamente e regolarmente notificato (in data 4.4.2005) e depositato (in data 16.6.2005) F.F. proponeva regolamento di competenza, sostenendo con unico complesso motivo di impugnazione, che, essendo illegittimo, l'arresto del processo meritava di essere cassato.

3. Controparte non ha depositato memoria difensiva.

4. Ad avallare la fondatezza del ricorso in esame, apprezzabile per completezza di informazione ed esaustività di argomentazione, basterebbe fare capo alla sentenza n. 14060 del 2004 resa a Sezioni Unite dalla Suprema Corte in un caso in tutto e per tutto sovrapponibile alla fattispecie qui al vaglio, perchè in entrambe le ipotesi:

- a. il giudizio per la determinazione del *quantum debeatur* era autonomo rispetto a quello da cui era scaturita la sentenza sull'*an*;
- b. il Giudice di merito aveva sospeso illegittimamente *ex art. 295 c.p.c.*;
- c. il Giudice di merito non aveva sospeso *ex art. 337 c.p.c.*.

5. E tuttavia è forse il caso di approfondire il tema, proprio con riferimento alla possibilità statuita dalle Sezioni Unite di arrestare il giudizio ai sensi dell'*art. 337 c.p.c.*. A questo scopo si impongono le seguenti considerazioni.

6. Innanzi tutto, in tema di azioni di condanna l'esigenza di frazionare in senso verticale il giudizio sull'*an* rispetto a quello sul *quantum* è riconosciuta e tutelata dall'ordinamento con la previsione degli artt. 278, 340 e 361 c.p.c.. A questo riguardo, all'interno del medesimo giudizio, il modello della condanna specifica si contrappone frontalmente a quello della condanna generica. Nel primo caso cognizione, accertamento ed istruttoria sull'*an* e sul *quantum* sono commisti e decisi con una sola (definitiva) sentenza. È apparentemente il modello più lineare e più completo, ma anche quello più dispendioso in termini di tempo e di impiego di risorse: ben vero il sedicente creditore corre il rischio di affrontare (invano) una lunga e difficile istruttoria anche sul *quantum* nella non dissolta incertezza dell'*an*; si dubita addirittura se il giudice adito possa d'ufficio decidere sull'*an* e rimettere in istruttoria (o in separato giudizio) per la liquidazione del danno. Al confronto, più sofisticato e flessibile si presenta il modulo

della condanna generica, con cui per l'appunto il sedicente creditore, qualora ritenga incerta l'astratta sussistenza del credito, deliberatamente depura la controversia degli accertamenti e dell'attività istruttoria necessari per la determinazione del quantum, convogliando e concentrando tutta la propria attività difensiva nella dimostrazione dell'*an debeat*. Questa opzione gli consente di ottimizzare gli impegni processuali, sia argomentativi che probatori; ma gli costa la duplicazione delle decisioni, con tutti i pertinenti corollari. Infatti, (se non contiene la provvisionale) la sentenza sull'*an* sarà non definitiva ed inidonea a procedere esecutivamente (ancorché, per contrappeso, consenta l'iscrizione di ipoteca *ex art. 2818 c.c.* e trasformi in prescrizione ordinaria le prescrizioni brevi *ex art. 2953 c.c.*); soltanto la sentenza sul quantum sarà invece definitiva ed esecutiva, ma essa resterà dipendente dalla stabilità della prima. Ovviamente, anche dopo la sentenza non definitiva che abbia accertato la sussistenza dell'*an*, sarà affidato alla libera volontà del creditore attore insistere o non per la determinazione del quantum; e tale scelta sarà guidata per l'appunto dalla prognosi sulla stabilità (nei gradi ulteriori) della decisione sull'*an*.

7. Tale schema rimane sostanzialmente inalterato, per quanto qui rileva, se fin dall'inizio la domanda giudiziale sia limitata all'*an*, riservando la quantificazione. in caso di esito positivo di tale controversia, ad un processo successivo; in questo caso la sentenza pronunciata sull'*an* è formalmente definitiva, ma sostanzialmente e processualmente parziale, perché scaturita in ogni caso dal frazionamento verticale dell'astratto unitario *petitum* (comprensivo di *an* e di *quantum*). Ed è proprio questa assoluta omogeneità funzionale a rendere applicabile al caso in questione (doppio processo e apparentemente doppia sentenza definitiva, rispettivamente sull'*an* e sul *quantum*) lo stesso regime previsto canonicamente per l'ipotesi in cui il frazionamento avvenga nel (corso del) medesimo processo e si dipani tendenzialmente nell'emissione di una sentenza non definitiva sull'*an* e di una sentenza definitiva sul *quantum*. Ed in questi sensi si è espressa implicitamente la ricordata decisione delle Sezioni Unite.

8. Ovviamente il frazionamento verticale (originario o successivo che sia) del *thema decidendi* comporta che la sentenza che abbia riconosciuto se pure astrattamente il credito vantato dall'attore è autonomamente e immediatamente impugnabile, ponendosi così inevitabilmente il problema del coordinamento tra tale impugnazione e la sorte del processo avente per oggetto il quantum. Ma tale questione

è risolta in modo chiaro e preciso dal legislatore: almeno nel caso in cui il frazionamento sia operato in primo grado, l'art. 279, 4° comma c.p.c. (certamente applicabile, ed applicato dalla ricordata decisione delle Sezioni Unite, ad entrambe le ipotesi sopra enucleate) impedisce categoricamente la sospensione del giudizio sul quantum allorché venga appellata immediatamente la sentenza resa sull'*an*, a meno che su tale sospensione concordino (art. 296 c.p.c.) entrambe le parti. La ragione di tale statuizione si rivela profondamente strategica. Si è già rimarcato che il cauto creditore che abbia inteso fare accertare prima soltanto l'*an debeat* è anche responsabile, una volta che la sentenza al riguardo gli sia stata favorevole, della successiva scelta volta a fare accertare il quantum: in sostanza, egli a tanto si determinerà (nella fattispecie in esame, promuovendo il separato giudizio volto alla determinazione del quantum) soltanto se riterrà che la decisione favorevole sull'*an* sia in grado di resistere alle possibili impugnazioni cui è esposta. L'art. 279, 4° c.p.c. non fa altro che assicurare, ma anche responsabilizzare, la sua scelta di avventurarsi nella fase di concreta liquidazione del credito, consentendogli (tuttavia) sì di pentirsene, ma soltanto con l'accordo della controparte; in caso contrario scontrerà l'errore nella scelta e nella prognosi con la sconfitta processuale in ordine sia alla statuizione sull'*an* (se riformata in appello o in cassazione) sia alla conseguente necessaria statuizione negativa sul quantum (non più sorretto dalla prima decisione). Il divieto della sospensione si rivela – è il caso di ribadire – perfettamente coerente con la specificità del meccanismo di frazionamento del *petitum* adottato dal sedicente creditore: in ragione di una cautela assecondata dall'ordinamento (anche per ragioni di economia processuale), egli remora il conseguimento in giudizio del *petitum* mediato (la condanna specifica), accontentandosi di una pronuncia generica; ma, ottenutala, ha diritto di procedere tendenzialmente senza ostacoli alla conseguente liquidazione del quantum, e quindi certamente nonostante l'appello proposto *ex adverso* avverso la sentenza sull'*an*, assumendone tuttavia il corrispondente e grave rischio. Né sarà vano sottolineare che, altrimenti opinando, e attribuendo dunque a tale appello efficacia sostanzialmente sospensiva del giudizio di liquidazione (come è capitato al giudice romano nella presente controversia), non solo in concreto si deresponsabilizza il creditore agente, ma si depotenzia addirittura la condanna generica, la cui utilità consiste proprio nella possibilità di accedere, ma con piena assunzione di responsabilità, al giudizio di liquidazione, pur nella pendenza dell'appello; sicché alla fine, se il creditore

non può «scommettere» sulla intangibilità della pronuncia sull'*an*, non sarà agevole individuare l'utilità residua del frazionamento stesso. Ne consegue, per venire al dunque, che incontestabilmente l'ordinamento precludeva al giudice romano, chiamato a decidere sulla concreta quantificazione del credito vantato ed acclarato astrattamente con sentenza in separata sede, di arrestare, in sicuro contrasto con la volontà di parte attrice, il giudizio in attesa della definizione dell'appello proposto avverso tale sentenza (od anche del suo passaggio in giudicato).

9. Ma se a tale risultato si perviene soltanto sulla base della citata disposizione è probabile, come sembra avvertire autorevole dottrina, che la disciplina dei rapporti tra condanna generica e fase o giudizio di quantificazione sia da rinvenire tutta – e soltanto – all'interno delle disposizioni che regolano specificamente le sentenze non definitive (oltre a quella citata, artt. 129 *bis* e 133 *bis* att. c.p.c.); senza necessità di fare capo sia all'art. 366, 2° c.p.c. (la cui novellazione è foriera di gravi problemi) sia all'art. 337 c.p.c. (non meno gravido di problemi interpretativi). Sembra certo comunque che tale ultima disposizione, se applicata alla sentenza non definitiva sull'*an*, è destinata a cedere di fronte allo specifico e puntuale disposto dell'art. 279, 4° c.p.c., nella misura in cui ammette soltanto la sospensione concordata qualora sia appellata la sentenza resa sull'*an*.

10. Tali precisazioni sembrano opportune anche perché, come rammentato da parte ricorrente, da tempo la Suprema Corte ha meritoriamente avviato un processo di contenimento dei casi di sospensione del giudizio, riscontrabile in tutte le decisioni (in tema di pregiudizialità penale, di sospensione c.d. facoltativa, etc.) citate dalla ricordata sentenza delle Sezioni Unite (cui è da aggiungere forse soltanto l'importante decisione resa in tema di azione revocatoria), animata dall'esigenza di evitare o almeno di mitigare l'insostenibile durata del processo civile italiano (esigenza cui ormai anche il novellato art. 111 Cost. assicura copertura costituzionale). Sicché sembra che la possibilità di sospendere il giudizio anche nella fattispecie in esame (non più *ex* art. 295 c.p.c., ma) *ex* art. 337 c.p.c. sembra pericolosa, nella misura in cui apre una falla di discrezionalità del giudice di merito chiamato a giudicare sul quantum; che in ogni caso sembra invece preclusa almeno nella fattispecie qui esaminata (e di grande frequenza statistica) dall'art. 279, 4° c.p.c..

11. Per le ragioni sopra esposte, il P.M. chiede che la S.C., decidendo in camera di consiglio con ordinanza sul ricorso in epigrafe indicato:

- richieda l'assegnazione all'esame delle Sezioni Unite della questione qui trattata, siccome di particolare importanza;
 - in subordine, cassi il provvedimento impugnato, con ogni consequenziale statuizione di legge.
- (Roma, 4 febbraio 2006)

Il P.G.
(Rosario Giovanni Russo)

** La decisione è conforme alla conclusione (ma non prende esplicita posizione in merito alla inoperatività anche dell'art. 337 c.p.c., come richiesto nella requisitoria): Cass. Sez. I, 15.7.2006, n. 19922.*

20. Competenza – Eccezione di incompetenza per territorio derogabile – Disciplina anteriore alle modifiche dell'art. 167 c.p.c. introdotte con il d.l. n. 35/2005 – Formulazione dell'eccezione nella comparsa di risposta – Deposito della comparsa in sede di costituzione alla prima udienza – Decadenza dall'eccezione – Esclusione – Disciplina successiva alla modifica normativa – Tempestività dell'eccezione solo se formulata nella comparsa di risposta depositata almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione

(R.G. 8547/2005)

IL P.G.

premessi che, in un giudizio instaurato con citazione del 6 giugno 2002, il giudice adito ha respinto l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile perché sollevata dalla convenuta con comparsa di risposta depositata in occasione della costituzione soltanto all'udienza di prima comparizione del 9 ottobre 2002;

che, a seguito della proposizione del ricorso per regolamento di competenza, la seconda sezione civile, rilevando un contrasto di giurisprudenza in ordine alla tempestività o meno della detta eccezione, con ordinanza n. 8516 del 4 aprile 2007 ha trasmesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni unite;

ritenuto, preliminarmente, che il regolamento di competenza è ammissibile atteso che le Sezioni unite, su conforme richiesta di questo Ufficio, superando un precedente contrasto di giurisprudenza, hanno statuito (Cass. n. 21858 del 2007) che il regolamento di competenza è proponibile anche quando esista una questione sull'ammissi-

bilità e tempestività dell'eccezione di incompetenza, o sul tempestivo rilievo di ufficio della medesima;

ritenuto, altresì, che il contrasto segnalato con l'ordinanza di rimessione deve essere risolto con riferimento alla disciplina processuale in vigore al momento di proposizione della domanda e della relativa eccezione di incompetenza (giugno/ottobre 2002) e in particolare al testo vigente a tale data degli artt. 38, 166, 167, 171 secondo comma e 180 secondo comma cod. proc. civ. prescindendo – salvo che per trarne argomenti a contrario -dalle modifiche introdotte con il decreto legislativo n 35 del 2005 (convertito con la legge n. 80 dello stesso anno) all'art. 167, secondo comma e dalla temporanea vigenza (dal 30 aprile al 31 giugno 1995, v. Cass. n. 8224 del 1999) della formulazione di tale comma prevista dall'art 11 della legge n. 353 del 1990;

rilevato che in relazione ai tempi e ai modi di proposizione dell'eccezione di incompetenza territoriale derogabile (o semplice) la giurisprudenza della Corte è pervenuta a diverse soluzioni e in particolare:

- a) ponendo l'accento sulla formulazione letterale del secondo comma dell'art. 38 cod. proc. civ. e sulla "specialità" di tale previsione, si e' considerata tempestiva l'eccezione soltanto quando non solo sia contenuta nella comparsa di risposta, ma questa sia stata depositata entro il termine stabilito dal successivo art. 166 (v., per tutte, Cass. n. 1177 del 2002 e Cass. n. 6849 del 2003);
- b) secondo un altro orientamento, invece, l'eccezione sarebbe tempestiva anche se contenuta in una comparsa depositata in occasione della costituzione alla prima udienza ai sensi dell'art. 171, secondo comma, in quanto in tale ipotesi, per l'espreso richiamo operato al secondo comma dell'art. 167, la decadenza opererebbe soltanto per le eventuali domande riconvenzionali (v. Cass. n. 2852 del 2003), restando, peraltro impregiudicato il problema della eventuale ammissibilità dell'eccezione proposta con la memoria depositata entro il termine assegnato dal giudice ai sensi dell'art. 180, secondo comma cod. proc. civ. (v. Cass. n. 4007 del 2003 e n. 2702 del 2005) e ciò in quanto, al di là di qualche generico riferimento, non si rivengono decisioni in casi in cui l'eccezione sia stata formulata con memoria depositata entro il detto termine;

ritenuto che, con riferimento alla disciplina in vigore alla data prima indicata, si deve considerare tempestiva anche l'eccezione formulata con la comparsa di risposta depositata "fino alla prima udienza" ai sensi dell'art. 171, secondo comma, e non anche nel termine assegnato in applicazione del secondo comma del successivo art. 180, considerando che:

- a) la questione deve essere risolta con riferimento, in quanto si tratta di norma speciale, a quanto previsto nell'art. 38, secondo comma che prevede testualmente che l'incompetenza derogabile "è eccepita a pena di decadenza nella comparsa di risposta", onde deve escludersi che la relativa eccezione possa essere formulata con altro atto (e argomenti in tal senso possono desumersi anche dalla soppressione, operata dall'art. 4 della legge n. 353 del 1990, del riferimento "in generale" al "primo atto difensivo del giudizio di primo grado" previsto, invece, nel testo precedente;
- b) quanto alla necessità (o meno) del rispetto del termine di cui al primo comma dell'art. 166, nel silenzio sul punto dell'art. 38, deve farsi riferimento al secondo comma dell'art. 171 che ("se una delle parti si è costituita") consente la costituzione "fino alla prima udienza" ferme restando per il convenuto le decadenze di cui al precedente art. 167 e, quindi, soltanto quella dalle eventuali domande riconvenzionali;
- c) conferma di tale ultima affermazione, può trarsi dalla considerazione che, nel testo riformato dall'art. 11 della legge n. 353 del '90, la decadenza era estesa anche alle "eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio", ma tale previsione (come si è già ricordato) è stata soppressa dall'art. 3 del decreto legge n. 238 del 1995 (legge n. 534 dello stesso anno) per essere poi reintrodotta con l'art. 2 comma 3, lett. b-ter) del decreto legge n. 35 del 2005 (convertito nella legge n. 80 del 2005);

ritenuto in particolare, che, se le richiamate reiterate modifiche ora richiamate possono, da un lato, spiegare le oscillazioni della giurisprudenza, dall'altro, costituiscono un sicuro indice della volontà del legislatore nel 1995 (con il decreto legge n. 238) di escludere la decadenza (prevista nella riforma del '90) dalle eccezioni processuali (e, quindi, anche quella di incompetenza territoriale derogabile) in caso di costituzione (ove consentita) "fino alla prima udienza, per poi operare (nel 2005) una scelta in senso contrario;

ritenuto, in definitiva, che il contrasto in esame può essere risolto statuendo che:

- a) in applicazione degli artt. 38 secondo comma, 166, 171, secondo comma e 167, secondo comma cod. proc. civ., nel testo vigente di tale ultimo comma a decorrere dal 30 giugno 1995 e fino all'entrata in vigore delle modifiche introdotte al medesimo comma con il decreto legge n. 35 del 2005, l'eccezione di incompetenza per territorio derogabile può essere formulata tempestivamente anche nella comparsa di costituzione depositata "fino alla prima udienza";

- b) che successivamente alla entrata in vigore del decreto legge ora citato, l'eccezione è validamente proposta soltanto se contenuta nella comparsa di risposta depositata "almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione";

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite, in camera di consiglio, risolvano il contrasto statuendo che:

- a) in applicazione degli artt. 38 secondo comma,, 166, 171, secondo comma e 167, secondo comma cod. proc. civ., nel testo vigente di tale ultimo comma a decorrere dal 30 giugno 1995 e fino all'entrata in vigore delle modifiche introdotte al medesimo comma con il decreto legge n. 35 del 2005, l'eccezione di incompetenza per territorio derogabile può essere formulata tempestivamente anche nella comparsa di costituzione depositata "fino alla prima udienza";
- b) che successivamente alla entrata in vigore del decreto legge ora citato, l'eccezione è validamente proposta soltanto se contenuta nella comparsa di risposta depositata "almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione"; con le conseguenze di legge.
(Roma, 11 gennaio 2008)

Il P.G.

(Antonio Martone)

** La conclusione è conforme alla decisione della Corte di cassazione: S.U. (ord.) 12.5.2008, n. 11657.*

21. Prova – Riproduzioni meccaniche – Disconoscimento della conformità – Effetti – Dissenso rispetto all'indirizzo giurisprudenziale di cui a Cass. Sez. lav. n. 8998 del 2001, e altre precedenti – Ragioni – Contrasto con altre pronunzie della Corte sull'art. 2712 cod.civ.

(RG 6662/06)

IL P.G.

(*Omissis*) Il terzo motivo appare anch'esso infondato, ma l'esame di esso presenta profili meno semplici e consiglia una considerazione più approfondita dei precedenti richiamati nel ricorso. Con tale motivo il ricorrente lamenta che la Corte d'Appello di Torino abbia utilizzato come prova anche la registrazione di alcune sue conversazioni telefoniche con i ricorrenti, dopo averle sottoposte ad accertamento fonico - nonostante che egli ne avesse contestato la confor-

mità ai sensi dell'articolo 2712 cod. civ. Tale contestazione, secondo il ricorrente – che al riguardo richiama alcune pronunzie della Corte di cassazione – era di per sé idonea a togliere valore di prova alle registrazioni suddette mentre era precluso al giudice ricorrere ad un CTU per la verifica tecnica delle voci registrate. Le registrazioni stesse, infatti, non possono assurgere a dignità di prova ove la parte contro cui sono prodotte contesti che le conversazioni siano realmente accadute.

La sentenza impugnata ha osservato che la giurisprudenza richiamata dal ricorrente (v. ad es., Cass., 1996 n. 1862 e Cass., 1998 n. 12715) appariva nel caso male invocata, poiché “se è vero che non possono essere utilizzate come prova le registrazioni quando le stesse siano state disconosciute dalla parte contro cui sono state prodotte, è altrettanto vero che detto_ disconoscimento (da effettuarsi nel primo atto difensivo utile: v. Cass., 3.7.2001 n. 8998) richiede una contestazione chiara, circostanziata ed esplicita che i fatti che le registrazioni tendono a provare siano realmente accaduti, ovvero sia la contestazione della non corrispondenza fra la realtà fattuale e la realtà riprodotta (v. Cass., 2001 n. 8998 cit.)” La sentenza della Corte d'Appello rileva che invece il De Feo, nella memoria difensiva di costituzione, non aveva disconosciuto la registrazione della conversazione telefonica, ma si era limitato ad eccepirne la inammissibilità deducendo trattarsi “di registrazioni telefoniche assunte illegittimamente”. La sent. n. 8219/1996 della S.C., aveva invece chiarito che la registrazione su nastro di una conversazione telefonica ben può costituire fonte di prova, in assenza di disconoscimento della registrazione nel senso sopra precisato.

Nel ricorso si censurano in particolare le affermazioni della sentenza impugnata circa la mancanza di un suo disconoscimento e al riguardo si richiamano passaggi della memoria di costituzione in primo grado e le dichiarazioni rese personalmente dalla parte all'udienza di discussione. Era stata quindi erronea – in base alla giurisprudenza richiamata - la decisione dei giudici di merito di considerare ammissibile la perizia fonica.

Il ricorso si collega effettivamente ad alcune affermazioni contenute in precedenti pronunzie della Suprema corte che sono meritevoli, peraltro, di alcune precisazioni.

Con sentenza 1862 del 08/03/1996, la Corte di cassazione affermò che “l'efficacia probatoria delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 cod. civ. (nella specie, cassette fonografiche che i lavoratori avevano “disconosciuto” senza neppure udirle) è subordinata, in ragione

della loro formazione al di fuori del processo e senza le garanzie dello stesso, alla esclusiva volontà della parte contro la quale esse sono prodotte in giudizio, concretantesi nella non contestazione (non soggetta ai limiti e alle modalità di cui all'art. 214 cod. proc. civ.) che i fatti che tali riproduzioni tendono a provare siano realmente accaduti con le modalità risultanti dalle stesse. Qualora tale conformità venga negata resta pertanto esclusa la possibilità di accertarla mediante una consulenza tecnica avente ad oggetto le riproduzioni stesse". La sentenza richiamava come conforme Cass. n. 12206 del 1993 ma tale precedente non è in termini, posto che in quel caso - a prescindere dalla forse non chiarissima formulazione della massima - la questione risolta dalla Corte era solo quella della legittimità e dall'ammissibilità della prova costituita dalla registrazione di una conversazione, mentre la conformità di essa rispetto alla conversazione registrata non era stata contestata (sicché la corte non aveva ragione di definire le conseguenze di una simile contestazione). La massima della sentenza 12206 del 1993 è richiamata anche da Cass. 8219 del 1996 la cui *ratio decidendi* è però del tutto eterogenea, dato che in quel caso venne considerato decisivo, per non ammettere la produzione della registrazione, il fatto che la conversazione registrata si svolgeva tra soggetti terzi e non poteva avere quindi alcun valore probatorio (anche perché gli stessi non potevano essere ammessi come testi in appello avendo già deposto in primo grado). La sentenza n. 1862 si poneva invece in inconsapevole contrasto con altra sentenza di poco precedente - la n. 2652 del 07/03/1995 secondo cui il disconoscimento della conformità di una riproduzione meccanica all'originale comporta l'onere (quindi anche la possibilità) della parte che l'ha prodotta di dimostrare l'autenticità della riproduzione stessa. Ma vi era contrasto anche con la n. 6437 del 08/07/1994 che, a proposito dei dischi cronotachigrafici, ha affermato che se la controparte ne disconosca la conformità ai fatti in essi registrati e rappresentati, non possono da soli fornire piena prova, stante la preclusione sancita dall'art. 2712 cod. civ. ma non divengono per ciò solo inutilizzabili. Essi possono costituire indizi e quindi sorge la necessità che la presunzione semplice costituita dalla contestata registrazione o rappresentazione sia supportata da ulteriori elementi.

Non è in termini la sentenza n. 6322 del 1998 che si limita a ricordare che la riproduzione fotografica va considerata conforme alla situazione fotografata se la controparte non disconosce tale conformità. La pronuncia non esamina quindi la diversa questione degli effetti di un simile disconoscimento.

La successiva sentenza 12715 del 1998 riproduce testualmente quanto detto dalla precedente sentenza 1862 del 1996 per affermare che il disconoscimento della riproduzione fotografica, fonica o in genere meccanica preclude la verifica dell'autenticità di essa a mezzo consulenza tecnica (la sentenza cita come conformi Cass. 11 agosto 1987 n. 6881, Cass. 15 maggio 1987 n. 4479, Cass. 11 dicembre 1993 n. 12206, tutte, peraltro, non in termini; la sentenza n. 4479 afferma anzi che in caso di contestazione della conformità il giudice può desumere *aliunde* la dimostrazione della conformità della riproduzione a quanto essa riproduce). Deve anche essere sottolineato che la sentenza 12715 introduce una precisazione che, quale che ne sia il valore, si attaglia alla fattispecie in esame. La pronunzia infatti rileva che il Tribunale aveva fatto riferimento alla registrazione per avvalorare una prova che reputava già sussistente in base a deposizioni testimoniali e quindi non annulla la decisione di merito.

Riproduttiva della sentenza 1862 del 1996 è la sentenza n. 8998 del 03/07/2001 secondo cui l'efficacia probatoria delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 cod. civ. è subordinata - in ragione della loro formazione al di fuori del processo e senza le garanzie dello stesso - all'esclusiva volontà della parte contro la quale esse sono prodotte in giudizio, concretantesi nella non contestazione che i fatti, che tali riproduzioni tendono a provare siano realmente accaduti con le modalità risultanti dalle stesse. Il relativo "disconoscimento" - che fa perdere alle riproduzioni stesse la loro qualità di prova e che va distinto dal "mancato riconoscimento", diretto o indiretto, il quale, invece, non esclude che il giudice possa liberamente apprezzare le riproduzioni legittimamente acquisite - pur non essendo soggetto ai limiti e alle modalità di cui all'art. 214 cod. proc. civ., deve tuttavia essere chiaro, circostanziato ed esplicito (dovendo concretizzarsi nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta) e deve avvenire nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla rituale acquisizione delle suddette riproduzioni, venendosi in caso di disconoscimento tardivo ad alterare l'iter procedimentale in base al quale il legislatore ha inteso cadenzare il processo in riferimento al contraddittorio.

L'indirizzo così confermato - senza peraltro adeguate argomentazioni - non può essere condiviso. A prescindere dalla incoerenza di esso con l'orientamento espresso dalla stessa cassazione a proposito di contatori telefonici (Cass. 1236 del 2003) e di contestazione della conformità all'originale della copia fotografica di un documento (Cass. n. 4395 del 04/03/2004) deve essere osservato che la soluzione

interpretativa in esame non trova alcuna corrispondenza nella lettera della legge ed appare illogica. La norma, infatti, si limita a stabilire che in caso di contestazione dell'autenticità della riproduzione non vi è piena prova *ex se* dei fatti e delle cose rappresentati, ma non dice affatto che la prova della corrispondenza tra la riproduzione ed i fatti e le cose rappresentati non possa essere data con ogni altro mezzo. Il rilievo che la riproduzione è un mezzo formato fuori dal processo non è conferente dato che questa è la condizione di tutte le prove costituite. Appare poi logicamente insostenibile che il legislatore abbia prefigurato un mezzo di prova il cui valore probatorio è rimesso "all'esclusiva volontà della parte contro la quale esse sono prodotte". Si aggiunga che – in caso di riproduzione fonografica di un conversazione – se la parte conferma che la conversazione vi è stata e quale ne è stato il contenuto, viene meno qualunque necessità di prova.

Né vale ad attenuare le incongruenze dell'interpretazione in esame precisare che il "disconoscimento" va distinto dal "mancato riconoscimento", il quale non esclude che il giudice possa liberamente apprezzare le riproduzioni legittimamente acquisite e, per essere idoneo a far perdere alle riproduzioni la loro qualità di prova deve essere chiaro, circostanziato ed esplicito (dovendo concretizzarsi nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta): di questo onere di allegazione specifica di circostanze atte a dimostrare qualcosa nella norme non vi è traccia. Parimenti nella norma è espressamente detto che il mancato disconoscimento porta alla prova piena e non alla possibilità per il giudice di liberamente apprezzare il mezzo di prova.

Appare in definitiva conforme alla lettera della norma, alla ragionevolezza, al sistema normativo del libro VI, Titolo II, capo II, del cod. civ. – intitolato nel suo complesso alla prova documentale - ritenere che ai sensi dell'articolo 2712 cod. civ. in caso di contestazione della conformità della riproduzione alla cosa o al fatto rappresentati, colui che vi ha interesse possa provare tale conformità e che il giudice possa disporre a tal fine una CTU, tipico mezzo di valutazione tecnica delle prove.

P.Q.M.

chiede che la Corte di cassazione voglia rigettare il ricorso.
(Roma 3 ottobre 2008)

Il P.G.
(Marco Pivetti)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

22. Brevetti e marchi – Competenza delle sezioni specializzate in grado di appello – Esclusione per le controversie introdotte in primo grado dinanzi a sezione ordinaria specializzata, prima dell’entrata in vigore del Codice della proprietà industriale (d.lgs. n. 30/2005), a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 112/2008 – Fattispecie – Instaurazione del giudizio di appello dinanzi alla sezione specializzata – Conseguenze – Pronuncia della sezione adita di decadenza dall’impugnazione e dichiarazione di improcedibilità dell’appello – Erroneità – Valida instaurazione di rapporto processuale in secondo grado – Obbligo del giudice specializzato (divenuto) incompetente di disporre la *translatio iudicii* davanti alla sezione ordinaria – Coerenza con il carattere retroattivo della pronuncia di incostituzionalità

(RG 3104/08)

IL P.G.

rileva che G.R., con ricorso regolarmente notificato, propone istanza di regolamento di competenza avverso la sentenza della sezione specializzata in brevetti e marchi della Corte di appello di Firenze che: a) sulla premessa che la controversia relativa al giudizio proposto dall’odierna ricorrente nei confronti della TERRAZZA di Montepulciano di G.R.F. & C. snc. in tema di tutela del segno distintivo marchio “La Terrazza”, essendo stata instaurata in base alla normativa previgente e trattata dal tribunale di Montepulciano, doveva restare di competenza della sezione ordinaria ed il relativo appello avrebbe dovuto essere proposto avanti la sezione ordinaria della stessa Corte di appello di Firenze; b) ha dichiarato l’improcedibilità dell’appello per intervenuta scadenza dei termini. Il ricorso si articola in tre motivi. Con il primo motivo si deduce violazione dell’art. 245, 2 comma, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale) e si formula il pertinente quesito di diritto in ordine alla applicabilità alla fattispecie in esame della citata norma transitoria che espressamente prevede che “sono devolute alla cognizione delle sezioni specializzate di cui all’art. 134, comma 3, le controversie in grado d’appello iniziate dopo l’entrata in vigore del codice anche se il giudizio di primo grado o il giudizio arbitrale sono iniziati e si sono svolti secondo le norme precedentemente in vigore”. Con il secondo motivo si deduce violazione degli artt. 50 e 326 c.p.c. e si formula il pertinente quesito di diritto in ordine alla possibilità di riassunzione del giudizio dinanzi al giudice di appello ritenuto competente, pur dopo la scadenza dei termini per l’appello. Con il terzo motivo si de-

duce violazione delle norme in tema di regolamento delle spese processuali e soccombenza.

Osserva: 1. La fattispecie in esame è relativa a giudizio in tema di tutela del marchio iniziato con citazione del 30 aprile 2002 che, in quanto pendente alla data del 30 giugno 2003, resta assegnata al giudice competente in base alla normativa previgente, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 168/2003 (norma transitoria). L'indicato principio è stato enunciato dalla Corte di appello di Firenze, dinanzi alla quale è stato proposto il giudizio di appello con atto notificato l'8 maggio 2006, data in cui era già entrato in vigore il nuovo codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30), il cui art. 245, 2 comma, con norma transitoria, espressamente dispone che "sono devolute alla cognizione delle sezioni specializzate di cui all'art. 134, comma 3, le controversie in grado d'appello iniziate dopo l'entrata in vigore del codice anche se il giudizio di primo grado o il giudizio arbitrale sono iniziati e si sono svolti secondo le norme precedentemente in vigore". Parte ricorrente invoca l'indicata disposizione a sostegno della fondatezza delle proprie ragioni e della adottata scelta processuale. Peraltro, con recente sentenza del 24 aprile 2008, n. 112, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 245, comma 2, "nella parte in cui stabilisce che sono devolute alla cognizione delle sezioni specializzate le controversie in grado d'appello iniziate dopo l'entrata in vigore del codice, anche se il giudizio di primo grado è iniziato e si è svolto secondo le norme precedentemente in vigore". Conseguenzialmente, venuta meno con effetto *ex tunc* la norma invocata da parte ricorrente, la sentenza della Corte di appello di Firenze "riacquista" fondamento, giacché la controversia, oggetto della fattispecie in esame, essendo stata instaurata prima dell'istituzione delle sezioni specializzate in tema di brevetti e marchi, avrebbe dovuto continuare ad essere trattata, secondo le norme processuali preesistenti, anche in sede di appello con impugnazione davanti alle sezioni ordinarie. Il primo motivo del ricorso è, pertanto, infondato e deve essere rigettato con le indicate integrazioni e correzioni della motivazione.

2. Viene in esame, con il secondo motivo, la connessa ma separata questione dell'invalidabile limite alla c.d. «retroattività apparente» delle sentenze della corte costituzionale (efficaci dal giorno successivo a quello della pubblicazione con riferimento a tutti i procedimenti in corso, ancorché relativi a rapporti sorti anteriormente alla pronuncia di incostituzionalità) e del fenomeno del consolidamento degli atti, derivante da ragioni tanto sostanziali (decorso dei termini prescrizionali o decadenziali, atti negoziali che rendano le vicende da

essi disciplinate insensibili alle sopravvenute pronunzie di incostituzionalità, al pari delle modifiche normative) quanto processuali (formazione del giudicato). L'esame della sentenza della Corte di appello offre dubbi circa la sua esatta natura giacché essa, pur richiamando il tema della distribuzione di competenza tra sezione ordinaria e sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, non adotta un provvedimento espresso sul punto, si limita solo implicitamente ad affrontare il tema della competenza senza adottare i conseguenti provvedimenti in tema di riassunzione o trasmissione degli atti alla sezione ordinaria o al presidente della Corte di appello (per la successiva assegnazione alle sezioni ordinarie), avendo ritenuto che il diritto di impugnazione si sia già consumato con l'appello proposto alla sezione specializzata, deducendone così l'impossibilità della riproposizione dell'appello per scadenza dei relativi termini. Si tralascia, in questa sede, la qualificazione dell'individuazione dell'effettiva natura della sezione specializzata in materia di proprietà industriale (anche se la previsione della sua composizione con la presenza di "magistrati dotati di specifiche competenze", art. 2 del d.lgs. n. 168 del 2003, lascia propendere per una sua assimilazione alla sezione specializzata agraria con i conseguenti effetti sull'ammissibilità del regolamento, vedi Cass. [ord.], sez. III, 07.10.2004, n. 19984, secondo cui, la questione relativa alla devoluzione di una controversia alla sezione specializzata agraria presso il tribunale o a quello stesso tribunale in composizione ordinaria costituisce questione di competenza e non di mera ripartizione degli affari all'interno di un unico ufficio giudiziario. Fermo restando che, tuttavia, l'innammissibile istanza di regolamento di competenza è suscettibile di conversione in ricorso ordinario per cassazione, ove ne ricorrano tutti i requisiti formali e sostanziali e sempre che il ricorrente non abbia inequivocabilmente manifestato la volontà di proporre soltanto l'istanza di regolamento, con espressa esclusione del ricorso ordinario, vedi Cass., sez. II, 29.04.1993, n. 5069; mentre, nella fattispecie, il ricorrente impugna chiaramente il provvedimento di improcedibilità dell'appello.

3. Come dianzi precisato, la Corte di appello di Firenze ha ritenuto che la proposizione dell'appello alla sezione specializzata (giudice incompetente ai sensi della norma transitoria dell'art. 6 d.lgs. n. 168/2003) abbia determinato la decadenza dalla possibilità di riproposizione dell'appello in quanto, alla data della impugnata pronuncia in esame, erano già irrimediabilmente decorsi i termini per l'appello. Orbene, al di là della sopravvenuta sentenza di incostituzionalità della

norma (che ove ancora esistente avrebbe viceversa condotto all'accoglimento del primo motivo) si tratta di accertare se, a prescindere dall'intervenuta pronuncia di incostituzionalità, l'avvenuta implicita dichiarazione di incompetenza debba necessariamente condurre alla conclusione che l'appello, proposto nei termini, ma dinanzi a giudice di secondo grado che si dichiara o sia incompetente, debba ritenersi privo di effetti ai fini della conservazione della salvezza dei termini di impugnazione. La risposta alla indicata questione sembra possa trovare soluzione sulla base dei precedenti di questa Corte (Cass., sez. lav., 02.07.2004, n. 12155) che - in fattispecie alquanto analoga a quella in esame - ha affermato il principio secondo cui, in caso di appello proposto dinanzi ad un organo della giurisdizione ordinaria diverso da quello che sarebbe stato competente secondo legge, può riconoscersi al medesimo un effetto conservativo a condizione che l'organo adito, benchè territorialmente incompetente, sia egualmente giudicante in secondo grado e possa quindi disporre la rimessione della causa al giudice competente, davanti al quale potrà essere effettuata apposita riassunzione a norma dell'art. 50 c.p.c.. Il medesimo effetto conservativo, invece, deve escludersi qualora l'appello sia stato proposto davanti allo stesso giudice che abbia pronunciato la sentenza oggetto del gravame, oppure davanti ad altro giudice di primo grado. Con precedenti conformi in Cass., sez. lav., 02.09.2003, n. 12788; Cass., sez. III, 29.01.2003, n. 1269 e Cass., sez. lav., 12.11.2002, n. 15866 ed, ancora, la più recente Cass., sez. lav., 13.04.2005, n. 7601 secondo cui il principio *ex art. 50 c.p.c.*, comporta che la tempestiva proposizione del gravame ad un giudice incompetente impedisce la decadenza dell'impugnazione (determinando la c.d. *translatio iudicii*) non trova applicazione solo quando questa sia stata proposta ad un giudice incompetente per grado. La conclusione, del resto, appare coerente anche con la tesi della retroattività delle sentenze di incostituzionalità. L'incostituzionalità se pur incide sulla disciplina del rapporto processuale - in punto di competenza - non deve comportare l'inammissibile conclusione raggiunta dalla Corte di appello di Firenze, potendosi fondatamente ritenere consolidato l'effetto di radicamento di un tempestivo rapporto processuale in sede di appello, così che nella fattispecie - che presenta indubbi punti di singolarità - sia reso effettivo il diritto costituzionale di azione e difesa, la cui tutela, invece, verrebbe lesa ove il principio della retroattività delle sentenze della corte costituzionale si incrociasse con l'illegittima affermazione della corte di appello di Firenze dell'improcedibilità dell'appello. L'indicato orientamento giurisprudenziale trova conforto in una pregevole più datata

decisione (Cass. sentenza 11.04.1996, n. 3355) in cui si è affermato che “come questa corte ha già avuto modo di precisare in conformità a una tesi comunemente affermata dalla dottrina, poiché l’art. 50 non distingue tra sentenza di primo grado e sentenza di secondo grado, l’atto di appello davanti a un giudice incompetente vale ad instaurare un valido rapporto processuale di impugnazione, suscettibile di prosecuzione davanti al giudice competente in caso di riassunzione del processo (entro il termine stabilito dal giudice medesimo o, in mancanza, nel termine di sei mesi dalla comunicazione della sentenza); la pronuncia emessa in sede di appello e dichiarativa dell’incompetenza del giudice adito, quindi, vale ad investire della controversia il giudice indicato come competente, dovendo la stessa contenere le disposizioni dirette a consentire la *translatio iudicii*”. Pertanto, si deve conclusivamente affermare che l’appello di G.R., benché proposto davanti a un giudice incompetente, non può essere ritenuto improcedibile.

4. Sulla base delle esposte argomentazioni va affermato che:

- per effetto della sentenza n. 112 del 2008 della Corte costituzionale, è stata eliminata la possibilità di concentrare davanti alle nuove sezioni specializzate in materia di proprietà industriale le controversie in grado d’appello iniziate dopo l’entrata in vigore del codice anche se il giudizio di primo grado o il giudizio arbitrale sono iniziati e si sono svolti secondo le norme precedentemente in vigore;
- la tempestiva proposizione del giudizio di appello alla sezione specializzata in materia di proprietà industriale (diventata incompetente successivamente alla proposizione dell’appello e per solo effetto della dichiarazione di illegittimità della norma transitoria attributiva della sua competenza) instaura un valido rapporto processuale di impugnazione, suscettibile di prosecuzione davanti al giudice competente in caso di riassunzione del processo;
- in applicazione di tutti i principî di diritto sopraenunciati e, nella fattispecie, per effetto dell’accoglimento del secondo motivo di ricorso e dell’intervenuta illegittimità dell’art. 245 codice della proprietà industriale, la sentenza impugnata deve essere cassata e deve farsi consequenziale applicazione dell’art. 50 c.p.c., provvedendosi a dichiarare la competenza della sezione ordinaria della corte di appello di Firenze, in sede di appello, giudice davanti al quale il processo deve proseguire dopo la necessaria riassunzione. Il terzo motivo rimane assorbito.

P.Q.M.

visto l’art. 375 c.p.c.;

chiede che la Corte di cassazione, in camera di consiglio, accolga il secondo motivo di ricorso, con le indicate conseguenze di legge in punto di riassunzione.

(Roma, 28 agosto 2008)

Il P.G.
(Riccardo Fuzio)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

23. Competenza – Dichiarazione di incompetenza del giudice adito in sede di provvedimento cautelare *ante causam* – Ulteriore dichiarazione di incompetenza del giudice, indicato come competente, in sede di reclamo (art. 669-terdecies c.p.c.) – Strumento di soluzione del rifiuto di esaminare l'istanza cautelare - Proponibilità del regolamento di competenza

(RG 7018/2006)

IL P.G.

rilevato che in occasione dell'esame preliminare del regolamento di competenza, richiesto d'ufficio dalla Corte d'appello di Torino, riguardante l'individuazione del giudice competente (se il tribunale in composizione collegiale o la corte d'appello) a decidere del reclamo proposto avverso il rigetto di un provvedimento d'urgenza in materia di lavoro da parte del giudice monocratico del tribunale, gli atti sono stati trasmessi al Primo Presidente segnalando l'opportunità di investire le Sezioni unite della questione dell'ammissibilità (o meno) della richiesta di regolamento nel caso in cui nei procedimenti cautelari il giudice indicato come competente da quello adito per primo si dichiara a sua volta incompetente;

che, d'ordine del Primo Presidente, gli atti sono stati trasmessi a questo Ufficio per la formulazione delle richieste ai sensi dell'art. 375 cod. proc. civ.;

ritenuto che effettivamente sulla questione nella giurisprudenza della Corte si è verificato un contrasto in quanto:

- a) secondo l'orientamento di gran lunga prevalente, la richiesta di regolamento, in quanto presuppone che la pronuncia sulla competenza sia definitiva (v. tra le altre, Cass. 24 maggio 2000, n. 6785 e Cass. n. 5316 del 2005), è inammissibile con riferimento ai procedimenti cautelari *ante causam* in quanto i relativi provvedimenti

hanno carattere provvisorio e strumentale e non sono idonei, per la loro natura, ad acquistare efficacia definitiva se non tempestivamente impugnati; con la precisazione che *tale principio si applica anche con riguardo al provvedimento adottato dal tribunale sul reclamo ai sensi dell'art. 669 terdecies* (nel testo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale del 1994), che si sostituisce all'atto reclamato, con identica natura e funzione (v., tra le altre, Cass. n. 2058 del 2004, nonché Cass. n. 12655 del 2006 che, su conforme richiesta di questo Ufficio, ha dichiarato l'inammissibilità di analoga richiesta d'ufficio da parte della Corte d'appello di Torino);

- b) a diversa conclusione è invece pervenuta, con la decisione n. 18680 del 2003, la Corte che, riprendendo quanto sostenuto in una isolata decisione del 1997 (la n. 5264), ha affermato che la disposizione contenuta nell'art. 669-septies cod. proc. civ. comporta l'inammissibilità dell'istanza per regolamento di competenza limitatamente alla ipotesi in cui, dichiaratosi incompetente il primo giudice, quello indicato come competente e successivamente adito non declini, a sua volta, la propria competenza, mentre nell'ipotesi in cui anche quest'ultimo abbia pronunciato un analogo provvedimento negativo della propria competenza, deve ritenersi applicabile, rispetto a tale decisione, la norma generale di cui all'art. 42 cod. proc. civ. e, conseguentemente, ammettersi l'istanza di regolamento di competenza (e, quindi anche la richiesta ex art. 45 cod. proc. civ.), perché non è ipotizzabile che l'ordinamento non preveda alcuno strumento processuale attraverso il quale dirimere una situazione in cui non vi sia, un giudice obbligato a conoscere della domanda cautelare a meno di non ipotizzare un potenziale *vulnus* ai principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost.;

ritenuto che questo secondo orientamento (fatto proprio, pur senza soffermarsi sul contrasto giurisprudenziale, dalla recente decisione n. 9167 del 2008), ad avviso di questo Ufficio, può essere condiviso considerando che:

- dai commi 6, 7 e 8 dell'art. 669 octies cod. proc. civ., introdotto dall'art. 2, comma 3, del D.L. n. 35 del 2005 (convertito con la legge n. 80 dello stesso anno) che ha recepito quanto già introdotto per le controversie in materia diritto societario e di intermediazione finanziaria dall'art. 23 del decreto legislativo n. 5 del 2003, deve desumersi la tendenza dell'ordinamento (per evidenti finalità deflative) ad attenuare il carattere strumentale dei procedimenti cautelari ivi indicati e dei relativi provvedimenti che, anche se non idonei a passare in giudicato, sono dotati di efficacia esecutiva non condizionata alla

instaurazione entro un termine perentorio del successivo giudizio di merito (che può rivelarsi superfluo qualora il provvedimento cautelare abbia soddisfatto ogni interesse del ricorrente e la controparte non intenda agire in azione di accertamento negativo);

- ne deriva una maggiore idoneità dei procedimenti cautelari in esame a garantire la tutela dei diritti e, di riflesso, la irragionevolezza di un soluzione che, una volta esperito inutilmente anche il reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies (o quando in tale fase si verifici un conflitto negativo di competenza tra i due giudici successivamente aditi) non offra alcuno strumento processuale per reagire avverso il rifiuto, *sotto questo profilo definitivo*, di esaminare l'istanza cautelare;
- si è in presenza, in altri termini, di una situazione analoga a quella della dichiarazione di incompetenza del giudice adito ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970 e che, in passato, ha indotto la Corte a ritenere ammissibile il regolamento di competenza (v. Cass. n. 42420 del 1994 e n. 1048 del 1984);

ritenuto, pertanto, che il contrasto può essere risolto decidendo che il regolamento di competenza, su ricorso di parte o d'ufficio, è ammissibile nei procedimenti cautelari quando, una volta esperito inutilmente anche il reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies, si sia in presenza di due confliggenti dichiarazioni di incompetenza;

ritenuto, infine, che in applicazione di tale principio l'istanza deve essere ritenuta ammissibile, e che va dichiarata la competenza del collegio presso il tribunale, stante la chiara formulazione dell'art. 669-terdecies cod. proc. civ. ("il reclamo contro i provvedimento del giudice singolo del tribunale si propone al collegio del quale non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato"), senza che possa assumere rilievo determinante la generale competenza del giudice monocratico nella cause di lavoro in primo grado;

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte, in camera di consiglio, risolto il contrasto di giurisprudenza nei sensi indicati in motivazione, dichiarino al competenza del Tribunale di Vercelli in composizione collegiale; con le conseguenze di legge.

(Roma, 18 novembre 2008)

Il P.G.

(Antonio Martone)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

24. Competenza – Violazione delle norme processuali sui limiti di rilevabilità dell'incompetenza (c.d. norme sulla competenza "dinamica") – Rilievo delle violazioni con lo strumento del regolamento di competenza – Ammissibilità

(RG 3543/2005)

IL P.G.

rilevato che le Sezioni Unite sono chiamate a decidere se in sede di regolamento di competenza possono essere sollevate, oltre le questioni che riguardano l'applicazione delle norme che prevedono i criteri determinativi della competenza (c.d. competenza statica), anche questioni che riguardano la corretta applicazione delle norme processuali (artt. 38 e 428 cod. proc. civ.) che disciplinano i tempi del rilievo della incompetenza (c.d. competenza dinamica);

rilevato che

- mentre per lungo tempo la giurisprudenza della Corte era stata costante nel ritenere che con il regolamento potesse essere censurato anche il malgoverno fatto dal giudice delle regole sul rilievo dell'incompetenza,
- le Sezioni Unite con la decisione n. 764 del 1999 (peraltro adottata su difforme conclusione di questo Ufficio) hanno affermato che la sentenza che dichiara l'incompetenza, di ufficio o su eccezione di parte in violazione dei limiti temporali stabiliti per la rilevabilità non è impugnabile con regolamento di competenza, ma con gli ordinari mezzi di impugnazione previsti per gli *errores in procedendo*, con la conseguente inammissibilità (rilevabile anche d'ufficio) della richiesta di regolamento),
- tale orientamento, peraltro, non è stato unanimemente seguito dalle successive decisioni della Corte che, in particolare, con le sentenze nn. 16136 del 2003, 6264 e 8288 del 2004, hanno optato per il precedente indirizzo;

rilevato che la ricordata decisione n. 764 del 1999 si fonda essenzialmente:

- a) sulla affermazione che in caso di inosservanza dei limiti temporali la contestazione non riguarderebbe la competenza ma la semplice violazione delle norme del procedimento,
- b) nonché, per quanto riguarda la richiesta *ex art. 45* cod. proc. civ., sull'affermazione che la non tempestività dell'eccezione o del rilievo d'ufficio renderebbe la competenza non più contestabile, onde il giudice adito in riassunzione non potrebbe richiedere alla Corte di cassazione una pronuncia sulla questione;

ritenuto che le argomentazioni ora richiamate non appaiono condivisibili in quanto:

- a) sembra difficile sostenere che una dichiarazione di incompetenza, anche se adottata in violazione dei limiti temporali di cui agli artt. 38 e 428 cod. proc. civ., non costituisca una pronuncia sulla competenza;
- b) proprio perché la violazione delle norme che prevedono i tempi del rilievo dell'incompetenza implicano che la competenza del giudice adito non possa essere più messa in discussione, deve ritenersi che anche tali norme siano determinative della competenza, con la conseguenza che l'esame della detta violazione si risolve in una "questione di competenza";
- c) la previsione di una impugnazione nelle forme ordinarie (indicata dalle Sezioni unite nella ricordata sentenza) presuppone inoltre una impropria qualificazione della dichiarazione in incompetenza come "decisione di merito";

ritenuto, altresì, che più in generale, va osservato come la *ratio* del novellato art. 38 c.p.c., nella parte in cui ha disposto l'unificazione del regime della rilevazione dell'incompetenza e ha imposto un limite temporale oltre il quale è preclusa ogni questione relativa, va individuata (come ritenuto anche dalla Corte costituzionale con la decisione n. 128 del 1999) nell'esigenza di una sollecita definizione delle questioni preliminari di competenza e sembra indiscutibile che tale esigenza sia meglio assicurata consentendo la definitiva decisione in sede di regolamento che non imponendo alla parte il ricorso agli ordinari mezzi di impugnazione;

ritenuto, infine, che le considerazioni ora svolte devono trovare applicazione sia al regolamento di competenza richiesto dalla parte che a quello d'ufficio in quanto precludere al giudice della riassunzione di richiedere, nel rispetto del termine di cui all'art. 38 c.p.c., il regolamento si risolverebbe in una ingiustificata limitazione del suo potere di rilevare la propria incompetenza (nei casi previsti dal primo comma dell'art. 38) soltanto perché adito in riassunzione, restando affidato all'ordinaria impugnativa di parte il rilievo della violazione della norma (anche in caso di dichiarazione di incompetenza non solo tardiva ma anche in violazione dei criteri determinativi);

ritenuto pertanto che, ad avviso di questo Ufficio, il segnalato contrasto va risolto statuendo che in sede di regolamento di competenza possono essere sollevate, oltre le questioni che riguardano l'applicazione delle norme che prevedono i criteri determinativi della competenza (c.d. competenza statica), anche questioni che riguardano la

corretta applicazione delle norme processuali (artt. 38 e 428 cod. proc. civ.) che disciplinano i tempi del rilievo della incompetenza (c.d. competenza dinamica);

ritenuto che all'ammissibilità dell'istanza di regolamento consegue anche la sua fondatezza perché la dichiarazione di incompetenza da parte del Tribunale ordinario di Lecce è stata sollevata e rilevata tardivamente.

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, enunciando il principio di diritto indicato in motivazione, dichiarino la competenza del Tribunale ordinario di Lecce, con le conseguenze di legge.

(Roma, 10 aprile 2007)

Il P.G.

(Antonio Martone)

** La Corte di cassazione ha deciso in conformità: (ord.) 19.10.2007, n. 21858.*

2.2 Processo civile di cassazione

25. Procedimento in camera di consiglio a norma dell'art. 380-bis c.p.c. – Deposito della relazione del giudice relatore, nominato ex art. 377 c.p.c., per la trattazione del ricorso in camera di consiglio – Prevista possibile partecipazione del relatore al collegio giudicante – Questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di imparzialità – Manifesta infondatezza

(R.G. 19558/2006)

IL P.G.

Osserva: 1. Il ricorrente solleva questione di costituzionalità dell'art. 380-bis c.p.c. e dell'art. 51 c.p.c., in relazione all'art. 111 Cost., nella parte in cui le nuove norme che disciplinano il procedimento per la decisione in camera di consiglio non prevedono un obbligo di astensione del relatore, autore della relazione preliminare scritta, a partecipare alla successiva udienza di decisione come relatore ed estensore del provvedimento finale.

La prospettata questione di costituzionalità, pur rilevante, è manifestamente infondata e mancano i presupposti perché di essa sia investita la Corte costituzionale.

2. Il ricorrente rileva che la nuova disciplina del procedimento per la decisione in camera di consiglio si pone in contrasto con il principio- posto dal nuovo art. 111, 2 comma Cost., - secondo cui ogni processo deve svolgersi davanti a un giudice terzo e imparziale. A suo parere, infatti, la prescritta e concisa relazione, nella controversia in esame, redatta dal consigliere relatore e comunicata al P.G. ed alle parti è idonea a ledere l'evocato principio costituzionale in quanto il cons. relatore, rimanendo a far parte del collegio che decide la causa, incrinerebbe il tasso di imparzialità e terzietà del giudice collegiale. La questione, come anticipato, è manifestamente infondata.

La nuova disciplina del rito camerale in cassazione non costituisce alcuna deroga ai principi in tema di obbligo di astensione, né lede il principio della terzietà del giudice, né richiede una modifica della norma o una interpretazione costituzionalmente orientata in base alla quale – pur permanendo la possibilità di predisposizione di una relazione scritta – il redattore non dovrebbe far parte del collegio decidente.

3. L'art.380 bis, infatti, è strutturato – come emerge anche dalla inestestazione della norma – come disciplina del procedimento per la decisione in C.C. ed, a tal fine, prevede una relazione che:

1) esponga lo svolgimento del processo;

2) esponga i motivi, in fatto e in diritto, che rendono il ricorso suscettibile di essere deciso in camera di consiglio perché rientrante nelle ipotesi di cui all'art. 375 c.p.c.

La prospettiva del ricorrente, quindi, non trova alcuna rispondenza nella norma la cui origine è ben nota: essa costituisce uno degli istituti introdotti, dal d.lgs. n. 40 del 2006, per rafforzare il ruolo della Cassazione di elaborazione della giurisprudenza secondo principi a garanzia della tendenziale uniformità del diritto.

La nuova disciplina del rito camerale, in questa prospettiva, si inserisce nell'ambito degli istituti e strumenti, di carattere ordinamentale e organizzatorio, volti a meglio definire le procedure di selezione dei ricorsi, anche con l'obiettivo di ridurre i tempi del giudizio in cassazione, che costituisce l'altro interesse tutelato dal 2 comma dell'art. 111 Cost..

La nuova norma, altresì, non solo recepisce le istanze di parte della dottrina ma – come sappiamo – cerca anche di dare sistemazione processuale ed ordinamentale ad moduli organizzatori interni con i quali la stessa Corte era venuta incontro alle esigenze deflattive del carico di lavoro.

Nessuna decisione, quindi, compete al giudice relatore il quale è

chiamato, invece, ad una importante opera di esame preliminare del ricorso ed all'individuazione dei profili che assumono rilevanza per la decisione, che è e rimane di competenza del collegio.

4. Appare infondato, pertanto, il prospettato *vulnus* all'imparzialità del giudice estensore della relazione preliminare e, poi, dell'ordinanza finale di decisione della causa.

Come rilevato da Corte cost., 23-12-2005, n. 460, l'obbligo di astensione di cui al n. 4 dell'art. 51 c.p.c. può estendersi anche al di là del contenuto letterale della formula e per «altro grado del processo» ben può intendersi anche il procedimento svolgentesi davanti al medesimo ufficio giudiziario quando il provvedimento che chiude la prima fase, per le sue caratteristiche decisorie e potenzialmente definitive, attribuisce alla fase successiva un valore impugnatorio (nella stessa logica anche altre decisioni della Corte cost. e della Cassazione in materia di giudizi cautelari *ante causam* e in materia fallimentare).

Viceversa, il compito del relatore – nel procedimento di cui all'art. 380-*bis* è quello di un “esame istruttorio” del procedimento per orientarne la scelta innanzitutto del rito. La relazione non assume alcun valore decisorio non solo nel merito ma anche nel rito, visto che il collegio può anche decidere di rinviare la causa alla pubblica udienza.

Il valore rilevante della relazione è: l'anticipazione dell'oggetto del contendere, secondo la visione e l'impostazione del relatore.

La netta distinzione della relazione ex art. 380-*bis*, dalla relazione orale della pubblica udienza si sostanzia nelle modalità con le quali la relazione viene manifestata: la relazione è scritta e viene comunicata al P.G. ed ai difensori delle parti che, come sappiamo hanno facoltà di presentare conclusioni e memorie scritte e di essere sentiti in udienza.

Ne discende una esaltazione del contraddittorio (tanto che i primi commentatori hanno stigmatizzato questo eccesso di garanzia che ha fatto ritenere, addirittura, il rito camerale più garantista di quello dell'udienza pubblica, nella quale le conclusioni del P.G. sono sottratte alla replica immediata dei difensori.

5. La tutela del contraddittorio costituisce la parte più innovativa dell'art. 111, 2 comma Cost. (trovando i principi della terzietà ed imparzialità del giudice già una loro copertura costituzionale negli artt. 25 e 101 cpv.) ed essa caratterizza il nuovo giudizio, in camera di consiglio, di cassazione, nel quale alle parti è dato conoscere non l'anticipazione della decisione, ma i temi ritenuti rilevanti in relazione ai quesiti di diritto posti, ovvero al contenuto rilevante del ricorso, così che le stesse ed il P.G. possano partecipare – molto più di ora – al contraddittorio finale.

Coerente conferma di questa impostazione di massima garanzia del contraddittorio – che assicura una tendenziale maggiore persuasività della decisione – è la nuova formulazione del 384 c.p.c., che ha chiuso alla Corte la cd. “terza via” e le ha imposto di “aprirsi al contraddittorio” sulle questioni rilevate di ufficio.

(Roma, 3.4.2007)

Il P.G.
(Riccardo Fuzio)

* *La decisione della Corte è nel medesimo senso: Cass. Sez. I (ord.) 16.4.2007, n. 9094.*

26. Giudizio di cassazione – Ricorso per regolamento di giurisdizione – Formulazione del “quesito di diritto” – Necessità – Esclusione

(R.G. 2303/2007)

IL P.G.

esaminati gli atti; rilevato che il regolamento preventivo di giurisdizione è stato richiesto, con riferimento a un giudizio promosso, con atto del dicembre 2006, davanti al giudice amministrativo dalla proprietaria di un terreno che, lamentando l’illegittimità di un decreto d’esproprio, derivante dalla mancata fissazione “*nel primo atto della procedura espropriativa*” del termine di cui dell’art. 13 della legge n. 2359 del 1865 (oggi art. 13 T.U. n. 327 del 2001 e ss. mm.) e dalla “*intervenuta scadenza dei termini di occupazione legittima*”, ha chiesto l’annullamento, previa sospensione, del decreto di esproprio e degli atti del procedimento analiticamente indicati

rilevato che con il ricorso, proposto da parte convenuta, si sostiene che la (anche se contestata) mancata indicazione dei termini prevista dall’art. 13 prima citato “*renderebbe nulla la stessa dichiarazione di pubblica utilità con conseguente venir meno dell’affievolimento del diritto di proprietà di parte ricorrente*”, onde il giudizio riguarderebbe diritti soggettivi e come tale sarebbe attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario;

rilevato che nel ricorso, all’argomentazione ora sinteticamente richiamata non si fa seguire la formulazione del quesito diritto, onde si pone, in via preliminare, la questione della sua eventuale inammissibilità atteso che il ricorso è stato notificato nel gennaio 2007 e, quindi, successivamente all’entrata in vigore del decreto legislativo n. 40

del 2006 che ha introdotto l'art. 366-*bis* cod. proc. civ. che prevede espressamente che l'illustrazione dei motivi di ricorso in Cassazione deve concludersi, a pena di inammissibilità, con la formulazione del quesito diritto;

ritenuto, pertanto, che si deve esaminare se tale previsione sia applicabile anche al ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione;

rilevato che sull'ambito di applicazione dell'art. 366-*bis* la Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi reiteratamente nel senso di estenderlo anche a ricorsi diversi da quello ordinario e in particolare:

- al ricorso per regolamento di competenza e (v., da ultimo, Cass. n. 13318 del 2007) osservando che, trattandosi comunque di un mezzo di impugnazione, deve contenere tutti gli elementi previsti dall'art. 366 c.p.c. in ordine ai quali l'art. 47 c.p.c., non disponga una regolamentazione differenziata;
- al ricorso per revocazione (ovviamente per quanto riguarda le modalità di formulazione del motivo ai sensi del n. 5 dell'art. 360 cpc) stante l'espresso richiamo nel primo comma dell'art. 391-*bis* agli artt. 366 e seguenti (v. Cass. n. 4640 del 2007);
- ai ricorsi avverso le decisioni dei giudici speciali per motivi attinenti alla giurisdizione (v. Cass. S U n. 7258 del 2007) non ricorrendo alcuna ragione per differenziare tale ipotesi da quella prevista nel n. 1 dell'art. 360 cod. proc. civ.;
- ai ricorsi in materia elettorale in considerazione del rinvio, in mancanza di specifica disciplina, al codice di rito previsto dall'art. 82, 3° comma del D.P.R. n. 570 del 1960 (v. Cass. n. 14682 del 2007);

ritenuto che le argomentazioni ora sinteticamente richiamate non sono idonee a giustificare l'applicazione dell'art. 366-*bis* anche al regolamento preventivo di giurisdizione atteso che:

- i ricorsi prima elencati sono comunque atti di impugnazione o (come nel caso della revocazione) presuppongono, in ogni caso, una precedente decisione oggetto di censura con conseguente delimitazione del relativo ambito e, di riflesso, esigenza di specificazione dei motivi;
- il regolamento preventivo, al contrario, è precluso da una precedente decisione anche sulla sola questione di giurisdizione e, secondo consolidata giurisprudenza della Cassazione, può risolversi nella sola esposizione sommaria dei fatti di causa (oggetto della controversia, parti del giudizio, fase del procedimento) e nella mera richiesta alla Corte di statuire quale sia il giudice dotato della "*potestas iudicandi*", anche senza che il ricorrente sia tenuto

a indicare la sua opinione sul punto (tanto che il ricorso può essere proposto anche dall'attore in giudizio) e senza la formulazione di specifici motivi in diritto, mentre la Corte, anche nella eventualità che tali motivi siano formulati, può esaminare profili non dedotti dalle parti;

- contrariamente a quanto ritenuto per il regolamento di competenza in relazione al ricorso *ex. n. 2* dell'art. 360, non può operarsi, ai fini che qui interessano, una sorte di equiparazione tra regolamento preventivo e ricorso ordinario ai sensi del n. 1 del citato art. 360 perché solo quest'ultimo ha ad oggetto una precedente decisione;
- ritenuto, in definitiva, che tra la natura e la struttura del regolamento preventivo e la previsione dell'art. 366-*bis* ricorre una sorta di rapporto di incompatibilità tale indurre ad escludere la rilevanza dell'argomento desunto (con riferimento al regolamento di competenza per la prima volta da Cass. n. 4071 del 2007) dall'art. 380-*ter.* che, nel regolare il procedimento per la decisione sulle istanze di regolamento di giurisdizione e di competenza, rinvia all'art. 380-*bis* c.p.c. (procedimento per la decisione in camera di consiglio), che a sua volta nel primo comma rinvia all'art. 375 c.p.c., comma 1, n. 5, che espressamente prevede la pronuncia in camera di consiglio nell'ipotesi di difetto nei motivi dei requisiti di cui all'art. 366-*bis* c.p.c.; al riguardo si deve anche considerare che la norma non può direttamente riferirsi ai casi in cui la pronuncia in camera di consiglio è già comunque prevista in linea generale e indipendentemente dalla mancanza di specifici requisiti del ricorso;

ritenuto, inoltre, che argomenti decisivi in senso contrario non possono essere desunti dalla *ratio* dell'innovazione legislativa volta a rafforzare, proprio attraverso la previsione della necessaria formulazione del quesito di diritto, la funzione di nomofilachia della Corte (argomento questo sul quale hanno insistito le S.U. nella richiamata decisione – n. 14682 del 2007 – con riferimento peraltro a l'impugnativa di una decisione), perchè è evidente che imporre, a pena di inammissibilità, la formulazione del quesito diritto presuppone che il ricorso contenga necessariamente motivi in diritto;

ritenuto, infine, che la soluzione qui criticata nuocerebbe al principio dell'economia processuale (che è alla base dell'istituto del regolamento preventivo) perchè precluderebbe alla Corte, comunque adita, di risolvere definitivamente e con efficacia in ogni successivo giudizio sulla stessa controversia la questione di giurisdizione, con possibile successivo rilievo, in ogni stato e grado del giudizio, dell'eventuale difetto di giurisdizione;

ritenuto, pertanto che il ricorso è ammissibile ma che, contrariamente a quanto richiesto dal ricorrente, deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo atteso che:

- a) con il ricorso introduttivo del giudizio si è chiesto l'annullamento del decreto di espropriazione per un vizio la cui ricorrenza è contestata da parte convenuta, onde sul punto deve decidersi con efficacia di giudicato;
- b) come statuito anche dalla Corte costituzionale (con la sentenza n. 204 del 2004 e, da ultimo, con la sentenza n. 191 del 2006) nell'esaminare le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 35 del decreto legislatore n. 80 del 1998 e ss. mm., nonché delle disposizioni del T U in materia di espropriazioni per pubblica utilità:
 - nelle ipotesi espressamente disciplinate dalla legge n. 205 del 2000, ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la pretesa azionata abbia o non abbia intrinseca natura di diritto soggettivo;
 - deve, invece, ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione, in base alla detta legge, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a atti, provvedimenti e "comportamenti" (di impossessamento del bene altrui) collegati anche mediatamente all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, residuando la giurisdizione del giudice ordinario soltanto nei casi di "comportamenti" posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto (ipotesi questa non ricorrente nel caso in esame).

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, dichiarino la giurisdizione del giudice amministrativo, con le conseguenze di legge.

(Roma, 15 ottobre 2007)

Il P.G.

(Antonio Martone)

** La Corte di cassazione, con pronuncia pressoché coeva in altro giudizio, ha condiviso la conclusione: S.U. (ord.) 22.10.2007, n. 22059*

27. Giudizio di cassazione – Ricorso per regolamento necessario di competenza – Formulazione del “quesito di diritto” a pena di inammissibilità del ricorso – Necessità – Esclusione – Richiesta di rimessione della questione alle Sezioni Unite

(R.G. 23995/2007)

IL P.G.

premessi che, in data 28 febbraio 2008, ai sensi del terzo comma dell'art. 380-*bis* cod. proc. civ., sono stati comunicati a questo Ufficio:

1. la relazione redatta, ai sensi del primo comma del detto articolo, relativamente al regolamento di competenza iscritto al n. 23995/2007 del Ruolo generale degli affari civili della Corte;
2. il decreto di fissazione, dell'adunanza della sezione in camera di consiglio per il 16 aprile 2008;

rilevato che con detta relazione, considerato che il ricorso è stato proposto per impugnare una sentenza pubblicata successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 40 del 2006, si sottopone al collegio la dichiarazione di inammissibilità per mancata formulazione del quesito di diritto ai sensi dell'art. 366 bis cod. proc. civ.;

che nella relazione, a favore dell'applicabilità delle disposizioni di tale articolo anche al ricorso per regolamento di competenza si richiamano le precedenti decisioni della Corte (v., in particolare, le ordinanze nn. 3055,10484 e 15107 del 2007) le cui motivazioni possono essere così sintetizzate:

- a) al regolamento di competenza, in quanto strutturato come uno specifico mezzo di impugnazione, si applicano, se non diversamente previsto, le norme dettate per il ricorso ordinario per cassazione;
- b) alla stessa conclusione si deve pervenire in base "al combinato disposto" degli artt. 380-*ter*, comma 1, 380 bis comma 1, 375 nn. 1 e 5, 366, n. 4 e 366-*bis*; (in particolare in base al preciso riscontro normativo, che si rinviene nel nuovo art. 380-*ter*, là dove prevede che il procedimento di decisione del regolamento di competenza trovi applicazione solo ove il presidente (della sezione assegnataria del ricorso per regolamento) non ritenga di provvedere ai sensi del primo comma dell'art. 380-*bis*, che disciplina il procedimento di decisione in camera di consiglio nei casi diversi dalla regolamentazione di giurisdizione e di competenza; e, poiché tra i casi di cui a detto primo comma v'è anche quello del n. 5 dell'art. 375, primo comma novellato, che, fra l'altro, si riferisce all'ipotesi di difetto nei motivi dei requisiti di cui all'art. 366-*bis*, ne deriva che il legislatore della riforma ha supposto l'applicabilità di questa norma, come del n. 4 novellato dello stesso art. 366, all'istanza di regolamento di competenza);

ritenuto che, ad avviso di questo Ufficio, le argomentazioni ora richiamate esigono un'ulteriore riflessione;

ritenuto, in particolare, che per quanto riguarda l'argomentazione richiamata da ultimo, si deve osservare come le Sezioni unite della Corte, con la sentenza n. 22059 del 2007, abbiano già precisato che "dalla catena di rinvii" ora richiamata si desume che l'inammissibilità delle istanze di regolamento di giurisdizione va dichiarata adottando il procedimento stabilito per i ricorsi ordinari, ma non che le cause di inammissibilità debbano essere le stesse; e non sembra che si possa dubitare che tale argomento deve valere anche per il regolamento di competenza, attesa la logica che lo ispira e che prescinde dalla natura (o meno) di atto di impugnazione del ricorso:

ritenuto, d'altra parte, che la sola considerazione che il ricorso per regolamento costituisce un mezzo di impugnazione non sembra decisiva, considerando che:

- a) l'art. 366-*bis* si riferisce espressamente ai soli "casi previsti dall'art. 360, primo comma, numeri 1), 2), 3) e 4)" e non anche al regolamento di competenza; ora, trattandosi di norma che introduce una sanzione di inammissibilità, una interpretazione estensiva o che, comunque, vada oltre la lettera della legge, dovrebbe trovare giustificazione in una ricostruzione sistematica dell'istituto;
- b) in tal senso si può richiamare la recente decisione delle Sezioni unite n. 2280 del 31 gennaio 2008 nella parte in cui ha affermato che nel ricorso in cassazione per conflitto di giurisdizione di cui all'art. 362, secondo comma, cod. proc. civ., non trova applicazione l'art. 366-*bis* dello stesso codice, atteso che tale norma fa esclusivo riferimento ai casi di ricorso previsti dall'art. 360, primo comma, numeri 1), 2), 3) e 4) cod. proc. civ., mentre la circostanza che tale ricorso non costituisce mezzo di impugnazione è richiamata come autonomo ("inoltre") e subordinato argomento;
- c) non è raro che con un ricorso per regolamento di competenza si lamenti, non un errore di diritto, ma un errore di fatto, o il mancato esame di un fatto (si pensi agli elementi della fattispecie prevista dal criterio determinativo), ipotesi queste che difficilmente si possono riportare alla previsione della seconda parte dell'art. 366-*bis*; ritenuto, inoltre, di dover rilevare come:
 - la necessaria formulazione del motivo di diritto o la chiara indicazione del fatto in relazione al quale la motivazione è carente, non può non limitare l'ambito del successivo giudizio della Corte; altrimenti la previsione dell'art. 366-*bis* si risolverebbe in un mero requisito formale per chi intende adire la Corte;
 - tale conclusione sarebbe in palese contrasto con il costante orientamento della Corte secondo cui, avendo l'istanza di regolamento

di competenza la funzione di investire la Corte di cassazione del potere di individuare definitivamente il giudice competente, i poteri di indagine e di valutazione, anche in fatto, della Corte possono esplicarsi in relazione ad ogni elemento utile acquisito sino a quel momento al processo, senza essere limitati dal contenuto della sentenza impugnata ne' dalle difese delle parti, e possono conseguentemente riguardare anche questioni di fatto non contestate nel giudizio di merito e che non abbiano costituito oggetto del ricorso per regolamento di competenza (v., tra le tante, Cass. S.U. n. 14569 del 2002, Cass. n. 2591 del 2006 e, da ultimo, Cass. n. 18040 del 2007);

- non sembra si possa distinguere tra ammissibilità del ricorso e poteri della Corte, perchè l'esercizio di un potere d'ufficio sarebbe subordinato a un adempimento meramente formale della parte, mentre si è sempre ritenuto che l'individuazione, in ogni caso, del giudice competente risponde anche all'interesse generale alla celerità del procedimento e alla sua trattazione da parte del giudice competente;
considerato, sotto altro aspetto, che
- a seguito della riforma del '90, con l'istanza di regolamento di competenza possono essere impugnati anche i provvedimenti di sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ.;
- l'eventuale inammissibilità per la mancata formulazione del quesito di diritto e la impossibilità di riproporre il ricorso (stante la perentorietà del termine previsto dall'art. 47 cod. proc. civ.) implicherebbe una sospensione "a tempo indeterminato" del processo in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo previsto dalla Costituzione e dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;
- non sembra, del resto, che a diversa conclusione si possa pervenire per le due ipotesi di ricorso previste dall'art. 42 cod. proc. civ.; ritenuto, in definitiva, che si è in presenza di una questione, relativa all'ambito di applicazione dell'art. 366-bis cod. proc. civ. di massima di particolare importanza che giustifica la richiesta di rimessione alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 376, ultimo comma, per una approfondita riflessione (in ipotesi anche alla luce del testo riformato dell'art. 38 cod. proc. civ.); e ciò anche per evitare che, richiedendo comunque la formulazione del quesito di diritto anche nei casi (ad es. questioni di fatto, travisamento del fatto...) in cui si risolverebbe in una mera formalità, si affermi, in una sorta di compensazione, una interpretazione "morbida" (comunque il principio di diritto è formulato implicitamen-

te o comunque è desumibile dal ricorso anche se non rilevante nella controversia) che, estendendosi per un processo di osmosi, posa far venire meno il significato della previsione di cui all'art. 366-*bis*.

visto il terzo comma dell'art. 380-*bis* cpc;

P.Q.M.

chiede che la Corte di cassazione, in camera di consiglio, trasmetta gli atti al Primo Presidente per la rimessione alle Sezioni unite; dispone che le presenti conclusioni siano depositate presso l'Ufficio della struttura unificata, terza sezione civile.

(Roma, 18 marzo 2008)

Il P.G.

(Antonio Martone)

** La giurisprudenza della Corte è finora di avviso contrario, reputando necessaria la formulazione del quesito anche nel ricorso per regolamento di competenza: Cass., Sez. III (ord.) 26.6.2008 n. 17536/08*

28. Giudizio di cassazione – Ricorso avverso il provvedimento di sospensione del processo per pregiudizialità a norma dell'art. 295 c.p.c. – Proposizione nella forma del ricorso per regolamento di competenza – Formulazione del “quesito di diritto” a pena di inammissibilità del ricorso – Necessità – Esclusione – Adattamento della prescrizione del quesito alla struttura predefinita della relazione di pregiudizialità tra cause – Conseguente conformazione dei requisiti del mezzo di impugnazione – Esigenza di interpretazione conforme a Costituzione e derivata necessità di evitare la stasi indeterminata del processo – Sufficienza della illustrazione, nel ricorso, dell'oggetto delle cause, pregiudicante e pregiudicata, e del rapporto tra esse, ai fini dell'ammissibilità del ricorso – Idoneità a svolgere la funzione del “quesito” posto alla Corte – Richiesta di rimessione alle Sezioni Unite

(R.G. 5833/2008)

IL P.G.

Letti gli atti relativi al ricorso per regolamento necessario di competenza ex art. 42 c.p.c. proposto da F.A. + 20, avverso l'ordinanza di sospensione del giudizio emessa in data 6-22.2.2008 dal Tribunale di Roma – sezione lavoro nel procedimento n. 215296/07 R.G. vertente tra i medesimi ricorrenti e l'Agenzia per la protezione dell'ambiente e i servizi tecnici - APAT;

rilevato che nella specie non è stata posta in applicazione la procedura di cui all'art. 380-*bis* c.p.c., bensì si procede secondo il modulo di cui all'art. 380-*ter* c.p.c.;

che l'intimata APAT ha dedotto l'inammissibilità del ricorso, per non essere questo conforme alle previsioni degli artt. 366 e 366-*bis* c.p.c., in quanto esso non conterrebbe (a) l'esposizione del fatto e i motivi specifici di censura o la chiara indicazione del fatto controverso sul quale si fonda la censura stessa, (b) e neppure la formulazione di un quesito di diritto conclusivo della illustrazione dei motivi del ricorso;

che la disciplina legislativa richiamata è applicabile nella specie *ratione temporis*, a norma dell'art. 27, comma 2, del d.lgs. n. 40/2006;

che è quindi preliminare alla trattazione del "merito" del ricorso la verifica (del resto anche officiosa: Cass. n. 16002/2007) della sua ammissibilità sotto il profilo della mancanza, oggettivamente riscontrabile in atti, di un "quesito" di diritto che sia conclusivo dell'illustrazione della impugnazione del provvedimento di sospensione (e che, poi, ove presente, corrisponda ai requisiti di esplicita formulazione, di biunivocità con la decisione richiesta, di coerenza con le censure, di collocazione topografica etc., quali elaborati dalla giurisprudenza della Corte regolatrice: elementi questi ulteriori e che perciò ovviamente non vengono qui in rilievo, mancandone la premessa maggiore);

ciò premesso, osserva:

A) Quanto alla formulazione del quesito in generale nei ricorsi per regolamento di competenza. (***Omissis: si rinvia, per questa parte, al tema trattato sub doc. n. 26***)

B) Quanto al rapporto tra quesito di diritto e provvedimento di sospensione necessaria del processo. Considerazioni aggiuntive sotto il profilo costituzionale e ordinario; conclusione preliminare. Alle sopra riportate argomentazioni, prospettate principalmente sul tema più generale della relazione tra nuovo art. 366-*bis* c.p.c. e ricorsi per regolamento di competenza, ma comprensive come si è detto anche di notazioni riferite al più settoriale aspetto del rapporto tra art. 366-*bis* e impugnazione dei provvedimenti sospensivi del processo, si aggiungono qui le seguenti riflessioni, che, ad avviso dell'ufficio, rimarcano la opportunità di una riconsiderazione dello specifico problema.

Nella giurisprudenza di codesta Corte risultano, salvo errori, solo due precedenti che affermano la necessità della formulazione del quesito di diritto in caso di ricorso per impugnazione del provvedimento di sospensione del processo: Cass. n. 15108/2007 (in un caso di sospensione per pregiudizialità civile) e Cass. n. 7810/2008 (in un caso di

sospensione per pregiudizialità penale). L'argomento comune a queste pronunce, che conduce alla conclusione della necessità del requisito, è così tripartito: (a) il fatto che il regolamento è proposto con ricorso, che implica l'esigenza che il ricorrente si assuma la responsabilità di indicare la questione da risolvere e la Corte di cassazione sia messa in condizione di rilevarla con immediatezza, (b) il fatto che tramite il ricorso si denuncia una violazione di norme di carattere processuale (quelle che regolano e ammettono o escludono la sospensione), che non è diversa da quella che è rimessa alla Corte ad es. in base all'art. 360, n. 4), c.p.c.; (c) il fatto che il regolamento possa essere deciso anche a norma dell'art. 380-*bis* c.p.c. anche nel caso di cui all'art. 375 n. 5 c.p.c., che concerne la mancanza dei requisiti posti dall'art. 366-*bis* c.p.c. senza distinzioni.

Ora: l'argomento sub (c) è certamente sterilizzato dalla stessa giurisprudenza di legittimità: si è infatti osservato (a proposito del regolamento preventivo di giurisdizione) che la c.d. catena di richiami normativi in questa materia dimostra solo che l'eventuale inammissibilità dell'istanza di regolamento deve essere dichiarata adottando il procedimento stabilito per i ricorsi "ordinari", ma non implica affatto che le ragioni di inammissibilità debbano essere le stesse per l'una e per gli altri (Cass. S.U. n. 22059/2007); e si è concluso nel senso che invece ciò che maggiormente rileva, semmai, è la classificazione del rimedio come mezzo di impugnazione. Questa prima considerazione è poi sviluppata in altre decisioni (v. Cass. n. 3668/2008).

L'argomento sub (a), d'altra parte, costituisce una argomentazione di ordine funzionale che però finisce per il presupporre quello che deve essere dimostrato, e cioè che anche in questo sotto-settore l'esigenza di "chiarezza" della questione – che è peraltro esigenza di ogni mezzo di impugnazione – "passi", per così dire, solo attraverso la indefettibile applicazione del requisito di cui si discute.

Resta, dunque, l'argomento centrale in (b): si tratta di un mezzo di impugnazione che pone una questione di violazione di regole del processo, non dissimile da quelle che potrebbero porsi in base all'art. 360 n. 4) c.p.c.: perciò, come è chiesto per queste ultime che il ricorso si esprima nel "quesito", così anche per quello si deve ritenere la medesima necessità.

Ad avviso dell'ufficio, questa *ratio* di assimilazione non è convincente, per due ordini di ragioni:

B.1) Il primo è di carattere legislativo: la deduzione di un vizio di violazione di norme del procedimento ("nullità della sentenza o del procedimento", secondo la disposizione dell'art. 360 n. 4) è un catalo-

go aperto, nel cui interno possono includersi tutte le serie potenzialmente non limitate di vizi processuali che possono tradursi in una invalidità del rito; la deduzione della violazione dell'art. 295 c.p.c. è invece a carattere "chiuso", perché con essa è possibile solo demandare alla Corte di legittimità il vaglio circa la esistenza/inesistenza di quella che è la unica ragione giustificatrice di un provvedimento di sospensione del giudizio, e cioè la relazione di pregiudizialità che impone, in vista della prevenzione del conflitto di giudicati, la sospensione del processo pregiudicato in attesa della definizione di quello pregiudicante. Ovviamente, in via di ipotesi potrebbero porsi temi di violazioni processuali anche all'interno di una censura sulla sospensione (ad es. per nullità/inesistenza dello stesso provvedimento sospensivo, perché emesso *a non iudice* e così via), ma questi aspetti rientrano nella tematica "ordinaria", perché essi non costituiscono il contenuto pre-determinato e tipico della impugnazione in base agli artt. 42-295 c.p.c.

Questo rilievo sembra rafforzato dal fatto che, proprio secondo la giurisprudenza di legittimità, l'ambito applicativo della sospensione necessaria del processo si è progressivamente ristretto fino alla affermazione per cui, in tema di sospensione necessaria *ex art. 295 cod. proc. civ.*, sussiste il rapporto di pregiudizialità di una controversia rispetto ad un'altra solo nei casi in cui l'accertamento da compiere in un giudizio costituisca un necessario antecedente, non solo logico, ma anche giuridico, rispetto all'oggetto dell'altro; sicché, nell'attuale sistema processuale, improntato al principio costituzionale della ragionevole durata del processo, deve escludersi ogni possibilità di disporre la sospensione per ragioni di mera opportunità, salvi i casi di sospensione eccezionalmente previsti dalla legge (giurisprudenza consolidata, per tutte da ultimo Cass. n. 4314/2008).

In altri termini, si può dire così: il provvedimento che dispone la sospensione ha un contenuto astratto legislativamente pre-determinato, che consiste nel rapporto di pregiudizialità logico-giuridica tra l'oggetto dei due procedimenti, quello da sospendere e quello pregiudicante; all'interno di questa struttura giuridica generale e valevole indistintamente, compito del giudice di merito è quello di ricondurre in maniera corretta alla relazione medesima i due giudizi che in concreto si svolgono, quello pregiudicante, altrove pendente, e quello pregiudicato, dinanzi a lui pendente; e compito del giudice (di legittimità) chiamato a sindacare l'esattezza di quella riconduzione è in definitiva solo il controllo sulla effettiva predicabilità, nel caso di specie, di quel rapporto di condizionamento tale da definirsi come pregiudizialità. Il che delinea un rimedio diverso da quello ordinario, e nel quale ad es.

i parametri dell'autosufficienza o dei limiti dell'accesso agli atti processuali si atteggiavano in modo peculiare.

Per questo suo carattere, l'impugnazione in Cassazione *ex art. 42-295 c.p.c.* si configura quindi come fortemente connotata da concretezza: lo standard motivazionale (così del provvedimento come del ricorso che lo impugna) potrebbe perfino dirsi immutabile, perché appunto ridotto all'alternativa esistenza/inesistenza di quel rapporto tra le due cause; ciò che varia di volta in volta è invece la materia dei giudizi, a individuare la quale peraltro è sufficiente definirne l'oggetto e i termini soggettivi e temporali, indicati i quali la Corte regolatrice è, per ciò solo, posta in condizione di comprendere chiaramente, ai limitati fini che qui entrano in gioco, quale sia la questione che le è posta dal ricorrente (argomento *sub a*, sopra); una volta cioè che sia espresso dal ricorso l'oggetto della "propria" causa e quello della causa pendente dinanzi a diverso giudice, il mezzo definisce *ex se* i termini della questione, e la prescrizione del quesito di diritto potrebbe finire per costituire una "formula" di stile, ripetitiva di ciò che è già estraibile dalla indicazione suddetta.

Ecco perché l'argomentazione "unificante" tra ricorso di cui all'art. 42-295 c.p.c. e ricorso per violazione di legge processuale *tout court* di cui all'art. 360 n. 4) c.p.c. appare a questo ufficio non pienamente conforme al rapporto tra i due casi, che sono invece differenziati.

B.2) Ma v'è una ragione più forte che orienta nel senso della distinzione e non della assimilazione, ed è di ordine costituzionale.

La S.C. ha – del tutto correttamente e condivisibilmente – escluso che la prescrizione della formulazione del quesito di diritto possa in alcun modo dirsi lesiva dei diritti di azione e difesa e della disciplina del processo (artt. 24 e 111 Cost. nonché art. 117, primo comma, in relazione all'art. 6.1 della CEDU), osservando che la disposizione, conformemente alla legge di delegazione e alle finalità che la ispirano, cioè il rafforzamento della funzione di legittimità, non comporta alcuna limitazione dell'accesso alla giurisdizione, una volta che il giudizio di impugnazione è concepito come verifica della legittimità della decisione e non riesame sul fondo della controversia, cui pertanto corrisponde una disciplina del mezzo di esercizio del diritto di impugnazione modellato su quel carattere e nel quale la parte sia onerata non di formalità estranee allo scopo del rimedio ma invece al rispetto di requisiti intrinseci alla funzione nomofilattica (Cass. n. 2652/2008, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità allora dedotta).

Ma proprio questi rilievi, valevoli per il ricorso ordinario [e anche, in parte, per il regolamento di competenza “ordinario”, specie in relazione alla deducibilità con esso della violazione delle c.d. regole dinamiche di competenza], non risultano congruenti con la conclusione della necessità del “quesito” ex art. 366-*bis* nel ricorso avverso il provvedimento di sospensione: una volta che si muova dalle considerazioni che sopra si sono sintetizzate sul carattere vincolato e delimitato del mezzo, esigere la formulazione di quel requisito espressivo là dove il quesito – cioè: ciò che è chiesto alla Corte regolatrice di verificare – è ravvisabile già nella indicazione dell’oggetto dei due procedimenti, finisce per determinare due effetti che contraddicono la premessa: (1) perché trasforma una prescrizione funzionale in una condizione puramente formale e non indispensabile all’esercizio della funzione nomofilattica, sicché riprendono quota i dubbi circa una disposizione che ostacola l’accesso al giudice senza una contropartita in termini di efficienza del giudizio; ma soprattutto (2) perché, proprio al di là degli interessi disponibili delle parti, finisce per rovesciarsi nel suo contrario, precludendo alla Corte di vagliare la legittimità di un provvedimento che colloca il giudizio in uno stato di quiescenza non predefinita nel suo termine, provvedimento che dunque è da considerare in linea di principio con il più accentuato disfavore, sia dal punto di vista sistematico (come da indirizzo consolidato della S.C.), stante la crescente tendenza dell’ordinamento nel senso della autonomia piena delle sedi e delle valutazioni giudiziali (anche in parte con il sacrificio della coerenza di giudicati, ad es. penale e civile, e salvi i rimedi su quest’ultimo punto), sia dal punto di vista costituzionale, sotto specie del principio della durata ragionevole del processo, principio riconducibile al canone dell’efficienza che è l’obiettivo generale anche della stessa riforma ex d.lgs. n. 40/2006 (selezionare i ricorsi “meritevoli” della funzione di legittimità, accorciando le dilazioni processuali di cause che non presentano questioni giuridiche). Questo obiettivo paradossalmente finirebbe per essere ribaltato qualora si facesse prevalere una condizione formale ed essenzialmente sovrabbondante a scapito sia dell’effettività del controllo sulla stasi del processo e sia in definitiva della tutela dei diritti, di cui il processo è strumento.

Affidare, quindi, alla modalità di redazione del ricorso e all’inserimento di un enunciato i cui contorni sono ravvisabili semplicemente nella indicazione dell’oggetto delle controversie e nella disamina degli atti consentita per definizione al giudice di legittimità, la sorte della sospensione *sine die* del giudizio risulta scelta interpretativa conflit-

tuale rispetto a una pluralità di ragioni che, nel loro assieme, possono sintetizzarsi nella esigenza di efficacia ed efficienza del processo.

E poiché tra gli obblighi dell'interprete vi è, precedente rispetto ad altri, quello della interpretazione che assegni alla norma un significato e una portata, anche sul piano degli effetti concreti e applicativi, maggiormente conforme alla Costituzione, il bilanciamento delle esigenze costituzionali coinvolte depone per la prospettiva della differenziazione della disciplina del ricorso contro i provvedimenti sospensivi, rispetto a quella dei ricorsi per Cassazione per violazione di legge processuale.

Tali le ragioni che fanno concludere, in via preliminare, nel senso della rimessione alle Sezioni Unite civili di codesta Corte della questione circa la necessità della formulazione del quesito di diritto, a norma dell'art. 366-*bis* e secondo i modi e i contenuti che in relazione a detta norma sono stati enunciati dalla giurisprudenza di legittimità, anche in sede di ricorso per Cassazione avverso il provvedimento del giudice che dispone la sospensione del processo.

C) Quanto al merito del ricorso. Per l'ipotesi che la Corte non ritenga di aderire alla conclusione principale, si formulano le conclusioni sul fondo del ricorso, nella premessa ovviamente della non necessità della formulazione del quesito.

Il ricorso ha due motivi, riferiti l'uno alla sospensione ex art. 295 c.p.c., l'altro alla sospensione ex art. 337, secondo comma, c.p.c.; questa duplice indicazione peraltro è il riflesso del corrispondente impianto del provvedimento impugnato, il quale articola il provvedimento di sospensione in due parti: una premessa in fatto per cui è pendente altro giudizio in appello avverso altra sentenza emessa dal Tribunale di Roma (n. 1078/2006), sentenza che il giudice precisa essere concernente la questione sull'an, altresì "richiamata" dai ricorrenti a fondamento della domanda fatta valere nel giudizio a quo, e infine emessa proprio nei confronti di alcuni degli attuali attori-ricorrenti ma con statuizione (non specificata) di mero rito; e una determinazione conclusiva della "opportunità" di attendere l'esito di quel giudizio, per evitare contrasto di giudicati, retta però dal duplice coesistente riferimento ("visto") sia all'art. 295 e sia all'art. 337 c.p.c.; per questo, non solo la formulazione dei due motivi non rende inammissibile il ricorso sotto questo profilo, ma semmai essa individua nel provvedimento ora impugnato una coesistenza di *rationes* e di qualificazione dei presupposti della sospensione che rende l'ordinanza perplessa (arg. da Cass. n. 15111/2007).

In ogni caso:

C.1) in quanto riferito alla sospensione per pregiudizialità, il provvedimento non appare conforme ai presupposti che la giustificano: perché la pendenza di un procedimento che in parte è *inter alios* e – per quanto consta dall’ordinanza – in parte è riferito agli attuali ricorrenti ma con pronuncia di mero rito, costituisce semplicemente un ipotetico precedente sullo stesso oggetto e non una causa “pregiudiziale” (e dunque necessariamente di oggetto diverso: Cass. n. 8174/2006) a quella pendente dinanzi al Tribunale, non diversamente da quanto accade in tutti i casi in cui vi siano controversie seriali;

C.2) in quanto riferito alla sospensione di “opportunità” ex art. 337 c.p.c. (alla quale in definitiva sembra maggiormente attagliarsi il tenore del sintetico provvedimento), che legittima comunque l’impugnazione con lo strumento del regolamento necessario di competenza (Cass. n. 671/2005), l’ordinanza non pare legittimamente emessa neppure sotto questo aspetto, perché, secondo la giurisprudenza di legittimità, anche in relazione a questa categoria della sospensione del processo è richiesto che l’“autorità” della sentenza invocata sia una decisione che concerne un ambito differente e anche qui in senso lato pregiudiziale, implicando cioè la necessità di due decisioni su ambiti diversi per oggetto o per ampiezza, laddove, in caso di identità dell’oggetto – come nella specie – l’art. 337 c.p.c. non trova applicazione e semmai può sorgere l’obbligo per il giudice di rilevare la litispendenza in base al criterio della prevenzione (Cass. n. 2556/1986). Del resto, ammettendo la sospensione per opportunità alla sola condizione per così dire della attesa di un precedente giurisprudenziale, si perverrebbe alla conclusione della facoltà di mettere in quiescenza ogni causa che, in qualsiasi luogo, venisse introdotta successivamente a una prima.

Per queste ragioni, la conclusione che si formula in via gradata è quella dell’accoglimento del ricorso e dell’annullamento dell’ordinanza impugnata.

P.Q.M.

visti gli artt. 42, 295, 337, 375, 380-ter, c.p.c.

chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio:

- in via preliminare, voglia disporre la rimessione alle Sezioni Unite civili per la soluzione della questione di massima della necessità o meno della formulazione del “quesito di diritto”, a norma dell’art. 366-bis c.p.c., anche nei ricorsi per regolamento di competenza con i quali sono impugnati i provvedimenti che dispongono la sospensione del processo, sia a norma dell’art. 295 c.p.c e sia a norma dell’art. 337, secondo comma, c.p.c.;

- in subordine, accolga il ricorso e, annullando l'ordinanza impugnata, disponga la prosecuzione del processo dinanzi al Tribunale di Roma, sezione lavoro.
(Roma, 16 maggio 2008)

Il P.G.
(Carmelo Sgroi)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata sullo specifico ricorso; l'indirizzo prevalente è peraltro di segno contrario: cfr. Cass. Sez. III (ord.) 21.5.2007, n. 11790.*

29. Giudizio di cassazione – Ricorso di notaio per la dichiarazione di improcedibilità dell'azione disciplinare per effetto della prescrizione quinquennale ex art. 146 della legge notarile n. 89/1913 – Rilevabilità d'ufficio della prescrizione, anche in sede di legittimità, secondo il diritto vivente – Conseguente superfluità della proposizione formale di un “quesito” di diritto a norma dell'art. 366-bis c.p.c. – Richiesta di rimessione della questione alle Sezioni Unite

(R.G. 26515/ 2007)

IL P.G.

premesso che:

1. alla controversia in esame si applica *ratione temporis* la disciplina dettata dal d.lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006, risalendo il deposito del provvedimento impugnato ad epoca non anteriore alla data (2.3.2006) della sua entrata in vigore (art. 27 del cit. D. lgs.), e quindi astrattamente anche il ‘nuovo’ art. 366 -bis c.p.c.;

considerato che:

2. la disposizione siffatta si articola in due distinte parti:

- o la prima, richiamata espressamente dal novellato art. 360, 1°, n. 4 c.p.c. (il cui contenuto però estende sia verticalmente che orizzontalmente), impone, a pena d'inammissibilità, la formulazione (a conclusione dell'illustrazione di ciascun motivo) del «quesito di diritto» in tutti i casi previsti dall'art. 360 c.p.c., con esclusione del vizio elencato al n. 5, ed è perfettamente fedele alla direttiva prevista dall'art. 1, 3°, lett. a) legge delega n. 80 del 2005;
- o invece, la seconda parte dell'art. 366-bis c.p.c., espressamente dettata per il solo vizio esplicitamente escluso dalla prima parte, esige, a pena d'inammissibilità, attività lessicali, di tipo descritti-

vo («chiara indicazione del fatto controverso», quello stesso cioè di cui al novellato art. 360, 1°, n. 5 c.p.c.), qualora si voglia dimostrare la contraddittorietà o la carenza della motivazione, ovvero di tipo argomentativo ('ragioni'), qualora invece se ne voglia censurare l'insufficienza; questa seconda parte non trova specifico avallo nella citata legge delega, ma sembra correlarsi (maggiormente rispetto a quella sopra indicata come prima parte dell'art. 366-*bis* c.p.c.) con i novellati art. 366, 1°, n. 6 e 369, n. 4 c.p.c.;

3. in sintesi, l'applicazione delle diverse regole di confezione del ricorso per cassazione dettate dall'art. 366-*bis* c.p.c. passa per il più classico e imprescindibile asse logico-giuridico, quello che separa la *quaestio facti* dalla *quaestio iuris*, e questo è un crinale che attraversa tipicamente tutti i vizi elencati dall'art. 360 c.p.c., ma – preme aggiungere – senza che in esso si esauriscono, come la presente fattispecie dimostra e come tosto si vedrà (v. *infra* par. nn. 7 e 8), tutte le pronunzie emesse dalla Suprema Corte;

4. dunque, con riferimento alle *quaestiones iuris*, il legislatore del 2006 ha inteso dettare all'interlocutore (per non dire all'"utente") della giurisdizione di legittimità un canone (o, se si vuole, un codice o una formula) di 'trasmissione' (da utilizzare immancabilmente, per l'appunto a pena d'inammissibilità, nella confezione del ricorso), che a ben vedere ha una precisa e consonante giustificazione logico-sistemica: ogni qual volta la Suprema Corte è impegnata e sollecitata a dettare il principio di diritto, ne resta specularmente conformata anche la prospettazione e la formulazione dei motivi dedotti in seno al ricorso; in altri termini, se e quando la Suprema Corte deve 'produrre' principi di diritto, anche l'utente deve postularli, per incrociare ed intercettare utilmente (perciò ottimizzandola) l'offerta di legittimità di cui si fa carico la Suprema Corte e se, invece, la sedicente e pur dedotta *quaestio iuris* non sia traducibile in «quesito di diritto» (né dunque dicibile, e decidibile, dalla Suprema Corte come «principio di diritto») il ricorso non è ammissibile, funzionando allora il requisito previsto dall'art. 366 bis anche come *test* di verifica della (conformità al modello di) legittimità della domanda censoria avanzata alla Suprema Corte: come dire, al postutto, che le disposizioni (art. 363 e 384 c.p.c.) che, a certe condizioni, impongono alla Suprema Corte l'enunciazione del «principio di diritto» rimirano dal punto di vista della decisione quel che l'art. 366-*bis* c.p.c. predica simmetricamente dal punto di vista della domanda giudiziale;

5. che questa – la correlazione cioè tra 'quesito' e 'principio' di diritto – sia la ratio dell'art. 366 bis c.p.c., prima parte, rendendo così ra-

gionevole esigibile (perfino in raffronto agli artt. 24 e 111, penultimo comma, Cost.) il suo precetto, è ampiamente confermato sia dalla relazione al d.lgs. n. 40 del 2006 sia dai voti autorevolmente formulati dalla stessa Suprema Corte affinché il predetto legame fosse addirittura espresso nell'ambito della disposizione in esame;

6. ma, a questo punto le cose, appare tanto necessario quanto ovvio il successivo passo argomentativo: quella che è stata enucleata come la ratio e la giustificazione logico – giuridica dell'art. 366-*bis* c.p.c. ne delimita conseguentemente anche l'ambito oggettivo di applicazione sicché, allorché il ricorso non postuli (come pure è giuridicamente possibile: v. *infra* par. nn. 7 e 8) alcun «principio di diritto», ovvero (come non è peregrino ipotizzare) la sua enunciazione non sia seriamente e concretamente prospettabile, non si può (ovviamente) addebitare a parte ricorrente di non avere concluso con la formulazione di un quesito di diritto, proprio perché non trova oggettiva applicazione l'art. 366-*bis* c.p.c., come sopra inteso;

7. orbene, nella fattispecie in esame, con il primo motivo del ricorso parte ricorrente 'segnala' l'improcedibilità dell'azione disciplinare per sopravvenuta maturazione della prescrizione quadriennale ai sensi dell'art. 146 della l. n. 89 del 1913, nel testo originario, con riferimento al primo gruppo di addebiti, commessi il 2 settembre 2003 e il 10 settembre 2003; al riguardo si osserva che:

- la menzionata disposizione rende rilevabile d'ufficio una sopravvenienza in fatto, costituita dalla maturazione della prescrizione, tant'è che è pacifico in giurisprudenza che la predetta improcedibilità è per la prima volta rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità, sicché, non essendo necessario l'impulso di parte, non si tratta neppure di un motivo d'impugnazione in senso tecnico, ma di una mera sollecitazione rivolta alla Suprema Corte affinché essa eserciti i suoi poteri ufficiosi; e se addirittura difetta – sotto questo profilo – o non rileva l'atto d'impugnazione, certo nessun addebito può muoversi a parte ricorrente ai sensi dell'art. 366-*bis* c.p.c. (non essendo necessario il postulante, anche l'eventuale 'postulazione' si riduce ad una mera sollecitazione o segnalazione, che non necessita di alcuna specifica formulazione linguistica, essendo addirittura superflua);
- d'altra parte, e sotto connesso profilo, neppure ricorre in questo caso la correlazione quesito di diritto - principio di diritto, dacché è la stessa Suprema Corte ad essere chiamata ad applicare in prima battuta (si direbbe) il citato art. 146, posto che la fattispecie estintiva si è maturata dopo il deposito della sentenza impu-

gnata, che quindi non è censurabile – né è censurata – sotto tale profilo; sicché difetta, a ben vedere, la necessità non solo della domanda censoria da parte di parte ricorrente, ma anche dell'enunciazione di un principio di diritto (inteso come statuizione a carattere didattico o didascalico, perciò stesso, per così dire, di utilità ripetuta) da parte della Suprema Corte;

8. con il secondo motivo parte ricorrente propone, anzi ripropone, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 141 della l. not. nella parte in cui il procedimento disciplinare nei confronti dei notai non prevede, prima di approdare al cospetto dell'autorità giudiziaria, una fase anteriore davanti agli organi dell'Ordine di appartenenza, come è invece contemplato per altre categorie professionali; in merito, richiamando quanto non a caso sopra rimarcato sulla ratio dell'art. 366-*bis* c.p.c., non può omettersi di considerare che:

- quale che sia il rapporto tra questione di legittimità costituzionale e censura proposta in seno al ricorso, a fronte di una questione di legittimità costituzionale la Suprema Corte, lungi dall'enunciare un principio di diritto, si limita soltanto a delibare i noti requisiti della non manifesta infondatezza e della rilevanza della questione stessa: compito che essa svolge al pari di qualsiasi altro giudice di merito (escluso per definizione dalla funzione di legittimità, e perciò inidoneo a dettare principi di diritto);
- il presupposto della rilevanza deve essere 'delibato' dalla Suprema Corte (per essere poi 'deciso' dalla stessa Corte Costituzionale) proprio per scrutinare se l'eventuale accoglimento della questione proposta, ad opera della Corte Costituzionale, sia destinato ad incidere sull'esito della controversia in senso favorevole a chi la propone, sicché sarebbe veramente un aggravio logico - grammaticale, tanto inutile quanto iugulatorio (v. *supra* sub par. 5), pretendere da parte ricorrente la formulazione, per così dire 'virtuale', del principio di diritto che scaturirebbe (in ipotesi) soltanto dall'accoglimento della questione proposta; e d'altronde in tal caso l'accoglimento del ricorso non discende dall'applicazione del diritto, qual era in discussione davanti al Giudice di merito, ma per l'appunto (soltanto) dalla mera applicazione della 'nuova' regola, introdotta in via ortopedica dalla Corte Costituzionale (nelle varie forme in cui si possono articolare i suoi *dicta*);

d'altronde, ed in piena coerenza con l'anzidetto, il modo con cui si deve proporre la questione di legittimità costituzionale, il relativo procedimento e l'ambito della cognizione selettiva riservata al giudice remittente sono puntualmente definiti da una specifica disciplina, che

non ha alcuna ragione di essere diversa a seconda del Giudice (di merito ovvero di legittimità) davanti al quale la questione viene sollevata, sicché non sembra possa essere incisa (e perciò anche limitata o conformata) dall'art. 366-*bis* c.p.c.;

P.Q.M.

chiede che la S.C., decidendo in camera di consiglio, con ordinanza disponga la trattazione in pubblica udienza del ricorso in epigrafe specificato e ne richieda l'assegnazione alle Sezioni Unite per fare definitiva luce sulle questioni di particolare importanza trattate, e segnatamente sia sulla ratio dell'art. 366-*bis* c.p.c., sia sul suo ambito di applicazione, anche con riferimento alla fattispecie in esame.

(Roma, 25 aprile 2008)

Il P.G.

(Rosario Giovanni Russo)

** La Corte non ha dato seguito alla richiesta, reputando quindi applicabile integralmente l'art. 366-bis anche nella specifica fattispecie: Cass. Sez. III (ord.), 30.9.2008, n. 24319.*

30. Processo civile di cassazione – Obbligo di deposito della copia autentica della sentenza impugnata, con la relazione di notifica se questa è avvenuta – Omissione - Sanzione processuale dell'improcedibilità - Obbligo di deposito contestuale al ricorso o ammissibilità dello stesso in momento successivo, secondo l'art. 372 c.p.c. – Conseguenze – Contrasto di giurisprudenza

(RG 8800/2007 e altri)

IL P.G.

rilevato che, a seguito della rimessione dei procedimenti indicati in epigrafe, le Sezioni unite sono chiamate a decidere se in caso di ricorso ordinario in cassazione – o di regolamento di competenza – l'obbligo, previsto a pena di improcedibilità dal secondo comma dell'art. 369 cod. proc. civ., del deposito da parte del ricorrente della copia autentica della sentenza o della decisione impugnata con la relazione di notifica se questa è avvenuta – o del biglietto di cancelleria di comunicazione del deposito nel caso del regolamento – possa essere adempiuto soltanto con il deposito contestuale al ricorso o comunque entro il termine a tal fine previsto dal precedente primo comma, o se invece l'improcedibilità possa essere impedita dal successivo deposito ai sensi dell'art. 372, secondo comma cod. proc. civ.;

che, pur dandosi atto del prevalente orientamento, in particolare a partire dalla decisione delle Sezioni unite n. 11932 del 1998, a favore della prima soluzione (v., da ultimo, Cass. n. 15396 del 2007 e n. 5830 del 2008 che parla di “giurisprudenza consolidata”), nelle ordinanze di rimessione, si opta per una “rilettura congiunta” degli artt. 369 e 372 cod. proc. civ. che dovrebbe indurre “a negare che sussista o comunque sia irrimediabile l’effetto decadenza connesso alla perentorietà del termine”;

rilevato, in particolare, che a sostegno di tale soluzione, premesso che l’onere del deposito in oggetto si spiega in funzione del riscontro da parte della Corte della tempestività dell’impugnazione a tutela dell’esigenza pubblicistica del rispetto del vincolo del giudicato formale, si osserva in sintesi:

che, accogliendo l’interpretazione restrittiva, non si comprenderebbe perché il legislatore avrebbe previsto, con l’art. 372, un meccanismo alternativo di deposito dei documenti relativi all’ammissibilità del ricorso che può operare fino al momento della decisione, mentre avrebbe escluso tale facoltà con riferimento a adempimenti meramente formali e relativi a documenti di cui la controparte è comunque a conoscenza;

che la soluzione proposta sarebbe in linea con i principi del giusto processo costituzionalizzati nell’art. 111 “perché si favorisce la decisione nel merito, si salvaguarda il contraddittorio e non si cagiona alcuna ritardo alla durata del processo, in quanto la verifica della tempestività dell’impugnazione si effettua unicamente alla decisione nel merito;

che le stesse Sezioni unite avrebbero recentemente sottolineato “l’esigenza che il processo vada a conclusione”(Cass. S U n. 627 del 2008) e, più in generale, “il principio affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 189 del 2000, secondo cui le ipotesi d’inammissibilità dei rimedi giurisdizionali debbono essere limitate ai casi indispensabili” (Cass. S U n. 21624 del 2006);

ritenuto che le argomentazioni ora esposte non appaiono condivisibili atteso che:

di fronte alla chiara e categorica formulazione della previsione legislativa, non sembra possa operarsi la proposta equiparazione tra inammissibilità e improcedibilità;

la prospettata soluzione, del resto, non appare operare sul piano interpretativo in quanto si risolve nell’introduzione di una nuova previsione in base alla quale il deposito della sentenza e della relata di notifica potrebbe avvenire in qualsiasi momento del processo anteriore alla decisione;

ritenuto, altresì, che una tale operazione non può giustificarsi come “costituzionalmente imposta” dal richiamo ai principi del giusto processo e del diritto di agire in giudizio, se si considera che:

la Corte costituzionale (v. la decisione n. 471 del 1992), in occasione dell’esame della (per alcuni aspetti analoga) questione di legittimità costituzionale dell’art. 369 secondo comma n. 3 (nella parte in cui, prevedendo a pena di improcedibilità il deposito della procura speciale, preclude la possibilità di sanatorie), ha già statuito che il legislatore nell’esercizio di un’ampia potestà discrezionale “può legittimamente imporre all’esercizio di facoltà e di poteri processuali limitazioni temporali immutabili e irreversibili” con il solo limite della ragionevolezza;

nel caso in esame tale limite non può ritenersi violato in quanto la previsione del secondo comma dell’art. 369 mira a evitare che la procedibilità del ricorso possa dipendere dall’incerto e variabile momento della decisione con il conseguente protrarsi di una situazione di incertezza;

l’esigenza di evitare tale situazione assume ancor più rilievo dopo l’entrata in vigore del decreto legislativo n. 40 del 2006 che, con la previsione di cui al primo comma dell’art. 380-*bis*, mira a consentire una immediata trattazione in camera di consiglio dei ricorsi per i quali si pone una questione (rilevabile anche d’ufficio) di carattere pregiudiziale preclusiva dell’esame del merito, mentre tale finalità sarebbe elusa dalla possibilità del tardivo deposito in vista della trattazione in camera di consiglio con conseguente rinvio alla pubblica udienza;

ritenuto, pertanto, che rientra in una ragionevole valutazione discrezionale del legislatore la diversità di trattamento tra inammissibilità e improcedibilità considerando, altresì, che ben si giustifica l’imposizione di un tempestivo comportamento processuale a chi intende adire il giudice di legittimità;

ritenuto, infine, che non vale richiamare quanto recentemente deciso dalle Sezioni unite con la sentenza n. 627 del 2008 in quanto, la concessione del termine per il deposito dell’avviso di ricevimento (del piego raccomandato contenente la copia del ricorso per la notifica) è subordinato alla prova documentale di un comportamento attivo del difensore del ricorrente per ovviare a situazioni a lui non imputabili, mentre nel caso in esame il mancato deposito di copia autentica del provvedimento impugnato e della relata di notifica sono da attribuire all’inerzia del ricorrente;

ritenuto, in base alle considerazioni che precedono, di dover concludere per la conferma del prevalente orientamento interpretativo

anche per assicurare la certezza del diritto particolarmente rilevante in materia processuale;

P.Q.M.

chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, enuncino il principio secondo cui in caso di ricorso ordinario in cassazione – o di istanza di regolamento di competenza – l’obbligo, previsto a pena di improcedibilità dal secondo comma dell’art. 369 cod. proc. civ., del deposito da parte del ricorrente della copia autentica della decisione impugnata con la relazione di notifica se questa è avvenuta – o del biglietto di cancelleria di comunicazione del deposito nel caso del regolamento – può essere adempiuto soltanto con il deposito contestuale al ricorso o comunque entro il termine a tal fine previsto dal precedente primo comma; con le conseguenze di legge.

(Roma, 16 settembre 2008)

Il P.G.

(Antonio Martone)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

3. Rapporti con il diritto sovranazionale

31. Lavoro – Contributi previdenziali e misure di fiscalizzazione di oneri sociali – Disciplina del cumulo dei benefici – Disposizione di interpretazione autentica – Ritenuta non illegittimità costituzionale – Sopravvenienza delle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349/2007 in tema di deducibilità della violazione di norme della CEDU attraverso il parametro interposto dell’art. 117, primo comma, Cost. – Necessità di riconsiderazione della questione alla stregua di detto parametro, in relazione alla giurisprudenza della Corte CEDU in tema di limiti per la possibilità del legislatore di adottare norme di interpretazione autentica o di carattere retroattivo, incidenti sulle legittime aspettative dei soggetti e sul “diritto al giudice”

(R.G. 16139/2005 + altri)

IL P.G.

1.1 I ricorsi all’esame della Corte.

In questa pubblica udienza davanti alla Sezione lavoro della Corte di cassazione vengono contemporaneamente chiamati circa ottanta ri-

corsi di diversi imprenditori agricoli contro l'INPS. Essi hanno tutti il medesimo oggetto: si tratta di cause in materia di previdenza sociale, relative a contributi previdenziali e a misure di fiscalizzazione degli oneri sociali. Si discute in particolare di agevolazioni e benefici contributivi previsti da varie disposizioni di legge per le aziende agricole e della (dai ricorrenti contestata) regola di non cumulabilità di alcuni di tali benefici, così come introdotta dalla disposizione di interpretazione autentica di cui all'art. 44, comma 1, del decreto-legge n. 269 del 2003 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) convertito, con modificazioni, dalla legge n. 326 del 2003.

1.2 Il quadro normativo.

L'art. 1, commi 5 e 6, del decreto-legge 30 dicembre 1987, n. 536 (Fiscalizzazione degli oneri sociali, proroga degli sgravi contributivi nel Mezzogiorno, interventi per settori in crisi e norme in materia di riorganizzazione dell'INPS) dispone che:

5. "Per un periodo di 10 anni a decorrere dal 1 gennaio 1987, è concessa, ai datori di lavoro nel settore agricolo operanti nei territori di cui all'art. 1 del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con d.p.r. 6 marzo 1978, n. 218, la riduzione del 60% dei contributi previdenziali ed assistenziali per il personale dipendente così come determinati dalle disposizioni vigenti per le assicurazioni generali obbligatorie".

6. "A favore dei datori di lavoro del settore agricolo è concessa, a decorrere dal periodo di paga in corso al 1 gennaio 1987 e fino a tutto il periodo di paga in corso al 30 novembre 1988, per ogni mensilità fino alla dodicesima compresa, una riduzione sul contributo di cui all'art. 31, comma uno, della legge 28 febbraio 1986, n. 41, di lire 133.000 per ogni dipendente. Da tale riduzione sono esclusi i datori di lavoro del settore agricolo operanti nei territori di cui all'articolo 1 del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con d.p.r. 6 marzo 1978 n. 218".

L'articolo 9, commi 5 e 6, della legge 11 marzo 1988, n. 67 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 1988) ha previsto che:

5. "A decorrere dal 1 gennaio 1988, i premi e i contributi relativi alle gestioni previdenziali e assistenziali sono dovuti nella misura del 15% dai datori di lavoro agricolo per il proprio personale dipendente, occupato a tempo indeterminato e a tempo determinato nei territori montani di cui all'art. 9 del decreto del Presidente della Repubblica 29

settembre 1973 n. 601. I predetti premi e contributi sono dovuti ai medesimi lavoratori dai datori di lavoro agricolo operanti nelle zone agricole svantaggiate delimitate ai sensi dell'art. 15 della legge 27 dicembre 1977, n. 984, nella misura del 40% e dai datori di lavoro operanti nelle zone agricole svantaggiate comprese nei territori di cui all'art. 1 del testo unico sulle leggi negli interventi del Mezzogiorno approvato con d.p.r. 6 marzo 1978, n. 218, nella misura del 20%".

6. "Per i calcoli delle agevolazioni di cui al comma 5 non si tiene conto delle fiscalizzazioni previste dai commi 5 e 6 dell'art. 1 del decreto-legge 30 dicembre 1987, n. 536, convertita, con modificazioni dalla legge 29 febbraio 1988, n. 48".

1.3 I precedenti di legittimità.

La questione della cumulabilità dei diversi benefici ed agevolazioni *de quibus* è già stata esaminata ex professo dalla Corte di cassazione.

Una prima sentenza (sezione Lavoro, n. 14227 del 2000) ha rigettato il ricorso dell'INPS avverso una sentenza del Tribunale di Siena che, in sede di appello, aveva accolto la tesi dell'impresa agricola, affermando che: "Con i due interventi normativi in sostanza il legislatore ha introdotto un duplice beneficio: il primo prevede la fiscalizzazione degli oneri sociali per tutti i datori di lavoro del settore agricolo operanti nei territori del Mezzogiorno; il secondo concede premi e contributi per le gestioni previdenziali e assistenziali ai datori di lavoro agricolo operanti nei territori montani e nelle zone agricole svantaggiate. I due benefici non sono incompatibili tra loro. Difatti essi sono previsti da leggi diverse con finalità diverse: la prima per le aziende agricole operanti nel Mezzogiorno, la seconda per le aziende agricole operanti nei territori montani o in altre zone particolarmente svantaggiate. Pertanto si deve ritenere che quando un'azienda presenti i requisiti previsti da entrambe le norme possa godere di entrambi i benefici; ... D'altra parte l'istituto ricorrente, pur contestando l'interpretazione della legge data dal Tribunale, non giustifica in modo convincente la sua tesi circa l'incompatibilità dei due benefici tra loro. In particolare, non può dirsi che costituisca un valido argomento in tal senso il fatto che il comma 6 dell'art. 9 della legge 11 marzo 1988 n. 67 disponga che, per i calcoli delle agevolazioni previste per le aziende operanti nei territori montani e nelle zone agricole svantaggiate, non si tiene conto delle fiscalizzazioni previste dall'art. 1 del decreto-legge 30 dicembre 1987 n. 536, così come convertito dalla legge 29 febbraio 1988 n. 48. Con la norma in esame, infatti, il legislatore ha voluto precisare che lo sgravio contributivo va operato sull'aliquota piena e non

già defiscalizzata: non ha, pertanto, escluso la compatibilità dei due benefici ma, semmai, ha presupposto il contemporaneo godimento di essi. D'altra parte, il legislatore, quando ha inteso escludere dal beneficio della riduzione della fiscalizzazione degli oneri sociali i datori di lavoro del settore agricolo operanti in territori del Mezzogiorno, lo ha detto espressamente; difatti l'art. 6 del decreto-legge n. 536 dell'anno 1987 esclude espressamente dalla riduzione sul contributo i datori di lavoro del settore agricolo operanti nei territori di cui alle leggi sugli interventi del Mezzogiorno, mentre nei confronti dei datori di lavoro del settore agricolo operanti in zona montana particolarmente svantaggiata nulla è stato detto al riguardo".

Quella prima pronuncia è stata confermata, in senso perfettamente conforme, dalla successiva sentenza, sempre della sezione Lavoro, n. 19691 del 2003.

1.4 L'intervento del legislatore con la norma di interpretazione autentica ...

Per quanto consta, la giurisprudenza di merito, ampiamente citata in alcuni dei ricorsi oggi all'esame della Corte (cui sul punto si rinvia), si era in assoluta maggioranza uniformata all'indirizzo espresso dalle due pronunce di legittimità sopra citate. In tal modo la tesi della cumulabilità di tali benefici appariva, per quanto qui rileva, consolidata o, per lo meno, del tutto maggioritaria.

Il legislatore decideva allora di emanare l'art. 44, comma 1, del decreto-legge n. 269 del 2003, convertito, con modificazioni, nella legge n. 326 del 2003, che ha espressamente previsto che:

"L'art. 9, comma 6 della legge n. 67 del 1988 e successive modificazioni ed integrazioni, si interpreta nel senso che le agevolazioni di cui al comma quinto del medesimo art. 9, così come sostituito dall'art. 11 della legge n. 537 del 1993, non sono cumulabili con i benefici di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 1, del decreto-legge n. 536 del 1987 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, in legge n. 48 del 1988 e successive modificazioni e integrazioni".

Si tratta della disposizione oggi all'esame della Corte di cassazione.

1.5 ... e la sentenza della Corte costituzionale n. 274 del 2006.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 274 del 2006, ha ritenuto non fondata, in riferimento agli art. 3, 72, 101, 102, 104 e 108 della Costituzione, la questione di legittimità della disposizione sopra citata.

La Corte, premesso che nel giudizio sulla legittimità di disposizioni legislative di interpretazione autentica non è decisivo verificare se la norma abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò per effetto proprio retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva (in quanto il divieto di retroattività della legge non è stato elevato a dignità costituzionale, salvo che per la materia penale, ha affermato che il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare: (a) sia disposizioni di "interpretazione autentica", che determinano - chiarendola - la portata precettiva della norma interpretata fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa; (b) sia norme innovative con efficacia retroattiva, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti.

La Corte costituzionale ha - in estrema sintesi - ritenuto che, nelle norme interpretate dalla disposizione introdotta nel 2003, la non cumulabilità delle diverse agevolazioni contributive fosse, sin dall'inizio, una delle letture plausibili, sicché la norma di interpretazione autentica non poteva ritenersi irragionevole, limitandosi essa ad assegnare alla disposizione interpretata un significato nella medesima già contenuto.

1.6 La sentenza della Corte di cassazione n. 10110 del 2007.

Dopo l'entrata in vigore della legge di interpretazione autentica - e dopo la citata sentenza della Corte costituzionale - il contenzioso tra le imprese agricole e l'INPS non è cessato. Ciò è dimostrato (in modo lapalissiano) dagli odierni ricorsi, tutti successivi al 2003.

Ulteriori dubbi di legittimità costituzionale sollevati nel giudizio deciso dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 10110 del 2007, che li ha ritenuti manifestamente infondati ed ha rigettato nel merito il ricorso dell'impresa agricola (anche) in applicazione dello jus superveniens di cui all'art. 44 più volte citato. La decisione è stata poi seguita da altre conformi.

Il precedente è troppo noto all'odierno Collegio della S.C. per essere qui riassunto senza tema di errare. Salvo quanto si dirà *infra* in punto rilevanza della questione, basta qui sottolineare come la Corte, in relazione ai parametri invocati dalla parte privata, ha scritto:

"Quanto all'art. 117 Cost., comma 1, che prescrive che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto (anche) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali - pur rimanendo ancora aperta la questione della (dubbia) deducibilità di tale parametro di nuovo conio anche nei giudizi inci-

dentali di costituzionalità, e non già solo in quelli in via principale che hanno ad oggetto proprio l'ambito della potestà legislativa statale e regionale (convalidandosi così, quanto alla rilevanza della normativa comunitaria come parametro interposto, un'asimmetria già presente - secondo la giurisprudenza costituzionale - prima della riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione) - la questione è comunque inammissibile rientrando nella discrezionalità dello Stato membro e del legislatore nazionale escludere la cumulabilità di benefici contributivi per le imprese agricole. La possibilità poi che la funzione legislativa si estrinsechi anche nell'attività di interpretazione autentica - da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale (*ex plurimis* proprio Corte cost. n. 274 del 2006, cit.) - rende del tutto incongruo il richiamo al principio del giusto processo (art. 111 Cost., comma 1) invocato dalla società resistente.

La questione della legittimità costituzionale della norma de qua poteva perciò, al 23 maggio 2007 (data di deposito della sentenza da ultimo citata), essere considerata come pienamente risolta e del tutto superata nel senso della piena legittimità dell'intervento del legislatore del 2003. La deducibilità del parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost. ritenuta dubbia dalla Corte, è diventata però, poche settimane dopo, di estrema attualità.

2.1 La nuova posizione costituzionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007.

Il quadro costituzionale di riferimento si è infatti radicalmente modificato a seguito del *revirement* rappresentato dalle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 (su questioni sollevate, come è noto, da ordinanze di rimessione di codesta Corte di cassazione), che impongono all'interprete di considerare del tutto superate le motivazioni sul punto di cui alla citata sentenza n. 10110 del 2007.

Sembra quindi oggi (non solo possibile, ma) necessario un riesame della questione da parte della Corte di cassazione, alla luce dei principi affermati dalle due sentenze e del parametro di legittimità costituzionale di cui all'art. 117, primo comma, della Costituzione, così come interpretato dal Giudice delle leggi e del quale la precedente sentenza citata dava un significato oggi non più valido.

Come è noto con le sentenze citate il Giudice delle leggi, risolvendo un problema che impegnava da lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza, ha affermato (per la parte che qui viene in rilievo) il valore di parametro costituzionale interposto che assumono le norme della CEDU, così come interpretate dal Giudice europeo dei diritti, ai

sensi del novellato art. 117, primo comma, della Costituzione. “Lo scrutinio di legittimità costituzionale ... - afferma la Corte - deve essere condotto in modo da verificare: a) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all’art. 117, primo comma, Cost.; b) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell’interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l’ordinamento costituzionale italiano”.

Come unanimemente notato dalla dottrina, che è già intervenuta a commento delle due pronunce citate, le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, allo scopo di superare dubbi ed incertezze interpretative che hanno accompagnato, da almeno trenta anni, il problema della collocazione della CEDU (e del “peso costituzionale” da dare alla giurisprudenza della Corte) nell’ordinamento interno, hanno operato una svolta decisiva ed hanno chiarito che l’eventuale contrasto con la Convenzione potrà e dovrà perciò essere rimosso dall’intervento della Corte costituzionale, secondo le comuni regole dei giudizi in via incidentale.

In sostanza la Corte costituzionale ha attribuito alle norme della Convenzione, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, sia una particolare “forza di resistenza” nei confronti di successivi interventi legislativi di pari grado (sulla falsariga del precedente, rimasto peraltro sino ad oggi isolato, di cui alla sentenza n. 10 del 1993), sia la forza del tutto peculiare di parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi statali (e regionali). Come chiarisce la stessa Corte, se prima dell’introduzione del nuovo testo dell’art. 117, primo comma, Cost., la legge di adattamento della Convenzione aveva “normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive”, con la nuova disposizione le norme della CEDU assumono il ruolo di “fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all’art. 117, primo comma”.

Si tratta di una autentica rivoluzione copernicana, i cui sviluppi ulteriori appaiono, almeno in parte, tutti da sondare. Basti sottolineare come, attraverso il rapporto diretto tra le norme della Convenzione, così come interpretate dalla (ormai quasi cinquantennale) giurisprudenza del Giudice dei diritti di Strasburgo, venga immesso nel sistema costituzionale italiano un numero previamente non determinabile di potenziali parametri interposti di legittimità costituzionale, con effet-

ti ad oggi non prevedibili su un gran numero di disposizioni interne, che, già passate indenni allo scrutinio di legittimità costituzionale in base ai vecchi parametri, possono ora essere ri-esaminate alla luce degli orientamenti che emergono e che emergeranno dal *case-law* europeo.

La Corte di Strasburgo, infatti, ha sviluppato negli anni una propria incisiva giurisprudenza in numerose ed eterogenee materie di rilievo (anche) costituzionale, utilizzando alcune norme della CEDU e dei successivi Protocolli (ad esempio l'art. 8 della Convenzione e l'art. 1 del primo Protocollo Addizionale) secondo canoni in parte diversi e in parte coincidenti con le interpretazioni che nel frattempo emergevano dal Palazzo della Consulta. Non resta dunque all'interprete che mettersi pazientemente a esaminare potenziali questioni di legittimità costituzionale, che sino a ieri apparivano vecchie e superate da precedenti della stessa Corte italiana, alla luce dei nuovi parametri interposti. Strasburgo è ormai vicina e indirizzi e precedenti là elaborati, sino ad oggi utilizzati in modo esornativo o come rafforzamento di parametri interni autonomamente interpretati, dovranno inevitabilmente essere esaminati sotto una nuova luce sia ai fini del giudizio di non manifesta inammissibilità che riguardo alla rilevanza.

2.2 Prima applicazione della Corte costituzionale dei nuovi "parametri interposti" della Convenzione europea e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

A conferma del nuovo indirizzo del giudice delle leggi e in assai rapida applicazione dei principi affermati con le due sentenze del 2007, la Corte costituzionale, con la successiva sentenza n. 39 del 2008 ha dichiarato illegittimi, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, gli artt. 50 e 142 del regio decreto 15 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare), nel testo anteriore alle modifiche operate dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in quanto tali norme stabiliscono che le incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione del fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale.

Con motivazione costruita in buona parte *per relationem* alle due precedenti sentenze del 2007 più volte citate, la Corte dapprima ha accertato che il testo di legge è stato oggetto di interventi della Corte di Strasburgo, che ne ha varie volte evidenziato il contrasto con l'art. 8 della CEDU in tema di tutela della vita privata (viene in proposito citata espressamente la sentenza del 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia, ric. n. 77962/01), e quindi ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale.

La linearità di quest'ultima pronuncia con le due precedenti sentenze del 2007 e la quasi-automaticità della dichiarazione di illegittimità costituzionale, che sembra sostanzialmente pronunciata de plano, una volta accertato l'orientamento del giudice europeo, delle norme della legge fallimentare che erano state impugnate, inducono a ritenere che l'orientamento della Consulta sia ormai sufficientemente chiaro e non sia bisognevole, almeno per i profili che qui vengono in rilievo, di ulteriori precisazioni.

Possiamo dunque affermare con sufficiente certezza che, attraverso l'obbligo di rispettare gli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese, si possono in qualche modo riaprire i giochi in relazione a dubbi di legittimità costituzionale di disposizioni, a volte già passate indenni al giudizio della Corte in relazione a parametri di legittimità costituzionale interni al testo della Carta fondamentale, e che al contrario sono state (o potrebbero essere state) scrutinate negativamente dal Giudice europeo dei diritti in relazione alla violazione di parametri convenzionali.

2.3 Le norme di interpretazione autentica nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Nel caso di norme come quella oggi all'esame della S.C., un particolare rilievo assume la consolidata giurisprudenza del Giudice di Strasburgo in materia di norme retroattive in materia non-penale.

La Corte europea ha infatti ripetutamente affermato che:

“Se, in linea di principio, nella materia civile [nel senso in cui tale attributo assume rilievo nella Convenzione così come interpretata dalla Corte] al potere legislativo non è impedito regolare, con nuove disposizioni aventi portata retroattiva, dei diritti nascenti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e la nozione di giusto processo (*le principe de la préeminence du droit et la notion de procès équitable*) consacrati dall'art. 6 della Convenzione si oppongono, salvo che per motivi imperiosi di generale interesse, all'ingerenza del potere legislativo nella amministrazione della giustizia col fine di influire sull'esito giudiziario della causa” (traduzione di chi scrive).

La Corte europea ritiene quindi che un intervento con effetto retroattivo del legislatore, che non sia giustificato da ragioni cogenti, violi il “diritto a un tribunale” protetto dalla Convenzione; in tal senso si vedano, *ex multis*, Zielinski e Pradal c. Francia, 28 ottobre 1999, § 57; Brumarescu c. Romania, 28 ottobre 1999, Raffinerie Greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia, 9 dicembre 1994 e, da ultimo, varie decisioni riguardanti il nostro Paese tra le quali la ormai notissima sentenza nel caso Scordino c. Italia, Grande Sezione, 29 marzo 2006, che

ha dato luogo in concreto al *revirement* della Corte costituzionale di cui alle già citate sentenze n. 348 e n. 349 del 2007.

La sentenza Scordino, nella parte che qui viene in rilievo, afferma che:

(§ 132) “il Governo non ha dimostrato che le considerazioni tenute presenti [per la emanazione di una disposizione avente effetto retroattivo in materia di determinazione della indennità di espropriazione, avente tra gli altri lo scopo di por fine ad un contenzioso giudiziario in atto], e precisamente le esigenze di bilancio e l’intenzione di sviluppare un programma politico [di aiuto alle opere pubbliche], sia qualificabile come interesse generale evidente e obbligato richiesto al fine di giustificare l’effetto retroattivo come è stato riconosciuto in determinati casi”.

La sentenza Scordino, sul punto che qui rileva, ha assunto carattere di *leading case*; si veda, ultimissima, la sentenza del 10 giugno 2008 nel caso Bortesi ed altri c. Italia, ricorso n. 71399/01: v. in particolare sub §§ 38-43.

Le linee generali della giurisprudenza europea in materia possono così riassumersi:

- le norme di interpretazione autentica (*validations législatives*, nel diritto francese e nel lessico della Corte) essendo interventi del potere legislativo che limitano il “diritto a un giudice” (nel senso ampio elaborato da quella Corte), suscitano normalmente diffidenza e sfiducia e, in via di principio, sono proibite in uno Stato di diritto: esse tuttavia possono essere la via attraverso la quale di possono sbloccare situazioni giuridiche inestricabili e possono quindi essere eccezionalmente giustificate;
- una ingerenza del potere legislativo in pendenza di procedure giudiziarie può essere ammesso solo per motivi imperiosi di interesse generale, concetto ritenuto di stretta interpretazione e quasi mai ritenuto sussistente nei casi pervenuti all’esame in udienza; si è ritenuto che un intervento legislativo retroattivo motivato dal mero interesse economico dello Stato, specialmente quando il potere pubblico riveste ad un tempo la qualità di parte nella causa (anche attraverso agenzie ed enti sotto il controllo statale e, in genere, pubblico) e di legislatore, non sia giustificato, perché in questi casi l’esigenza di garantire l’*égalité des armes* davanti al giudice appare più stringente ed imperativa; si vedano in tal senso le sentenze sopra citate;
- occorre poi che vi sia proporzionalità tra l’intervento del legislatore e gli interessi dei cittadini sottesi al loro diritto ad un giudice.

3.1. Sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Appare dunque non manifestamente infondata, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 1, del decreto-legge n. 269 del 2003, convertito, con modificazioni, in legge n. 326 del 2003, nella parte in cui, interpretando autenticamente (e avendo quindi effetto retroattivo sui giudizi in corso) ha previsto che l'art. 9, comma 6, della legge n. 67 del 1988 e successive modificazioni ed integrazioni, si interpreta nel senso che le agevolazioni di cui al comma quinto del medesimo art. 9, così come sostituito dall'art. 11 della legge n. 537 del 1993, non sono cumulabili con i benefici di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 1 del decreto-legge n. 536 del 1987, convertito, con modificazioni, dalle legge n. 48 del 1988 e successive modificazioni e integrazioni, in quanto:

- risulta violato dalla disposizione citata l'art. 6, § 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nella parte in cui stabilisce che “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente ... da un tribunale ... il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile”, come interpretato dalla giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti dell'uomo, e stabilisce, in via di principio, il divieto di emanare disposizioni di interpretazione autentica, o che comunque incidano sull'esito di giudizi in corso, salve esigenze imperiose di ordine generale, che non possono consistere – come appare al contrario evidente nel caso di specie - nella mera volontà di incidere sul livello di spesa di un Istituto pubblico come l'INPS, che sia parte nei giudizi in corso e veda in tal modo le sue tesi vittoriose in giudizio non per effetto dell'interpretazione del giudice ma per esclusivo intervento legislativo;
- per diretta conseguenza della premessa di cui sopra, risulta violato dal legislatore l'art. 117, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui, obbligandolo al rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, gli impone di conformare le disposizioni di legge alle disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo i principi affermati dalle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 e n. 39 del 2008.

Sotto il profilo della non manifesta infondatezza (che, come noto, non richiede la preventiva dichiarazione di evidente fondatezza, che spetta solo alla Corte costituzionale, ma il ragionevole dubbio al riguardo) deve infatti rilevarsi che:

- (a) la disposizione avente effetto retroattivo è certamente intervenuta in una situazione - che deve essere necessariamente esaminata alla luce della giurisprudenza di legittimità e di merito formatasi sino al 2003, prima cioè della sua emanazione) – nella quale le odierne ricorrenti avevano la ragionevole aspettativa di vedere accolte le loro pretese di restituzione dei contributi che assumevano indebitamente versati;
- (b) la disposizione retroattiva (poco importa se avente carattere effettivamente interpretativo ovvero innovativa con efficacia retroattiva) non è intervenuta, al momento della sua emanazione, in una situazione di obbiettiva incertezza interpretativa, visto che nel 2003 gli orientamenti della Corte di legittimità, confermativi di quelle prevalenti dei giudici di merito, avevano già riconosciuto le ragioni delle imprese nel senso della cumulabilità dei benefici *de quibus*; solo dopo la entrata in vigore dell'art. 44 del decreto-legge n. 269 del 2003, e dopo la sentenza della Corte cost. n. 274 del 2006, la Corte di cassazione con la sentenza n. 10110 del 2007 ha ritenuto plausibile la tesi della non cumulabilità;
- (c) le sentenze delle Corti di merito oggi censurate dalle parti ricorrenti hanno, tutte e indistintamente, preso atto dell'intervento con effetto retroattivo da parte del legislatore sulla cause in corso, dando atto (o lasciando comunque intendere) che la loro decisione sarebbe stata diversa sulla base delle norme previgenti e senza l'intervento di interpretazione autentica che qui si censura;
- (d) mentre secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, al legislatore non è interdetta l'emanazione di norme retroattive (salva la materia penale), unico scrutinio possibile di legittimità essendo quello di ragionevolezza e plausibilità: "la norma che deriva dalla legge di "interpretazione autentica" non può ritenersi irragionevole (art. 3, primo comma, Cost.) ove si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come «una delle possibili letture del testo originario» (sentenze n. 39 e n. 135 del 2006, n. 291 del 2003 e n. 374 del 2002"; così testualmente la sentenza n. 274 del 2006 cit.;
- (e) diversamente, la giurisprudenza consolidata del Giudice europeo dei diritti (fra le molte: *Raffineries grecques Stran et Stratis An-*

dreadis c. Grecia, 9 dicembre 1994, série A no 301-B; Papageorgiou c. Grecia, 22 ottobre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI; National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Regno Unito, 23 ottobre 1997, Recueil 1997-VII; Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France [GC] nos 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, CEDH 1999-VII, Forrer-Niedenthal c. Germania, no 47316/99, 20 febbraio 2003, Anagnostopoulos et autres c. Grecia, no 39374/98, CEDH 2000-XI, Criflan c. Roumanie, no 42930/98, 27 mai 2003) è ferma nell'affermare la possibilità, in casi come questo, di uno scrutinio in concreto dell'esercizio del potere legislativo secondo il seguente principio di diritto: *“La Cour réaffirme que si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de régler en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige »*;

- (f) recentemente la Corte europea ha esteso il suo controllo circa l'imperiosità dei motivi di interesse generale alle controversie nelle quali lo Stato (diversamente dai ricorsi oggi esaminati) non sia parte, neppure attraverso enti ed agenzie sotto il controllo pubblico; si vedano in proposito le recentissime sentenze Cabourdin c. Francia, 11 aprile 2006, ricorso n. 60796/00, SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais et autres c. Francia, 21 giugno 2007, ricorso no 12106/03; tale orientamento, pur se non direttamente rilevante nei casi in esame, non può che rafforzare il consolidamento dei principi sopra riportati. Sotto il profilo della non manifesta infondatezza, si ritiene dunque che vi siano tutti gli elementi atti ad indurre la Corte di cassazione a sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale.

3.2. Recentissimi orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Va doverosamente rilevato che, secondo una notizia acquisita in altre udienze da questo Ufficio di Procura generale, davanti ad un Collegio della Sezione lavoro, investito alla udienza del 3 giugno 2008 della decisione di uno dei tanti ricorsi pendenti relativi ai lavoratori ATA della scuola (casi nei quali, come è noto, viene in rilievo una norma di interpretazione autentica rappresentata dall'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, legge finanziaria per l'anno

2006) si è discusso della questione di legittimità di tale disposizione proprio alla luce dell'art. 117, primo comma, Cost. e della giurisprudenza sopra ricordata del Giudice europeo dei diritti. Il Collegio oggi investito delle decisioni dei ricorsi di cui trattasi potrà ovviamente acquisire più precisa informazione circa la decisione assunta dalla Corte per quel caso, una volta che sarà pubblicata.

Sul punto occorre una precisazione. Questo Ufficio non ignora che la sentenza n. 677 del 2008 di codesta stessa Sezione lavoro aveva già esaminato la questione di legittimità costituzionale del citato art. 1, comma 218, della legge finanziaria per il 2006, per ritenuto contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. così come interpretato dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, ritenendola manifestamente infondata. Si tratta dei punti 31 e segg. della motivazione.

In quel caso però la Corte, sia detto con rispetto, ha preso le mosse da una analisi che appare in parte incompleta e in parte inesatta della giurisprudenza della Corte Europea.

Incompleta perché non ha esaminato il complesso della giurisprudenza di Strasburgo, come sopra riportata nelle sue incontestabili linee guida, ma solo la sentenza Scordino c. Italia del 2006, il che non le ha consentito una adeguata considerazione del generale disfavore espresso dalla Corte europea verso questi interventi retroattivi del legislatore, specie (ma non solo, come si è visto) nei casi in cui il potere pubblico sia, sotto varia forma, parte in causa.

Inesatta perché la Corte, proprio a causa di un angolo visuale solo parziale e limitato al caso, invero peculiare per la quantità di questioni dallo stesso implicate, della determinazione della indennità di espropriazione, non ha considerato principi emergenti da altre sentenze della Corte di Strasburgo che meglio si atteggiavano al caso di specie.

In particolare avrebbe potuto esaminare la sentenza SCM Scanner del 21 settembre 2007, sopra citata, nella quale i principi affermati sembrano atteggiarsi, ben più che nell'affaire Scordino, al caso da esaminare: la Corte, nei §§ 29 e segg. della motivazione, infatti afferma (si riporta la motivazione in francese, per un più diretto apprezzamento da parte del Collegio):

«1. En l'espèce, si l'article 27 de la loi no 97-1164 du 19 décembre 1997 portant loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 1998 excluait expressément de son champ d'application les décisions de justice passées en force de chose jugée, il fixait définitivement les termes du débat et ce, de manière rétroactive s'agissant des recours pendants devant les juridictions compétentes au moment de l'entrée en vigueur de la disposition litigieuse. A cet égard, la Cour relève que, conformément au

droit national, les requérants avaient engagé une phase précontentieuse, dite administrative, devant plusieurs commissions de recours amiable dès octobre 1996; or, cette réclamation préalable et obligatoire auprès de l'administration est une phase indispensable en ce qui concerne le contentieux général de la sécurité sociale. En conséquence, dès lors que cette phase administrative a constitué une condition sine qua non pour déclencher la phase judiciaire proprement dite, la Cour considère, contrairement à ce qu'a retenu la Cour de cassation dans ses arrêts du 26 septembre 2002, que la procédure était déjà née lorsque la loi du 19 décembre 1997 fut adoptée, et que le litige portait précisément sur le droit au paiement d'un complément de rémunération, objet de la contestation (voir OGIS-Institut Stanislas, OGEC Saint-Pie X et Blanche de Castille et autres c. France, nos 42219/98 et 54563/00, § 62, 27 mai 2004, voir également, mutatis mutandis, Duclos c. France, arrêt du 17 décembre 1996, Recueil 1996 VI, § 54, et Kadri c. France (déc.), no 41715/98, 26 septembre 2000).

2. En définitive, l'article 27 de la loi du 19 décembre 1997 a donc permis d'entériner la position adoptée par l'Etat dans le cadre de procédures pendantes, en réglant le fond du litige et rendant vaine toute continuation des procédures. Le Gouvernement, sur ce point, ne conteste d'ailleurs pas l'existence d'une ingérence dans le droit des requérants à un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Dans ces conditions, la Cour estime que l'on ne saurait parler d'égalité des armes entre les deux parties.

3. Quant aux « impérieux motifs d'intérêt général », évoqués par le Gouvernement, ils résulteraient uniquement de la nécessité de sauvegarder l'équilibre financier de la branche santé des régimes obligatoires de sécurité sociale. La Cour note que le Gouvernement avance, outre des arguments généraux relatifs aux difficultés financières rencontrées par le système de sécurité sociale français, le chiffre de six cent soixante millions d'euros correspondant, selon lui, aux économies réalisées grâce à l'adoption de la validation législative litigieuse. Or, la Cour rappelle qu'en principe un motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative (voir, notamment, Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres, précité, § 59). Elle relève surtout que la corrélation entre le risque financier invoqué et les procédures pendantes dont l'issue a été déterminée par la loi de validation n'est nullement établi. En effet, le Gouvernement ne fournit aucun renseignement de quelque nature que ce soit quant au nombre de recours en annulation pendants devant la juridiction administrative, ni aucune évaluation concrète, et partant crédible, du coût virtuel de l'issue favorable de ces procédures.

4. La Cour observe enfin que l'exclusion des procédures pendantes du champ d'application de l'article 27 de la loi du 19 décembre 1997 n'aurait pas empêché d'atteindre l'objectif poursuivi, à savoir sécuriser pour l'avenir la légalité des arrêtés ministériels en cause, tout en respectant l'égalité des armes pour les instances en cours (voir, sur ce point, *Chiesi SA c. France*, no 954/05, § 40, 16 janvier 2007).

5. Aucun des arguments présentés par le Gouvernement ne convainc donc la Cour de la légitimité et de la proportionnalité de l'ingérence. Compte tenu de ce qui précède, l'intervention législative litigieuse, qui réglait définitivement, de manière rétroactive, le fond du litige opposant les requérants à l'Etat devant les juridictions internes, n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général.

6. Partant, la Cour conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention».

Non si può infine non rilevare, da ultimo, che una importante affermazione di disfavore da parte della giurisprudenza della Corte di cassazione riguardo a disposizioni di interpretazione autentica, emanate dal legislatore in vista di contingenti esigenze di spesa pubblica e senza il rispetto della preminente funzione interpretativa che in uno stato di diritto spetta al giudice preconstituito per legge, si trova anche in una recente pronuncia della S.C., pubblicata prima delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007, ma che appare, per molti versi, resa in circostanze simili a quelle ora all'esame del Collegio.

Si tratta della sentenza delle Sezioni unite 30 novembre 2006, n. 25505 la quale ha affermato, in parte motiva, che l'intervento interpretativo del legislatore (nel caso de quo rappresentato dal decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, art. 36, comma 2, convertito con modificazioni in legge 4 agosto 2006, n. 248, che chiarisce che "ai fini dell'applicazione del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 e del d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, un'area è da considerare fabbricabile se utilizzabile a scopo edificatorio in base allo strumento urbanistico generale adottato dal comune, indipendentemente dall'approvazione della regione e dall'adozione di strumenti attuativi del medesimo") piuttosto che dare forza alla soluzione adottata, che sarebbe stata recepita anche in mancanza della imposizione *ex auctoritate*, l'ha indebolita, in quanto può apparire inutilmente e dichiaratamente di parte. Rilevano le Sezioni unite (parlando di una "amministrazione finanziaria travestita da legislatore") che la norma retroattiva era intervenuta quando già esse erano state investite del contrasto e, quindi, era imminente la

rimozione dello stesso da parte di un giudice terzo, nell'esercizio della specifica funzione istituzionale di garante dell'uniforme interpretazione della legge. Osservano ancora le S.U. che in materia fiscale gli interventi interpretativi sono sempre pro fisco, in quanto dettati da ragioni di cassa e non appaiono ispirati, quindi, alla esigenza di realizzare la certezza del diritto, ma soltanto a garantire gli interessi di una delle parti in causa. Ciò –prosegue la motivazione - non facilita l'istaurarsi di un rapporto di fiducia tra amministrazione e contribuente, basato sul principio della collaborazione e della buona fede, come vorrebbe lo statuto del contribuente (legge n. 212 del 2000, art. 10, comma 1). Nel caso di specie, proseguono le Sezioni Unite, non è facile distinguere l'amministrazione finanziaria, parte in causa, dal legislatore, posto che la norma interpretativa è stata approvata con un decreto-legge del governo, convertito in una legge, la cui approvazione è stata condizionata dal voto di fiducia al governo. Tanto che se fosse stato diverso l'orientamento del Collegio (rispetto alla scelta legislativa), non ci si sarebbe potuto esimere dal valutare la compatibilità della procedura di approvazione del decreto-legge n. 223 del 2006, art. 36, comma 2, con il parametro costituzionale di cui all'art. 111 Cost., che presuppone una posizione di parità delle parti nel processo, posto che, nella specie, l'amministrazione finanziaria ha avuto il privilegio di rivestire il doppio ruolo di parte in causa e di legislatore e che, in questa seconda veste, nel corso del giudizio ha dettato al giudice quale dovesse essere, pro domo sua, la corretta interpretazione della norma *sub iudice*. L'intervento è apparso inopportuno anche perchè la pubblica amministrazione, anche quando è parte in causa, ha sempre l'obbligo di essere e di apparire imparziale, in forza dell'art. 97 Cost..

3.2 Sulla rilevanza della questione nei giudizi in corso.

Tutte le sentenze delle diverse Corti di appello che vengono oggi impugnate davanti alla Corte di cassazione hanno deciso le controversie tra le imprese agricole e l'INPS in base allo *ius superveniens* di cui alla norma di interpretazione autentica (e comunque avente effetto retroattivo) di cui si chiede il rinvio alla Corte costituzionale.

La rilevanza della questione appare evidente dovendo anche la Corte di legittimità necessariamente esaminare ed interpretare la disposizione de qua ai fini della decisione delle diverse cause. E se è vero che, dopo le sentenze n. 14227 del 2000 e n. 19691 del 2003 che avevano accolto la tesi della cumulabilità dei benefici, vi è stata la successiva e già più volte citata sentenza n. 10110 del 2007 (intervenuta però, come detto, dopo la emanazione della disposizione di interpre-

tazione autentica di cui al decreto-legge n. 269 del 2003 e dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 274 del 2006) che ha al contrario accolto la tesi della non cumulabilità, è anche vero che proprio tali contrastanti pronunce dimostrano che sul punto vi era, prima dell'intervento legislativo, un orientamento favorevole alla tesi delle imprese agricole e che la norma di interpretazione ha inevitabilmente condizionato la successiva pronuncia del giudice, come emerge dalla stessa motivazione dell'ultima sentenza citata.

4. In subordine, qualora la Corte di cassazione, rigettando la proposta questione di legittimità, decida di esaminare il merito degli odierni ricorsi, questo Ufficio non può che chiederne il rigetto, sulla base della disposizione di interpretazione autentica di cui all'art. 44 più volte sopra citato.

(Roma, 25 giugno 2008)

Il P.G.
(Ignazio Patrone)

** La Corte di cassazione non ha dato seguito alla prospettata questione per ragioni preliminari connesse a profili di rilevanza nel giudizio a quo: Cass. Sez. lav., 14.8.2008, n. 21692.*

32. Lavoro – Contratti a tempo determinato – Nullità della clausola di apposizione del termine – Conseguenze – *Ius superveniens* – Disciplina, qualificata “transitoria”, di cui al d.l. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008, che prescrive unicamente un indennizzo a carico del datore di lavoro, “con riferimento ai soli giudizi in corso” alla data di entrata in vigore della disposizione – Rilievo principale: inapplicabilità della normativa ai contratti stipulati anteriormente al d.lgs. n. 368/2001 – Rilievo subordinato, nell'ipotesi di applicabilità della nuova disciplina: plurimi profili di illegittimità costituzionale, per violazione dei principi di parità di trattamento di casi identici, di ragionevolezza, di non interferenza del legislatore sui diritti acquisiti e sulla relativa tutela giudiziale in corso – Violazione dei limiti dell'intervento legislativo, alla stregua dei criteri elaborati dalla Corte CEDU in riferimento all'art. 6 della Convenzione, applicabili per il tramite dell'art. 117 Cost. - Inosservanza degli obblighi comunitari imposti dalla direttiva n. 99/70 CE, come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria e dalla sentenza 22 novembre 2005 - C144/04 della Corte di Giustizia UE

(R.G. 6568/05)

IL P.G.

(*Omissis*)

1. L'art. 21 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2008 n. 133 – valutazione di stretta pertinenza dello *jus superveniens*.

Il ricorso si incentra sulla violazione dell'art. 2096 cc, con riferimento al patto di prova annesso al contratto a tempo determinato.

Tuttavia esso investe anche (secondo motivo) la declaratoria di invalidità della clausola per insussistenza delle presupposte necessità aziendali in contratto stipulato in base all'1 comma 2 lett. B) della legge 230/62 con riferimento all'art. 8 comma 1 del CCNL del settore (sostituzione di lavoratore assente dal servizio per malattia).

Esso è da ritenersi infondato per ciò che concerne il primo motivo e inammissibile per il secondo, per le ragioni separatamente esposte.

Si pone di conseguenza la necessità di valutare se al caso di specie debba applicarsi la disciplina prevista dall'art. 21 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2008 n. 133, quanto agli effetti della pronuncia che accerta la nullità del termine apposto al contratto di lavoro.

Il ricorso denuncia profili motivazionali e non di violazione di legge. Esso non impugna specificamente gli effetti dell'invalidità della clausola. Su tale punto tuttavia non può ritenersi formato il giudicato interno: la domanda era infatti volta ad ottenere la declaratoria di nullità della clausola temporale e la conseguente declaratoria di permanenza del rapporto di lavoro cosicché il ricorso del datore di lavoro, investendo la validità della clausola, non può che investire direttamente anche gli effetti della stessa.

Sembrano dunque rispettate le condizioni di stretta pertinenza ai motivi del ricorso, necessarie perché lo *jus superveniens* possa essere ritenuto rilevante.

Questo il testo definitivo del comma 1-*bis* dell'art. 21:

1-*bis*. Dopo l'articolo 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e' inserito il seguente:

«Art. 4-*bis*. (Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine). - 1. Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli ar-

ticoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro e' tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni.».

2. L'art. 4-bis DLgs. N. 368/01 non è norma transitoria né interpretativa.

Va innanzitutto individuata l'esatta natura della disposizione in questione.

Il Legislatore la qualifica come norma transitoria. Tuttavia non è dato individuare rispetto a quale modificazione della disciplina ordinaria del contratto a tempo determinato le previsioni di cui al comma 1bis possano ritenersi strumentali a definire gli aspetti bisognevoli di trattazione differenziata. Solo tale finalizzazione consente di qualificare una norma come transitoria in senso proprio, non essendo sufficiente che essa abbia efficacia limitata nel tempo o nell'ambito di applicazione. Tale chiarimento terminologico è significativo per i profili di legittimità costituzionale che appresso si vedranno e che ad esso si connettono.

La norma in esame infatti interviene esclusivamente sugli effetti della nullità della clausola, escludendo la trasformazione (o meglio la ricognizione) del rapporto in tempo indeterminato e sostituendola con una indennità rapportata alla retribuzione.

L'unico profilo di rilievo generale, introdotto dall'art. 21, è infatti rinvenibile nel primo comma, laddove all'art. 1, comma 1°, del d.lgs. n. 368/01 aggiunge le parole "anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro", così estendendo l'ambito delle esigenze legittimanti l'apposizione del termine; modifica priva di efficacia retroattiva e rispetto alla quale è dunque del tutto irrilevante il profilo transitorio sopra evidenziato.

Per il resto l'art. 21 interviene su aspetti marginali della scadenza del termine e della successione dei contratti (art. 5 del d.lgs. 368/201, come modificato dalla legge 247/07).

Dagli scarni lavori preparatori che hanno portato all'attuale formulazione dell'art. 4-bis del d.lgs. 368/01 sembrerebbe che intenzione del legislatore fosse quella di intervenire sul contenzioso determinato in larga parte sui contratti stipulati sulla base di contrattazione collettiva (soprattutto da parte di Poste Italiane) e dunque in epoca e sulla base di normativa antecedente al decreto legislativo più volte richiamato.

Il decreto legge non conteneva un'analoga disciplina. La Camera, in sede di prima lettura del disegno di legge di conversione, introdusse un comma 1-*bis*, che interveniva con norma di interpretazione, prevedendosi da un lato che le ragioni di carattere tecnico, produttivo etc., legittimanti il contratto a tempo determinato dovessero essere correlate a ragioni oggettive “quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico”; dall'altro, sostituendosi un indennizzo alla “trasformazione” in tempo indeterminato del rapporto di lavoro, quale conseguenza della illegittima apposizione del termine. Si trattava dunque di una radicale modificazione della disciplina del rapporto di lavoro, operante in via ordinaria e avente effetto anche retroattivo, a causa della sua esplicitata natura di norma di interpretazione autentica.

L'emendamento, nonostante la sua formulazione in termini generali, era finalizzato a intervenire sugli effetti che la disciplina precedente aveva determinato in alcune situazioni, tra le quali le Poste. Esso era dunque specificamente finalizzato ad intervenire sulle controversie in corso, come espressamente affermato nel corso del dibattito parlamentare (si è ad esempio detto che le suddette innovazioni “non implicano una revisione del contratto a termine, ma solo una risposta preventiva per evitare che si utilizzi la leva giurisdizionale per trasformare rapporti di lavoro precario in contratti a tempo indeterminato, con effetti dirompenti anche sulla finanza pubblica”).

Gli effetti rilevanti sull'istituto “a regime” e i dubbi di costituzionalità con riferimento agli effetti retroattivi, portarono alla nuova e definitiva formulazione e dunque alla qualificazione della norma come “transitoria”.

Essendo tuttavia stati soppressi, nella redazione definitiva, tutti i profili di reale modificazione dell'istituto e non essendosi in alcun modo intervenuti su quello sanzionatorio, connesso alla illegittima apposizione del termine, solo in maniera del tutto impropria la nuova norma può essere qualificata come transitoria.

La disposizione detta “transitoria” non è peraltro nemmeno interpretativa. Essa infatti non dirime alcun contrasto nell'interpretazione delle norme relative al rapporto di lavoro a tempo determinato, né per la verità sussiste alcun contrasto circa gli effetti della invalidità della clausola; il Legislatore era già intervenuto nel 2007 a ribadire che il contratto di lavoro è di regola a tempo indeterminato (così riconoscendo un risultato giurisprudenziale ormai consolidato, circa l'interpretazione dell'art. 1 del d.lgs. 369/01 e delle ulteriori fonti normative intervenute sulla materia).

Sul punto – e proprio con riferimento alla legittimità di normazione retroattiva – la Corte costituzionale ha di recente ribadito (n. 170/08): La disposizione, come questa Corte ha affermato, è interpretativa qualora, esistendo una oggettiva incertezza del dato normativo (ordinanza n. 400 del 2007) ed un obiettivo dubbio ermeneutico (sentenza n. 29 del 2002), sia diretta a chiarire il contenuto di preesistenti norme, ovvero ad escludere o ad enucleare uno dei significati tra quelli plausibilmente ascrivibili a queste. Tuttavia, il legislatore può emanare norme che precisino il significato di preesistenti disposizioni anche se non siano insorti contrasti giurisprudenziali (sentenza n. 123 del 1988; ordinanza n. 480 del 1992), ma sussista comunque una situazione di incertezza nella loro applicazione (sentenze n. 291 del 2003; n. 374 del 2002; n. 525 del 2000), essendo sufficiente che la scelta imposta rientri tra le possibili varianti di senso del testo interpretato e sia compatibile con la sua formulazione (sentenze n. 409 del 2005; n. 168 del 2004; n. 292 del 2000), fermo restando che non spetta a questa Corte esprimere valutazioni sulla fondatezza delle differenti esegesi (sentenza n. 229 del 1999).

3. Inapplicabilità della disposizione ai fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.lgs n. 368/01

Deve concludersi che l'art. 21 in esame non è né norma transitoria, né interpretativa ma che essa innova con effetto retroattivo e con efficacia limitata ad alcune specifiche situazioni la disciplina degli effetti della illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro.

In particolare, essa è espressamente ed esclusivamente finalizzata a determinare il contenuto delle decisioni giurisdizionali pendenti. Infatti essa si applica ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della stessa.

Per ciò che concerne l'applicazione dell'art. 4-bis del d.lgs. 368/01 al caso in esame *ratione temporis*, va rilevato che il contratto di cui si verte fu stipulato in periodo antecedente dall'entrata in vigore del Decreto Legislativo di attuazione della direttiva CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e quindi sulla base della contrattazione collettiva, ai sensi dell'art. 1 della legge 230/1962.

Per le ragioni che si sono innanzi esposte è possibile che il Legislatore intendesse in concreto intervenire proprio nelle controversie instaurate in conseguenza dell'applicazione della norma innanzi richiamata, nonché dell'art. 23 legge n. 56/87.

Tuttavia il testo che è infine stato approvato non sembra potersi applicare se non ai contratti stipulati in forza del d.lgs. 368/01.

Un argomento testuale è dato dall'inserimento della nuova previsione nel d.lgs. 368/01. Essa dovrebbe di conseguenza ritenersi riferibile esclusivamente alle ipotesi da tale fonte normativa disciplinate. L'argomento è reso più forte dal fatto che la disposizione in esame ha espressamente richiamato le ipotesi di cui agli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs., da un lato dunque ancorando ancora più precisamente a tali specifiche ipotesi la modifica degli effetti sanzionatori delle violazioni, dall'altra escludendo che essa si applichi all'ipotesi di cui all'art. 5 dello stesso decreto legislativo. Inoltre le specifiche previsioni di cui agli artt. 1, 2 e 4 non coincidono con quanto previsto dalla pre-vigente disciplina, cosicché non apparirebbe possibile un'applicazione retroattiva delle stesse, nei termini che si prospetterebbero necessari ai fini di dar senso estensivo alla nuova previsione sanzionatoria.

Tale conclusione è fondata anche dal punto di vista sistematico. Il d.lgs. 368/01 ha abrogato la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, l'articolo 8-*bis* della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, ma preservando gli effetti dei contratti stipulati sulla base della pre-vigente disciplina. In ogni caso, l'effetto abrogativo non avrebbe mai potuto agire retroattivamente, in assenza di specifiche disposizioni in tal senso.

L'art. 11, comma 2°, del d.lgs. 368/01 prevede al contrario che "le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 23 della citata legge n. 56 del 1987 e vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, manterranno, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro". Il successivo comma 3° dispone che i contratti individuali definiti in attuazione della normativa pre-vigente, continuano a dispiegare i loro effetti fino alla scadenza.

Si conclude dunque in via principale per la non applicabilità alla controversia in esame dell'art. 4-*bis* del d.lgs. 368/01, come introdotto dall'art. 21 della legge 133/08.

4. In subordine, contrasto con l'art. 3 della Costituzione....

Non ci si nasconde che è possibile una diversa linea interpretativa, che sia volta a far salvo l'intento del Legislatore, quale esplicitato dai lavori preparatori.

La nuova disciplina del contratto a termine, prevista dal d.lgs. 368/01, ha integralmente sostituito quella pre-vigente, ricostruibile attraverso il coordinamento tra più fonti normative e in particolare – per ciò che qui rileva – dalle leggi 230/62 e 56/87.

Il Legislatore ha dunque ritenuto che il richiamo all'art. 1 del d.lgs. fosse idoneo a disciplinare nel senso voluto gli effetti della invalidità della clausola, giacché in esso si prevede in genere che il rapporto di lavoro sia, di regola, a tempo indeterminato e si disciplinano conseguentemente i presupposti e le condizioni dell'apposizione del termine, con i conseguenti effetti ripristinatori della regola generale.

Tale ricostruzione potrebbe esser fondata sull'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che vede nell'art. 1 della legge 230/62 come una sorta di "legge quadro", nella cui continuità si inseriscono tutti gli interventi normativi successivi, cosicché questi ultimi non abbiano modificato la disciplina generale del contratto a termine, inclusi gli effetti di conversione a carattere sanzionatorio (si veda per tutte S.U. 10348/93)

In via subordinata, per l'ipotesi che la Corte ritenga che debba attribuirsi efficacia alla disciplina definita come transitoria anche antecedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. 368/01, si chiede che sia sollevata eccezione di costituzionalità dell'art. 4-*bis* del d.lgs. appena citato, come introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, della legge 6 agosto 2008 n. 13, di conversione del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112.

In punto di rilevanza va osservato che, sulla base della norma in esame, poiché il presente giudizio era in corso alla data di entrata in vigore della medesima ed è tuttora pendente, la ritenuta illegittimità del contratto a tempo determinato stipulato tra le parti per illegittimità della reiterazione del patto di prova e per difetto di specificazione delle ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine dovrebbe comportare, non già la conseguenza che l'apposizione del termine deve essere considerata priva di effetto ed il contratto deve essere dichiarato sin dall'inizio a tempo indeterminato, con conseguente diritto del lavoratore ad essere riammesso in servizio ed alla corresponsione delle retribuzioni dall'epoca in cui ha posto le proprie energie lavorative a disposizione del datore di lavoro, bensì soltanto il diritto di percepire un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La norma citata contrasta innanzitutto con l'art. 3 della Costituzione.

La disciplina c.d. transitoria opera in realtà ed espressamente per "i soli giudizi in corso". Dalla sua applicazione sono dunque esclusi non solo – come è ovvio – i casi nei quali si sia già formato il giudicato, ma anche casi del tutto analoghi, per i quali il giudizio non si sia ancora instaurato.

Di conseguenza, se il lavoratore debba vedersi riconosciuto il di-

ritto alla permanenza del rapporto di lavoro oppure se debba esser indennizzato con una somma inferiori o pari a sei mensilità, dipende da una circostanza casuale, esterna alla struttura della fattispecie. Due situazioni assolutamente identiche verranno trattate in maniera radicalmente diversa per il solo fatto che in una le parti abbiano fatto ricorso al giudice per vedersi riconosciuto il diritto e nell'altra non lo abbiano fatto (o non lo abbiano ancora fatto); cosicché la domanda giudiziale del giorno successivo all'entrata in vigore della legge comporterà la reintegrazione, mentre quella proposta il giorno prima vedrà frustrato il diritto al lavoro a tempo indeterminato, già perfezionatosi.

Si segnala che tale previsione è idonea a generare situazioni paradossali, che sono indicative dell'arbitrarietà della scelta legislativa; si pensi al caso del giudizio interrotto e non ancora riassunto.

L'efficacia della norma è individuata con un criterio arbitrario, del tutto svincolato da ogni riferimento obiettivo.

La disparità di trattamento emerge non solo con riferimento a situazioni del tutto analoghe dal punto di vista temporale (e cioè situazioni soggettive per le quali un giudizio non sia in corso) ma anche con riferimento a situazioni soggettive anch'esse del tutto analoghe, ma che hanno luogo in momento temporale distinto.

Peraltro essa non si inserisce nel contesto di una generale riforma dell'istituto, cosicché il sacrificio di situazioni pregresse (e dunque di diritti quesiti) possa esser finalizzato al riequilibrio complessivo dei rapporti regolati.

Si sottolinea che il profilo temporale non può avere alcun valore ai fini della valutazione della ragionevolezza dell'intervento del legislatore, in quanto – come si è detto – la disciplina del rapporto di lavoro a termine rimane del tutto invariata, per i profili che qui rilevano.

Non si tratta, dunque, di negare la legittimità in sé di una modifica normativa che intervenga retroattivamente su diritti quesiti. Si tratta invece di sottoporre il sacrificio di quelle situazioni soggettive a un giudizio di ragionevolezza, in applicazione degli orientamenti consolidati della Corte costituzionale sul punto (n. 274/2006).

Si sottolinea che l'esclusione del carattere interpretativo della norma sospetta di illegittimità è rilevante ai fini del giudizio di ragionevolezza (da ultimo Corte cost. n. 170/08 che richiama n. 234 del 2007 e n. 374 del 2002).

Tale giudizio deve esser tanto più stringente, in quanto i diritti sacrificati sono di primario valore costituzionale, riguardando il diritto al lavoro nella sua più fondamentale e radicale accezione.

La disparità di trattamento con altre analoghe situazioni di fatto non trova dunque alcuna giustificazione.

5 ... e con i principi che governano la divisione dei poteri e la tutela giurisdizionale dei diritti.

La lesione dell'art. 3 Costituzione appare ancora più evidente se il parametro della ragionevolezza viene rapportato a un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale della norma.

Essa infatti è espressamente ed esclusivamente mirata a intervenire in procedure giudiziarie in corso e a risolverle in senso sfavorevole a una delle parti; per di più in numerose controversie la parte, pur essendo privata, è concessionaria di servizi e beneficiaria di pubbliche contribuzioni. La risoluzione delle controversie avviene in vantaggio della parte con profili pubblicistici e con pressoché totale sacrificio della parte privata.

Si prospetta dunque la lesione del giusto processo in senso sostanziale, sia in relazione agli artt. 24 comma 1°, 101 e 111, comma 1° e 2° Cost., sia all'art. 117 primo comma, Cost. e, per suo tramite (Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007), all'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Come si è già osservato, non è in discussione il potere del Legislatore di regolare retroattivamente rapporti di natura civilistica, anche travolgendo diritti quesiti. In discussione è l'esercizio di quel potere, con riferimento ai parametri individuati dalla Corte costituzionale e – anche attraverso questa – dalla giurisprudenza europea in attuazione dei principi della CEDU, recentemente richiamati anche dalla Suprema Corte con l'ordinanza Sez. Lav. n. 22260/08.

Si richiama qui il noto e costante orientamento della Corte costituzionale che, nel riaffermare l'inesistenza di un vincolo al Legislatore per la disciplina retroattiva, tale da incidere anche sull'esercizio della giurisdizione, ha però posto il chiaro limite che Egli agisca sul piano astratto delle fonti normative, determinando una indiretta incidenza generale su tutti i giudizi, presenti o futuri, senza far venir meno la *potestas iudicandi*, bensì semplicemente ridefinendo il modello di decisione cui l'esercizio di detta potestà deve attenersi.

E' poi utile osservare che anche la giurisprudenza della S.C. più attenta a preservare i poteri del legislatore di regolamentare le situazioni pregresse, così come peraltro ribadito anche dalla Corte costituzionale, ha comunque indicato con chiarezza le differenze tra norma interpretativa e norma che regola *ex novo* la materia, nonché le

condizioni e i presupposti di un intervento legislativo di interpretazione autentica.

Per di più nel caso di specie non si pone neppure il tema dei limiti della normazione interpretativa.

A seguito del percorso parlamentare che si è sinteticamente descritto, infatti, è stata eliminata ogni ambiguità sul carattere non interpretativo ma innovativo della norma c.d. transitoria, come innanzi s'è detto.

Sul punto vanno richiamati i principi affermati nella sentenza n. 677/2008:

L'indagine deve muovere dall'osservazione che nella cit. sentenza la Corte europea ha anzitutto ribadito come in materia civile il legislatore, in linea generale, non incontri alcun divieto di disciplina retroattiva dei diritti anteriormente attribuiti. Tale principio soffre tuttavia una restrizione fondamentale nel senso che esso non consente al legislatore di esercitare un'ingerenza normativa finalizzata ad ottenere una determinata soluzione delle controversie in corso (come del resto ritiene anche la giurisprudenza italiana, costituzionale ed ordinaria). A sua volta tale restrizione non è priva di limiti, poiché essa non opera quando l'intervento retroattivo sia giustificato da motivi imperiosi di carattere generale.

Ciò posto in termini generali, secondo la sentenza citata (che riprende e si fonda sulla giurisprudenza della Corte Europea e della Corte costituzionale) il bilanciamento tra i due principi in tensione (ingerenza finalizzata a influire sulla decisione della controversia e sussistenza di imperiose necessità in tal senso) può esser operato sulla base di una serie di indici, non necessariamente tutti concorrenti.

Tali indici, privati dei riferimenti agli aspetti relativi ai limiti dell'interpretazione autentica, possono così esser sintetizzati:

- La disposizione nazionale non può esser esclusivamente diretta ad influire sulla soluzione delle controversie in corso.
 - Dalla disposizione non può derivare una sostanziale diminuzione di una situazione patrimoniale già acquisita
 - Dalla disposizione non derivi solo la vanificazione della situazione soggettiva già sorta, ma vi sia una rimodulazione del diritto.
 - Devono sussistere apprezzabili esigenze generali, come l'armonizzazione di situazioni bisognose di regole unitarie, l'applicazione del principio di parità di trattamento di situazioni analoghe
 - La rilevanza quantitativa delle controversie e dunque la qualificabilità dell'interesse generale ad esse sotteso come "imperioso"
- Nel caso di specie nessuno dei parametri sembra integrato.

Non quello dell'interesse generale all'intervento normativo. Non risulta infatti che vi sia una situazione di fatto particolarmente rilevante circa l'applicazione dell'istituto. Tale non sembra poter essere quella richiamata nei lavori parlamentari (e oggetto del presente giudizio) giacché essa non involge questioni di carattere generale, al di là del supposto ma imprecisato numero delle controversie, ma solo il governo che un singolo ente (Poste Italiane) ha di esso fatto nell'applicazione della contrattazione collettiva.

L'art. 21 è poi esclusivamente ed esplicitamente finalizzato a determinare una specifica soluzione delle controversie giudiziarie pendenti.

Essa comporta il totale sacrificio di una situazione soggettiva quesita. L'invalidità della clausola temporale apposta ha determinato la costituzione nella sfera del lavoratore del diritto a vedersi riconosciuta non già la trasformazione del rapporto, come pure impropriamente si afferma, ma la sua natura a tempo indeterminato sin dalla sua costituzione.

Rispetto a tale diritto riconosciuto come fondante lo stesso patto costituzionale, all'art. 1 della Carta, la compensazione individuata nell'attribuzione di un'indennità quale essa sia (e nel caso di specie di poche mensilità) non ha alcuna reale efficacia riparatoria e si risolve in una radicale negazione del diritto stesso.

Si è già osservato che l'intervento normativo non è finalizzato a rimodulare il diritto cui si impone un sacrificio, nel contesto di una diversa disciplina della materia. Esso si limita a intervenire su controversie in atto, mentre la disciplina ordinaria rimane invariata, almeno per i profili interessati dalla norma "transitoria".

Si osserva che i principi più volte riaffermati dalla Corte Europea (da ultimo in *Bortesi ed altri c. Italia*, 10 giugno 2008 ric. N. 71399/01 e *Scm Scanner c. Francia*, 21 giugno 2007 ric. n. 12106/03), pur affermati in casi in cui lo Stato era parte, ove più rilevante è la violazione del principio di parità delle armi (Cass. S.U. n. 25505/06), non sono limitabili a tale sola ipotesi, per la loro valenza generale. Naturalmente diversa dovrà essere la valutazione tanto dell'imperiosità dei motivi generali legittimanti l'intervento normativo, quanto le modalità di bilanciamento degli interessi contrapposti, a seconda della qualità delle parti coinvolte; di tale valutazione s'è dato conto innanzi.

Comunque, nel caso di specie ricorrente è Poste Italiane s.p.a., soggetto privato, ma a capitale pubblico e gerente un servizio di pubblica utilità.

Tale natura di Poste Italiane Spa è stata ancora di recente ribadita.

ta dalla Suprema Corte: con la sentenza n. 5441/06 si è infatti affermato che “in difetto di una privatizzazione sostanziale, il regime giuridico di un tale tipo di società per azioni, assoggettate ad un “diritto speciale” in ragione della partecipazione dello Stato al capitale azionario e del perseguimento di finalità di interesse pubblico, non è diverso da quello cui era sottoposto il medesimo soggetto quando aveva la veste giuridica di ente pubblico economico (in questo senso si vada Cass. n. 3923 del 2001)”.

Difettano le imperiose esigenze generali, utili a travolgere le situazioni soggettive acquisite.

In conclusione, l'art. 21 introduce sì alcune modifiche alla disciplina ordinaria del contratto a tempo determinato, ma senza influire in alcun modo sui profili oggetto di disciplina transitoria. Anzi, il naturale effetto della invalidità della clausola di limitazione del carattere di regola indeterminato del rapporto di lavoro viene confermata, anche per le violazioni richiamate nel secondo comma dell'art. 21.

E' dunque assente ogni carattere di sistematicità, che possa far ritenere la disciplina transitoria come finalizzata a realizzare anche uno solo degli obiettivi sopra indicati. Dell'assenza di tale finalizzazione – diversa dall'intervento sui giudizi pendenti – è indice anche il profilo principale di illegittimità, quello della irragionevole disparità di trattamento, che diviene così uno dei parametri valutativi della sussistenza anche del profilo qui discusso.

6. Violazione del principio di non regresso e dunque dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

Dalla ricostruzione sin qui operata emerge un terzo profilo di censura dell'art. 21 in esame per violazione dell'art. 117 primo comma, Cost. per inosservanza degli obblighi comunitari imposti dalla direttiva n. 99/70 CE, come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria e in particolare dalla sentenza 22 novembre 2005 C-144/04 della Corte di Giustizia (v. anche Corte cost. n. 44/08).

L'art. 4-bis del d.lgs. 368/01 modifica in senso nettamente peggiorativo la disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato, cosicché il recepimento della direttiva avviene con sacrificio delle tutele pre-esistenti e dunque in violazione della clausola 8.3.

Il fatto che ciò avvenga con efficacia distinta (a nostro parere discriminatoria), a seconda che si sia fatto o meno ricorso al giudice, non incide in nulla sulla valutazione della riduzione del livello di tutela offerto ai lavoratori. Va infine ricordato che la nuova disciplina non ha motivazioni di carattere generale diverse da quelle strettamente

correlate al recepimento della direttiva e cioè alla generale disciplina tutoria del rapporto a termine (secondo i principi affermati dalla Corte di Giustizia della Comunità Europee con la sentenza 22.11.2005, Mangold, caso n. 144/04 punti 51 e 52); le modeste modifiche “a regime” vanno comunque ad incidere sul complesso della normativa di recepimento della direttiva, a nulla rilevando che quella specificamente oggetto di possibile censura costituzionale abbia un motivo di per sé esterno a tale adempimento comunitario.

(Roma, 8 ottobre 2008)

Il P.G.
(Giovanni Salvi)

** La decisione della Corte sulla questione non è ancora pubblicata. Peraltro, con sentenza n. 21692/2008, la Corte, sulla stessa linea di quanto sostenuto nel paragrafo 3 della requisitoria, ha reputato applicabile la nuova disciplina solo in riferimento a contratti insorti prima del D.Lgs. n. 368/2001. La questione di costituzionalità è stata poi rimessa al giudice delle leggi da giudici di merito in giudizi nei quali la questione assumeva rilevanza temporale.*

4. Diritto e processo del lavoro

33. Lavoro – Subordinazione – Caratteri distintivi – Criterio della tipicità sociale – Attività classificabile tipicamente da commessa di negozio – Subordinazione – Sussistenza – Diversa configurazione contrattuale – Irrilevanza

(R.G. 26090/2005)

IL P.G.

osserva:

il ricorso è manifestamente infondato.

Sono infatti palesemente insussistenti le carenze di motivazione denunciate dalla ricorrente. La descrizione della posizione lavorativa ricoperta dalla ricorrente, delle mansioni da essa svolte e delle modalità della prestazione, quali da essa dichiarate e integralmente riportate nello stesso ricorso rendono non seriamente contestabile che si è trattato di un normale lavoro di commessa di negozio, con orario determinato e retribuzione fissa, la cui natura subordinata corrisponde al criterio della tipicità sociale e non può essere contestata sulla base di considerazioni formali e frazionate degli elementi concettuali che

compongono la nozione di subordinazione. Del tutto evidente il carattere fittizio della qualificazione del rapporto come associazione in partecipazione.

P.Q.M.

chiede che la Corte di Cassazione voglia, provvedendo in camera di consiglio, rigettare il ricorso per manifesta infondatezza.

(Roma, 23 luglio 2008)

Il P.G.

(Marco Pivetti)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

34. Previdenza e assistenza – Assicurazione contro gli infortuni INAIL – Infortunio *in itinere* – Tasso specifico aziendale – Nozione

(RG 25005/05)

IL P.G.

osserva:

La ricorrente lamenta che l'INAIL abbia computato, ai fini della determinazione del tasso specifico aziendale, gli oneri derivati all'istituto a seguito di un infortunio occorso ad un lavoratore in itinere e per il quale l'Istituto stesso aveva transatto la controversia con il terzo responsabile riducendo così la misura della rivalsa stessa.

- il ricorso è infondato. Le censure in esso esposte pongono effettivamente in luce profili della disciplina in esame che effettivamente si pongono in non precisa coerenza con la ratio del sistema. Ma i relativi problemi sono stati già risolti dalla cassazione.

E' opportuni ricordare che il contributo Inail contributo è determinato dal tasso medio nazionale, mentre il tasso specifico aziendale serve esclusivamente per apportare al tasso medio alcune variazioni marginali che sono dirette a premiare le aziende meno sinistrogene e a sanzionare quelle più sinistrogene della media (nella determinazione del tasso specifico aziendale, così come per il tasso medio nazionale, concorrono tre voci: la prima, denominata tasso puro di tariffa e definita come relativa agli oneri diretti relativi ai casi definiti del triennio di riferimento; la seconda definita come riserva sinistri; la terza denominata caricamento e definita come relativa agli oneri indiretti; è evidente che la sinistrosità specifica aziendale influisce sulla prima di tali tre voci).

La determinazione del tasso specifico serve esclusivamente per individuare quali imprese presentano un andamento infortunistico migliore della media e quali aziende presentano un andamento infortunistico peggiore della media per applicare alle prime un'aliquota contributiva inferiore e alle seconde un'aliquota contributiva maggiore. (al riguardo, l'affermazione delle SU n. 7853 del 2001, secondo cui il tasso specifico aziendale è stato previsto dal D.M. 18 giugno 1988 con riferimento non all'andamento infortunistico della singola azienda, bensì al rapporto tra l'andamento infortunistico in ciascuna categoria di lavorazione ed il numero di lavoratori assicurati nelle singole imprese non corrisponde alla precisa formulazione della normativa. Stabilisce infatti l'articolo 19 del DM che "trascorsi i primi due anni dalla data di inizio dell'attività, il tasso medio di tariffa e', ogni anno, suscettibile di una oscillazione in riduzione o in aumento in relazione all'andamento degli infortuni e delle malattie professionali dell'azienda quale risulta dal tasso specifico aziendale determinato ai sensi del successivo art. 20)

Dagli artt. 19 e 20 del dm del 1988 – si ricava che il tasso specifico aziendale deve essere rappresentativo dell'andamento degli infortuni nell'azienda - in termini di peso finanziario degli infortuni stessi - in paragone all'andamento medio degli infortuni nel settore. E quindi il tasso specifico aziendale -stabilisce l'art. 20 del dm del 1988 - è quello dato dal rapporto tra oneri e retribuzioni riscontrabile nell'azienda.

Data la funzione incentivante e disincentivante del tasso specifico aziendale potrebbe essere ragionevole che nella determinazione di esso non venissero computati gli infortuni che, quali quelli in itinere, non sono in alcun modo collegati all'organizzazione aziendale, al modo di essere del lavoro e dell'ambiente o delle modalità in cui esso si svolge o dei contenuti che esso assume.

Se la ratio della norma potrebbe favorire una simile interpretazione, la lettera di essa non la consente e, d'altro canto, sul piano del criterio funzionale, deve essere considerato che un siffatto discrimine tra infortuni indennizzabile e computabili e infortuni indennizzabili ma non computabili può ragionevolmente essere apparso quale antieconomico fattore di complicazione della gestione dell'assicurazione.

La Cassazione, con sentenza n. 11792 del 06/08/2002, e con altre successive, ha al riguardo stabilito che la riconducibilità dell'infortunio in itinere nell'ambito del rischio professionale e dell'assicurazione obbligatoria comporta per il datore di lavoro, in ragione della natura essenzialmente assicurativa della tutela previdenziale antinfortunistica, l'assunzione di tutte le conseguenze contributive de-

rivanti dalla verifica di quell'evento dannoso e, in particolare, la rilevanza anche di tale infortunio agli effetti del tasso specifico aziendale, che determina - in relazione all'andamento infortunistico aziendale e per le singole lavorazioni assicurate - oscillazioni del (*rectius*, rispetto al) tasso medio nazionale dei premi di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nel settore industriale. Poiché, infatti, la tariffa dei premi, approvata con decreto ministeriale, determina il tasso medio nazionale per ciascuna lavorazione e il tasso specifico aziendale, in relazione all'andamento, parimenti aziendale, di infortuni e malattie professionali, quale risulta dal rapporto tra oneri e retribuzioni, e poiché gli oneri considerati a tal fine sono, fra l'altro, quelli finanziari relativi agli infortuni e alle malattie professionali del periodo di osservazione, fra questi devono essere compresi anche gli oneri relativi alle prestazioni erogate per infortunio "in itinere", in quanto indennizzato dall'INAIL al pari di qualsiasi infortunio sul lavoro a prescindere dalla colpa del datore di lavoro, non avendo questa alcun rilievo ai fini della indennizzabilità dell'infortunio stesso e, quindi, degli oneri considerati dalla Tariffa.

Il secondo profilo di censura fatto valere dalla società ricorrente è parimenti infondato. Il fatto che l'INAIL abbia transatto la propria pretesa di rivalsa nei confronti del terzo responsabile potrebbe legittimare la richiesta di non computare ai fini della determinazione del t.s.a. il residuo onere economico dell'infortunio - e cioè la parte di esso per la quale l'Inail ha rinunciato a rivalersi sul terzo - solo se tale transazione sia imputabile a *mala gestio* della lite. Un accenno a questa impostazione è presente nel ricorso, che peraltro poi non specifica di aver dedotto nel giudizio di merito elementi idonei a configurare e a far valere la *mala gestio*. La deduzione secondo cui la transazione, per essere opponibile alla società avrebbe dovuto essere comunicata preventivamente alla stessa e da essa accettata è manifestamente infondata.

P.Q.M.

chiede che la Corte di Cassazione voglia, provvedendo in camera di consiglio, rigettare il ricorso.

(Roma 29 febbraio 2008)

Il P.G.

(Marco Pivetti)

* *La conclusione è conforme alla decisione della Corte di cassazione: Cass., sez. lav. 22.10.2008, n. 25567.*

35. Previdenza – Controversia tra lavoratore o pensionato e datore di lavoro, originata dalla violazione degli obblighi contributivi da parte del datore – Criterio di individuazione della competenza territoriale – Prospettato riferimento alla disposizione dell’art. 444, terzo comma, c.p.c. (luogo dell’ufficio dell’ente previdenziale) – Ricognizione dell’ambito di applicazione della stessa norma in base al diritto vivente – Affermazione della possibilità di “accentramento” presso un unico ufficio indipendente rispetto al luogo della prestazione – Validità di tale indirizzo nel quadro delle controversie tra datore ed enti previdenziali – Conseguenze dell’applicazione di analogo criterio nelle controversie tra lavoratore e datore – Irrazionalità e profili di incostituzionalità, alla stregua della decisione interpretativa di rigetto di cui a Corte cost. n. 477/1991 – Obbligo di interpretazione conforme a Costituzione – Carattere eccezionale della norma – Derivata necessità di delimitare l’applicazione della norma alle sole controversie tra ente previdenziale e datore – Necessaria conseguente applicazione alla fattispecie della regola generale dell’art. 444, primo comma, c.p.c.

(R.G. 18364/2007)

IL P.G.

Visto il ricorso per regolamento di competenza proposto da A.M.A.A. avverso la sentenza del Tribunale di Potenza in funzione di giudice del lavoro, n. 599/2007, dichiarativa della propria incompetenza territoriale (in favore della competenza del Tribunale di Torino); letti gli atti, osserva:

- il regolamento è ammissibile, sotto il profilo della necessaria formulazione del quesito di diritto a norma dell’art. 366-*bis* c.p.c., applicabile all’istituto (Cass. n. 4064/2007; n. 4071/2007; n. 6278/2007; n. 11790/2007; n. 15584/2007);
- con il quesito, articolato in due sotto-quesiti ma essenzialmente unitario nella sua struttura, la parte ricorrente chiede alla Corte regolatrice una pronuncia che affermi la competenza del Tribunale di Potenza, originariamente adito dalla stessa parte; si sostiene l’applicabilità della regola generale di individuazione della competenza nelle controversie in materia previdenziale e assistenziale posta dall’art. 444, primo comma, c.p.c. (giudice del lavoro nella cui circoscrizione risiede l’attore: Potenza), in luogo di quella speciale posta dallo stesso art. 444 nel comma 3 (giudice del lavoro del luogo in cui ha sede l’ufficio dell’ente [previdenziale]), vicever-

sa applicata dal Tribunale e che ha portato all'individuazione del giudice competente nel Tribunale di Torino;

- questa prospettazione si fonda a sua volta sulle caratteristiche della controversia, che vede in causa come parti del giudizio solo il datore di lavoro (S. Paolo IMI incorporante il Banco di Napoli originario datore), quale convenuto, e quale attrice la ex dipendente dell'istituto bancario, oggi ricorrente, in relazione a una pretesa sostanziale di quest'ultima rivolta a ottenere una pronuncia (a) di accertamento della esatta determinazione degli importi retributivi spettanti (art. 7 d.lgs. n. 184/1997) e dei conseguenti contributi volontari ("figurativi"), correlati all'esodo anticipato e alle prestazioni di "accompagnamento" alla maturazione del trattamento pensionistico di anzianità attraverso il ricorso al Fondo di solidarietà per i dipendenti del settore credito, istituito presso l'INPS con il D.M. 28.4.2000, n. 158, nonché (b) di condanna della banca (ex) datrice di lavoro (e a favore dell'INPS) al pagamento dei contributi, per come dovuti in base alla previa determinazione di cui al punto che precede, in svolgimento di un apposito accordo 1.3.2002 stipulato tra la stessa banca e le organizzazioni sindacali dei dipendenti;
- la tesi sostenuta nel mezzo di impugnazione è che non possa farsi ricorso al criterio specifico di competenza del terzo comma dell'art. 444 c.p.c., che attiene alle cause "relative agli obblighi dei datori di lavoro" nella materia previdenziale e assistenziale, poiché tale norma, nell'assunto, potrebbe trovare applicazione solo in quanto la controversia intercorra (su quello stesso oggetto, ma) tra datore e istituto previdenziale; fuori di questa ipotesi, riprenderebbe pieno vigore il criterio generale del primo comma, cioè il foro della residenza del lavoratore (o pensionato);
- questa tesi, a sua volta, è sorretta essenzialmente da un duplice ordine di considerazioni: (a) uno di carattere generale, che può sintetizzarsi nel criterio di favor per il lavoratore che è sotteso alla intera disciplina della competenza nella materia del lavoro e della previdenza/assistenza, e che dovrebbe condurre a una applicazione il più possibile restrittiva della disposizione di specie che il giudice ha reputato regolare il caso; (b) uno di carattere specifico, che fa leva su alcune recenti pronunce della Corte di legittimità con le quali è stata esclusa l'applicazione del criterio dell'"ufficio dell'ente" (terzo comma), e alle quali dovrebbe perciò darsi continuità anche nella fattispecie, per assimilabilità o analogia delle fattispecie;
- l'argomento da ultimo richiamato, nei termini in cui esso è posto,

non può essere seguito: le decisioni della S.C. che sono più volte menzionate e valorizzate nel ricorso (Cass. nn. 2240/1984; 1941/2000; 11646/2004; 21317/2004) attengono tutte a ipotesi di controversie introdotte da (o contro) lavoratori autonomi o parasubordinati contro (o da) istituti previdenziali, in relazione a prestazioni da questi ultimi dovute, e il principio che è affermato in queste decisioni è che il lavoratore autonomo o parasubordinato non può assimilarsi, ai fini e per gli effetti della determinazione della competenza ex art. 444 c.p.c., al datore di lavoro che il terzo comma dello stesso art. 444 considera soggetto passivo degli obblighi previdenziali;

- questa giurisprudenza, che può dirsi oramai ferma e consolidata (alle decisioni menzionate in ricorso *adde* infatti Cass. nn. 15644/2001; 10326/2002; 12380/2003; 18357/2003; 16490/2004; 17786/2004; 20829/2004; 616/2005; 13594/2006; 9113/2007; superandosi così un diverso anteriore indirizzo, espresso da Cass. nn. 5552/1993; 8770/1991; 1361/1990), esclude che il lavoratore autonomo possa assimilarsi al datore, in base a tre ordini di ragioni: (a) sia per il carattere del terzo comma dell'art. 444 c.p.c., che è norma di eccezione alla regola generale posta dal primo comma, e perciò è insuscettibile di applicazione estensiva o analogica; (b) sia perché nei riguardi delle categorie autonome o parasubordinate non è neppure predicabile la ratio del citato terzo comma, da sempre individuata nella esigenza di "favorire" l'ente previdenziale, secondo un parametro tendenziale di "prossimità" del processo al luogo di documentazione e di gestione del rapporto previdenziale; (c) sia infine perché la diversa tesi, che pretenderebbe di accomunare datori e lavoratori, costituirebbe una impropria e ingiustificata parità di trattamento di situazioni del tutto diverse e che come tali richiedono trattamento differenziato (cfr. *amplius* Cass. n. 21317/2004 cit., in motivazione);
- il richiamo all'anzidetta giurisprudenza, dunque, risulta inidoneo alla soluzione dello specifico quesito; da essa non può trarsi se non l'affermazione di ordine generale della configurazione del rapporto tra primo e terzo comma dell'art. 444 c.p.c. come rapporto da regola a eccezione, e dunque l'esigenza di una lettura restrittiva della seconda; ma in nulla incide nel senso di una pretesa analogia di situazioni o di un criterio valido a regolare la vicenda in esame, che è evidentemente tutt'altra, in cui in giudizio stanno simultaneamente (ex) datore e (ex) lavoratore in relazione a obblighi contributivi attinenti alla materia previdenziale;

- il rigetto del nucleo centrale dell'argomentazione quale sopra esposto non comporta ex se il rigetto del ricorso per regolamento di competenza, giacché deve considerarsi l'enunciato residuo e più generale del mezzo (come si è detto sopra: il favor per la parte "debole" del rapporto) – ciò alla stregua del carattere funzionale e inderogabile della competenza di cui si tratta (Cass. n. 20079/2006), che esige verifica d'ufficio anche indipendentemente dalle allegazioni e deduzioni delle parti (Cass. n. 1494/2000), nonché in relazione al carattere del regolamento di competenza, che abilita la Corte alla più ampia cognizione del fatto e all'esaurimento di ogni potenziale questione sulla competenza;
- per questo più ampio profilo, valgono, ad avviso dell'ufficio, le considerazioni che si espongono di seguito:
 - 1) la formulazione letterale dell'intero art. 444 c.p.c. è, per opinione generale, imprecisa e incompleta: vale in tal senso il richiamo alla lettura "correttiva" del primo comma, che, ancorché testualmente riferito al criterio di competenza secondo il luogo di residenza dell'"attore", è costantemente interpretato dal diritto vivente nel senso che esso deve riferirsi al luogo di residenza del beneficiario della prestazione (il lavoratore), indipendentemente dal fatto che egli assuma la veste di attore o di convenuto nel processo (Cass. n. 1941/2000, tra tante), e ciò perché tale norma, che ha fatto improprio riferimento alla casistica più frequente nella prassi (in cui è il lavoratore ad agire in giudizio), rinviene il proprio fondamento nell'intento di tutelare l'interesse del lavoratore rispetto a quello dell'ente, agevolando il primo (ma contestualmente assegnando rilievo anche alle esigenze dell'ente, con la individuazione del giudice del capoluogo della circoscrizione; Cass. cit.);
 - 2) parimenti, non è esente da incertezze testuali e applicative neppure la formulazione letterale del terzo comma, come dimostrano sia il contenzioso in ordine alla possibilità di fare riferimento al criterio dell'"ufficio dell'ente" anche per i lavoratori autonomi, di cui si è detto sopra, sia la proposizione di dubbi di costituzionalità sulla intera struttura della norma: dubbi finora dissipati dalla Corte costituzionale, con la sentenza interpretativa di rigetto n. 477/1991, che ha dichiarato infondata la questione, sentenza che assume qui specifico rilievo (v. infra);
 - 3) nella formulazione letterale, dunque, può rilevarsi in prima approssimazione che la specifica e peculiare ipotesi che ora viene all'esame della Corte, cioè quella del lavoratore-attore che conviene in giudizio il datore, per far valere obblighi di quest'ultimo, a pro-

prio favore, ma direttamente rivolti a un soggetto terzo (l'istituto previdenziale) che però non è presente nel giudizio, non è regolata esplicitamente dal testo legislativo: perché partecipa sia della regola di genere (controversia azionata dal lavoratore, in "materia previdenziale" ex art. 442 c.p.c.) e sia di quella di specie (controversia relativa agli "obblighi del datore di lavoro");

- 4) il giudice di merito ha reputato decisiva la classificazione della controversia secondo il suo oggetto, in quanto concernente un "obbligo del datore di lavoro", che, secondo l'enunciato della sentenza, è la corretta quantificazione delle prestazioni a carico del Fondo di solidarietà e la contribuzione che il datore di lavoro è tenuto a finanziare, secondo le previsioni dell'art. 6 del D.M. n. 158/2000; ha ritenuto viceversa irrilevante la mancata partecipazione al giudizio dell'istituto, osservando che l'individuazione del giudice prevista dal terzo comma, cioè il tribunale del "luogo in cui ha sede l'ufficio dell'ente", non è preclusa dalla assenza dell'ente medesimo in giudizio, poiché il criterio di localizzazione sarebbe comunque suscettibile di applicazione, alla luce della giurisprudenza che correla l'ufficio in discorso alla sede dell'impresa (pag. 7 sentenza);
- 5) la suesposta proposizione, che testualmente sembra guardare solo all'assetto aziendale, va precisata: è giurisprudenza consolidata che per "sede dell'ufficio dell'ente" si deve intendere l'ufficio territoriale competente a occuparsi delle posizioni contributive, secondo le filiali o le dipendenze del datore di lavoro da cui dipendono i lavoratori assistiti (così già Cass. n. 503/1979; Cass. nn. 2862/1987, 7560/1987), cioè quell'ufficio che riceve i contributi dei lavoratori, istruisce le pratiche relative e i ricorsi amministrativi; ufficio che – non sempre né necessariamente coincidente con la sede centrale dell'ente previdenziale: Cass. n. 6233/1984 – sia investito del potere di pretendere i contributi e riceverne anche giudizialmente il pagamento o restituirne l'eccedenza, per legge o per statuto; in breve, l'ufficio con rappresentanza esterna che ha la gestione del rapporto previdenziale in correlazione con la sede o la dipendenza dell'impresa (Cass. n. 1245/1998, n. 3366/2001, n. 10329/2002);
- 6) è del resto sulla premessa di questo indirizzo, che tendenzialmente esprime favore per la contiguità della lite con la gestione previdenziale rispetto alla posizione del datore assoggettato agli obblighi contributivi, che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 477/1991, ha respinto i dubbi di costituzionalità ex artt. 3, 24 e 25 Cost., incentrati sulla iper-tutela della posizione dell'ente previ-

denziale rispetto alla controparte: il parametro di collegamento spaziale sotteso alla locuzione legislativa di sintesi “ufficio dell’ente” sta a significare, nella argomentazione della Corte, il raggiungimento di questo punto di equilibrio tra articolazione e decentramento dell’ente, che naturalmente è libero di strutturarsi secondo le più varie modalità, e sede aziendale, che non è quella legale ma è quella dell’impresa in concreto o della dipendenza titolare dei rapporti assicurativi dei quali si controverte; un equilibrio che non può alterarsi in forza di determinazioni unilaterali (per usare le parole della sentenza: rimanendo “ininfluenti eventuali provvedimenti derogatori con cui si attribuiscono questi rapporti a uffici aventi competenza territoriale su ambiti non ricomprensenti la sede dell’impresa”, secondo la precisazione in parte motivata), poiché altrimenti – se l’attribuzione della gestione dei rapporti fosse alterata ad libitum secondo scelte tali da spezzare quella correlazione – i dubbi di costituzionalità, allora rigettati in forza della interpretazione adeguatrice, tornerebbero a profilarsi (v. l’ultimo paragrafo della sentenza);

- 7) gli indirizzi della giurisprudenza di legittimità non appaiono, contrariamente a quanto si deduce dalla banca controricorrente, del tutto univoci; se infatti la sentenza n. 503 del 1979 riconduce al criterio del terzo comma dell’art. 444 una controversia promossa da lavoratori per il versamento di contributi dovuti dal datore, ma in contraddittorio con l’INPS (elemento che qui non sussiste), e se la sentenza n. 2474/1980 perviene ad analoga conclusione in controversia proposta da lavoratori contro il datore di lavoro ed in contraddittorio con l’INPS per l’accertamento del diritto allo sgravio di contributi previdenziali concesso alle aziende operanti nel meridione dalla legge n. 1089/1968, e se ancora la sentenza n. 9050/1993 sembra enunciare la possibilità di una interpretazione comunque estensiva della disposizione in parola, per farvi rientrare “tutti i giudizi aventi per oggetto sia gli obblighi gravanti sui datori sia i diritti dagli stessi vantati in materia previdenziale” – tuttavia contestualmente sterilizzando la portata ampia di tale enunciato con la precisazione che deve trattarsi pur sempre di controversie tra un soggetto tenuto al versamento e un ente previdenziale, ipotesi differente da quella che ne occupa – non mancano indicazioni più recenti di segno esplicitamente contrastante: in particolare, nella sentenza n. 4541/1996, la S.C., in controversia per la restituzione di contributi versati in eccedenza azionata dall’interessato, ha stabilito che “per l’applicabilità del terzo comma

dell'art. 444 c.p.c. indispensabile presupposto è che la controversia, essendo relativa a un rapporto assicurativo previdenziale, riguardi l'accertamento dell'esistenza e dell'ammontare dell'obbligazione contributiva e che si svolga – non importa se ad iniziativa dell'una o dell'altra parte – fra l'ente pubblico e il datore di lavoro”, e ciò in relazione alla sua ratio, che è quella di favorire l'ente creditore e indirettamente il lavoratore assicurato quale soggetto beneficiario”, per concludere che in quel caso non poteva farsi applicazione dell'art. 444, terzo comma, perché la causa atteneva a una pretesa dell'assicurato e non a quella di un datore di lavoro (v. sent. cit. in motivazione); mentre a sua volta la possibilità di lettura “estensiva” del terzo comma è contraddetta, come si è visto sopra, dalla condivisibile lettura stretta della norma di eccezione rispetto alla regola;

- 8) nell'esposto quadro, che non delinea una soluzione univoca, ad avviso dell'ufficio sono le indicazioni della più sopra citata sentenza costituzionale a risultare decisive per la definizione del presente ricorso; si deve infatti collocare ogni soluzione interpretativa nel quadro del diritto vivente e delle connessioni sistematiche che la norma via via riceve dall'evoluzione giurisprudenziale; in questo senso, appare di specifico rilievo la giurisprudenza che, dalla metà degli anni '90 in poi, ed innovando un precedente e opposto indirizzo (espresso ad es. da Cass. n. 2862/1987, n. 6327/1995), ammette la rilevanza della “centralizzazione” delle posizioni contributive operata dai datori di lavoro per esigenze di organizzazione anche agli effetti della determinazione della competenza (Cass. n. 8108/1998, n. 7108/2000, n. 3366/2001, n. 3303/2002, n. 11127/2002), purché tempestivamente dedotta in giudizio (Cass. n. 8171/2006). In ragione di questo indirizzo, quindi, la competenza ex art. 444, terzo comma, c.p.c., si radica in riferimento non più a quell'“equilibrio” predefinito in via legislativa tra luogo di gestione secondo l'organizzazione dell'ente e concretezza della realtà di impresa o dipendenza in cui si svolge la prestazione che è a monte degli obblighi previdenziali, bensì valorizzando un criterio di organizzazione aziendale di accentramento della gestione in unica sede (senza un necessario collegamento né con la sede principale né con altre ragioni), optato dall'impresa e autorizzato dall'istituto previdenziale: una opzione alla quale l'interessato – fruitore ultimo delle prestazioni – resta ovviamente estraneo e che delinea, al di là delle eventuali preclusioni processuali, una predefinita da parte del datore della regola di competenza, previa-

mente assentita – con l’atto di autorizzazione – dall’ente di previdenza, al quale a sua volta questa riunificazione in unica sede può risultare più agevole;

- 9) preso atto della anzidetta giurisprudenza, che attiene al contenzioso per così dire più consueto tra i due soggetti “forti” (datore/ente) in materia di obblighi contributivi, e che generalmente concerne giudizi di applicazione di sanzioni amministrative, ne deriva però, per quanto ora rileva, la potenziale alterazione del quadro di diritto vivente che giustificava la terminativa di rigetto (interpretativo) di cui a Corte cost. n. 477/1991: se si adottasse il criterio di selezione territoriale del terzo comma dell’art. 444 anche nelle controversie che intercorrono tra (ex) lavoratore e (ex) datore, l’individuazione della competenza, in una controversia cui l’ente rimane formalmente e processualmente estraneo (non apparendo neppure predicabile un litisconsorzio sostanziale), e nelle quali viene fatta – o può essere fatta – valere dal datore la regola dell’accentramento in una sede ad hoc, si perverrebbe al risultato di stabilire la competenza senza più alcun riferimento alla ratio che sorregge la norma (prossimità all’ente); ne risulterebbe cioè spezzato quell’equilibrio delineato della pronuncia n. 477/1991, senza che ciò trovi legittimazione nella autorizzazione del soggetto previdenziale – che non sta in giudizio –, in forza di una sorta di scelta potestativa del datore, alla quale resterebbe soggetto colui che agisce in giudizio e che si vede costretto ad adire un giudice totalmente “scollegato” rispetto al luogo della prestazione (soggetto che neppure è tenuto o è in grado di conoscere la sussistenza dell’“accentramento”); tale è del resto la situazione e la conseguenza che si verifica nella vicenda di specie, nella quale il giudice di merito ha declinato la competenza in favore di quella del giudice torinese in relazione, implicitamente, all’accentramento presso la sede centrale della capogruppo Intesa San Paolo IMI s.p.a. della gestione di ogni rapporto previdenziale delle diverse aziende e dipendenze della complessa struttura creditizia del gruppo sul territorio nazionale;
- 10) è obbligo dell’interprete, tra più soluzioni possibili, adottare l’interpretazione conforme a Costituzione; ed è compito della giurisprudenza delimitare l’ambito di applicazione di una o altra norma, secondo una interpretazione che si svolga in primo luogo sul testo della disciplina e si misuri con la sua ratio ma che al contempo sia orientata anche alle conseguenze che ne derivano; e pertanto, nel quadro esposto, nella controvertibilità delle possibili let-

ture dell'art. 444, terzo comma, c.p.c., appare conclusivamente maggiormente rispettoso della funzione della norma, quale numerose volte sottolineata dalla giurisprudenza, delimitarne – conformemente al suo carattere di disposizione di eccezione e al correlativo potere di naturale “espansione” della regola, cioè del primo comma dell'art. 444 – l'area di operatività alle sole controversie che abbiano per oggetto gli obblighi contributivi del datore di lavoro e che intercorrano, quali soggetti necessari del giudizio, tra quelli che sono i soggetti menzionati dalla norma di riferimento (datore ed ente previdenziale, indipendentemente dalla posizione di attore o convenuto assunta in concreto), in tal modo riportandosi l'ambito della disposizione all'originario intento del legislatore, che, con la menzione dell'ente e con la connessione alla sede aziendale, guardava alle controversie tra questi due soggetti; ravvisandosi, altrimenti, dubbi di conformità a Costituzione in una disciplina che finirebbe per esprimere un favor evidente e incontrollabile per un soggetto (“forte”) del giudizio, senza che di questo squilibrio sia individuabile la funzione in interessi generali del processo o in ragioni di sistema, tanto più tenuto conto della articolazione territoriale dell'istituto previdenziale (a norma del d.P.R. n. 639/1970 e della legge n. 88/1989). In altri termini, sussiste l'esigenza di prevenire quegli stessi dubbi di costituzionalità che, prefigurati dalla sentenza del 1991 nella censurabile possibilità di alterazioni unilateralmente imposte del parametro di collegamento spaziale, all'interno del rapporto datore-ente previdenziale (a svantaggio del primo e a vantaggio del secondo), verrebbero ora a delinearci, in relazione all'evoluzione del diritto vivente in tema di “opponibilità” del criterio dell'accentramento della gestione dei rapporti previdenziali, all'interno però del diverso rapporto datore-lavoratore, per effetto di una determinazione di tipo organizzativo che, dal punto di vista del singolo, non è neppure sorretta dal meccanismo di “consensualità” che è sotteso all'autorizzazione all'accentramento da parte dell'ente e quindi in virtù di una scelta totalmente libera di una parte del giudizio.

Per quanto fin qui detto, sussiste la necessità di adottare una interpretazione orientata nel senso conforme a Costituzione; ma sussiste anche l'esigenza di evitare una interpretazione delle regole di determinazione della competenza territoriale che sia *secundum eventum* (cioè che dipenda dal concreto assetto del processo, dalla presenza o assenza di alcuni o tutti i soggetti del rapporto trilatero, e dalle variabili del caso concreto): ciò porta ad escludere, al contempo, sia l'ipo-

tesi di applicazione dell'art. 444, terzo comma, limitatamente alle controversie nelle quali non venga dedotto il menzionato "accentramento" della gestione previdenziale (soluzione palesemente improponibile e a sua volta incostituzionale ex art. 25 Cost. perché derivante da determinazioni processuali ex post), sia l'ipotesi di inclusione nel terzo comma delle controversie introdotte da o contro il lavoratore purché coinvolgenti l'ente previdenziale, scelta anch'essa dipendente da inammissibili variabili del caso.

Queste considerazioni conducono ad affermare, infine, la necessaria riconduzione della fattispecie della controversia tra lavoratore e datore, ancorché in ipotesi attinente a "obblighi di natura previdenziale" del secondo (ai quali ha riguardo il terzo comma, ma limitatamente alle cause, vertenti su detti obblighi e relative sanzioni, tra enti e datori), alla sua sede naturale (cioè alla regola del primo comma: foro della residenza dell'"attore", nel senso già detto), secondo una regola coerente con la complessiva impostazione della disciplina del titolo IV del libro II c.p.c., tendenzialmente rivolta ad agevolare e non ad ostacolare l'accesso alla giurisdizione a favore dei soggetti del lavoro e dei fruitori delle prestazioni di garanzia sociale (in assenza della ragione di tutela della esigenza di prossimità del giudizio con l'ufficio dell'ente).

Nei termini detti – e non senza rilevare, per inciso, la mancata deduzione e allegazione probatoria delle circostanze, che il giudice assume pacifiche ma che non hanno riscontro ex actis, per le quali è stato presupposto l'accentramento presso la sede torinese dell'intera gestione, a fronte ad es. della risultanza della adozione di atti da parte della sede napoletana dell'istituto previdenziale nel corso della controversia – il ricorso per regolamento di competenza, a parere dell'ufficio, deve essere accolto, statuendosi la competenza del giudice che l'ha declinata.

P.Q.M.

il pubblico ministero

visti gli artt. 42, 47, 366-bis c.p.c.,

chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio, in accoglimento del ricorso per regolamento di competenza, dichiari la competenza del Tribunale di Potenza, in funzione di giudice del lavoro.

(Roma, 14 gennaio 2008)

Il P.G.

(Carmelo Sgroi)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

36. Lavoro – Licenziamento – Domanda di accertamento della illegittimità del licenziamento, di reintegra e di condanna al risarcimento del danno – Fallimento sopravvenuto del datore di lavoro – Pronuncia del giudice del lavoro, inizialmente adito, di declinatoria della competenza su tutte le domande, in favore del Tribunale fallimentare dello stesso ufficio giudiziario – Regolamento di competenza d’ufficio proposto dal Tribunale fallimentare – Proponibilità – Duplice possibile soluzione – (a) ipotesi principale: qualificazione della questione come di rito e non di competenza, con conseguente inammissibilità del regolamento d’ufficio ma con devoluzione al Tribunale fallimentare del potere di accertamento incidentale della illegittimità del licenziamento, non più proponibile dinanzi al giudice del lavoro a seguito della declinatoria di competenza (non impugnata) – (b) ipotesi subordinata: qualificazione della questione in termini di competenza e non di mero riparto di affari interno all’ufficio, alla stregua di un indirizzo della giurisprudenza di legittimità in tema di riparto di competenza funzionale tra giudice del lavoro e giudice fallimentare – Derivata prospettazione della necessità di rimessione alle Sezioni Unite della Corte quanto al criterio di individuazione del giudice competente su ciascuna delle domande (di accertamento, costitutive e di condanna), in presenza di orientamenti difformi della giurisprudenza

(RG 1443/07)

IL P.G.

Visto il ricorso per regolamento di competenza d’ufficio proposto, a norma dell’art. 45 c.p.c., dal Tribunale di Latina, sezione fallimentare, con ordinanza in data 16.5.2006 con la quale la stessa sezione chiede che la Corte di cassazione voglia dichiarare “la competenza del giudice del lavoro [di Latina] a pronunciarsi sulla domanda di accertamento dell’illegittimità del licenziamento intimato nei confronti di G.N., adottando altresì i provvedimenti consequenziali”;

letti gli atti, osserva:

A) In via preliminare: ammissibilità del regolamento d’ufficio, come propositivo di una questione di competenza ovvero di un riparto interno di affari.

L’ordinanza che propone il regolamento d’ufficio richiama espressamente l’indirizzo della S.C. secondo cui sono estranee al concetto di competenza le questioni che riguardano la distribuzione degli affari all’interno del medesimo ufficio giudiziario (salvo il riparto di compe-

tenza tra giudice ordinario e sezione specializzata agraria); ma, consapevole di questo indirizzo, osserva tuttavia che nella specie il giudice unico del lavoro di Latina, adito dal dipendente con domanda a contenuto plurimo, e cioè avente a oggetto, nei confronti della società datrice e di quella cessionaria dell'attività, (a) sia la richiesta di dichiarazione di illegittimità del licenziamento (ex legge n. 223/1991) intimato, (b) sia l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, (c) sia infine statuizioni consequenziali di condanna a risarcimento del danno e al pagamento di spettanze contributive, con la sentenza 26.1-20.2.2001 ha declinato integralmente la propria competenza, su tutte le domande così proposte, in favore di quella del Tribunale di Latina – sezione fallimentare, per essere intervenuto nel frattempo il fallimento della parte convenuta; l'ordinanza rileva che ciò preclude la possibilità di soluzione della questione attraverso provvedimenti di organizzazione e distribuzione interna degli affari nell'ambito del medesimo Tribunale.

Si potrebbe osservare che in realtà il Tribunale fallimentare dinanzi al quale è stata “riassunta” la causa (con l'atto di insinuazione tardiva del lavoratore, avente il medesimo contenuto sostanziale della domanda originariamente proposta, vale a dire l'intera gamma delle domande, di accertamento, costitutive e di condanna), secondo una giurisprudenza di legittimità, avrebbe potuto disporre di un'altra possibilità di soluzione: avrebbe cioè potuto adottare una pronuncia a sua volta dichiarativa della competenza del primo giudice (eventualmente, sulla sola parte della domanda attinente la illegittimità del licenziamento e la reintegra), contro la quale, se del caso, la parte interessata avrebbe potuto promuovere ricorso per regolamento facoltativo di competenza (così Cass. n. 5405/2001). Ciò tuttavia non è stato fatto e comunque ciò varrebbe sempre alla condizione che si tratti, appunto, di una questione di “competenza” in senso tecnico, sicché la previa classificazione della questione costituisce elemento necessario per la conclusione del presente giudizio.

B) Qualificazione della questione come di semplice riparto interno; conseguenza: assenza di tutela giurisdizionale del diritto.

È consolidato l'indirizzo che afferma in generale il carattere di semplice ripartizione interna degli affari di simili questioni di distribuzione tra sezioni o giudici del medesimo ufficio giudiziario, e segnatamente tra giudice del lavoro e altro magistrato del medesimo Tribunale (tra le tante, Cass. S.U. n. 1238/1994; Cass. n. 4508/1999; Cass. n. 23891/2006).

Ma l'adozione tout court di tale indirizzo, nel caso in esame, porta

ad affermare l'inesistenza di un giudice dinanzi al quale far valere la tutela del diritto-base della controversia, cioè l'accertamento della legittimità o meno del licenziamento, dal quale le pretese ulteriori (reintegra, risarcimento) derivano: il giudice del lavoro di Latina si è dichiarato funzionalmente incompetente, e questa decisione di rito, non impugnata, e a prescindere dalla sua esattezza, è passata in giudicato e non potrebbe essere contraddetta da un atto di organizzazione interna; d'altra parte, la pura e semplice negazione della proposizione del regolamento di competenza d'ufficio promosso dal Tribunale fallimentare di Latina, per la ragione che si tratta di una questione di riparto di affari, determinerebbe l'impasse di una domanda giudiziale che, non più proponibile dinanzi al giudice del lavoro, non sarebbe però neppure ulteriormente proponibile dinanzi al Tribunale fallimentare, alla stregua della giurisprudenza che in linea di principio esclude per l'appunto che possano proporsi in sede concorsuale domande aventi contenuto diverso da quello strettamente patrimoniale (v. punto C che segue). L'insostenibilità della conseguenza (cioè: il deficit di tutela), anche sul piano costituzionale (art. 24), rende necessario verificare la premessa.

C) Riparto di competenza tra giudice del lavoro e giudice fallimentare in caso di sopravvenienza del fallimento del datore di lavoro. Orientamenti non uniformi della giurisprudenza.

C.1) Secondo l'indirizzo prevalente della Corte regolatrice, la distinzione di competenze tra giudice del lavoro e giudice fallimentare dipende dalla natura delle domande proposte: quelle di accertamento e costitutive, come in tema di dichiarazione di sussistenza del rapporto, di illegittimità del licenziamento e di conseguente reintegra nel posto di lavoro, restano affidate al giudice del lavoro; quelle di condanna di vario contenuto patrimoniale (retributive, contributive, risarcitorie) invece sono attratte nella competenza del foro fallimentare, poiché per esse non v'è ragione di derogare alla regola del pari concorso.

Questo indirizzo si basa sul rilievo che la competenza del giudice del lavoro persiste anche in caso di fallimento dell'impresa datrice di lavoro sopravvenuto alla proposizione della domanda del lavoratore, perché (a) il tribunale fallimentare è funzionalmente competente solo per le pretese creditorie correlate e conseguenti alla accertata illegittimità del licenziamento, a norma del combinato disposto degli artt. 24, 52 e 93 della legge fallimentare; (b) il fallimento del datore d'altra parte non fa venire meno l'interesse del ricorrente all'accoglimento della sua domanda, poiché quell'interesse non consiste solo nel ripri-

stino effettivo della posizione lavorativa ma anche nelle utilità ulteriori connesse al ripristino di un rapporto che entra (col fallimento) in una situazione definita di “quiescenza attiva” dalla quale possono scaturire diverse utilità, come la ripresa della prestazione ad es. in caso di esercizio provvisorio della impresa, o a seguito di concordato fallimentare, ovvero la ammissione a una serie di benefici previdenziali, come le indennità di cassa integrazione, di disoccupazione, di mobilità, profili questi che restano estranei alla ratio di garanzia della par condicio dei creditori.

In questo senso, della separazione di competenza funzionale, sono numerose pronunce, principalmente della sezione lavoro: tra tante, Cass. nn. 6748/1982, 4104/1993, 3522/1998, 11010/1998, 7075/2002, 3129/2003, 4051/2004, 11674/2005. Si aggiunge, sempre su questa linea, che l'impossibilità pratica di ripristino del rapporto e di esecuzione dell'ordine di reintegra, in caso di cessazione totale dell'attività d'impresa e dunque anche per fallimento, non altera la conclusione, perché il licenziamento illegittimo non è idoneo a estinguere il rapporto, che perdura nonostante la mancata prestazione lavorativa, sicché la pronuncia giudiziale che ciò accerti e che disponga la reintegra, ancorché non produca il suo effetto tipico, vale comunque ai fini di quegli effetti indiretti connessi alla c.d. quiescenza attiva di cui si è fatto cenno (v. ad es. Cass. n. 6612/2003).

C.2) Esistono però orientamenti diversi, e tra loro antitetici:

C.2.1) Da un lato, Cass. n. 18088/2007, in caso di domanda cumulativa di accertamento (esistenza del rapporto di lavoro) o costitutiva (annullamento del licenziamento illegittimo) e di condanna consequenziale al pagamento di somme, afferma la competenza funzionale del giudice del lavoro su tutte le domande, non potendo operare per la sola domanda di condanna la “vis attractiva” del giudice fallimentare.

C.2.2) Cass. n. 9306/1996 perviene invece all'opposta conclusione, per il caso di domanda di illegittimità del licenziamento proposta unitamente all'attribuzione di somme, e perciò afferma la competenza del foro fallimentare per l'intera domanda, sul rilievo che l'accertamento della non-giustificazione del licenziamento ha carattere strumentale rispetto all'effettivo bene della vita (di contenuto patrimoniale) perseguito; analogamente, Cass. n. 11787/1998 afferma che solo la domanda di mero accertamento della illegittimità del licenziamento rientra – in deroga all'art. 24 L.Fall. – nella competenza funzionale del giudice del lavoro, laddove, se viene proposta contestualmente una domanda di condanna, la cognizione spetta al giudice del fallimento, perché in questo caso l'accertamento della illegittimità del licenziamento è solo

la premessa logico-giuridica della decisione sul pagamento delle somme.

D) Implicazioni della qualificazione come competenza “funzionale”.

Per quanto qui specificamente interessa, dalla rilevazione dello stato della giurisprudenza di cui sopra si è fatto cenno, si traggono due possibilità interpretative, una principale e una derivata:

- la principale, per cui le questioni di attribuzione della cognizione delle cause secondo il criterio selettivo anzidetto tra giudice del lavoro e giudice del fallimento attengono all’ambito della competenza funzionale/materiale, sono quindi questioni di “competenza” in senso proprio: il che equivale a far ritenere la ammissibilità del proposto ricorso per regolamento di competenza proposto d’ufficio, superandosi così il rilievo generale della ripartizione di affari interna all’ufficio di cui al punto A);
- la derivata, per cui al presente giudizio potrebbe darsi conclusione nel senso della competenza integrale del tribunale fallimentare, qualora si aderisse al (minoritario) indirizzo che afferma la competenza del giudice della procedura concorsuale, di cui al punto C.2).

È rilevante osservare, per questo profilo, che talune delle decisioni che si sono citate sopra sono rese in sede di regolamento (necessario o facoltativo) di competenza e che talune di esse, ancorché riferite a casi di assegnazione di competenza a uffici diversi sul territorio, non attengono tuttavia in alcun modo a questioni di competenza territoriale; in altri termini, la tematica è in esse affrontata sempre ed esclusivamente come una questione di competenza strettamente funzionale (esplicite in tal senso Cass. n. 18088/2007, n. 4051/2004, n. 3129/2003).

Ed è soprattutto rilevante considerare, nell’ambito di detta giurisprudenza, che il principio della individuazione del giudice “competente”, tra quello del lavoro e quello fallimentare, è affermato:

- in giudizi per regolamento di competenza d’ufficio: Cass. n. 7738/2001, che individua la competenza funzionale del giudice del lavoro su una domanda di accertamento/costitutiva ma non anche di condanna;
- in giudizi per regolamento di competenza tra sezioni del medesimo ufficio giudiziario: Cass. n. 11787/1998, cit. sub C.2), che individua la competenza del giudice fallimentare e non di quello del lavoro nell’ambito della medesima sede (Tribunale di Milano).

Dalla esposta giurisprudenza potrebbe quindi trarsi la seguente

prima conclusione: le questioni relative alla attribuzione della cognizione sulle domande di accertamento, costitutive o di condanna proposte o proseguite dal lavoratore nei confronti dell'imprenditore-datore di lavoro che venga successivamente dichiarato fallito costituiscono questioni di competenza funzionale in ogni caso, anche all'interno del riparto nell'ambito dello stesso ufficio giudiziario, e sono dunque proponibili anche attraverso il regolamento di competenza d'ufficio; e, una volta reputato ammissibile tale regolamento, la conclusione risulterebbe differenziata a seconda dell'adesione all'uno o all'altro dei tre indirizzi che si sono sopra registrati: nella specie, o con l'affermazione della competenza del giudice del lavoro di Latina sulla sola domanda di accertamento/costitutiva, in adesione all'indirizzo prevalente (C.1), ovvero sull'intera domanda, anche patrimoniale (C.2.1), o al contrario con l'affermazione della competenza del tribunale fallimentare sulla intera domanda (C.2.2).

Ad avviso dell'ufficio, questa conclusione può prospettarsi, per quanto si dirà di seguito, solo in via subordinata e altresì in forma condizionata alla riduzione a unità della pluralità di differenti orientamenti; essa appare infatti implicare, nel merito, la rimessione del merito della questione – cioè la soluzione che deve darsi alla definizione di quale sia l'organo funzionalmente competente – alle Sezioni Unite della Corte, stanti i non uniformi indirizzi sul punto (sub C).

E) Classificazione della questione in termini di rito e non di competenza. Conclusione conseguente.

Ad avviso dell'ufficio, tuttavia, il problema può trovare la propria soluzione in base a un diverso ordine di considerazioni, legato alla definizione preliminare del riparto in termini di rito e non di competenza: ciò in adesione a un indirizzo, generale e consolidato, della S.C. (principalmente, della sezione I, dunque in materia fallimentare), che riprende il punto indicato in A) ma che non si esaurisce in esso, secondo il quale le questioni concernenti l'autorità giudiziaria dinanzi alla quale può introdursi una pretesa creditoria nei confronti di un debitore assoggettato a fallimento, anche se formulate in termini di competenza, sono in realtà e ancor prima questioni relative al rito, e pertanto coinvolgono profili di ammissibilità e proponibilità della domanda, anziché questioni di riparto di competenze: Cass. nn. 8018/2000, 6475/2003, 19718/2003, 5063/2008; nonché, per la sezione lavoro, n. 19248/2007.

Questo indirizzo appare maggiormente aderente alla natura della questione, giacché il riferimento che viene fatto, dall'altra giurisprudenza, alla "attrazione" (o meno) nella competenza del Tribunale fal-

limentare in base all'art. 24 della L.F. è, ad avviso dell'ufficio, non del tutto pertinente, posto che non potrebbe definirsi la domanda del lavoratore, sia essa di natura dichiarativa o costitutiva sia essa di condanna, come una azione che "deriva" dal fallimento e che per questo è attratta nella competenza del giudice della procedura concorsuale.

Su questa premessa, si può allora osservare, nel caso in esame:

- che la decisione del giudice del lavoro, oramai stabilizzata, è errata nella parte in cui (tra l'altro richiamando proprio enunciati della giurisprudenza indicata in C) ha declinato l'intera competenza, anziché trattenere la controversia per la parte che concerneva la dichiarazione di illegittimità del licenziamento e la reintegra e rimettere (una volta intervenuto il fallimento del datore) al giudice fallimentare la cognizione delle sole pretese consequenziali da far valere in ambito concorsuale, trattandosi di crediti soggetti anch'essi alla regola di parità, dichiarando quindi (temporaneamente) improponibile la sola domanda creditoria;
- che quest'ultima resta certamente assegnata al Tribunale fallimentare di Latina (Cass. sub C.1), ma presuppone logicamente e giuridicamente la soluzione dell'altra;
- che, non trattandosi di questione di competenza (nel senso detto: per non essere questione di competenza ma di rito), il ricorso per regolamento d'ufficio deve dirsi inammissibile e non può quindi attraverso esso recuperarsi una "competenza" declinata;
- che però il superamento dello "stallo" decisorio relativo al contenuto della domanda con carattere di accertamento e costitutivo – stallo derivante dal concorso della intangibilità della precedente decisione di incompetenza e dalla inammissibilità del rimedio ora in discorso – si deve superare assegnando, in forza del principio di carattere generale desumibile dall'art. 34 c.p.c., al giudice della controversia per così dire conseguente (Cass. sub C.2) il potere di accertamento incidentale della questione pregiudiziale: nella specie, perciò, devolvendo al Tribunale fallimentare il potere di accertamento incidentale della illegittimità del licenziamento, non più proponibile dinanzi al giudice del lavoro.

Nei sensi anzidetti si conclude come da dispositivo.

Visti gli artt. 45, 47, 49 c.p.c..

P.Q.M.

il pubblico ministero

chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio:

- (a) in via principale: dichiarare inammissibile il regolamento di competenza d'ufficio proposto con l'ordinanza del Tribunale di Latina -

sezione fallimentare, nei sensi e nei termini indicati nel punto E) della parte motiva;

- (b) in subordine: rimetta alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, a norma dell'art. 374 c.p.c., il quesito relativo:
- sia alla qualificazione del riparto tra giudice del lavoro e tribunale fallimentare a conoscere delle controversie promosse dal lavoratore nei confronti dell'imprenditore successivamente dichiarato fallito come questioni di competenza funzionale, anche se la questione sia sollevata all'interno del medesimo ufficio giudiziario, con conseguente ammissibilità, in caso affermativo, della proposizione del regolamento di competenza d'ufficio;
 - sia alla derivata questione – in quanto sia affermata l'ammissibilità del conflitto – del riparto di competenze tra giudice del lavoro e giudice fallimentare, relativamente alla domanda di illegittimità del licenziamento e di reintegra nel posto di lavoro, se in favore del primo, secondo il prevalente orientamento della S.C. (sub C.1), ovvero se in favore del Tribunale fallimentare, secondo altro orientamento (sub C.2.2).

(Roma, 7 maggio 2008)

Il P.G.
(Carmelo Sgroi)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

37. Processo del lavoro – Appello – Tempestivo deposito del ricorso – Inesistenza della notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza – Improcedibilità dell'appello – Configurabilità – Fondamento – Possibilità di assegnare un nuovo termine per la notifica a norma dell'art. 421 c.p.c. – Esclusione, anche alla luce del principio costituzionale di ragionevole durata del processo

(RG 15861/04)

IL P.G.

(*Omissis*) La Sezione Lavoro sollecita la rimeditazione, alla luce dell'introduzione del principio costituzionale della "ragionevole durata del processo", dell'affermazione delle S.U. (sentenza n. 6841 e 9331 del 1996) in base alla quale, nei processi assoggettati al rito del lavoro, la proposizione dell'appello – e/o dell'opposizione a decreto ingiuntivo –

si perfeziona con il deposito del ricorso, talché i vizi della notificazione dello stesso al resistente non si comunicano all'atto di impugnazione, dovendo il giudice assegnare al ricorrente un nuovo termine, necessariamente perentorio, entro il quale rinnovare la notifica.

Premesso che, nel processo del lavoro, sia l'impugnazione che l'opposizione a decreto ingiuntivo non si esauriscono con il deposito del ricorso, essendo il ricorrente tenuto a due adempimenti, *l'editio actionis* e la *vocatio in jus*, va detto che questi due atti se sono senz'altro distinti, costituiscono però, insieme con il provvedimento del giudice di fissazione dell'udienza, elementi essenziali della complessa fattispecie impugnatoria introduttiva del processo di appello (o di opposizione), la quale deve essere esaurita nei termini perentori propri per qualsiasi tipo di impugnazione.

Questo premesso, va rilevato che l'art. 291, comma 1, c.p.c. considera sanabili, mediante rinnovazione, la sola nullità della notificazione ex art. 160, dovute, cioè, ad inosservanza dalle disposizioni circa la persona alla quale deve essere consegnata la copia o ad incertezza assoluta circa la persona a cui la notificazione è fatta o sulla data. Da tanto deriva che non è riconducibile alla previsione dell'art. 291, comma 1, la notificazione giuridicamente inesistente o quella omessa. Ciò trova conferma d'altra parte nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, anche a S.U. (n. 22641/07), la quale ritiene che la soglia che divide l'area della nullità da quella dell'inesistenza della notifica, per la quale ultima non opera la sanatoria della rinnovazione dell'atto, consiste nell'accertata esistenza di un collegamento tra il luogo (o la persona) nel quale (o alla quale) sia eseguita la notifica ed il soggetto passivo che della notifica è il destinatario.

Il contrario assunto – secondo cui nel processo del lavoro l'inesistenza giuridica della notificazione dell'atto introduttivo, come anche l'omessa notificazione di questo, è sanata, con effetto conservativo dell'impugnazione – non solo postula un inammissibile regime differenziato delle nullità formali nel processo del lavoro, ma conduce alla altrettanto inaccettabile conclusione che – potendo essere compiuto l'atto omesso o invalido nel termine che il giudice dovrebbe assegnare alla parte ex art. 291 – il processo resta indefinitamente aperto, nell'attesa che l'appellante (o l'opponente) si decida ad attivare il contraddittorio. Questo contraddice sia alle particolari esigenze di speditezza e concentrazione propria e del giudizio d'appello (o di opposizione a decreto ingiuntivo) nel processo del lavoro, sia al principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.

Alla stregua delle considerazioni svolte, va accolto perché fondato il primo motivo di ricorso, essendosi verificata l'improcedibilità del giudizio per mancata notifica del ricorso in opposizione.

(Roma, 8 luglio 2008)

Il P.G.
(Domenico Iannelli)

* *La conclusione è conforme alla decisione: Cass., Sez. lav., 30.7.2008, n. 20604.*

38. Lavoro – Licenziamento disciplinare di dirigente – Garanzie procedurali previste dall'art. 7, commi secondo e terzo, della legge n. 300 del 1970 – Applicabilità – Fondamento – Conseguente applicabilità degli effetti stabiliti dalla contrattazione collettiva per il caso di licenziamento ingiustificato

(RG 2228/04)

IL P.G.

(*Omissis*) La questione che le S.U. sono chiamate a risolvere consiste nello stabilire se siano oppure no applicabili ai dirigenti d'azienda le garanzie procedurali di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970 e se sia rilevante o meno a tal fine la distinzione tra dirigenti apicali e dirigenti minori.

A seguito della sentenza della Corte Costituzionale 25 luglio 1989 n. 427, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del 2° e 3° comma dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori, la giurisprudenza della Corte di Cassazione si orientò nel senso che le garanzie procedurali di cui alla norma predetta dovessero trovare applicazione anche a favore dei dirigenti. Questo orientamento venne superato dalle S.U. che, con la sentenza n. 6041/1995, giunsero alla conclusione opposta rilevando che al rapporto di lavoro dei dirigenti, data la sua specificità, non è "connaturale" il rapporto disciplinare, e conseguentemente ritennero che il licenziamento per giusta causa o con preavviso del dirigente non fosse qualificabile in termini disciplinari. Le S.U. precisarono che i principi affermati riguardavano soltanto i dirigenti veri e propri posti al vertice dell'organizzazione aziendale e non già il c.d. pseudo-dirigente o il dirigente convenzionale, le cui mansioni non hanno le caratteristiche del rapporto propriamente dirigenziale.

A contrastare questo orientamento è intervenuta la sentenza n.

5213 del 2003 della sezione lavoro, la quale ha stabilito che “le garanzie procedurali dettate dall’art. 7, 2° e 3° comma, della legge n. 300 del 1970 ai fini dell’irrogazione di sanzioni disciplinari si applicano anche in caso di licenziamento di un dirigente d’azienda, quale che sia la specifica posizione dello stesso nell’ambito dell’organizzazione aziendale, se il datore di lavoro addebita al dirigente un comportamento negligente o, in senso lato, colpevole, al fine di escludere il diritto del medesimo al preavviso, oppure all’indennità c.d. supplementare di licenziamento ingiustificato; la violazione di detta garanzia comporta la non valutabilità dei comportamenti irritualmente posti a base del licenziamento ai fini dell’esclusione del diritto al preavviso e all’indennità supplementare”.

Quest’ultimo orientamento deve essere senz’altro condiviso.

Al riguardo, va sottolineata anzitutto l’unitarietà della categoria dirigenziale, che, come tale, viene rilievo sia ai fini dell’applicazione delle discipline contrattuali, sia ai fini della applicazione delle norme di legge che si riferiscono a tale qualifica. Va, poi, considerato che i dirigenti d’azienda rientrano espressamente nella catalogazione della categoria di prestatori di lavoro di cui all’art. 2095 c.c. e, in quanto tali, partecipano della disciplina del rapporto di lavoro dettata dal codice civile e dalle leggi speciali per il prestatore di lavoro subordinato in generale. A tanto occorre aggiungere che quando il legislatore ha inteso derogare alla disciplina comune ha dettato speciali disposizioni per la categoria dei dirigenti d’azienda o per quella più ampia del personale direttivo. Si deve ancora considerare che l’art. 2106 c.c., nel prevedere il potere disciplinare del datore di lavoro, fa riferimento all’inosservanza dell’obbligo di diligenza e di fedeltà del prestatore di lavoro tout court, qual è anche il dirigente, ed inoltre che la mancata previsione, nella maggior parte dei contratti collettivi di settore, di sanzioni disciplinari irrogabili al dirigente, significa soltanto che al datore di lavoro non è riconosciuta la possibilità di irrogare sanzioni disciplinari ai dirigenti d’azienda, e non già che debba negarsi l’identificabilità del carattere “ontologicamente” disciplinare del licenziamento.

Importante è anche il rilievo formulato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 427/1989, secondo cui il licenziamento per motivi disciplinari “può incidere sulla sfera morale e professionale del lavoratore e creare ostacoli o addirittura impedimenti alle nuove occasioni di lavoro che il licenziato deve poi necessariamente trovare”. Queste considerazioni sono pertinenti, infatti, anche con riferimento al rapporto di lavoro dirigenziale. Deve, pertanto, ritenersi operante, a tute-

la del dirigente, il principio fondamentale di previa contestazione dell'addebito.

(Roma, 6 marzo 2007)

Il P.G.
(Domenico Iannelli)

La conclusione del P.G. è conforme alla decisione: S.U. 30.3.2007, n. 7880.

5. Sanzioni amministrative

39. Circolazione stradale – Sospensione della patente di guida – Provvedimento cautelare adottato dal Prefetto a norma dell'art. 223, secondo comma, cod. strada – Funzione cautelare – Termine di adozione del provvedimento – Assenza di un termine perentorio – Necessità che il provvedimento sia adottato entro un tempo ragionevole in relazione alle circostanze del caso concreto, suscettibili di valutazione in sede giudiziale

(RG 23193/02)

IL P.G.

(Omissis) Il contrasto sottoposto all'esame delle S.U. riguarda la questione se l'adozione, da parte del prefetto, del provvedimento di sospensione provvisoria della validità della patente di guida, ai sensi dell'art. 223 cod. strada, sia o meno soggetta a limiti temporali implicati dalla natura cautelare del provvedimento stesso.

Va anzitutto precisato che, in base alla normativa del codice della strada, il prefetto può disporre la sospensione provvisoria della patente di guida (art. 223 cod. strada) nei confronti dell'autore di un reato commesso con violazione della norma del codice della strada, cioè dell'autore di violazione in sé costituente reato o di violazione in sé non costituente reato, ma dalla quale sia conseguito un evento lesivo dell'incolumità di altra persona. Il provvedimento emesso su tal caso dal Prefetto è un provvedimento cautelare.

Il prefetto ha anche il potere di sospendere la patente di guida in via definitiva all'esito dell'accertamento della responsabilità dell'autore dell'illecito, accertamento che può essere compiuto dallo stesso prefetto allorquando ad esso non abbia provveduto il giudice penale per la presenza di una causa di estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione penale. E' questa invece una vera e propria sanzione, che il

Prefetto dispone nel termine di quindici giorni dall'invio dei documenti da parte degli accertatori, ovvero nei venti giorni dall'accertamento dell'illecito.

Per la misura cautelare, al contrario, non è previsto dalla legge un termine entro il quale essa debba essere applicata, pena la decadenza. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, con una sola sentenza di diverso tenore (Cass. 11967/03), ritiene che la detta misura debba essere adottata entro un tempo ragionevole dal fatto, coerentemente con la sua funzione cautelare.

A ben vedere il segnalato contrasto potrebbe non sussistere. Infatti, se dovesse ritenersi che la sentenza predetta abbia inteso affermare che il requisito dell'immediatezza della misura era da escludere per avere il prefetto provveduto, in concreto, all'applicazione definitiva della sanzione accessoria, ai sensi dell'art. 224, comma 3, cod. strad., allora dovrebbe affermarsi che essa non si pone in contrasto con l'orientamento prevalente, che si riferisce alla sola sospensione provvisoria e cautelare.

Se, invece, dovesse concludersi nel senso che la sentenza ha inteso sostenere che, pur in presenza di un provvedimento di sospensione provvisoria, il requisito dell'immediatezza va escluso in ragione della concorrente natura di sanzione definitiva della misura adottata, allora dovrebbe ritenersi che essa si pone in contrasto con l'orientamento dominante ed è comunque infondata, in quanto il medesimo provvedimento non può avere contemporaneamente natura sia cautelare che definitiva.

Alla stregua di queste considerazioni deve essere accolto il primo motivo di ricorso.

(Roma, 3 aprile 2007)

Il P.G.
(Domenico Iannelli)

** La decisione è nel medesimo senso delle conclusioni formulate dal P.G.: S.U. 6.6.2007, n. 13226.*

40. Sanzioni amministrative per indebita percezione di aiuti comunitari – Giudicato nel giudizio per la restituzione degli aiuti – Separato giudizio pendente sulla opposizione alla sanzione amministrativa – Efficacia riflessa del primo giudicato – Esclusione – Differenze di struttura e di oggetto dei due giudizi

(RG 86/2004)

IL P.G.

Osserva: Le S.U. sono chiamate a decidere la questione di massima di particolare importanza se nel giudizio tra Ministero competente e legale rappresentante di una società sulla sanzione amministrativa da indebita percezione di aiuti comunitari possa attribuirsi al giudicato esterno sulla non ripetibilità di quei medesimi aiuti intervenuto tra diverse parti (l'AIMA e la società beneficiaria degli aiuti) una efficacia riflessa, tale da portare all'annullamento della sanzione amministrativa.

Tale questione è prospettata nel secondo e terzo motivo di ricorso.

Va rilevato anzitutto, con riguardo ai rapporti tra le varie forme di responsabilità (civile, penale e amministrativa) che l'ordinamento ricollega alla indebita percezione degli aiuti comunitari, che sia il rapporto tra sanzione penale e debito restitutorio civile, sia quello tra sanzione penale e sanzione amministrativa trovano regolamentazione nell'art. 3 della legge n. 898/1986.

Il primo rapporto è regolato nel senso che con la sentenza penale "il giudice determina altresì l'importo indebitamente percepito e condanna il colpevole alla restituzione di esso all'A. che ha disposto l'erogazione". Quanto al secondo, si prevede l'applicazione della sanzione amministrativa indipendentemente dalla sanzione penale e la non sospensione dell'irrogazione della sanzione amministrativa nel caso in cui per il fatto sia stato promosso procedimento penale. La predetta legge non disciplina, invece, il rapporto tra responsabilità civile e responsabilità amministrativa e quindi tra il giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione e quella di restituzione dell'indebito finanziamento.

Se le due fattispecie debitorie, quella restitutoria civilistica e quella relativa alla sanzione amministrativa, si presentano *prima facie* strettamente connesse, nel loro momento genetico, perché entrambe originano dall'indebita percezione di aiuti comunitari, esse tuttavia non sono del tutto sovrapponibili.

Infatti, sotto il profilo oggettivo, l'autonomia del debito per la sanzione amministrativa dal debito per restituzione dell'indebito è evidenziata dal fatto che può essere contestato l'importo della sanzione amministrativa anche nel caso di pagamento dell'intero ammontare della ripetizione richiesta.

Sotto il profilo soggettivo, poi, occorre sottolineare la diversità dei soggetti destinatari delle ingiunzioni relative ai due crediti, in un caso la società beneficiaria degli aiuti comunitari, nell'altro la persona fisica del trasgressore (quale rappresentante legale dell'ente).

Va ancora rilevato che il giudizio di opposizione all'ordinanza ingiunzione relativo alla sanzione amministrativa e quello relativo alla restituzione dell'indebita hanno, oltre che diverse parti processuali, anche un diverso oggetto. Oggetto del giudizio civile restitutorio è l'accertamento dell'indebita percezione degli aiuti comunitari che giustifica la pretesa creditoria della P.A.; oggetto del giudizio relativo alla pretesa sanzionatoria dell'illecito amministrativo è, invece, la pretesa punitiva della P.A. e l'accertamento dell'illecito viene in rilievo solo come questione pregiudiziale.

Essendo questo l'oggetto dei due giudizi, occorre esaminare ora quale rapporto intercorra tra gli stessi, e quindi occorre esaminare il problema dell'eventuale efficacia riflessa del giudicato relativo ad uno di essi sull'altro. In particolare occorre esaminare l'eventuale efficacia riflessa dal giudicato relativo alla restituzione dell'indebita sul giudizio relativo alla sanzione amministrativa.

Premesso che perché una pronuncia possa esplicare effetti in giudizi successivi tra soggetti diversi occorre che tra le situazioni sostanziali coinvolte sussista un nesso permanente e non già solo iniziale, non v'è dubbio che il nesso di pregiudizialità tra sanzioni amministrative ed indebita percezione degli aiuti è solo iniziale e non permanente, in quanto l'ordinamento ricollega bensì la sanzione all'illecito, ma non lega l'applicazione della sanzione ed il relativo giudizio alla restituzione della somma ed al relativo giudizio.

Da tanto deriva che deve escludersi l'efficacia riflessa automatica della sentenza che decide sul rapporto pregiudiziale, cioè della sentenza relativa al giudizio restitutorio.

La soluzione del problema va allora ricercata in altro modo. Ora occorre considerare che se il nesso che senza dubbio esiste tra la sanzione amministrativa e l'illecito civile costituito dalla indebita percezione degli aiuti comunitari potrebbe far ritenere rilevante tra le parti il giudicato sull'inesistenza dell'indebita, in quanto non è configurabile in tal caso un illecito amministrativo, va tuttavia rilevato che nella fattispecie oggi in esame il tribunale ha ritenuto che il giudicato possa essere fatto valere nei confronti di una P.A. diversa da quella che è stata parte del giudizio, alla quale è affidata la cura di un interesse pubblico autonomo e diverso rispetto a quello affidato alla cura dell'A. che ha partecipato al giudizio definito con sentenza passata in giudicato. E questa conclusione non può ritenersi corretta. Infatti, essendo indisponibile l'interesse pubblico affidato alla cura della P.A. rimasta terza nel giudizio definito dal giudicato, va esclusa senz'altro l'efficacia riflessa del giudicato nei confronti della stessa, così come va esclu-

sa la configurabilità di una successione della P.A. terza nella posizione della P.A. vincolata direttamente dal giudicato. Ciò perché si tratta di soggetti diversi, con competenze differenti in materia e aventi l'affidamento di interessi pubblici diversi.

Pertanto, la P.A. rimasta terza rispetto al giudicato *inter alios* può dimostrare la sussistenza dei presupposti legittimanti la pretesa sanzionatoria ed il giudice può valutare i fatti in modo del tutto autonomo rispetto al giudicato predetto.

Alla stregua delle considerazioni esposte, fondati sono il secondo e terzo motivo di ricorso.

(Roma, 15 gennaio 2008)

Il P.G.
(Domenico Iannelli)

** La decisione è nel medesimo senso delle conclusioni formulate dal P.G.: S.U. 12.3.2008, n. 6523.*

41. Sanzioni amministrative – Edilizia residenziale pubblica – Competenza – Riconducibilità alla competenza del tribunale in tema di sanzioni in materia “urbanistica ed edilizia”, a norma dell’art. 22-bis della legge n. 689/1981 – Esclusione – Competenza del giudice di pace – Sussistenza

(RG 3451/06)

IL P.G.

Osserva: C.M. ha proposto ricorso, ai sensi dell’art. 22 legge 689/81, avverso la determinazione dirigenziale con la quale il Comune di Roma gli aveva ingiunto il pagamento della somma di euro 3.615,00 a titolo di sanzione amministrativa prevista dall’art. 32 l.r. Lazio 26.6.1987, n. 33, per avere fruito dell’alloggio di edilizia residenziale pubblica, di proprietà del medesimo Comune, sito in Roma, non rispettando i termini previsti dalla cit. l.r. 33/87 inerenti le procedure di assegnazione di tali alloggi.

Il giudice di pace di Roma, adito dal ricorrente, con sentenza in data 20.5.2005, si è dichiarato incompetente per materia ai sensi dell’art. 22-*bis*, comma 2, lett. c), legge n. 689/81, ritenendo la controversia afferente la materia dell’edilizia, per la quale è prevista la competenza del tribunale.

Con ordinanza dell’8.11.2005, il Tribunale di Roma, dinanzi al quale il giudizio è stato riassunto, ha richiesto di ufficio il regolamen-

to di competenza ai sensi dell'art. 45 c.p.c., ritenendo non corretta la statuizione del primo giudice.

Va osservato che la competenza del tribunale per i giudizi di opposizione a sanzione amministrativa applicata per violazioni in materia di "urbanistica ed edilizia", competenza sancita dall'art. 22-*bis*, comma 2, lett. c) legge 689/81, riguarda controversie di contenuto diverso rispetto a quella in esame.

Come si desume dall'impiego di tale locuzione nei testi normativi (v. ad es. artt. 3, 4, 6 e ss., 10 e ss. D.P.R. n. 380/2001, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia), l'urbanistica ha per oggetto le attività di trasformazione del territorio, mentre l'edilizia riguarda quelle particolari attività consistenti nella realizzazione di nuove costruzioni o nella modificazione di quelle esistenti.

In giurisprudenza (v. ad es. Cass. S.U. 2004/22890) si è affermato che la materia dell'urbanistica, cui va riconosciuta una valenza tendenzialmente omnicomprensiva, concerne la totalità degli aspetti dell'uso del territorio, mentre quella edilizia riguarda l'attività di realizzazione di nuovi immobili ovvero la modificazione anche solo nella destinazione d'uso.

Una posizione particolare occupa la materia dell'edilizia residenziale pubblica, che riguarda tutte le attività (e non solo la costruzione o modificazione di immobili) volte a favorire l'accesso alla proprietà o alla disponibilità di alloggi da adibire a residenza da parte di categorie di cittadini economicamente svantaggiati. Non viene qui, dunque, in considerazione la sola realizzazione degli alloggi, ma la loro assegnazione all'esito di procedura concorsuale pubblica, la vigilanza sul rispetto e sulla permanenza dei criteri di assegnazione, il controllo sulla fruizione degli alloggi soltanto da parte dei soggetti che ne hanno titolo.

Nella specie si controverte, per l'appunto, circa la fruizione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica da parte di soggetto non legittimato, onde nessuna attinenza può ravvisarsi con l'attività edilizia in senso proprio.

La competenza a conoscere dell'opposizione va pertanto determinata sulla base del criterio principale previsto dall'art. 22-*bis*, comma primo, della legge 689/81, non ricorrendo neppure alcuna delle ipotesi previste nel terzo comma del medesimo art. 22 bis, posto che l'art. 32 della l.r. Lazio 33/87 prevede a carico di chi fruisce dell'alloggio, cedutogli al di fuori dei casi previsti dalla legge, una sanzione amministrativa pecuniaria contenuta nei limiti fissati dal richiamato terzo comma dell'art. 22-*bis*.

Alla luce delle esposte considerazioni deve concludersi per la dichiarazione di competenza del giudice di pace di Roma, con la conseguente rimessione della causa a detto giudice.

P.Q.M.

visto l'articolo 45 cpc, chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio, voglia dichiarare la competenza del giudice di pace di Roma a decidere sulla opposizione di cui in premessa, con i provvedimenti conseguenti.

(Roma, 13.3.2007)

Il P.G.
(Giampaolo Leccisi)

* È conforme la decisione del collegio: Cass. Sez. II (ord.), 28.11.2007 n. 24786.

6. Altre questioni di interesse

42. Fallimento – Crediti ammessi al passivo fallimentare – Interessi – Dichiarazione di fallimento resa da Tribunale dichiarato successivamente incompetente – ulteriore dichiarazione di fallimento adottata dal giudice competente – Sospensione del corso degli interessi – Decorrenza dalla prima sentenza, ancorché emessa da giudice (poi riconosciuto) incompetente, produttiva di effetti sostanziali – Coerenza con il sistema della riforma della disciplina del fallimento e con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo

(RG 10206/03)

IL P.G.

Le S.U. sono chiamate a dare soluzione alla questione di massima di particolare importanza concernente il seguente quesito: se, in caso di dichiarazioni di fallimento dello stesso imprenditore emesse da due diversi tribunali in tempi diversi, il corso degli interessi sui crediti chirografari debba ritenersi sospeso, ai sensi dell'art. 55 L.F., dalla dichiarazione di fallimento del primo tribunale, dichiarato incompetente dalla Corte di Cassazione in sede di decisione del regolamento di competenza, ovvero dalla successiva sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata dal giudice di cui sia stata affermata la competenza.

Nel sistema processuale del fallimento vigente fino alla riforma del 2006, mancava qualsiasi meccanismo processuale che rimediasse

alla doppia dichiarazione di fallimento in difetto di impugnazione di parte e che disciplinasse il sistema degli effetti sostanziali e della loro decorrenza nel caso di successione di pronunce convergenti. A tanto aveva posto rimedio il “diritto vivente”, prima ritenendo pacificamente esperibile il regolamento di competenza d’ufficio nel caso di doppia dichiarazione di fallimento, poi tendendo a consolidare la conclusione che gli effetti sostanziali della pronuncia di fallimento dovessero comunque risalire alla prima delle due dichiarazioni, ancorché “annullata” dalla Corte di Cassazione.

Adesso, proprio quando il legislatore ha definitivamente sanzionato la correttezza di quella interpretazione formulando il nuovo art. 9-bis, l’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite rimette in discussione il problema.

Le perplessità manifestate in tale ordinanza non appaiono convincenti e non adducono ostacoli giuridicamente insormontabili.

In primo luogo, non può ricavarsi alcun utile elemento di valutazione dalla circostanza che il conflitto positivo nel caso di doppio fallimento sia, da tempo immemorabile, il prodotto di una creazione giurisprudenziale. Il “diritto vivente”, ha infatti colmato una evidente lacuna legislativa e ha risolto il problema, correttamente, sulla base delle regole generali. Fra queste regole emerge soprattutto l’esigenza che una vicenda fallimentare, che involge l’intero patrimonio presente e futuro del debitore ed impone il concorso di tutti i suoi creditori, si svolga in un unico contesto procedurale.

In secondo luogo, va considerato che potendo il fallimento essere aperto d’ufficio e la sua dichiarazione potendo divenire irretrattabile per l’inerzia delle parti interessate, la rimozione dell’anomalia connessa alla contestuale ed occasionale pendenza di due procedure identiche deve poter essere eliminata con analogo impulso ufficioso, destinato a neutralizzare la regola della stabilità della cognizione del giudice incompetente non oggetto di impugnazione, e ciò proprio per la prevalenza della regola di unitarietà che è inderogabilmente consustanziale al fallimento.

Tanto non è contrastato dalla considerazione che la pronuncia regolatrice travolge tutta la decisione e che vi è una regola positiva secondo cui gli effetti del fallimento decorrono tutti dalla sentenza dichiarativa. Tale obiezione può essere superata osservando come si controverta, qui, in tema di doppia dichiarazione di fallimento, ciascuna delle quali ha prodotto effetti rispetto ai soggetti coinvolti (debitore, creditori e terzi aventi causa). E propendere per la soluzione della decorrenza di tutti gli effetti dalla sentenza “sopravvissuta” sarebbe causa di squilibri insanabili per tutti.

Se infatti viene annullata in sede di regolamento di competenza la prima sentenza, resterebbero salve – nel corso del secondo fallimento – tutte le posizioni soggettive maturate nel periodo intermedio fino alla sua apertura; ciò con grave pregiudizio per la parità di trattamento di tutti i creditori. Sopravvenendo, al contrario, il primo fallimento, le posizioni giuridiche accertate nel secondo dovrebbero essere altrimenti differenziate in danno degli altri quanto alla decorrenza del concorso sostanziale.

Né vale cercare di mettere in crisi il caposaldo su cui poggiano le decisioni maggioritarie in ordine alla distinzione tra effetti processuali ed effetti sostanziali della pronuncia di fallimento, e neppure vale osservare che in caso di conflitto virtuale il tribunale indicato come competente non sia vincolato al pregresso accertamento dei presupposti soggettivi ed oggettivi del fallimento, una volta che la pronuncia regolatrice ha comunque travolto tutta la precedente dichiarazione di fallimento. Un tale ordine di considerazioni, infatti, indulge su argomenti privi di consistenza, e non tiene conto che il conflitto sollevato dal giudice successivamente adito si giustifica proprio per il fatto che quest'ultimo abbia rilevato la necessità di dichiarare il fallimento secondo regole di competenza inderogabile e abbia accertato l'esistenza di una precedente pronuncia emessa in violazione di siffatte regole.

In conclusione, dovendosi ritenere che la pronuncia di incompetenza non comporta la nullità della dichiarazione di fallimento, e che la procedura prosegue, ai sensi dell'art. 50 c.p.c., dinanzi al giudice individuato come competente, gli effetti della dichiarazione di fallimento, tra i quali la sospensione del corso degli interessi sui debiti chirografari di cui all'art. 55 L.F., devono essere ricondotti alla prima sentenza.

(Roma, 4 dicembre 2007)

Il P.G.
(Domenico Iannelli)

** La conclusione del P.G. è pienamente in linea con la soluzione del problema data dalla Corte regolatrice: S.U. 18.12.2007, n. 26619.*

43. Condominio negli edifici – Spese condominiali – Obblighi assunte nei confronti dei terzi dall'amministratore o comunque nell'interesse del condominio – Solidarietà passiva dei condomini – Contrasto di giurisprudenza – Affermazione della natura solidale del debito

(RG 16759/03)

IL P.G.

Osserva: le S.U. sono chiamate a comporre il contrasto di giurisprudenza sulla questione della natura della responsabilità dei condomini relativamente alle obbligazioni contratte nei confronti dei terzi dall'amministratore del condominio.

Il contrasto deve essere composto privilegiando l'orientamento prevalente secondo cui per le obbligazioni contratte dall'amministratore nel comune interesse i condomini sono solidamente responsabili nei confronti dei terzi: in tal caso, infatti, opera la presunzione sancita dall'art. 1294 c.c. quando più debitori sono obbligati, ai sensi dell'art. 1292 c.c., per la medesima prestazione, se dalla legge o dal titolo non risulti diversamente.

Le obbligazioni, assunte dall'amministratore in nome e per conto del condominio (ente questo di gestione privo di personalità giuridica), sono direttamente riferibili ai condomini, essendo l'Ufficio dell'amministratore di condominio assimilabile al mandato con rappresentanza. Ciascun condominio, infatti, conserva autonomamente la quota ideale ed astratta sulla cosa comune e può agire individualmente per la difesa del proprio diritto. Il condominio si presenta come una organizzazione al solo fine dell'uso e del godimento della cosa comune, e quindi non determina, nei riflessi esterni, l'interruzione del vincolo di solidarietà. Una riprova della correttezza di tale tesi la si ha ove si consideri l'ipotesi che ad assumere l'obbligazione nei confronti del terzo relativamente alla cosa comune siano, in luogo dell'amministratore, tutti i condomini di persona. In tal caso, se dal titolo non dovesse risultare la parzialità dell'obbligazione, nel senso che ciascun condomino assume l'obbligazione di pagamento in proporzione alla propria quota di partecipazione alla cosa comune, il vincolo da ciascun condomino assunto ha senz'altro natura solidale.

La norma di cui all'art. 1123 c.c. non ha una valenza esterna, in quanto la sua funzione è di disciplinare la ripartizione interna degli oneri nell'ambito condominiale, come appare evidente dal titolo della rubrica ("ripartizione delle spese"). E a ciò occorre aggiungere che nel testo della norma si fa riferimento, per la ripartizione delle spese, ai criteri dell'uso e dell'utilità delle cose comuni, il che conforta la conclusione che l'art. 1123 ha la finalità di regolare i rapporti fra i partecipanti al condominio. Anche l'art. 63, 2° comma disp. att. c.c., che disciplina l'obbligazione di contribuzione alle spese condominiali, regola le relazioni all'interno del condominio.

Nella materia delle obbligazioni con pluralità di soggetti passivi, il principio generale è quello di cui all'art. 1294 c.c., cioè della presunzione di solidarietà per l'ipotesi che più persone siano obbligate per la stessa prestazione, a meno che il contrario non risulti dal titolo o dalla legge. Nella specie, per contrastare l'operatività di tale principio, non vale invocare gli artt. 752, 754 e 1295 c.c. Le prime due norme sono dettate in materia di divisione ereditaria, in particolare l'art. 752 disciplina la ripartizione interna tra i coeredi dei debiti ereditari, mentre l'art. 754 prevede, in via eccezionale e in deroga alla presunzione di cui all'art. 1294 c.c., che i creditori del *de cuius* possono pretendere nei confronti di ciascun coerede l'adempimento della prestazione divisibile in misura non eccedente la rispettiva quota ereditaria. L'art. 1295 stabilisce poi che l'obbligazione si divide tra gli eredi di uno dei debitori o dei creditori in solido in proporzione alle loro quote. Tali norme in particolare quelle degli artt. 754 e 1295 c.c., in quanto prevedono in favore degli eredi deroga al principio generale di cui all'art. 1294 c.c., non sono suscettibili di applicazione analogica al diverso settore della proprietà condominiale, in quanto non sussiste una medesima ratio.

In conclusione, nella materia condominiale l'applicazione dell'art. 1292 c.c. trova fondamento nella comunione di interessi fra i condomini, essendo l'obbligazione il mezzo con cui ciascun debitore si procura la controprestazione. Inoltre, va sottolineato che le obbligazioni che i condomini assumono, per il tramite dell'amministratore, ove siano dirette a soddisfare i bisogni della collettività condominiale, non sono distinte o indipendenti le une dalle altre, ma si presentano necessariamente connesse in virtù dello scopo perseguito.

(Roma, 4 marzo 2008)

Il P.G.
(Domenico Iannelli)

** La Corte di cassazione è andata in diverso avviso, ritenendo il carattere parziario dell'obbligazione, in misura proporzionale alla quota, in applicazione di criteri analoghi a quelli delle obbligazioni ereditarie: S.U. 8.4.2008, n. 9148.*

44. Successione ereditaria – Crediti ereditari – Riparto automatico di essi in proporzione alle quote di ciascun erede – Esclusione – Inclusione dei crediti nella comunione ereditaria – Affermazione

(RG 15175/03)

IL P.G.

(*Omissis*) La decisione del primo motivo di ricorso è influenzata dalla soluzione che occorre dare al contrasto di giurisprudenza segnalato dall'ordinanza della sezione lavoro.

Per la dottrina tradizionale i debiti e i crediti del *de cuius* si dividono automaticamente tra i coeredi in ragione delle rispettive quote, in base al principio romano secondo cui "*nomina et debita ipso iure dividuntur*". Questa tesi, certamente da condividere per i debiti, essendo la ripartizione automatica di essi espressamente sancita dall'art. 752 c.c., non può invece essere condivisa per i crediti, in ordine ai quali – come è stato esattamente ritenuto – non esistono disposizioni analoghe, ma al contrario si rinvengono regole che portano a concludere che essi rimangono in comunione.

Anzitutto va considerato l'art. 727, che, dettato in tema di formazione delle porzioni, stabilisce che le porzioni debbono essere formate comprendendo nelle stesse, oltre ai beni immobili e mobili anche i crediti di eguale natura e qualità, in proporzione all'entità di ciascuna quota. Il riferimento ai crediti è la prova evidente che essi facevano parte della comunione.

Va poi considerato l'art. 757 il quale prevede che il coerede al quale siano assegnati tutti i crediti o l'unico credito del *de cuius* è reputato il solo successore nei crediti dal momento dell'apertura della successione. Anche questa disposizione evidenzia che i crediti ricadono nella comunione ereditaria, e non si ripartiscono tra gli eredi in modo automatico.

Ancora va considerato l'art. 760, secondo cui non è dovuta garanzia per l'insolvenza del debitore di un credito assegnato ad uno dei coeredi, se l'insolvenza è sopravvenuta soltanto dopo che è stata fatta la divisione. Questa norma, infatti, presuppone implicitamente che il credito faceva parte prima della comunione.

A sostegno della tesi contraria dell'automatica ripartizione dei crediti tra coeredi è stato invocato l'art. 1301. E' stato detto che, mentre caratteristica della comunione è che le quote dei contitolari del diritto si espongono in conseguenza della rinuncia alla propria quota del singolo partecipante, nell'ipotesi dei crediti la rinuncia di uno dei creditori in solido libera il debitore verso gli altri creditori solo per la quota spettante al primo. Questo argomento è stato correttamente confutato con la considerazione che in materia successoria, poiché viene in rilievo il concetto di quota astratta, la liberazione del debitore è subordinata all'assegnazione del credito o porzione di credito al rinuncian-

te, con la conseguenza che, se il credito sia attribuito con la divisione ad altro erede, la rinuncia resta priva di qualsiasi effetto giuridico. Questa è la riprova che il credito non si divide automaticamente, ma viene ripartito tra i coeredi con la divisione.

Altra norma invocata a sostegno della ripartizione dei crediti è l'art. 1295, ma questa norma vuole soltanto esprimere l'assenza di solidarietà tra gli eredi di un debitore o creditore in solido, e non prende posizione sul fatto che i crediti facciano parte oppure no della comunione ereditaria.

Ritenuto, quindi, che il credito ereditario deve essere considerato come facente parte della comunione, occorre fare un passo ulteriore e ritenere che tale credito non appartiene agli eredi individualmente considerati, ma piuttosto agli eredi, quali contitolari dell'intero patrimonio ereditario. In sostanza, i crediti ereditari, in quanto indivisi, appartengono ad un patrimonio che solo nel suo complesso è oggetto di comunione tra gli eredi.

Conseguenza di tale impostazione è che la legittimazione all'esercizio dell'intero credito ereditario indiviso spetta anzitutto a tutti gli eredi congiuntamente e in subordine a ciascun coerede, il quale agisce in via surrogatoria per pretendere dal debitore l'adempimento, e non può disporre dei diritti spettanti al patrimonio comune (*Omissis*).

(Roma, 9 ottobre 2007)

Il P.G.
(Domenico Iannelli)

** Sul punto, la pronuncia della Corte di cassazione è nel medesimo senso: S.U. 28.11.2007, n. 24657.*

45. Competenza – Azione per il risarcimento del danno nei confronti di istituto bancario, per il mancato adempimento di obbligazioni contrattuali derivanti dalla sottoscrizione di titoli (bonds argentini) sospesi – Contestuale e cumulativa azione per risarcimento del danno extracontrattuale nei confronti della CONSOB in relazione al mancato esercizio di poteri di vigilanza e sorveglianza sugli istituti di credito – Ammissibilità – Effetti sulla competenza – Qualificazione da parte del giudice adito della domanda verso la CONSOB come “strumentale” ai fini di radicare la competenza presso di lui – Erroneità, anche alla stregua della giurisprudenza della S.C. in tema di poteri e responsabilità dell'istituto di vigilanza – Irrilevanza di pregresse interpretazioni re-

strittive della responsabilità della CONSOB, peraltro produttive di deficit di tutela rispetto alle corrispondenti ipotesi regolate in altri paesi dell'Unione

(RG 3419/08)

IL P.G.

rileva che B.F., con ricorso regolarmente notificato, propone istanza di regolamento di competenza avverso la sentenza del tribunale di Roma che ha dichiarato la propria incompetenza territoriale nel giudizio ivi instaurato, dall'odierno ricorrente a) nei confronti della BANCA POPOLARE di MILANO s. coop. a r.l., in relazione al mancato adempimento delle obbligazioni contrattuali derivanti dalla sottoscrizione presso la banca convenuta di titoli obbligazionari emessi dalla Repubblica di Argentina, cd. "bonds argentini", il pagamento delle cui cedole era stato sospeso, con il conseguente risarcimento dei danni, b) della CONSOB in relazione all'inosservanza dei propri doveri istituzionali di sorveglianza e vigilanza sugli istituti di credito e connessa domanda di risarcimento dei danni. La sentenza impugnata ha dichiarato l'incompetenza per territorio sulla domanda proposta contro la BANCA POPOLARE di MILANO s. coop. r.l., in favore della competenza alternativa del Tribunale di Milano e di Velletri, rispettivamente luoghi della sede centrale della Banca e della agenzia, avendo ritenuto insussistente il criterio di collegamento (art.33 c.p.c.) con la domanda proposta contro la CONSOB in ragione della strumentalità ed artificiosità della *vocatio*, come si rivelerebbe dalla diversità dei titoli della domanda (contrattuale verso la Banca ed extracontrattuale verso la CONSOB), dall'inesistenza di istanze istruttorie, dalle conclusioni della citazione introduttiva, dalla genericità degli addebiti rivolti alla Consob, dalla mancata individuazione dei poteri ad essa ascrivibili in materia e dalla ripetuta *vocatio* presso il tribunale di Roma, nonostante la già effettuata dichiarazione di incompetenza. La stessa sentenza ha anche pronunciato nel merito della seconda domanda, qualificata come di responsabilità extracontrattuale, rigettandola per assoluta mancanza di rapporto di causalità tra la posizione della CONSOB e gli atti di intermediazione intercorsa tra banca e cliente. L'odierno ricorrente deduce l'insufficienza, contraddittorietà ed illogicità della sentenza evidenziando che: a) la domanda non è assolutamente generica giacché è ben evidenziata la ragione (omessa vigilanza e violazione dei doveri di legge e del regolamento Consob) ed il titolo giuridico (art. 2043 c.c.) su cui essa si fonda e che, del resto, lo stesso tribunale mostra di avere compreso come emerge dalla motivazione di

rigetto nel merito della domanda, b) la sentenza ha motivazione illogica ed insufficiente laddove afferma che la domanda è priva di allegazione probatoria, mentre in atti vi è espressa richiesta di ordine di esibizione, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., "delle segnalazioni pervenute in merito alla Consob" nonché richiesta di interpello formale del Presidente Consob sulla circostanza riportata in ricorso "vero che a far data dal 1999 sono pervenute in Consob segnalazioni di comportamenti anomali compiuti dalla banca convenuta in ordine alla negoziazione di *bonds* argentini"; c) illogicità ed insufficienza della motivazione nella parte in cui invoca i precedenti contrari del tribunale di Roma in tema di competenza.

Osserva

1. (Omissis: sul problema della necessità della formulazione del quesito di diritto in sede di regolamento di competenza, si rinvia ai documenti nn. 27 e 28).

2. Il ricorso è non solo ammissibile ma anche fondato. Invero, come posto in evidenza dal ricorrente, il tribunale di Roma ha concluso per la artificiosità e la strumentalità della domanda di risarcimento danni rivolta alla Consob mediante motivazione che, oltre ad apparire contraddittoria rispetto al successivo esame nel merito della stessa domanda, si rivela illogica ed insufficiente nella parte in cui ritiene puramente assertiva la condotta imputata alla Consob senza tener conto delle espresse istanze istruttorie proposte con le quali si specificavano le attività omesse e si tendeva all'accertamento dell'esistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri e doveri che incombevano alla Consob. E che non si tratti di domanda capziosa o del tutto pretestuosa si desume anche dalla giurisprudenza che si è interessata del problema. Sul punto, lo stesso tribunale di Roma (Trib. Roma, 13 giugno 2005) ha ritenuto che l'eccezione di incompetenza territoriale non fosse fondata sussistendo l'invocata connessione per l'oggetto, dal momento che — a prescindere dalla sua fondatezza, che è questione attinente al merito — l'attore ha formulato una domanda di condanna solidale dei convenuti, sia pure per titoli diversi; ciò che giustifica, e comunque rende opportuna anche in considerazione della parziale connessione delle questioni da decidere, la deroga alla competenza territoriale in ordine alle domande proposte nei riguardi della banca convenuta (art. 33 e 103, 1° comma, c.p.c.). Né la trattazione unitaria delle due cause comporta ritardi o rende più gravoso il giudizio, posto che il collegio è in condizione di deciderle simultaneamente. Del resto, ai fini della valutazione *prima facie* del ricorso ad un convenuto fittizio, solo artificioso e strumentale allo spostamento della competenza,

non può non essere considerata - indipendentemente dall'esito del processo- anche l'esistenza e tutelabilità, in via di principio, del diritto posto a fondamento della domanda. Ebbene, sul punto, la cassazione in due pronunce a sezioni unite, sia pur in tema di regolamento di giurisdizione, ha avuto modo di chiarire, Cass., sezioni unite civili; ordinanza, 29.07.2005, n. 15916 che " la vigilanza sul mercato mobiliare si esplica mediante l'esercizio di una serie di «poteri» nei confronti dei «soggetti abilitati», diretti ad assicurare che i loro comportamenti siano «trasparenti e corretti» e che la loro gestione sia «sana e prudente» (art. 5 e 91 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58). La posizione di tali soggetti, rispetto all'autorità di vigilanza, si puntualizza in situazioni soggettive correlate all'esercizio dei poteri di vigilanza che si configurano, in linea di massima, come «interessi legittimi. Diversa è la posizione dei risparmiatori. Su di essi l'autorità di vigilanza non esercita, infatti, alcun «potere», poiché si tratta di soggetti che tale autorità è invece tenuta a tutelare (art. 5 e 91 d.lgs. 58/98). La posizione dei risparmiatori nei confronti dell'autorità di vigilanza assume conseguentemente la consistenza di un diritto soggettivo (Cass. 6719/03, cit.); diritto che, non essendo collegato ad alcuna relazione di potere con la pubblica amministrazione, in caso di violazione, deve essere tutelato innanzi al giudice ordinario. Tanto più quando, come nel caso di specie, l'azione proposta trovi il suo fondamento all'esercizio di un «comportamento» illecito della pubblica amministrazione e sia diretta a conseguire il risarcimento dei danni subiti". Ed ancor prima con Cass., S.U. civili, ordinanza 2.05.2003, n. 6719 ha affermato la possibilità di affermare appunto una tale " responsabilità, nel campo di materia individuato dal complesso di poteri e compiti delle autorità di vigilanza con riferimento anche una seconda classe di controversie, che si caratterizza per il tratto di dare luogo ad un rapporto, tra utente del servizio ed autorità che vi è preposta, allorché il modo in cui la vigilanza è stata svolta o non svolta assurge a fonte di danno". Nessun rilievo può assumere che poi, in concreto e nel merito, lo stesso tribunale capitolino, affrontando il tema della responsabilità aquiliana della Consob per omessa vigilanza, l'abbia esclusa nella specie ritenendo che non sia imputabile alla Consob un potere-dovere di vigilanza circa eventuali condotte irregolari degli intermediari (ex art. 8, 10 e 12 t.u.f.), a prescindere da segnalazioni di specifici inadempimenti degli intermediari agli obblighi comportamentali previsti dall'art. 21 t.u.f., provenienti da soggetti privati qualificati (quali, tra gli altri, collegi sindacali delle società di intermediazione finanziaria abilitate o società di revisione contabile, ex art. 8 t.u.f.), ovvero dalla stes-

sa Banca d'Italia (che deve operare in modo coordinato con la Consob, cui è tenuta a segnalare le irregolarità rilevate nell'esercizio dell'attività di vigilanza, ai sensi degli art. 5, 5° comma, e 10, 2° comma, t.u.f.) o anche da risparmiatori e loro associazioni. Una statuizione, nel merito, volta a delimitare (seppure in via interpretativa) lo spettro dei doveri di vigilanza esigibili dalla Consob (e quindi la correlativa responsabilità), in assenza di regole positive stabilite dal legislatore, che determina una situazione che la dottrina definisce di " scarsa *legal protection* assicurata ai nostri vigilanti (al contrario di altri paesi europei, quali la Francia, la Gran Bretagna e la Germania, dove da tempo vige una disciplina ad hoc)".

3. Un ultimo rilievo circa la rilevanza che il Tribunale di Roma ha assegnato ai numerosi precedenti che si sarebbero conclusi con l'accoglimento dell'eccezione pregiudiziale di incompetenza, per derivarne l'ulteriore prova di strumentalità della domanda verso CONSOB. Sul punto va considerato che la domanda – oggetto del presente ricorso - è stata notificata a novembre del 2005 (la sentenza citata sub 2, di esito favorevole all'odierno ricorrente è del giugno 2005, né risulta quando è stata depositata); a novembre del 2005, non è dimostrato che la stessa giurisprudenza del tribunale di Roma si fosse ancora " stabilizzata". Vi è anche da segnalare che lo stesso ricorrente con l'istanza di prelievo e di fissazione di udienza, depositata il 10 luglio del 2008, dà atto del capovolgimento dell'orientamento del tribunale di Roma e evidenzia la pendenza di circa trecento giudizi pendenti. Le evidenziate circostanze inducono alle seguenti conclusioni:

1. decidere "nel merito" la questione sottoposta dal regolamento, previo riconoscimento della sua ammissibilità, ovvero ai sensi dell'art. 363, 3 comma, c.p.c.;
2. accogliere il ricorso anche con riferimento al terzo profilo dell'impugnazione, in quanto la valutazione circa l'eventuale artificiosità della domanda verso CONSOB deve essere valutata con riferimento alla data di notifica della domanda e che, sul punto, non pertinente ed insufficiente è la motivazione della sentenza impugnata;
3. evidenziare che, nella fattispecie, l'avvenuta stabilizzazione dell'orientamento del tribunale di Roma potrà valere per il futuro nell'ambito della valutazione di eventuali nuove domande.
4. dichiarare infondata l'eccezione della Banca popolare di Milano in quanto la proposizione del regolamento, pur se effettuata prima della comunicazione della cancelleria, è avvenuta comunque dopo

il deposito della sentenza (notifica regolamento: 12 luglio 2007, deposito della sentenza: 26 aprile 2007).

P.Q.M.

visto l'art. 375 c.p.c., chiede che la Corte di cassazione, in camera di consiglio, accolga il ricorso, con le conseguenze di legge.

(Roma, 28 agosto 2008)

Il P.G.

(Riccardo Fuzio)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

46. Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale – Interpretazione dell'art. 134 D.Lgs n. 30/2005 – In particolare, significato da attribuire all'espressione "fattispecie che non interferiscono neppure indirettamente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale" di cui alla citata norma – Azione di accertamento della nullità di brevetto riflettente progetto tecnicamente alternativo (per mancanza dei requisiti di industrialità, novità, altezza inventiva) e azione di accertamento di condotta denigratoria asseritamente realizzata dai titolari del brevetto stesso, con conseguente condanna di questi ultimi al risarcimento dei danni – Competenza della sezione specializzata in ordine a tale seconda domanda – Esclusione.

(R.G. 15041/2008)

IL P.G.

Visto il ricorso per regolamento di competenza proposto dal Consorzio "Venezia Nuova" in relazione alla sentenza del Tribunale di Venezia, sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, n. 1033/2008 resa in data 18.4.2008 e depositata in data 30.4.2008, con la quale è stata dichiarata l'incompetenza per materia del predetto Tribunale "relativamente alla domanda svolta con riferimento alla contestata condotta diffamatoria dei convenuti" V. D.T., G.S. e P.V.; osserva:

Analizzando – per evidenti ragioni di pregiudizialità logico-giuridica – il secondo motivo di ricorso (e relativo quesito di diritto) formulato dal Consorzio ricorrente - va premesso che – come può argomentarsi da pronunce di codesta Corte riflettenti controversie appartenenti alla competenza di sezioni specializzate (cfr. Cass. n. 19984 del

7.10.2004) - anche a seguito del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, istitutivo del giudice unico di primo grado, il quale ha novellato (con l'art. 14) l'art. 48 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 e introdotto (con l'art. 56) nel codice di procedura civile una nuova sezione (la VI - bis nel capo I del titolo I del Libro I) dedicata alla composizione del Tribunale (artt. 50-bis - 50-quater cod. proc. civ.), la questione relativa alla devoluzione di una controversia ad una sezione specializzata (nel caso di cui alla pronuncia citata, quella agraria) presso il Tribunale o a quello stesso Tribunale in composizione ordinaria (monocratica o collegiale che sia) continua a costituire questione di competenza e non di mera ripartizione degli affari all'interno di un unico ufficio giudiziario, di guisa che è stato ritenuto, di conseguenza, ammissibile il conflitto di competenza d'ufficio, allorquando uno di tali organi contesti la propria competenza individuata dall'altro.

Pertanto, correttamente il Tribunale di Venezia ha emesso non un provvedimento ordinatorio relativo al riparto interno delle controversie tra le varie sezioni, ma una sentenza, come tale impugnabile con regolamento di competenza.

Quanto al merito della problematica sollevata (primo motivo di ricorso e relativo quesito di diritto), l'impugnata sentenza appare non censurabile, di guisa che il ricorso va - a giudizio di questo Ufficio - respinto.

Ed invero, la domanda proposta dall'odierna ricorrente riflette:

- 1) l'accertamento della condotta denigratoria posta in essere dai convenuti nei confronti del Consorzio su organi di stampa e, segnatamente, della violazione dei diritti all'identità personale, integrità professionale e reputazione economica dello stesso, con riferimento all'elaborazione del c.d. sistema Mo.S.E. (realizzazione di misure per la salvaguardia della città di Venezia dal fenomeno dell'acqua alta), con conseguente condanna al risarcimento dei danni da liquidarsi in separato giudizio e la pubblicazione della sentenza su quotidiani e riviste;
- 2) l'accertamento della nullità del brevetto italiano n. 1.324,484 rilasciato in data 2.11.2004, di titolarità dell'ing. V.D.T. relativo ad un progetto alternativo rispetto a quello del consorzio e denominato "paratoia a gravità", per asserita mancanza dei requisiti di industrialità, sufficiente descrizione, novità ed altezza inventiva.

Orbene, il problema della competenza della sezione specializzata adita anche con riferimento alla domanda riflettente la presunta condotta diffamatoria dei convenuti - competenza declinata dal Tribunale di Venezia con la sentenza meglio indicata in epigrafe - va risolto alla stregua del dettato dell'art. 134 del d.lgs. n. 30/2005.

Con tale norma, il legislatore - come è stato rilevato anche da autorevole dottrina - ha sostanzialmente riscritto l'art. 3 del d.lgs. n. 168/2003, secondo alcuni notevolmente ampliando la competenza delle sezioni specializzate, con riferimento alla concorrenza sleale esclusa solo per le fattispecie "che non interferiscono neppure indirettamente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale".

Siffatta impostazione viene recepita anche dalla pronuncia de qua, come si evince dall'incipit della motivazione ("l'art. 134 c.p.i. ha indubbiamente determinato un ampliamento della competenza per materia delle Sezioni Specializzate..."). Essa si fonda anche sulle diverse espressioni linguistiche delle due norme *de quibus*, essenzialmente sul rilievo che, in quella del 2003, si fa perno su un criterio inclusivo relativo alla competenza in parola ("...", nonché fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale"), mentre in quella del 2005 ci si fonda su un criterio negativo ("...con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono...").

Tuttavia, codesta Corte (cfr. ord. 9.4.2008, n. 9167) ha ritenuto, per contro, la sostanziale omogeneità tra la previsione dell'art. 134 e quella dell'art. 3 cit., costituendo l'una e l'altra il logico sviluppo della previsione della legge-delega, appunto sul presupposto che "quella affermata dal legislatore delegato del 2005, invero, non rappresenta altro che l'esplicitazione di un significato già presente nella formulazione dell'originaria disposizione".

Certo - come altra pronuncia di codesta Corte argomenta (cfr. Cass. sez. I, ord. n. 16744/2008) - "il dato testuale, di perdurante non appagante chiarezza, ripropone nozione di interferenza inalterata rispetto alla previsione contenuta nell'art. 3 summenzionato, ma con mutata angolazione...".

In ogni caso, nell'una e nell'altra norma, - come entrambe le pronunce sopra menzionate pongono in rilievo - il legislatore ha utilizzato un'espressione atecnica ed inusuale ("interferenza") nel lessico processuale il quale piuttosto conosce gli istituti della connessione e della accessorietà, il che deve necessariamente indurre l'interprete ad individuare un ambito di operatività del concetto di interferenza che non si risolva in quelli già noti al codice di rito.

Ciò ha indotto codesta Corte (v. ancora, ord. n. 9167/2008 cit.) a rifiutare un approccio - realizzato da parte della giurisprudenza di merito - che involga interpretazioni estensive ovvero restrittive della disposizione normativa ed a ritenere, per contro, fondamentale soltanto l'interpretazione proprio del concetto di interferenza, come si è detto

adottato dal legislatore non in sintonia con il comune lessico processuale, in conformità alla previsione della legge di delegazione.

Alla stregua di detti principi, si è pervenuti alla conclusione che deve escludersi che possa essere attribuita alle Sezioni specializzate tutta la materia della concorrenza sleale, giacché una simile ricostruzione contrasterebbe anche con la lettera della legge e, quindi, nel senso che - in tema di controversie aventi ad oggetto fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale, devolute dall'art. 3 del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 alla competenza delle sezioni specializzate presso i Tribunali - il criterio di attribuzione non coincide con gli istituti della connessione e dell'accessorietà di cui agli artt. 31 e 40 cod. proc. civ., essendo sufficiente, per affermare la predetta competenza, un collegamento per cui la domanda di concorrenza sleale o di risarcimento del danno richieda anche solo indirettamente l'accertamento dell'esistenza di un diritto di proprietà industriale ed intellettuale (codesta S.C., regolando la competenza in favore della sezione specializzata del Tribunale in materia di proprietà industriale ed intellettuale, ha - nella fattispecie al suo esame - affermato rientrarvi la controversia nella quale la asserita titolare di privativa di un sistema di gestione nel settore dell'infortunistica aveva chiesto l'inibitoria all'utilizzo, attraverso comportamenti slealmente concorrenziali, della propria denominazione commerciale protetta).

Orbene, applicando tali principi al caso di specie, va ritenuto che non sussiste un effettivo vincolo di interferenza tra la domanda di nullità del brevetto n. 1.324,484 - di cui, peraltro, risulta essere titolare solo V.D.T. e non gli altri convenuti (e il dato non è di certo irrilevante) - e quella di accertamento della dedotta responsabilità civile per diffamazione.

Il dato fattuale da cui è necessario partire è la diversità, anzi l'alternatività dei due sistemi in discussione di cui entrambe le parti rivendicano la rispettiva superiorità tecnico-scientifica: tanto si evince con chiarezza anche e soprattutto dall'ampia rassegna stampa di cui in atti (in cui si parla - da parte degli odierni resistenti - del progetto Mo.S.E. come "poco sicuro", "un errore", "opera non reversibile" e, d'altro canto, del carattere vantaggioso e "flessibile" della paratoia a gravità etc.; v., in particolare, articolo-lettera aperta al Presidente del Consiglio pro-tempore, su *Il Gazzettino di Venezia* del 7.3.2007), di guisa che - secondo le corrette, decisive affermazioni di cui alla impugnata pronuncia - da un lato l'accertamento della validità, funzionalità, novità, altezza inventiva etc. del brevetto di titolarità di V.D.T.

non sarebbe di certo idoneo ad escludere l'eventuale sussistenza della dedotta condotta denigratoria, ove si accertasse che essa abbia travalicato i limiti dell'esercizio del diritto di critica, mentre, al contrario, l'eventuale invalidità del brevetto medesimo non avrebbe alcuna influenza sulla sussistenza della diffamazione ove fosse accertato il rispetto di tali limiti (v. pagg. 3-4 della sentenza).

Lo stesso ricorrente - di fatto - dimostra di concordare, almeno in parte, con tale impostazione laddove scrive che "nel caso in cui il brevetto dell'ing. V.D.T. dovesse essere ritenuto valido, ciò non comporterebbe l'automatico rigetto della domanda di risarcimento del danno formulata dal Consorzio sulla base della campagna diffamatoria dei convenuti...", mentre finisce con il contraddire siffatto criterio laddove - a contrario - sostiene che, per contro, "la nullità del brevetto dell'ing. V.D.T. integrerebbe (...) uno dei fatti costitutivi del diritto del Consorzio al risarcimento del danno..." (v. ricorso, pagg. 17-18).

In altri termini, le condotte diffamatorie secondo il Consorzio realizzate dai convenuti si riferiscono a lettere e, soprattutto, ad articoli di stampa - di cui in atti - che si inseriscono nell'ampio ed aspro dibattito relativo alla tipologia ed alla efficacia delle opere a salvaguardia di Venezia e della sua laguna.

Esse si collocano al di fuori di un contesto strettamente concorrenziale, tanto che - come viene giustamente argomentato in sede di controricorso - neppure il Consorzio ricorrente ha configurato il compimento di atti di concorrenza sleale, ma ha sostanzialmente collegato la presunta diffamazione non al brevetto, ma all'attività del Consorzio (cfr. *amplius infra*).

La c.d. *exceptio veritatis* - come correttamente rileva la sentenza del Tribunale di Venezia - avrebbe semmai dovuto coinvolgere il funzionamento del sistema Mo.S.E. allo scopo di valutare l'accusa di incompetenza rivolta dai convenuti ai tecnici ed esperti del Consorzio, ma non certo il progetto alternativo di V.D.T..

Le domande di accertamento della nullità del brevetto di V.D.T. e quella riflettente la presunta condotta diffamatoria non possono, quindi, stimarsi connesse né per l'oggetto né per il titolo, né peraltro le stesse presentano identità effettiva di questioni da risolvere *ex art.* 103 c.p.c. (c.d. connessione impropria).

La lamentata diffamazione si inserisce - come già di diceva - in un dibattito di ordine tecnico in cui il problema del carattere lesivo delle espressioni adoperate, e quindi il superamento dei limiti del diritto di critica, non è connesso alla funzionalità del sistema proposto ovvero dalla validità o nullità del relativo brevetto.

Non è, quindi, esatto sostenere (cfr. ricorso, pagg. 3-4) che l'ing. V.D.T., promuovendo una "vasta campagna diffamatoria sugli organi di stampa", nel contesto di una "strategia di attacco a tutto campo del Consorzio" è "come se (...) avesse contestato al Consorzio la violazione dei suoi diritti sul brevetto sulla paratoia a gravità" (brevetto n. 1.324,484 cit.), così come non è esatto affermare che le diffide effettuate (cfr., in particolare, documenti nn. 29-31 V.D.T.) riflettessero "minacce di azioni legali dirette a far condannare il Consorzio di contraffazione del brevetto medesimo".

Dall'esame dei richiamati atti, si evince pur sempre ed essenzialmente il disappunto dell'ing. V.D.T. per le "valutazioni non positive sulla prospettata alternativa" (quella da lui proposta, appunto) da parte di tecnici nominati dal Magistrato delle Acque e dagli esperti.

E' vero che, nel contesto della missiva di cui all'all.to n. 29, V.D.T., tramite il suo difensore, fa presente di avere "buoni motivi per temere un uso improprio del procedimento da lui brevettato estrinsecantesi vuoi in uno studio di fattibilità fatto sulla base di dati di progetto diversi da quelli imposti dalla legge speciale utilizzati per il Mo.S.E. e come tale non confrontabile numericamente, vuoi utilizzando un modello sbagliato benché basato sui dati forniti nel progetto di massima che è stato eseguito nel rispetto di tutti i dati di progetto del Mo.S.E. e i requisiti imposti dalla legge speciale" e, dopo aver lamentato che non erano state fornite idonee spiegazioni sulle motivazioni tecniche per le quali il progetto delle paratoie a gravità era da considerarsi "non idoneo" – ed è questo l'aspetto fondamentale dell'intera vicenda - "diffida da qualunque utilizzo e applicazione del procedimento non previamente concordato ed autorizzato"; ma è pur vero che, da un lato, i difensori del Consorzio (cfr. all.to. n. 30) comprensibilmente dichiarano di non capire il significato della "diffida" "perché nessuna violazione brevettale è stata imputata al Consorzio dall'ing. V.D.T. e che, dall'altro, nella successiva missiva in data 19.4.2006, l'avv. M., nell'interesse di V.D.T. ed in sintonia con le risultanze degli atti, auspica una valutazione del progetto V.D.T. da parte di "professionisti esperti", esalta le caratteristiche dello stesso ed espressamente ribadisce che "certamente non c'è un rapporto di concorrenza formalmente riconosciuto tra" V.D.T., "libero professionista che propone, autonomamente e pubblicamente una soluzione innovativa, e il Consorzio "Venezia Nuova"...".

In definitiva – come si sostiene in sede di controricorso (cfr. pag. 11) e, comunque, si evince dai brani sopra riportati e dal complessivo tenore della corrispondenza tra i legali delle parti – l'ing. V.D.T. chiedeva spiegazioni al Consorzio, a seguito di informazioni apparse sulla

stampa, di presunte sperimentazioni (ossia prove comparative, verifiche tecniche) effettuate da parte del Consorzio sul suo progetto e di cui l'interessato non era stato in alcun modo informato; ma non si parlava di contraffazione del brevetto riflettente indiscutibilmente un progetto alternativo rispetto a quello del Consorzio (cfr. anche lettera al Gazzettino di V.D.T., doc. n. 23 parte ricorrente).

Per concludere, la presunta condotta diffamatoria realizzata da V.D.T. non appare connessa, neppure indirettamente, all'accertamento dell'esistenza di un diritto di proprietà industriale ed intellettuale; essa è ulteriore e diversa rispetto a dette ultime problematiche e non interferisce con le stesse per le ragioni correttamente poste in rilievo nell'impugnata sentenza, peraltro in sintonia con lo stesso comune significato del termine "interferenza" - che, come è noto, riflette i concetti di "contrasto", "intromissione", "inframmettenza" - e con quello che il termine de quo, emblematicamente, assume in fisica ove il medesimo evoca quello di sovrapposizione (e conseguente disturbo) di fenomeni della stessa natura, caratteristica che di certo manca nella fattispecie. Il ricorso va, pertanto, respinto.

P.Q.M.

chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio, rigetti il ricorso per regolamento di competenza di cui in premessa, con ogni consequenziale statuizione.

(Roma, 11 novembre 2008)

Il P.G.
(Luigi Riello)

** Alla data di redazione del testo la Corte di cassazione non si è ancora pronunciata.*

47. Trattamenti sanitari – Condizione di incoscienza prolungata (stato vegetativo irreversibile) – Manifestazione di volontà di interruzione del trattamento - Richiesta di interruzione da parte di rappresentante (genitore/tutore) in forza della manifestazione di volontà espressa o presunta quale manifestata in precedenza dalla persona divenuta incapace - Condizioni legittimanti: accertamento delle condizioni di irreversibilità dello stato vegetativo e ricostruzione della volontà della persona soggetta al trattamento – Decreto della Corte d'appello che autorizza l'interruzione – Impugnazione del Pubblico ministero presso la Corte d'appello – Inammissibilità, non essendo il p.m. legittimato all'impugnazione

per mancata previsione di un potere in tale senso – Non assoluta coincidenza tra il potere di azione e il potere di impugnazione – Irrilevanza della eventuale classificazione della causa come relativa allo stato e capacità delle persone trattandosi di materia relativa a diritti “personalissimi”

(RG 20817/2008)

IL P.G.

Osserva:

il ricorso è inammissibile per difetto di legittimazione del P.M..

Il potere del P.M. di proporre impugnazione, sia in via principale che in via incidentale, è espressione, infatti, del suo più ampio potere di assumere l’iniziativa del processo, e tale iniziativa gli è consentita solo nei casi stabiliti dalla legge. L’art. 69 c.p.c. stabilisce in modo tassativo i casi di legittimazione del P.M. ad esercitare azione civile. Si ritiene da taluno che dalla previsione della legittimazione ad agire in varie ipotesi nelle quali è ravvisabile l’esigenza di tutela di un interesse della collettività si possa dedurre che ogni qualvolta un interesse di tale natura si presenti debba essere riconosciuta al P.M. eguale legittimazione. Di conseguenza, quando la legge attribuisce la legittimazione ad agire a “chiunque vi abbia interesse, tale legittimazione deve essere attribuita anche al P.M.. Questa tesi potrebbe essere positivamente apprezzata, pur nel contrasto con la lettera dell’art. 69 c.p.c., soltanto qualora nel sistema legislativo non fosse compresa nessuna norma che, per il caso in cui oltre ad un interesse di singoli soggetti si presenti un interesse della collettività, preveda, accanto alla legittimazione di qualunque interessato, anche quella del P.M.. Ma nel testo stesso del codice civile si ritrovano, quanto meno, tre disposizioni nelle quali, in materia attinente alle persone, unitamente alla previsione generica della legittimazione ad agire di ogni interessato, è specificamente statuita la legittimazione del P.M.; tali norme sono l’art. 48, 1° comma, che concerne l’iniziativa per la nomina del curatore dello scomparso, l’art. 67 in relazione alla dichiarazione di esistenza in vita o all’accertamento della morte della persona di cui sia stata dichiarata la morte presunta, e l’art. 339 relativo alla nomina del curatore del nascituro. In queste tre ipotesi, deve ritenersi, per ovvia argomentazione a contrario, che nella categoria generale degli “interessati” non è compreso il P.M.. Ora, se è vero che nella prima e nella terza ipotesi, venendo in rilievo la tutela di interessi di prevalente contenuto patrimoniale, potrebbe sostenersi che la previsione specifica della legittimazione del P.M. si è resa

necessaria per eliminare il dubbio circa la configurabilità in tali ipotesi di un interesse della collettività, lo stesso argomento non può valere con riguardo alla seconda ipotesi, nella quale la situazione prevista concerne l'accertamento della esistenza della persona. Qui la legge non ha incluso nella generica legittimazione di ogni interessato anche quella del P.M., ma ha previsto questa separatamente e specificamente.

Il vero è che, allorché a determinate situazioni soggettive si riconnetta un interesse pubblico, l'ordinamento giuridico, in relazione all'intensità e alla rilevanza sociale di siffatto interesse in base al suo esclusivo e discrezionale apprezzamento stabilisce se il P.M. possa esercitare l'azione ovvero se soltanto debba o possa intervenire nelle relative controversie, differenziando i suoi poteri secondo che si tratti di cause da esso promuovibili, o di cause nelle quali è previsto, necessariamente o facoltativamente, soltanto il suo intervento. E' chiaro, quindi, che la correlazione di un interesse pubblico con una situazione soggettiva individuale non postula di per sé che il P.M. sia investito dal potere di azione e di quello conseguente di impugnazione, essendo possibile che ad esso sia attribuito, in concreto, invece soltanto il potere-dovere o addirittura la sola facoltà di intervento. E' quanto si è verificato nel caso di specie, non esistendo nell'ordinamento una norma che preveda specificamente nella materia in esame la legittimazione del P.M. all'esercizio dell'azione civile.

Il ricorso deve essere, quindi, dichiarato inammissibile.

Per l'ipotesi che il Collegio ritenga il ricorso ammissibile, allora dovrà accogliere il primo motivo. Posto che i presupposti perché il giudice conceda l'autorizzazione alla disattivazione del presidio sanitario sono: a) la condizione di irreversibilità dello stato vegetativo; b) la ricostruzione della presunta volontà della paziente in ordine all'interruzione del trattamento, occorre rilevare che erroneamente la C.A. ha ritenuto sussistente "giudicato interno" in ordine alla "condizione sanitaria" per essere stato il relativo accertamento già effettuato dal precedente decreto e per non essere stata proposta sul punto impugnazione.

Il giudicato interno – com'è noto – può formarsi solo su di un capo autonomo di sentenza che risolva una questione avente una propria individualità e autonomia, così da integrare una decisione del tutto indipendente; tale autonomia non sussiste non solo con riguardo alle mere argomentazioni, ma anche quando si verta come nella specie – in tema di un presupposto di fatto che, unitamente ad altri, concorre a formare un capo unico della decisione.

In ogni caso la verifica della condizione di irreversibilità dello stato vegetativo di E.E. non può ritenersi preclusa in base al criterio della non contestazione, in quanto il P.M. non aveva alcun interesse ad impugnare il decreto del 16.12.2006, che aveva rigettato l'istanza di autorizzazione in conformità alla conclusioni del medesimo. Il secondo motivo resta assorbito.

P.Q.M.

Chiede che la Corte di cassazione voglia dichiarare il ricorso inammissibile; in subordine, accolga il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo.

(Roma, 11 novembre 2008)

Il P.G.

(Domenico Iannelli)

** La decisione della Corte è nel medesimo senso: S.U. (ord.) 13.11.2008 n. 27145.*

PARTE III

Le requisitorie penali

A) DIRITTO PENALE

1. La successione di norme

Il tema si presenta di particolare rilevanza perché ha visto una discrasia tra la posizione assunta dalla Procura Generale e quanto affermato dalla Corte, al suo più alto livello.

Infatti nel valutare se “la sopravvenuta circostanza che dal 1° gennaio 2007 la Romania è entrata a fare parte dell’Unione Europea giustifichi l’applicazione delle disposizioni di cui all’art. 2 cod. pen. e debba, quindi, fare pronunciare l’assoluzione, con la formula “perché il fatto non è previsto dalla legge come reato”, nel processo a carico di un cittadino rumeno imputato del reato previsto dall’art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 1998 per l’osservanza dell’ordine di lasciare il territorio italiano anteriormente emesso dal questore a seguito del decreto prefettizio di espulsione” il **Procuratore Generale**¹ osservava: Con riferimento al reato che è stato contestato a Paul Magera, cittadino rumeno, al di là della motivazione della sentenza di assoluzione alla quale si riferisce il ricorso del Procuratore generale di Genova vi è da prendere oggi in considerazione in tema dei reati previsti dal testo unico sull’immigrazione per i nuovi cittadini dell’Unione, considerati tali a decorrere dal 1° gennaio 2007. In proposito è possibile fare innanzitutto un rilievo. Quello contestato a Magera non è un reato di semplice disobbedienza a un ordine legalmente dato dall’autorità pubblica per una qualche ragione. Nel caso di specie il provvedimento del Questore costituisce la conclusione in un iter complesso: il precedente provvedimento del Prefetto è emesso in funzione della tutela di un pubblico interesse (o ritenuto tale), quello cioè di non consentire ingressi non autorizzati di cittadini extracomunitari. Orbene, se caratteristica di un reato è la sua concreta offensività, nel momento in cui il presupposto del provvedimento prefettizio viene a cessare, di conseguenza, come si vedrà, cessa l’offensività di quella disubbidienza. Certo la dizione dell’art. 14, comma 5, è rimasta immutata, cioè la previsione criminosa non è stata abolita o modificata; ma è cambiata in modo decisivo la disciplina normativa extrapenale a cui il precetto penale fa riferimento. Disciplina che è ovviamente da rapportare al chiaro disposto dell’art. 1 del testo unico 286 del 1998: il presente testo unico si applica ai cittadini di Stati non appartenenti all’Unione Europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri. Dunque, il reato di cui si tratta è un reato proprio.

¹ Nel procedimento 46995/2006, Magera, P.G. Palombarini.

La dottrina ha avuto modo di affrontare la questione delle modifiche mediate della norma penale, non raggiungendo conclusioni concordi. E tuttavia, se vi è un orientamento tradizionalmente restrittivo secondo cui, poiché, l'abolito *criminis ex art. 2, 4° co., c.p.* deriva da una successione di "leggi penali", la stessa non può prodursi nel caso di successione di leggi richiamate dalla norma penale, vi sono altri Autori che giungono a conclusioni diverse. Il riferimento è, da un lato, a coloro che riconducono in generale alla disciplina dettata dall'art. 2 c.p. il fenomeno della successione di leggi "mediate" (in questa prospettiva, la tesi dell'incorporazione della disposizione integratrice dell'elemento normativo, o della norma penale in bianco, nella stessa norma incriminatrice, valorizza il contributo portato dalla disposizione integratrice alla definizione dei presupposti normativi della rilevanza penale del fatto); dall'altro agli Autori che valorizzano la necessaria unitarietà della nozione di "fatto" di cui al primo e al secondo comma dell'art. 2 c.p., nozione definita con riferimento al "fatto storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell'applicazione di una disposizione incriminatrice, aspetti comprensivi, quindi anche delle modifiche indirette o mediate dalla legge penale. E il nostro è un diritto penale del fatto.

Con riferimento a questi ultimi orientamenti, autorevole Dottrina attribuisce un rilievo essenziale alla "differenza di trattamento giuridico-penale che per lo stesso fatto consegue alla modifica legislativa seppure mediata", differenza rispetto alla quale i principi di uguaglianza e di garanzia sovraordinati alla materia in esame impongono l'applicazione della normativa da cui discende il trattamento più favorevole.

Insomma, come criteri d'interpretazione derivano dalla Costituzione sia quello della concreta offensività del fatto, sia quello dell'uguaglianza di trattamento; e ciò rileva nel caso di specie. Anche nella giurisprudenza, al di là alcune divergenze, è possibile individuare una linea di fondo prevalente.

Così, sulla base dell'orientamento secondo cui la disciplina di cui all'art. 2 c.p. trova applicazione rispetto alle norme che definiscono la natura sostanziale e circostanziale del reato, una recente sentenza della Corte di Cassazione ha escluso la configurabilità del reato associativo (416 c.p.) in considerazione della sopravvenuta depenalizzazione del reato fine del sodalizio criminoso (Cass. Sez. I, 9/3/2005, n. 13382).

E' nota, d'altro lato, la giurisprudenza di questa Suprema Corte in tema di rifiuto di prestare il servizio di leva. Fra le ormai numerose sentenze, quella resa alla Prima Sezione all'udienza pubblica del 24

gennaio 2006 (Bova), dopo avere premesso che “il dato di partenza è noto: l’istituto della successione delle leggi penali nel tempo riguarda le norme che definiscono la struttura essenziale e circostanziata del reato e conseguentemente, ai fini dell’applicabilità dell’art. 2 codice penale, si deve tenere conto anche di quelle fonti normative che, pur non comprese nel precetto penale, ne integrano tuttavia il contenuto (così, per tutte, Cass. sez. 3, 1 febbraio – 10 marzo 2005, Putrella)”, ha così concluso: “la conseguenza è obbligata: l’abolizione del servizio militare obbligatorio (a seguito dell’introduzione di forze armate esclusivamente professionali, realizzata dall’art. 1, sesto comma, legge 14 novembre 2000, n. 331) abroga il delitto di rifiuto di prestare detto servizio da parte dei cittadini ad esso tenuti per chiamata di leva e determina – in forza dell’art. 2, comma secondo, codice penale – la non punibilità della condotta di chi in precedenza, allorché detto servizio era obbligatorio, ha rifiutato di prestarlo, ovvero la cessazione dell’esecuzione e degli effetti penali della condanna eventualmente intervenuta (cfr., in senso conforme, cass. sez. I, 10 febbraio – 31 marzo 2005, procuratore generale in proc. Caruso, riv. N. 231721, nonché Cass., sez. I, 6 maggio – 24 giugno 2005, Taboni, riv. N. 231763)”.

Al fine di rafforzare tali conclusioni la citata sentenza, ha fatto riferimento a ipotesi affini, citando Cass. sez. 3, 4 febbraio – 21 marzo 2005, Pertot, riv. n. 224243, secondo cui “sussiste abolitio criminis del reato di contrabbando doganale (art. 282 DPR n. 43 del 1973) consistente nell’omissione del pagamento del dazio ad valorem del 6% gravante sull’alluminio in pani proveniente dalla Repubblica Federale Yugoslava in virtù della sopravvenienza del regolamento comunitario n. 2007 del 2000, integrato e modificato dal regolamento n. 2563 del 2000 che ha sottratto tale merce ai diritti di confine sulla stessa gravanti, in quanto le norme impositive del dazio costituiscono norme extrapenali integratrici del precetto penale e in quanto tali, rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 2 codice penale”; e Cass., sez. 6, 9 dicembre 2002 – 16 gennaio 2003, Di Capoli Finore, riv. n. 223341, secondo cui “non integra il reato di esercizio abusivo di una professione la condotta del praticante avvocato, abilitato al patrocinio, il quale abbia assunto la difesa di un minore nell’udienza di convalida dell’arresto tenuta dal giudice per le indagini preliminari del tribunale per i minorenni, in quanto, nei limiti in cui tale attività difensionale è consentita dalla norma sopravvenuta di cui all’art. 7 legge 16 dicembre 1999, n. 47, la modifica della norma extrapenale si riflette sulla struttura stessa del precetto penale ed opera, dunque, il principio, di retroattività della legge più favorevole (art. 2, cpv. codice penale)”.

Ma al di là di queste citazioni, vale la pena di ricordare una sentenza, sia pure risalente nel tempo, delle Sezioni Unite della Corte (Sez. Un. N. 8342 del 1987), che ha regolato un caso del tutto coincidente con quello oggi all'attenzione di questa Prima Sezione. Il Tribunale di Bologna, con sentenza pronunciata il 15.3.1985, affermava la responsabilità di Tiziano Turzet in ordine al delitto continuato di peculato per distrazione, aggravato ai sensi dell'art. 61 n. 7 C.P., per avere, nella qualità di reggente dell'agenzia della Cassa di Risparmio di Cento, concesso diciannove fidi non autorizzati di rilevante valore a tale Alessandro Borgatti che se ne era appropriato. Su impugnazione dell'imputato la Corte d'appello di Bologna, riformando quella sentenza, dichiarava di non doversi procedere nei confronti del Turzet in ordine al delitto di cui agli artt. 646, 61 n. 1 e 11 C.P. (appropriazione indebita pluriaggravata), così definito il fatto al medesimo attribuito, in concorso di prevalenti attenuanti generiche, per estinzione del reato in conseguenza della prescrizione. Tale sentenza riteneva che la legge di attuazione della direttiva comunitaria 77/780 avesse delineato un quadro normativo che non consentiva di confermare la natura dell'attività bancaria come pubblico servizio.

Ebbene, le Sezioni Unite, investite dal ricorso del P.G. di Bologna, hanno confermato la pronuncia della Corte bolognese. Dopo avere affermato, tra l'altro, che doveva essere affrontato il problema della successione di leggi penali, o meglio di norme integratrici di legge penale, precisava: "nel caso de quo non è stata abolita la fattispecie criminosa del peculato per distrazione, ma è cambiata la disciplina normativa extra penale a cui il precetto penale base faceva riferimento per ricavare il carattere di pubblico servizio in senso oggettivo dell'attività bancaria e la conseguente qualifica soggettiva di incaricato di pubblico servizio dell'agente". Quella sentenza ha così concluso a proposito della posizione dell'imputato e, ovviamente, del problema della successione di norme integratrici di legge penale: "Per legge incriminatrice deve intendersi il complesso di tutti gli elementi ai fini della discrezione del fatto. Tra questi elementi, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo". Sia consentito un rilievo, interrompendo per un momento la citazione.

Quella sentenza trova conferma negli orientamenti di oggi di una parte della dottrina, proprio con riferimento all'individuazione dei destinatari dell'obbligo imposto da una norma penale. Si è detto infatti che una (parziale) abolitio criminis si verifica anche «quando la norma extrapenale sopravvenuta incide direttamente sull'ampiezza della fattispecie, restringendo la cerchia dei destinatari degli obblighi.

Così come la determinazione dei soggetti obbligati è riservata alla legge, così la restrizione della cerchia dei soggetti obbligati modifica la fattispecie, espungendo una sottofattispecie particolare sulla base di una valutazione astratta>> (così Pulitano, *Diritto penale*, Torino, 2005, 718). Proseguivano poi quelle Sezioni Unite: “Da tutto ciò si può dunque dedurre che, se la novatio legis riguarda la qualità del soggetto attivo, nel senso che, come nella specie, fa venir meno al dipendente bancario la qualità di incaricato di pubblico servizio, necessaria per integrare il reato di peculato, non può non applicarsi in favore di quel dipendente il principio di retroattività della legge più favorevole affermato dall’art. 2 C.P. La formulazione letterale del secondo comma dell’art. 2 è abbastanza chiara nell’escludere la punibilità per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce più reato. E per quanti bizantinismi si vogliono fare, non si potrà mai contestare che il fatto ascritto al Tuzet, se commesso oggi, non costituirebbe reato. Quel fatto storico, illecito al momento in cui fu commesso, non corrisponde più alla fattispecie astratta del reato”.

Pare che in particolare tale pronuncia delle Sezioni Unite, e la dottrina citata, possano riferirsi integralmente all’odierno imputato, cittadino rumeno entrato illegalmente in Italia e inottemperante all’ordine di espulsione del Questore di Genova. Com’è noto, l’art. 1 del testo unico 286 del 1998 – vale la pena di ricordarlo nuovamente – a proposito dell’ambito di applicazione della normativa, stabilisce testualmente che: “1. Il presente testo unico, in attuazione dell’articolo 10. secondo comma, della Costituzione, si applica, salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri. 2. Il presente testo unico non si applica ai cittadini degli Stati membri dell’Unione europea, se non in quanto si tratti di norme più favorevoli, e salvo il disposto dell’articolo 45 della legge 6 marzo 1998, n. 40”.

Dunque, presupposto per l’applicazione del testo unico è l’essere lo straniero non appartenente all’UE. In caso di entrata successiva del suo Paese nell’Unione cessa la sua qualità di extracomunitario. Se viene meno questa condizione, viene meno l’applicabilità della norma penale. Infatti, è intervenuta una modifica del presupposto soggettivo essenziale, la qualità del soggetto attivo, per la stessa applicazione della disciplina amministrativa e penale. Il “fatto” è stato così modificato.

D’altro lato, se è vero quanto afferma una recente sentenza della Cassazione (Sez. 2° 2.12.2003, n. 4296, Stellaccio rv. 228152) secondo cui l’art. 2 c.p. si applica – tra le altre – nell’ipotesi in cui venga modi-

ficata una norma “definitoria” ossia “una disposizione attraverso la quale il legislatore chiarisce il significato di termini usati in una o più disposizioni incriminative, concorrendo a individuare il contenuto del precetto penale...”, si può affermare che la legge che individui i diversi Stati appartenenti all’Unione europea assume carattere “definitorio” della nozione di straniero di cui all’art. 1 t.u. (e delle varie norme incriminative) e, quindi, rileva ai fini dell’applicazione dell’art. 2 c.p.².

Una seconda occasione si è avuta allorchè le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere “*Se i fatti di bancarotta commessi dal “piccolo imprenditore” prima dell’entrata in vigore del decreto legislativo n. 5 del 2006, che ha modificato la nozione di imprenditore assoggettabile a fallimento, integrino, o non, la relativa fattispecie del reato, alla luce della disciplina transitoria dettata dall’art.150 del medesimo decreto legislativo*”.

In questa occasione il Procuratore Generale³, dato per scontato, in base agli atti, che l’imputato anche dopo le modifiche legislative introdotte con il D.Lgs 9 gennaio, n 5 e 12 settembre 2007, n. 169, non potesse essere considerato imprenditore assoggettabile al fallimento, ed aggiunto che, a proposito della natura della dichiarativa di fallimento, la giurisprudenza della suprema corte - diversamente dalla dottrina prevalente - è pacifica nel senso che la stessa è un elemento costitutivo del reato di bancarotta (e non una condizione oggettiva di punibilità), ha ritenuto:

“In un passaggio iniziale la sentenza Magera delle sezioni Unite 27 settembre 2007 dice testualmente che l’indagine sugli effetti penali della successione delle leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto. Non basta rico-

² Le Sezioni Unite hanno invece affermato, con sentenza 2451 del 2008 che “*In tema di successione di leggi penali, la modificazione della norma extrapenale richiamata dalla disposizione incriminatrice esclude la punibilità del fatto precedentemente commesso se tale norma è integratrice di quella penale oppure ha essa stessa efficacia retroattiva. (Nella specie, la Corte ha ritenuto che l’adesione della Romania all’Unione europea, con il conseguente acquisto da parte dei rumeni della condizione di cittadini europei, non ha determinato la non punibilità del reato di ingiustificata inosservanza dell’ordine del questore di allontanamento dal territorio dello Stato commesso dagli stessi prima del 1° gennaio 2007, data di entrata in vigore del Trattato di adesione, in quanto quest’ultimo e la relativa legge di ratifica si sono limitati a modificare la situazione di fatto, facendo solo perdere ai rumeni la condizione di stranieri, senza che tuttavia tale circostanza sia stata in grado di operare retroattivamente sul reato già commesso).*”

³ In procedimento 24948/2007, Niccoli, P.G. Palombarini.

noscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta letteralmente immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato. In questo caso ci si trova in presenza di un'*abolitio criminis* parziale, analoga a quella che si verifica quando è la stessa disposizione penale ad essere modificata con l'esclusione di una porzione di fattispecie che prima ne faceva parte. Dice ancora la sentenza appena citata che la successione avvenuta tra norme extrapenali non incide invece sulla fattispecie astratta, ma comporta più semplicemente un caso in cui in concreto il reato non è più configurabile, quando rispetto alla norma incriminatrice la modificazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto.

Ebbene, se è in base a questa distinzione che si possono di volta in volta valutare gli effetti penali della successione delle leggi extrapenali, intanto una prima valutazione va fatta, per chiarezza. Una prima valutazione che riguarda la differenza fra il caso Magera e quello oggi alla vostra attenzione.

Nella vicenda presa in considerazione con la sentenza del 27 settembre 2007 si è ritenuto che la qualità di appartenenti all'Unione Europea acquistata dai cittadini della Romania ha dato luogo a una modificazione della situazione di fatto che non ha inciso sulla fattispecie dell'art. 14, comma 5 ter, D.lvo 286/98. La norma penale non era stata infatti toccata, così come non erano state toccate in penale in generale le previsioni del Testo Unico appena citato. Dunque, neppure in modo mediato era stata modificata la fattispecie penale. Al contrario, nel caso di specie – do per pacifico che la sentenza dichiarativa di fallimento non fa stato nel procedimento per bancarotta, spettando al giudice penale stabilire, nel caso concreto, se l'interessato possa essere considerato imprenditore assoggettabile a fallimento (e qui è pacifico che il Nicoli tale non era) - ebbene, nel caso di specie, i decreti applicativi che si sono succeduti a cominciare dall'art. 1 del D.lvo n. 5 del 2006 hanno modificato l'art. 1 della legge fallimentare.

Qui, dunque, non cambia, non viene cambiato lo status di una persona, o di una collettività di soggetti, per vicende individuali o collettive. Qui cambia la definizione, la qualifica del soggetto. Tant'è che, con disposizioni transitorie di carattere processual-civilistico, si è ritenuto necessario regolare le situazioni pendenti al momento dell'en-

trata in vigore della nuova norma sulla nozione di imprenditore assoggettabile a fallimento.

Rispetto a quella distinzione della sentenza Magera che ho inizialmente ricordato non appare dubbio che la fattispecie risultante dal collegamento tra norma penale e norma extrapenale modificata sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato, per effetto di una nuova definizione del soggetto del reato. Una definizione nuova, una qualità del soggetto dettata dalla legge, non prodotta da un fatto esterno alla previsione normativa.

Qui non vale affermare, come pure è stato fatto, a proposito della norma transitoria di cui all'art. 150 del D.lvo n. 5 del 2006, interpretando la volontà del legislatore attraverso la lettura di norme che al processo penale non fanno riferimento, che per quanto riguarda gli eventi processuali (concorsuali e penali) avviati prima dell'entrata in vigore (16 luglio 2006) il referente normativo – anche per quanto attiene all'identificazione del soggetto assoggettabile al fallimento e alla nozione di piccolo imprenditore – resta la vecchia legge fallimentare, essendo questa la volontà del legislatore; aggiungendo, per rafforzare tale affermazione, che se alla disciplina civilistica è riconosciuta valenza integratrice della norma penale, a tale disciplina è attribuito dalla legge un "preciso limite cronologico", alla luce del quale "non pare processo ermeneutico giustificabile quello che utilizza il momento normativo integratore della fattispecie punitiva in misura eccedente alla naturale vigenza stabilita dal legislatore nella sua sede propria". In proposito mi pare puntuale il rilievo della sentenza 18 ottobre 2007, Rizzo, della quinta sezione, che contestando quella che definisce una sorta di *perpetuatio definitiois* che avrebbe tanto vigore da spiegare i suoi effetti in penale fino alla conclusione del processo per il delitto di bancarotta, afferma che "se, per scelta del legislatore, l'elemento costitutivo di un reato cambia configurazione nel corso di un giudizio penale, non è dubbio che di tale *novum* debba tener conto il giudice che procede, in qualsiasi stato o grado si trovi il procedimento stesso". E la sentenza Rizzo correttamente nega che la normativa transitoria introdotta dal legislatore del 2006 possa escludere tale *immutatio legis* a proposito del soggetto del reato. Il legislatore può certo, per il tramite di una norma transitoria, regolare diversamente le situazioni pendenti al momento dell'entrata in vigore della norma innovativa, "ma se, in campo civile, nessun ostacolo si frappone alla introduzione di una disciplina che regoli il "passaggio dal vecchio al nuovo", non va dimenticato che, in materia penale, si deve tener conto del dettato del ricordato art. 2 c. p., che per essere stato collocato dal legislatore nel

libro primo, titolo primo del codice (“della legge penale”), rappresenta norma di generale applicazione in tutto il sistema, costituendo un vincolante canone ermeneutico in tema di successioni di leggi nel tempo”.

Trattandosi di principio non costituzionalizzato, esso può essere derogato dal legislatore, ma, sottolinea la sentenza n. 43976/2007, “la deroga deve essere espressa in maniera inequivoca tale da rispettare con assoluta chiarezza la *mens legis*; né l’interprete può pensare di “aggirare” l’ostacolo attraverso un percorso tutto interno alla legislazione civile”. Come a dire. Le disposizioni transitorie di carattere procedurale civilistico sono di stretta interpretazione, e in quanto tali non possono produrre conseguenze sulla configurazione del reato. Ciò, con riferimento a un contesto che si caratterizza per questo: che *l’immutatio legis* in ordine alla fallibilità dell’imputato si riflette certamente sulla sussistenza del reato, avendo la sentenza dichiarativa di fallimento, come ho ricordato, natura di elemento costitutivo di reato. *La conclusione del mio Ufficio: annullarsi senza rinvio l’impugnata sentenza perché il fatto non costituisce più reato.*⁴

2. Il danneggiamento di beni culturali

In un procedimento nel quale all’imputato è stata addebitata il danneggiamento, con dolo eventuale, della statua di Nettuno, opera di Bartolomeo Ammaniti, avente rilevante interesse storico ed artistico, collocata nella piazza della Signoria a Firenze, effettuato mediante l’avulsione della mano destra e conseguente rottura e caduta sulla sottostante conchiglia, opera del Giambologna, la Procura⁵ ha osservato come nella specie, “correttamente è stato ritenuto che ***il fatto sia riconducibile nella previsione criminosa di cui all’art. 635 cpv n. 3 del c.p.*** introdotta dall’art. 13 della l. 352/97 il cui oggetto di tutela è, appunto, tra l’altro, la salvaguardia estesa e privilegiata del patrimonio nazionale storico - artistico, da ogni attività di distruzione, di-

⁴ Le Sezioni Unite hanno affermato in proposito che “Il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex artt. 216 e seguenti R.D. 16 marzo 1942, n. 267 non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza dell’impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell’imprenditore, sicché le modifiche apportate all’art. 1 R.D. n. 267 del 1942 dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, non esercitano influenza ai sensi dell’art. 2 cod. pen. sui procedimenti penali in corso. (sentenza 19601 del 2008).

⁵ In procedimento 37446/2007, Salvatori, P.G. Martusciello.

spersione, deterioramento o alterazione della sua destinazione. Non può esservi dubbio che il reato “de quo” sia reato comune, nel senso che “chiunque” è individuato dal precetto come destinatario dell’obbligo di tutela, al di fuori di qualsiasi rapporto diretto o qualificato con l’oggetto contemplato dalla ipotesi criminosa. *Diversamente deve, invece ritenersi con riferimento all’altra ipotesi di reato per cui vi è stata applicazione di pena (art. 169 d. lgs 42/2004)* e ciò al di là dell’uso del termine “chiunque” contenuto nella norma per indicare il soggetto attivo del reato. Come è noto, infatti, non sempre, ad escludere che il reato sia proprio (nel senso che la legge richiede una speciale qualifica del soggetto attivo), è sufficiente limitarsi a rilevare che la norma incriminatrice usi l’espressione “chiunque”, ma occorre, invece, esaminare attentamente il precetto nel suo complesso per giungere, poi, a ragionata conclusione. Costituiscono notori esempi di quanto dianzi affermato il reato di maltrattamenti (art. 572 c.p.) in relazione al quale, malgrado l’uso del termine “chiunque”, dal testo si deduce che il fatto deve essere commesso esclusivamente da persona di famiglia, sia pur intesa questa in senso lato e cioè non quale famiglia legittima, ma quale consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà. Lo stesso dicasi per il reato di cui all’art. 251 c.p. (inadempimento di contratti di forniture in tempo di guerra) dal cui testo si evince, malgrado l’uso del pronome più volte ripetuto, che legittimato attivo al reato è solo colui che è contraente con lo Stato o un Ente pubblico etc. Ad identiche conclusioni deve pervenirsi per il reato “de quo” (art. 169 co.1 lett. a) dove all’uso del termine “chiunque” fa seguito la indicazione del presupposto costituito dall’assenza di autorizzazione. Ne deriva che dal novero dei legittimati attivi vadano esclusi tutti coloro che, per assenza di un rapporto qualificato con l’oggetto del reato, non sono soggetti ad autorizzazione. Rafforza tale convincimento anche il disposto dell’art. 1 del d. lgs cit. che, nell’enunciare il principio del provvedimento legislativo teso ad assicurare la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale, a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura, individua i soggetti cui compete il perseguimento degli obiettivi, nello Stato, nelle Regioni, nelle città metropolitane, province, comuni; negli altri soggetti pubblici cui compete la conservazione e la pubblica fruizione del loro patrimonio culturale, nonché nei privati proprietari, possessori o detentori che sono tenuti a garantirne la conservazione. Conseguenza che sembra, allora, doversi ritenere legittimato attivo non ogni persona indipendentemente dal possesso di de-

terminate qualifiche soggettive, ma solo colui che sia titolare di un rapporto qualificato col bene e sia, pertanto, titolare di una posizione di protezione volta a tutelare i beni e gli interessi da tutti i pericoli che possano minacciarne l'integrità, la conservazione, la fruizione. Siffatto contesto è carente nel caso di specie per modo che la tutela del bene contro l'aggressione da parte di soggetti estranei al detto rapporto di protezione deve ritenersi assicurata dalla norma codicistica che configura un reato che può essere commesso da "chiunque" in senso proprio.⁶

3. Alterazioni per impedire l'identificazione

Il nuovo art. 495-ter c.p. (fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali), introdotto dalla legge 125/08 in sede di conversione del DL 92/08 (c.d. decreto sicurezza), è stato oggetto di analisi sotto il profilo della natura permanente o meno, con la conseguente punibilità della condotta di alterazione delle creste papillari dei polpastrelli posta in essere antecedentemente all'entrata in vigore della norma incriminatrice, con effetti perduranti nei primi giorni di vigenza della stessa.

In proposito il Procuratore generale⁷ osservava: Il 24 luglio 2008 il cittadino extracomunitario Mboup MOR veniva sottoposto a fermo di polizia giudiziaria per reati in materia di sostanze stupefacenti. Stante la pessima qualità delle impronte digitali rilevate all'atto del fermo, soltanto nei giorni successivi la polizia scientifica riusciva a comparare utilmente i precedenti dattiloscopici del soggetto (nel frattempo ristretto in carcere per i reati in tema di droga, riguardo ai quali era stata emessa ordinanza di convalida del fermo e di applicazione della misura cautelare custodiale). Il 7 agosto successivo, la polizia giudiziaria – constatato che il prevenuto aveva alterato parti del suo corpo mediante "*consunzione del piano tattile dei polpastrelli, allo scopo di non consentire l'accertamento della sua identità personale*" e che in passato egli aveva fornito in più occasioni, quale persona sottoposta ad indagini, generalità diverse – dichiarava in arresto il MOR per violazione degli articoli 495-ter ("fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali") e 495 ("falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri") del codice penale. Riguardo ad en-

⁶ La Sez. VI si è espressa in senso conforme con la sentenza 35173/2008.

⁷ In procedimento 33561/2008. Mor, P.G. Mura, non ancora definito.

trambi detti reati, aggravati *ex* articolo 61 n. 11-bis c.p., il G.I.P. accoglieva la richiesta del pubblico ministero di convalida dell'arresto ed emanava l'ordinanza di cui in epigrafe, della quale la difesa dell'odierno ricorrente lamenta l'illegittimità e chiede l'annullamento.

2. Tra le fattispecie delittuose per le quali è stato eseguito l'arresto del quale qui si discute, la prima ad essere fatta oggetto di riflessione da parte del G.I.P. è quella prevista e punita dall'articolo 495-ter c.p., introdotto dalla legge 24 luglio 2008 n. 125, la quale ha convertito – con modificazioni – il decreto-legge 23 maggio 2008 n. 92 ed è entrata in vigore il 26 luglio 2008. Al riguardo, il Giudice piemontese premette notazioni sulla collocazione sistematica della nuova norma in tema di fraudolente alterazioni fisiche finalizzate ad impedire l'identificazione e tratta, altresì, dell'oggetto giuridico dei reati contro la fede pubblica, del carattere pluri-offensivo di essi, della *“sorta di ibridazione concettuale e giuridica tra una falsità materiale (...) e una falsità personale”* ravvisabile nella nuova ipotesi di reato, del quale definisce quindi l'oggetto della tutela: *trattazione accurata e in linea di massima condivisibile, pur non risultando essa rilevante ai fini del decidere. Quando, però, affronta gli “aspetti classificatori del nuovo titolo di reato”, il giudicante afferma trattarsi di “delitto permanente (od eventualmente permanente, allorché è soltanto possibile lo sfasamento tra realizzazione e consumazione del reato)”, argomentando tale asserzione in base alla “circostanza che, per effetto della fraudolenta mutilazione o alterazione del corpo viene a crearsi una situazione di pericolo per il bene giuridico protetto suscettiva di protrarsi continuamente per un apprezzabile spazio di tempo (l'abrasione del piano tattile, ad esempio, è situazione in grado di impedire, ostacolare o rendere più difficoltosa l'identificazione fisica del soggetto per tutto il tempo in cui la modificazione somatica indotta dalla condotta abrasiva si mantiene e si manifesta), dall'altro, dal fatto che, una volta scientificamente accertato che l'impronta papillare abrasa è suscettibile di ricomposizione per effetto dei naturali processi di rigenerazione cellulare del derma, la condotta omissiva del reo (che ponga fine ad atti di ripetuta abrasione dei polpastrelli) unitamente all'inevitabile decorso del tempo sono fattori codeterminanti in grado di interrompere la lesione (messa in pericolo) del bene protetto, quale effetto ricollegabile anche alla volontà del soggetto attivo (art. 41 comma 1 c.p.)”*. L'estensore ritiene, quindi, di prevenire possibili obiezioni alla sua tesi mediante una *“attenta considerazione della singolare struttura del reato in discorso”*, in base alla quale afferma che *“almeno nei casi di alterazione reversibile delle creste papillari (come si riscontra nel caso di specie) la protrazione dell'of-*

fesa al bene protetto avviene per effetto di una volontaria opera dell'agente che continua a contrastare la inevitabile quanto fisiologica 'ricrescita' del polpastrello abraso con successivi e ripetuti atti commissivi di cancellazione, contribuendo così in prima persona al permanere della situazione antiggiuridica, che è in grado di far cessare astenendosi da periodiche raschiature obliterate. Ovviamente," – si legge ancora nell'ordinanza – "proprio la peculiarità della fattispecie in cui deve tenersi conto anche della eventuale reazione fisiologica ed incontrollabile dell'organismo alle volontarie pratiche alteranti, impone di calibrare la soluzione circa la natura del reato ai casi concreti di volta in volta esaminati. Trattandosi di reato permanente, da un lato, deve ritenersi che il tempus commissi delicti coincida con la cessazione della condotta e, quindi, con la cessazione della permanenza ai fini della successione delle leggi penali nel tempo (art. 2 c.p.) e, quindi, anche ai fini dell'operatività del divieto di retroattività della legge penale incriminatrice, dall'altro, va rilevato che, alla luce della disposizione di cui all'art. 382 comma 2 c.p.p., lo stato di flagranza deve considerarsi sussistente nel momento in, all'atto dell'accertamento, l'impronta papillare (o la mutilazione od alterazione di altra parte del corpo utile all'identificazione o all'accertamento di qualità) risulti ancora alterata (continuando a mettere a repentaglio il bene protetto), ad esempio perché, in tutto o in parte, abrasa, e quindi sussista ancora una condizione di permanenza del reato".

3. Questa Procura generale dissente dall'argomentare testé richiamato e dalle conclusioni cui, in base ad esso, perviene il G.I.P. torinese. Appaiono fondate, in proposito, le deduzioni della difesa ricorrente. Tanto la definizione normativa della condotta incriminata, quanto i caratteri concreti della fattispecie in esame inducono ad escludere che il delitto p. e p. dall'articolo 495-ter c.p., ascritto a MOR Mboup, possa definirsi permanente. Trattasi, invero, di condotta che si esaurisce istantaneamente, nonostante ne derivino effetti dannosi o pericolosi atti a perdurare per un certo lasso di tempo. Ne offre riprova la constatazione che il protrarsi di detti effetti sfugge interamente al controllo – e, dunque, alla volontà – dell'autore, il quale non è in grado di determinarne la cessazione o di influire sulla stessa: al potere di instaurare la situazione antiggiuridica non corrisponde anche quello di rimuoverla, che è tipico del reato permanente, nel quale rileva non solo l'attività iniziale (la quale realizza la lesione/compressione del bene), ma anche quella successiva di volontario mantenimento. E' fallace l'argomento sviluppato dal giudicante quando invoca la circostanza che *"la condotta omissiva del reo (che ponga fine ad atti di ripe-*

tuta abrasione dei polpastrelli) unitamente all'inevitabile decorso del tempo sono fattori codeterminanti in grado di interrompere la lesione (messa in pericolo) del bene protetto, quale effetto ricollegabile anche alla volontà del soggetto attivo (art. 41 comma 1 c.p.)". Quella c.d. "condotta omissiva" è, in realtà, la non reiterazione dell'azione criminosa (una o più volte posta in essere in precedenza): cioè la non commissione di un ulteriore, omologo delitto. Ma tale presupposto nulla ha a che fare con la categoria dogmatica del reato permanente: altrimenti – portando alle estreme conseguenze il ragionamento del G.I.P. – dovrebbe dirsi permanente il delitto di lesioni personali realizzato vibrando una pugnalata non mortale al corpo della vittima, perché anche in tal caso "la condotta omissiva del reo" (che non reiteri l'accoltellamento) "unitamente all'inevitabile decorso del tempo" sarebbero "fattori codeterminanti in grado di interrompere la lesione (messa in pericolo) del bene protetto". Ma la fallacia della tesi sviluppata nell'ordinanza risalta con chiarezza anche esaminandone le conseguenze da ulteriori angoli di visuale. Infatti, qualunque sia l'atteggiamento psicologico dell'agente successivamente all'alterazione irreversibile dei polpastrelli realizzata con dolo specifico, egli non è in grado di far cessare il danno (o il pericolo) per la fede pubblica, la causazione del quale la norma incriminatrice intende sanzionare: soltanto i processi rigenerativi naturali e le cure mediche rilevano in tale prospettiva. Nel caso di specie, inoltre, la stessa ordinanza dà atto di "un progressivo miglioramento del pavimento papillare dovuto alla rigenerazione cellulare delle papille nell'intertempo in cui l'indagato si trovava ristretto in carcere e, quindi, si trovava impossibilitato a praticare le continue e/o periodiche alterazioni (raschiature) funzionali all'occultamento e al non rilevamento della sua identità fisica". E il Procuratore della Repubblica di Torino, nella richiesta di convalida dell'arresto indirizzata al G.I.P. il 7 agosto 2008, afferma che è possibile "collocare con certezza l'epoca della fraudolenta mutilazione per cui si procede oggi tra il 13 maggio ed il 24 luglio 2008".

Dunque, si ammette che Mboup MOR – dal 24 luglio 2008 (giorno del fermo per reati concernenti sostanze stupefacenti) – non si attivò in alcun modo per alterare la cute dei suoi polpastrelli: non pose in essere, quindi, dopo quella data, la condotta sanzionata dall'articolo 495-ter del codice penale. Posto che questa norma incriminatrice è entrata in vigore il successivo 26 luglio, non pare in alcun modo ravvisabile la violazione di essa da parte dell'odierno ricorrente, il quale non risulta avere posto in essere – nella vigenza della disposizione penale – la condotta vietata. Tanto meno può parlarsi di flagranza. L'ordinan-

za di convalida dell'arresto, per quanto inerisce all'articolo 495-ter c.p., risulta dunque illegittima.

4. Nonostante la condivisibilità delle deduzioni svolte dalla difesa di Mboup MOR, la cui fondatezza emerge dalla trattazione sinora svolta, non sembra che il ricorso possa trovare accoglimento e sfociare nell'annullamento dell'ordinanza impugnata. E' vero che, ove questa avesse avuto ad oggetto soltanto la convalida dell'arresto per il delitto previsto e punito dall'articolo 495-ter c.p., la conclusione coerente con le premesse enunciate nella presente requisitoria sarebbe stata l'annullamento senza rinvio. Tuttavia si deve rilevare che il provvedimento di convalida inerisce pure all'altra fattispecie criminosa rubricata a carico del MOR (delitto p. e p. dagli articoli 61 n. 11-bis e 495 c.p.) e che rispetto ad essa non risultano enunciati specifici motivi di ricorso. Sulla base di tali presupposti, non è dato in questa sede discutere in ordine alla legittimità della convalida dell'arresto per detta ipotesi delittuosa, che esula dall'impugnazione devoluta alla Corte di cassazione. L'ordinanza impugnata – seppure anche al riguardo motivata in modo assai opinabile per varie ragioni, sul piano della legittimità – è, per il profilo ora menzionato, intangibile: insuscettibile, dunque, di annullamento. Né pare doversi addivenire ad un annullamento parziale (limitatamente alla convalida dell'arresto inerente all'articolo 495-ter c.p.), che avrebbe valore meramente formale perché inidoneo a riverberarsi in concreto sulla posizione dell'impugnante. In conclusione, si ritiene conforme al diritto sollecitare la reiezione del ricorso, con contestuale precisazione da parte della Suprema Corte delle correzioni degli errori di diritto nella motivazione dell'ordinanza di convalida dell'arresto emessa dal G.I.P. del Tribunale di Torino in data 8 agosto 2008, alla luce dei rilievi sviluppati nei motivi d'impugnazione e nella presente requisitoria.

4. La legislazione speciale

4.1 La responsabilità da reato degli enti

Nel giudizio devoluto alle Sezioni Unite ed avente quale questione centrale il punto “Se nel sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, disposto nei confronti di una società indagata per un illecito amministrativo dipendente da reato, il giudice debba ricomprendere l'utile tratto dall'attività illecita, al netto dei costi sostenuti, ovvero l'intero ricavato lordo

conseguito dalla suddetta attività”. La requisitoria della Procura⁸ osservava:

1. La **confisca**, che secondo l’originaria impostazione del codice penale del 1930, è una misura di sicurezza patrimoniale fondata sulla intrinseca pericolosità dei beni che ne costituiscono oggetto (ad es., le armi), ovvero sulla loro pericolosità in quanto cose che servirono per commettere il reato o ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto, negli ultimi decenni ha subito una radicale trasformazione, anche per il proliferare dei casi di obbligatorietà della stessa.

In particolare, è venuta assumendo una natura marcatamente sanzionatoria, come emerge anche dalla introduzione e dalla diffusione dei casi di confisca per equivalente. In altri termini, la confisca si è affrancata dall’originario stretto collegamento con la “pericolosità” del bene.

Con il termine in questione vengono, dunque, indicate misure espropriative di diversa natura e funzione.

In tale situazione sono intervenuti, in adempimento di obblighi internazionali assunti dall’Italia, la legge delega 29 settembre 2000, n. 300, prima, e il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica, il quale all’art. 9 ha inserito espressamente la confisca tra le sanzioni amministrative.

Nel decreto legislativo in esame viene ripetutamente evocata la confisca del profitto; tuttavia, giurisprudenza e dottrina concordano nel ritenere che non è agevole ricondurre ad unità il significato dell’espressione.

Ad esempio, sembra doversi escludere che possa parlarsi di confisca come sanzione nelle ipotesi previste dall’art. 6, comma 5, il cui presupposto non è la condanna dell’ente⁹, ovvero dall’art. 15, comma 4, che ha ad oggetto il profitto conseguito dall’ente durante la gestione commissariale contemplata dal comma 1, che è necessariamente un’attività lecita.

2.1. Passando alla disamina del significato da attribuire al termine **profitto**, che compare in ben 14 diverse disposizioni del decreto legislativo n. 231, si deve, innanzitutto, rilevare che il legislatore non ha fornito una sua definizione, né ha mai distinto tra profitto netto e profitto lordo.

⁸ Procedimento 37922/2007, Impregilo ed altri, P.G. Ciani.

⁹ Per aver adottato adeguati modelli organizzativi che, tuttavia, non hanno impedito la commissione di reati da parte dei suoi vertici.

Non si tratta neppure di un termine tipico della scienza economica, nella quale il termine tecnico usato è quello di “utile” (ricavi meno costi).

Nel linguaggio penalistico, il profitto non ha mai assunto un significato strettamente economicistico o aziendalistico, come utile, identificabile nella differenza fra componenti positive e negative del reddito, ma piuttosto un più generico significato di vantaggio economico, a volte, come nell’art. 240 c.p., in contrapposizione al prodotto, che è il risultato, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita, ed al prezzo, che rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato (Sez. un., 3 luglio 1996, Chabni Samir, m. 205707).

2.2. Ma non è solo all’art. 240 c.p., come correttamente rileva la difesa, che occorre aver riguardo per individuare qual è il profitto che interessa ai fini della decisione del presente ricorso.

Come s’è detto, il profitto è presente in numerose disposizioni del decreto legislativo n. 231; il alcune di esse come oggetto di confisca, da solo (artt. 6, 15 e 23, che parla espressamente di confisca del profitto a norma dell’art. 19, con ciò escludendo che la confisca da esso prevista possa estendersi al prezzo, pure menzionato dall’art. 19), o con il prezzo (art. 19). In altri casi, ad esempio quando sia di “rilevante entità”, il profitto costituisce il presupposto per l’irrogazione di sanzioni interdittive o di circostanze aggravanti.

In questa situazione non è agevole individuare un significato univoco del termine. Non vi è dubbio che il “profitto” di cui ai già ricordati artt. 6, comma 5, e 15, comma 4 (tendenzialmente identificabile con il profitto netto), non è lo stesso “profitto” di cui all’art. 19 che qui interessa. D’altro canto, dottrina e giurisprudenza concordano nell’escludere che il termine assuma un identico significato in tutte le disposizioni del decreto legislativo che lo contengono.

Un ausilio in questa direzione può essere fornito dagli atti internazionali ai quali si è inteso dare esecuzione con la legge n. 300/2000 e con il successivo decreto legislativo n. 231 del 2001; in essi gli Stati aderenti si impegnano alla confisca dei “proventi” dei reati (oggetto delle convenzioni), termine che è inteso nel senso di “vantaggi ricavati dalla commissione dei reati”; espressione che esclude la riferibilità al solo profitto netto.

Un riferimento al “profitto netto” non è contenuto neppure nella recentissima legge 25 febbraio 2008, n. 34 (c.d. legge comunitaria), che conferisce al Governo la delega per l’attuazione di alcune decisio-

ni quadro dell'UE, la quale, tuttavia, all'art. 31 parla di profilo diretto o indiretto dal reato annoverandolo tra i proventi del reato.

Si è già detto in precedenza, richiamando una sentenza delle sezioni unite del 1996 (Chabni Samir), che la giurisprudenza ha definito il profitto come "il vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato".

Tale nozione è stata successivamente puntualizzata dalle stesse Sezioni unite (24 maggio 2004, Curatela fall. In proc. Romagnoli, *Cass. pen.* 2004, p. 3097), le quali hanno escluso che il profitto possa essere inteso quale "utile netto", precisando nel contempo che esso si identifica "nel vantaggio di natura economica", ovvero nel "beneficio aggiunto di tipo patrimoniale" di "diretta derivazione causale" dall'attività del reo, senza, peraltro, che possa addivenirsi a "un'estensione indiscriminata e (a) una dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa comunque scaturire da un reato".

La nozione di profitto quale "vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato" è stata di recente ripresa dalla sentenza delle Sezioni unite 25 ottobre 2007, Miragliotta.

2.3. Occorre, a questo punto, da un lato ribadire che il vigente sistema penale non accoglie una nozione meramente aziendalistica ed economicista del profitto, come differenza fra ricavato e spese (in tal senso sono esplicite le SU Romagnoli); dall'altro, che la nozione di profitto non può dilatarsi fino a ricomprendere il prodotto, che è il risultato dell'attività criminosa. L'art. 240 c.p. lo differenzia dal profitto; se il legislatore del 2001 avesse voluto aver riguardo al prodotto, o anche ad esso, ne avrebbe fatta espressa menzione. Inoltre, ciò che rileva, che è indispensabile è il suo collegamento con il reato. Inoltre, ciò che rileva, che è indispensabile, è il suo collegamento con il reato.

In tal senso è orientata una recente decisione della Cassazione secondo cui la nozione di profitto confiscabile (*ex art. 322-ter c.p.*) va individuata nel vantaggio patrimoniale di diretta derivazione dal reato; nei ricavi conseguiti per effetto degli accordi corruttivi, depurati dai costi legati all'operazione che non siano di natura illecita (Sez. VI, 27 settembre 2007, De Petro Mazarino, m. 238033).

Ancor più esplicita è una sentenza della Corte di poco anteriore: "in tema di corruzione, ove l'accordo corruttivo abbia ad oggetto l'alienazione ad un soggetto pubblico di un bene, il profitto del reato non è costituito dall'intero corrispettivo e quindi dalla somma di denaro equivalente al controvalore del bene, di cui il corruttore aveva già prima la proprietà, ma dalla sola plusvalenza che il privato venditore

ha realizzato, pattuendo illecitamente un corrispettivo superiore rispetto al valore normale di mercato (fattispecie in cui, previo accordo corruttivo con i pubblici ufficiali rappresentanti di un Comune, un intero complesso immobiliare era stato venduto, per un corrispettivo superiore al reale valore di mercato, al Comune medesimo)” (Sez. II, 15 marzo 2007, Errico, m. 236468).

2.4. L'accentuazione, in tempi più recenti, del profilo del rigoroso collegamento causale del vantaggio patrimoniale conseguito col reato e, per converso, della impossibilità di qualificare come profitto quella parte di esso (vantaggio) che non deriva da attività illecita, è legata al proliferare di situazioni complesse in cui la condotta (o le condotte) che viene in considerazione non può essere, *tout court*, qualificata integralmente illecita.

In altri termini, è andata maturando, soprattutto nella dottrina più avveduta, la consapevolezza che la sempre maggiore complessità delle moderne articolazioni economiche imponga di differenziare l'impresa criminale, nella quale, in sostanza, il profitto coincide col prodotto, dall'azienda che opera in regime legale, pur se in qualche occasione sono ipotizzabili nei confronti degli organi di vertice condotte integranti gli estremi di reato.

2.5. Tutte le difese hanno diffusamente richiamato, a sostegno della tesi della coincidenza del profitto con l'utile netto, la sentenza Sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, m. 235636¹⁰.

Ritiene la Procura generale che tale decisione non possa essere utilmente richiamata ai fini della soluzione del quesito posto alle Sezioni unite.

Invero, oggetto della pronuncia era il profitto (“di rilevante entità”) di cui all'art. 13, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 231, che è uno dei presupposti che impongono l'applicazione delle misure interdittive, che la sentenza si premura di differenziare dal profitto menzionato negli artt. 15, 17 e 19. Si legge, infatti, nella motivazione della senten-

¹⁰ Per l'adozione di una misura cautelare interdittiva nei confronti dell'ente raggiunto da gravi indizi di responsabilità per l'illecito dipendente da reato, la nozione di profitto di rilevante entità ha un contenuto più ampio di quello di profitto inteso come utile netto, in quanto in tale concetto rientrano anche vantaggi non immediati, comunque conseguiti attraverso la realizzazione dell'illecito (nell'affermare tale principio, la Corte ha precisato che il giudizio circa la sussistenza di un profitto “di rilevante entità” non discende automaticamente dalla considerazione del valore del contratto o del fatturato ottenuto a seguito del reato, seppure tali importi ne siano, ove rilevanti, importante indizio almeno con riferimento ad alcuni dei reati indicati negli artt. 24 e 25 del d.P.R. n. 231 del 2001).

za che “Il profitto menzionato dall’art. 13 cit. non corrisponde alla nozione di profitto cui si riferiscono le disposizioni in materia di confisca, quali, ad esempio, gli artt. 19, 15, comma 4, 17, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 231 del 2001. Queste ultime disposizioni, sebbene in maniera diversa, si preoccupano di assicurare allo Stato quanto illecitamente conseguito dalla società attraverso la commissione degli illeciti e oggetto del provvedimento ablativo non può che essere il profitto inteso in senso stretto, cioè come immediata conseguenza economica dell’azione criminosa, che può corrispondere all’utile netto ricavato”.

Si badi bene: nella sentenza si legge **può** corrispondere; non corrisponde. Si tratta, comunque, di un passaggio sostanzialmente ultroneo nell’economia generale della decisione; da esso non può desumersi l’enunciazione di un principio di diritto.

2.6. Sembra, quindi, potersi pervenire alla conclusione che il profitto rilevante ai fini che in questa sede interessano debba essere inteso quale vantaggio patrimoniale conseguito dall’attività imprenditoriale, nel contesto della quale è stato commesso il reato, depurato dai costi aziendali per realizzarla, con esclusione di quelli connessi all’attività criminosa, funzionali esclusivamente alla sua realizzazione.

D’altro canto, la imputazione dei costi ha una sua logica razionalità nell’ambito di un’attività lecita, non anche nell’ambito di un’attività illecita.

Se così non fosse, avremmo una categoria giuridica – “*i costi del reato*” – in grado di incidere sul profitto, nel senso che esisterebbero costi dell’attività criminosa rilevanti ai fini della sua determinazione, con una rottura logica del sistema: il reato avrebbe un *costo lecito*.

3.1. Ma ciò non è ancora sufficiente per individuare il profitto in situazioni quale quella in esame in cui il delitto ipotizzato nei confronti dei vertici aziendali è quello di truffa.

Orbene, in tal caso, per restare ancorati al concetto di profitto come vantaggio di natura economica, come beneficio aggiunto di tipo patrimoniale (sent. Romagnoli), non può non tenersi conto del valore corrispondente alle controprestazioni effettuate o ai beni realizzati.

Discende da quanto detto che, nella specie, non può essere annoverato, *tout court*, tra i beni sequestrabili – per di più senza alcuna motivazione esplicita sulle ragioni (anche se intuibili) per cui si è proceduto al sequestro per equivalente - il termovalorizzatore di Acerra, acquisito dal Commissariato a seguito dell’entrata in vigore del d.l. n. 245 del 2006, convertito, con modificazioni, nella l. n. 21 del 2006, che è da annoverare, anzi, tra i costi, pur se non può essere ignorato che non è stato realizzato secondo le caratteristiche previste. Di tale circo-

stanza si deve tener conto ai fini della loro determinazione, nel senso che dal valore complessivo dell'impianto deve essere dedotto l'importo necessario, alla committenza, per adeguarlo alle caratteristiche originariamente concordate; il risparmio conseguito dalle società appaltatrici integra il profitto in quanto conseguente alla truffa commessa dai vertici aziendali nella esecuzione del contratto.

Tengasi presente, poi, che l'art. 16 esclude dalla confisca i beni che possono essere restituiti al danneggiato.

Del pari è da escludere la legittimità del sequestro per equivalente dei crediti vantati dalle società ricorrenti (si parla, peraltro, a proposito di taluno di essi di documenti rappresentativi di crediti vantati nei confronti dei Comuni). Questi, se certi, possono essere oggetto di sequestro diretto (sulla sequestrabilità di tali crediti, v. Sez. II, 18 giugno 2004, n. 32381, Voce); in ogni caso, l'ordinanza è carente di motivazione sulle ragioni che hanno indotto il tribunale a confermare il sequestro per equivalente di tali beni.

Quanto alle spese sostenute dal Commissariato e all'omesso deposito cauzionale, è mancata un'adeguata valutazione della natura dei crediti vantati nei confronti delle ricorrenti ai fini della loro riconducibilità al profitto e, quindi, della loro assoggettabilità al sequestro preventivo o, piuttosto, a quello conservativo ex art. 54 del decreto legislativo n. 231. Oltre ad aver ignorato le eccezioni difensive sull'avvenuta prestazione di fideiussioni.

Infine, relativamente alla tariffa di smaltimento regolarmente incassata, non risulta se la somma di oltre 300 milioni di euro sia o meno al netto di imposte e tasse.

4.1. Alla stregua delle considerazioni svolte, ***deve ritenersi che l'ordinanza è inficiata da erronea interpretazione della legge penale in ordine alla nozione di profitto di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 231 del 2001.*** La stessa, pertanto, deve essere annullata con rinvio per un nuovo esame da parte del Tribunale per il riesame delle misure cautelari personali di Napoli, in diversa composizione, il quale dovrà adeguarsi al principio di diritto che le Sezioni unite enunceranno ai sensi dell'art. 173, commi 2 e 3, disp. att. c.p.p.¹¹

¹¹ Sul punto le SS UU hanno affermato, con la sentenza 26654/2008 che *"In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, il profitto del reato oggetto della confisca di cui all'art. 19 del D.Lgs. n. 231 del 2001 si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto, ma, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da*

4.2 I reati finanziari

La successione temporale delle disposizioni in materia, già oggetto di due interventi delle Sezioni Unite, hanno trovato ulteriori occasioni di verifica, ed in proposito si è ritenuto¹²:

che questioni di diritto transitorio originate dalla riforma dei reati tributari continuano a porsi a distanza di sette anni dalla sentenza delle Sezioni Unite (n. 27/2000) con la quale, sulla base di un raffronto strutturale tra le fattispecie, si delimitava tra l'altro la continuità normativa tra vecchie frodi fiscali ex l. n. 516/1982 e la dichiarazione fraudolenta ex art. 2 d. lg. N. 74/2000;

Considerato che, nel caso di specie, s'affronta il tema della possibilità (o meno) di ritenere in continuità normativa con il suddetto art. 2 la frode fiscale di cui all'art. 4 lettera d) l. 516/1982;

Considerato in proposito che le dichiarazioni IVA non costituivano nella previsione della suddetta lettera d) dell'art. 4 l'oggetto materiale del reato, a differenza di quanto disposto dall'art. 4 lettera f) l. 516/1982, centrato sull'infedeltà della dichiarazione dei redditi, con riferimento al quale le Sezioni Unite hanno ritenuto sussistere la continuità normativa dell'art. 2 d. lg. N. 74/2000;

Considerato infatti che l'art. 4 lettera d) anticipava il suo momento consumativo già all'atto dell'annotazione in contabilità delle fatture per operazioni inesistenti (cifra Sez. III n. 2407/1995 edita in *Il Fisco* n. 37/95 pg. 9164) sicché evidente è la significativa differenza strutturale con l'art. 2 d. lg. N. 74/2000;

Considerato peraltro che la conseguente discontinuità tra le due norme è stata disconosciuta in due sentenze della III Sezione (n.

parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone. (In motivazione la Corte ha precisato che, nella ricostruzione della nozione di profitto oggetto di confisca, non può farsi ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico - quali ad esempio quelli del "profitto lordo" e del "profitto netto" -, ma che, al contempo, tale nozione non può essere dilata fino a determinare un'irragionevole e sostanziale duplicazione della sanzione nelle ipotesi in cui l'ente, adempiendo al contratto, che pure ha trovato la sua genesi nell'illecito, pone in essere un'attività i cui risultati economici non possono essere posti in collegamento diretto ed immediato con il reato); nonché che "la confisca del profitto del reato prevista dagli artt. 9 e 19 D.Lgs. n. 231 del 2001 si configura come sanzione principale, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre previste a carico dell'ente, e si differenzia da quella configurata dall'art. 6, quinto comma, del medesimo decreto, applicabile solo nel caso difetti la responsabilità della persona giuridica, la quale costituisce invece uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto, i cui effetti sono comunque andati a vantaggio dell'ente.

¹² Nel procedimento 30979/2005, Figura, udienza del 25 ottobre 2007, P.G. Izzo. definito con sentenza 1996/2008 della Terza sezione.

15120/2002 e 23442/2005) entrambe immotivatamente assertive di detta continuità senza offrire argomentazioni giustificative di tale opzione ermeneutica;

Considerato che è assistita da uno specifico impianto argomentativo la sentenza della II° Sezione (29.1.2004 edita in *Il Foro italiano* 11, 416,2005) che esclude la continuità affermando tuttavia, con riferimento al caso in cui, per effetto dell'utilizzo in dichiarazioni IVA delle fatture per operazioni inesistenti ante riforma tributaria ed d. lg. N. 74/2000, si fosse ottenuto un indebito rimborso, che era da ritenersi integrata la truffa aggravata ai danni dell'erario "in relazione di continuità con la nuova previsione dell'art. 2 che, in quanto norma speciale la assorbe";

Considerato che quest'ultimo asserto non è condivisibile sia perché l'asserito assorbimento non sarebbe possibile ove ricorra l'ipotesi del comma 3 dell'art. 2 in quanto sanzionato meno gravemente dalla truffa aggravata, sia, e soprattutto, perché, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza prevalente (da ultimo sentenza n. 5656/2007), tra la dichiarazione fraudolenta ex art. 2 d. lg. N. 74/2000 e la truffa aggravata è da escludere un rapporto di specialità dal momento che la prima non richiede né induzione in errore dell'Erario, né raggiungimento dell'ingiusto profitto (altro discorso è quello del possibile concorso tra i due reati quando coesista una distinta ed autonoma finalità extratributaria non perseguita in via esclusiva, come, ad esempio, nel caso dell'imprenditore che oltre ad utilizzare in dichiarazione le fatture per operazioni inesistenti a copertura di costi fittizi onde abbattere l'imponibile, si avvalga del finto acquisto di beni strumentali per acquisire indebiti incentivi statali – caso deciso in tali termini da Cassazione Sez. III° sent. 40226/2006);

Considerato infine che, oltre alla già indicata differenza strutturale relativa alla tutela cronologicamente anticipata nell'art. 4 lettera d) l. 516/1982, va evidenziato come nell'art. 4 lettera f) stessa legge, rispetto al quale si ripete le Sezioni Unite hanno senz'altro affermata la continuità normativa dell'art. 2 d. lg. 74/2000, rilevano esclusivamente le dichiarazioni dei redditi e non quelle ai fini IVA;

Considerato, quanto alla seconda questione giuridica posta dal ricorso relativa alla esatta individuazione della nozione di fatture per operazioni inesistenti per come definite dall'art. 1 lettera a) d lg. N. 74/2000, che è certamente rilevante qualsiasi divergenza tra il documento e la realtà negoziale sottostante sia che si ricollegli ad un'inesistenza della operazione in *Zerum natura*, sia che inerisca ad una diversità giuridica del rapporto reale rispetto a quello documentato (si

pensi ad un mutuo dissimulato da una prestazione di servizi, ovvero ad un acquisto di beni falsamente indicato come inerente alla produzione del reddito di impresa), con conseguente rilievo sia della sovrapproduzione quantitativa che di quella qualitativa ed esclusione della sola incongruità del prezzo pattuito, purché non assuma i connotati degli artifici rilevanti ex art. 3 d. lg. N. 74/2000;

Considerato che la confusa ricostruzione in fatto operata dal giudice a quo non consente di accertare se nella specie si è dato rilievo ad una mera incongruenza del prezzo; chiede annullarsi con rinvio il provvedimento impugnato.

4.3 Il fenomeno dell'immigrazione

In merito al provvedimento di espulsione la Procura ha osservato¹³ che il provvedimento con il quale il Questore dispone l'allontanamento di uno straniero ai sensi dell'art 5 *ter* dell'art.14 D. Lgs. 286/98 deve essere adeguatamente motivato, con riferimento ai fatti e alle situazioni che hanno determinato la impossibilità di dare esecuzione all'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera e di trattenimento dello straniero un centro di permanenza temporanea.

A tale conclusione inducono plurime ragioni: in primo luogo, la natura stessa del provvedimento che, alla stregua del principio generale contenuto nell'art. 3 della legge 241/90, per la sua attitudine a incidere sulla sfera giuridica dell'interessato, comprimendo il fondamentale diritto di libertà, postula l'obbligo di motivazione; analoga esigenza scaturisce dalla previsione, contenuta nell'art. 14 co. 5 bis D. L.vo 286/98, di diverse, specifiche situazioni che legittimano l'ordine del questore, con conseguente necessità di indicare quella ricorrente nel caso concreto; infine, la distinzione di funzione e presupposti tra il decreto di espulsione emesso dal Prefetto e quello di esecuzione di competenza del Questore comporta l'obbligo di motivazione di entrambi i provvedimenti. Infatti la giurisprudenza più recente di questa Corte, dopo alcune oscillazioni, sembra essersi consolidata nel senso che il provvedimento con il quale il Questore dispone l'allontanamento di uno straniero, ai sensi dell'art. 14, comma quinto, del decreto legislativo n. 286 del 1998, deve essere autonomamente motivato, in quanto la motivazione del decreto del Prefetto, con il quale viene ordinata l'espulsione, e quella del provvedimento del Questore, contenente l'ordine di lasciare entro cinque giorni il territorio dello Stato,

¹³ Requisitoria in proc. Magera per le SS UU del 27 settembre 2007.

non sono sovrapponibili, riguardando la prima i presupposti dell'espulsione e la seconda le modalità della stessa; e che spetta al giudice penale, investito del procedimento per il reato di mancata ottemperanza a detto ordine, il controllo sulla legittimità dello stesso e, dunque, sulla adeguatezza della relativa motivazione (cfr. Cass. sez. 1, 6 luglio – 2 agosto 2005, Margel riv. n. 231761; Cass. sez. 1, 19 maggio – 5 luglio 2005, Romani, rv. N. 231759).

Nel caso di specie non pare che tale obbligo essenziale di motivazione del provvedimento del Questore sia stato osservato.

Nella parte in cui il provvedimento si limita a dare atto che “non è possibile trattenere lo straniero presso un Centro di Permanenza Temporanea per mancanza di posti”, è proprio espressivo di mera ripetizione della formula normativa, come puntualmente ha rilevato la sentenza del Tribunale Correttamente, dunque, il Tribunale ha rilevato che l'atto non dà conto dei presupposti di fatto che, logicamente, presiedono alla sua emanazione, e così non consente alcun controllo all'organo giudicante; e che tale difetto di motivazione integra un vizio di legittimità e, conseguentemente, impone la disapplicazione dell'atto che ne risulta affetto.

4.4 La guida in stato di ebbrezza

La questione della qualificazione della guida in presente stato di ebbrezza nei casi di mancato accertamento con l'etilometro è giunta all'esame della Corte, ed in tale occasione la Procura Generale¹⁴ ha osservato:

Letti gli atti del procedimento ed il ricorso del Procuratore generale di Brescia avverso la sentenza 31 agosto 2007 del Gip di Bergamo; rilevato come con la stessa veniva dichiarato il non doversi procedere, perché il fatto non sussiste, nei confronti di Epis Riccardo in ordine al reato di cui all'art. 186, comma 2, del decreto legislativo n. 285 del 1992, a seguito delle modificazioni apportate dal d.l. n. 117 del 2007, come convertito con legge n. 160 del 2007; premesso che con il citato decreto legge 3 agosto 2007 n. 117, convertito con legge 2 ottobre 2007 n. 160, recante: “Disposizioni urgenti modificative del codice della strada per incrementare i livelli di sicurezza nella circolazione”, ed in particolare con l'art. 5 sono state apportate modifiche agli articoli 186 e 187 del decreto legislativo n. 285 del 1992, in materia di guida in

¹⁴ In procedimento 42190/2007, P.G. in proc Epis, P.G. Montagna, definito in senso conforme con sentenza 19489/2008.

stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di stupefacenti, così che all'art. 186 del citato decreto legislativo n. 285 del 1992, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

il comma 2 è sostituito dai seguenti: 2. *Chiunque guida in stato di ebbrezza* è punito, ove il fatto non costituisca più grave reato: a) con l'ammenda da euro 500 a euro 2000, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 e non superiore a 0,8 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da tre a sei mesi; b) con l'ammenda da euro 800 a euro 3.200 e l'arresto fino a tre mesi, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,8 e non superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da sei mesi ad un anno; c) con l'ammenda da euro 1.500 a euro 6.000, l'arresto fino a sei mesi, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni. La patente di guida è sempre revocata, ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI, quando il reato è commesso dal conducente di un autobus o di un veicolo di massa complessiva a pieno carico superiore a 3,5t. o di complessi di veicoli, ovvero in caso di recidiva nel biennio. Ai fini del ritiro della patente si applicano le disposizioni dell'art. 223. **2-bis.** Se il conducente in stato di ebbrezza provoca un incidente stradale, le pene di cui al comma 2) sono raddoppiate ed è disposto il fermo amministrativo del veicolo per novanta giorni ai sensi del Capo I, sezione II, del titolo VI, salvo che il veicolo appartenga a persona estranea al reato. È fatta salva in ogni caso l'applicazione delle sanzioni accessorie previste dagli articoli 222 e 223. **2-ter.** Competente a giudicare dei reati di cui al presente articolo è il tribunale in composizione monocratica. 2-quater. Le disposizioni relative alle sanzioni accessorie di cui ai commi 2 e 2-bis si applicano anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti”;

– al comma 5, dopo il terzo periodo è aggiunto, in fine, il seguente: “Si applicano le disposizioni del comma 5-bis dell'art. 187.”; il comma 7 è sostituito dal seguente: **7.** Salvo che il fatto costituisca reato, in caso di *rifiuto dell'accertamento* di cui ai commi 3, 4 o 5 il conducente è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 2.500 a euro 10.000. Se la violazio-

ne è commessa in occasione di un incidente stradale in cui il conducente è rimasto coinvolto, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 3.000 ad euro 12.000. Dalle violazioni conseguono la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e del fermo amministrativo del veicolo per un periodo di centottanta giorni ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI, salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione. Con l'ordinanza con la quale è disposta la sospensione della patente, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica secondo le disposizioni del comma 8. Quando lo stesso soggetto compie più violazioni nel corso di un biennio, è sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI.”;

- al comma 8, primo periodo, le parole: “del comma 2” sono sostituite dalle seguenti: “dei commi 2 e 2-bis”;
- il comma 9 è sostituito dal seguente: **9.** Qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 e 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro, ferma restando l'applicazione delle sanzioni di cui ai commi 2 e 2-bis, il prefetto, in via cautelare, dispone la sospensione della patente fino all'esito della visita medica di cui al comma 8.”;

rilevato che il pubblico ministero ricorrente contesta la opzione interpretativa adottata dal giudicante, e per la quale *a seguito delle citate modificazioni non sarebbe più possibile desumere lo stato di ebbrezza da elementi sintomatici esterni, in quanto la sanzione è agganciata a precisi livelli alcolemici*;

ricordato come la interpretazione fatta propria dal Gup di Bergamo, anche se agganciata al tenore letterale della norma, creerebbe un evidente vulnus al sistema di controllo e repressione che il legislatore ha inteso rafforzare con l'ultima modifica legislativa, anche ricordando come, sia pure in precedenza, la giurisprudenza abbia affermato che ai fini della configurabilità della contravvenzione di cui all'articolo 186 del codice della strada, per accertare lo stato di ebbrezza del conducente del veicolo fosse utilizzabile anche il referto medico relativo al ricovero in ospedale a seguito di incidente stradale, trattandosi di un documento che, a norma dell'articolo 234 cod. proc. pen., può valere come prova nel processo, per il principio del libero convincimento, così come, in punto di maggiore collegamento con il caso de qua, che lo stato di ebbrezza del conducente di un autoveicolo può essere provato e accertato con qualsiasi mezzo e non necessariamente

attraverso la strumentazione e la procedura indicate nell'art. 379 del regolamento di attuazione ed esecuzione del codice della strada, *potendo il giudice desumere lo stato di alterazione psicofisica derivante dall'influenza dell'alcool da qualsiasi elemento sintomatico dell'ebbrezza* come l'alito vinoso, l'alterazione della deambulazione, l'eloquio sconnesso, ciò sempre in applicazione del principio del libero convincimento;

ritenuto che, *in assenza della prova del superamento di un tasso alcolemico superiore a 0,8, ma in presenza della acquisizione istruttoria della prova di uno stato di ebbrezza ricavato dai consueti indici elaborati dalla giurisprudenza, possa legittimamente inquadrarsi il caso de quo in quello previsto e punito dal comma 2 lett a)*;chiede che il ricorso sia accolto con conseguente annullamento con rinvio.

4.5 Il fenomeno della violenza in occasione di competizioni sportive

I numerosi procedimenti relativi alla valutazione delle misure urgenti adottate per prevenire i fenomeni di violenza in occasione di competizioni sportive hanno consentito di puntualizzare alcuni principi procedurali, così come relativi ai presupposti delle misure.

Così per quanto riguarda i termini a difesa concessi al destinatario della misura la Procura Generale ha osservato¹⁵:

letti gli atti ed il ricorso del difensore di Ceraolo Giovanni avverso il decreto del Gip presso il Tribunale di Livorno con il quale è stato convalidato il provvedimento, del questore che impone al proprio assistito la presentazione presso l'ufficio di polizia del luogo di residenza in occasione degli incontri sportivi, ciò sul principale rilievo della assenza di ***un termine congruo per l'esercizio del diritto di difesa***, e comunque per carenza di motivazione su alcuni dei presupposti della misura e sul contenuto della stessa;

premesso che il testo vigente dell'art. 6 della **legge 13 dicembre 1989 n. 401 (G.U. 18 dicembre 1989, n. 294)**, a seguito delle modificazioni apportate dal d.l. 22 dicembre 1994, n. 717, conv. con mod. dalla legge 24 febbraio 1995, n. 45al d. l. 8 febbraio 2007 n.8, convertito con modif. dalla legge 4 aprile 2007 n. 41, è il seguente:

1. *Nei confronti delle persone che risultano denunciate o condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi cinque anni per uno dei reati di cui all'art. 4, primo e secondo comma, della legge 18*

¹⁵ In procedimento 33314/2008, Ceraolo, P.G. Montagna.

aprile 1975, n. 110, all'art. 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152, all'art. 2, comma 2, del decreto-legge 26 aprile 1993 n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, e all'art. 6-bis, commi 1 e 2, della presente legge, ovvero per aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza, **il questore puo' disporre il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive specificamente indicate, nonché a quelli, specificamente indicati, interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime. Il divieto di cui al presente comma puo' essere disposto anche per le manifestazioni sportive che si svolgono all'estero, specificamente indicate, ovvero dalle competenti Autorità degli altri Stati membri dell'Unione europea per le manifestazioni sportive che si svolgono in Italia.**

2. Alle persone alle quali e' notificato il divieto previsto dal comma 1, il questore può **prescrivere**, tenendo conto dell'attività lavorativa dell'invitato, **di comparire** personalmente una o più volte negli orari indicati, **nell'ufficio o comando di polizia** competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato, nel corso della giornata in cui si svolgono le manifestazioni per le quali opera il divieto di cui al comma 1;

premesso che si tratta di misure che la giurisprudenza e la dottrina qualificano nell'ambito delle misure di prevenzione pur se con caratteri tipici; basti ricordare quanto contenuto nella decisione delle *Sezioni Unite* 27 ottobre 2004, n. 44273, *Labbia*, che, in relazione alla previsione di cui all'art. 6, comma 2, così argomenta: "sotto diverso profilo conferma la natura di misura di prevenzione di questi provvedimenti la considerazione che si tratta di provvedimenti che prescindono dalla consumazione di un reato e dal suo accertamento definitivo e ciò porta ad escludere con certezza che si tratti di una misura di sicurezza", così come in precedenza si erano espresse, fra le tante Cass. Sez. VI 20 marzo 1996, *Valbusa*, n. 1155, rv. 205661, per la quale "l'art. 6 della legge 13 dicembre 1989 n. 401 ha introdotto nell'ordinamento una misura di prevenzione, sia pure atipica, che presenta analogie con l'obbligo o il divieto di soggiorno previsti dall'art. 5 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423", nonché Cass. Sez. I 24 marzo 1998, n. 1739, *Amici*, rv. 210345, che la qualifica quale misura assimilabile a una misura di prevenzione;

osservato come sul tema dei provvedimenti in materia sia più volte intervenuta la Corte Costituzionale, che già con la decisione n.

143 del 1996 (in Foro it., 1996, I, 2620) qualificava il provvedimento previsto dall'art. 6, comma 2, della legge 401 del 1989 quale misura restrittiva della libertà personale del soggetto tenuto a comparire presso l'ufficio di polizia; che successivamente, con decisione n. 144 del 1997 (in Riv. dir. sportivo, 1997, 723) ha sottolineato come l'adozione di tali provvedimenti debba essere accompagnata da garanzie idonee ad operare un controllo sul provvedimento da parte del giudice; che successivamente, con decisione n. 512 del 20 novembre 2002 (in Giur. it., 2003, 2001) operando una ricostruzione del quadro normativo e costituzionale di riferimento, ha ricordato come "la natura di atto suscettibile di incidere sulla libertà personale impone che il giudizio di convalida effettuato dal g.i.p. non possa limitarsi ad un mero controllo formale, bensì debba essere svolto in modo pieno";

ricordato l'ulteriore arresto giurisprudenziale delle citate Sezioni Unite 12 novembre 2004 n. 44273, *Labbia*, che hanno condiviso una interpretazione costituzionalmente orientata dell'assetto normativo osservando come vada sottolineata la natura del provvedimento emesso dal questore, provvedimento che obbligando alla presentazione presso l'ufficio di polizia incide sulla libertà dell'individuo, così che da tale presupposto non può che derivare che il controllo di legalità devoluto al giudice della convalida debba essere esteso alla verifica dell'esistenza di tutti i presupposti previsti dalla legge, non potendosi ridurre alla verifica formale del provvedimento, in quanto così facendo si attribuirebbe all'autorità amministrativa il potere di limitare la libertà personale in assenza di un controllo effettivo da parte del giudice (tra l'altro in presenza di oggettive limitazioni all'esercizio del diritto di difesa che la esclusiva possibilità di produrre memorie e documenti al giudice della convalida, in un contraddittorio esclusivamente cartolare, già fa emergere). Decisione che, dopo avere precisato come in sede di verifica dell'esistenza dei presupposti previsti dal citato art. 6 dovranno essere accertati i requisiti di necessità ed urgenza che hanno indotto il questore ad adottare il provvedimento, così come andrà verificata la pericolosità del soggetto cui la misura viene applicata, previo accertamento dell'esistenza del *fumus* di attribuibilità delle condotte descritte, così come al g.i.p. competerà, infine, il potere di ridurre la durata della misura proprio in conseguenza della natura piena del controllo sulla gravità degli episodi accertati ha affermato che "*In sede di convalida del provvedimento con il quale il questore, nel disporre il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive, impone ulteriori prescrizioni, il g.i.p., esaminati gli atti trasmessi unitamente al provvedimento e tenuto conto della richiesta avanzata dal pubblico mi-*

nistero con decreto motivato, ha l'obbligo di motivare sull'esistenza dei presupposti legittimanti l'adozione del provvedimento, ovvero sui requisiti di necessità ed urgenza, in ordine alla pericolosità del soggetto colpito dalla misura, con riferimento alle speciali finalità di prevenzione perseguite con la stessa, così come sul fumus di attribuibilità delle condotte e sulla durata delle prescrizioni”;

ricordato che le stesse Sezioni Unite, con le decisioni 29 novembre 2005, dep. 3 febbraio 2006 n. 4441 e 4442, **Zito e L'ozio** hanno affrontato anche ulteriori questioni sull'ambito dell'indagine da compiersi da parte del Gip, affermando che “in sede di convalida del provvedimento del questore che, incidendo sulla libertà personale, imponga a taluno, ai sensi dell'art. 6, comma secondo, della legge 13 dicembre 1989 n. 401 e succ. modd., l'obbligo di presentarsi ad un ufficio o comando di polizia in coincidenza con lo svolgimento di manifestazioni sportive, il controllo di legalità del giudice deve riguardare l'esistenza di tutti i presupposti legittimanti l'adozione dell'atto da parte dell'autorità amministrativa, compresi quelli imposti dalla circostanza che con esso si dispone una misura di prevenzione (ragioni di necessità e urgenza, pericolosità concreta ed attuale del soggetto, attribuibilità al medesimo delle condotte addebitate e loro riconducibilità alle ipotesi previste dalla norma), ed investire altresì la durata della misura che, se ritenuta eccessiva, può essere congruamente ridotta dal giudice della convalida.”;

ricordato come le sezioni Unite, con due decisioni analoghe del 29 novembre 2005, dep. 3 febbraio 2006 n. 4443 e 4444, **Spinelli e Ghezzi**, hanno affermato che in caso di accoglimento del ricorso “va annullata con rinvio l'ordinanza del giudice che, in sede di convalida del provvedimento emesso dal questore ai sensi dell'art. 6, comma secondo, legge 13 dicembre 1989 n. 401 e succ. modd., limitandosi ad un controllo meramente formale, ometta di motivare in ordine all'esistenza dei presupposti legittimanti l'adozione da parte dell'autorità amministrativa della misura limitativa della libertà personale”, atteso che il problema relativo alla determinazione del tipo di annullamento (con o senza rinvio) da disporre in caso di vizio dell'ordinanza del GIP è connesso a quello inerente agli eventuali effetti che a tale vizio si ricollegano. Così per i cc.dd. *errores in iudicando* e, in particolare, per i vizi di motivazione, non è in discussione l'esistenza dei presupposti per il legittimo passaggio all'esame del merito e, quindi, tale esame risulta validamente intrapreso, anche se poi, nel suo concreto svolgimento ed esito, si è rivelato viziato; in questo caso l'esame va certamente rifatto, ma nell'alveo di un fisiologico prosiegua di una procedura ritualmen-

te sviluppatasi, diversamente avverrà per l'assenza dei presupposti per l'esame del merito;

rilevato come nel ricorso si lamenti ***l'assenza di un termine congruo per l'esercizio del diritto di difesa*** da parte del soggetto destinatario della misura prima della convalida da parte del Gip, atteso che *il provvedimento risulta notificato all'interessato il giorno 18 agosto 2008 (come si ricava dallo stesso provvedimento di convalida) e che la convalida è intervenuta il giorno 19 agosto 2008, per cui il diritto di difesa non risulterebbe soddisfatto;*

ricordato come il comma 2 bis dell'art. 6 prevede che *“La notifica di cui al comma 2 deve contenere l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice competente per la convalida del provvedimento;*

ricordato come la citata decisione delle Sezioni Unite 44273/2004 ha affermato, relativamente al diritto di difesa, la necessità che il soggetto destinatario della misura di prevenzione possa interloquire nel procedimento presentando memorie e deduzioni, e come in particolare questi debba potere esaminare la documentazione rilevante al fine dell'adozione della misura, ossia quella che il questore è tenuto a trasmettere (“immediatamente”) al Procuratore della Repubblica all'atto della comunicazione della misura di prevenzione adottata (e poi notificata all'interessato) e che a sua volta il Pubblico Ministero, che ritenga di chiedere al G.I.P. la convalida della misura entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento (e comunque solo dopo tale notifica), è tenuto a trasmettere a quest'ultimo, che, a sua volta, e' tenuto a provvedere nelle quarantotto ore successive, tenendo conto delle eventuali memorie o deduzioni presentate dal destinatario del provvedimento restrittivo personalmente o a mezzo di difensore;

rilevato che questo diritto di difesa che si esprime nella possibilità di un contraddittorio meramente cartolare ed in tempi ristrettissimi soffre dell'insufficiente definizione della scansione temporale dei termini quale posta dall'art. 6 cit. soprattutto per la mancanza di un espresso termine dilatorio in favore della difesa, ma anche per il mancato raccordo con la richiesta di convalida del Pubblico Ministero (con contestuale trasmissione della documentazione rilevante), di cui non e' prevista alcuna comunicazione all'interessato, pur se il controllo pieno del G.I.P. sull'ordine del questore, la cui convalida e' chiesta dal P.M., implica anche che il soggetto destinatario della misura di prevenzione possa esaminare la documentazione rilevante, ovvero quella che il P.M. e' tenuto a trasmettere all'atto della richiesta di convalida, così che deve condividersi l'affermazione delle Sezioni Unite per la

quale “la possibilità di presentare memorie o deduzioni sarebbe vanificata dalla mancata conoscenza degli atti e la possibilità di interloquire, già sensibilmente ridotta per l'adozione di un contraddittorio solo cartolare e consentito in termini temporali assai ristretti, sarebbe sostanzialmente elusa”;

considerato che il termine (di quarantotto ore) che il P.M. ha per chiedere la convalida della misura, decorre non già dalla comunicazione fattagli dal questore, bensì dalla notifica del provvedimento all'interessato, così che quest'ultimo è a conoscenza che entro quarantotto ore dalla notifica dell'atto la documentazione rilevante, trasmessa dal questore al Procuratore della Repubblica, sarà da quest'ultimo trasmessa al G.I.P. in caso di richiesta di convalida e sarà consultabile per esercitare il diritto di difesa mediante la produzione di memorie o deduzioni al G.I.P., come previsto dal citato art. 6, comma 2 bis;

ritenuto come da ciò possa desumersi alcune garanzie minime per l'esercizio del diritto di difesa: - da un lato che le memorie e le deduzioni depositate entro tale termine di quarantotto ore dalla notifica della misura di prevenzione sono da considerare sempre tempestive e devono essere prese in considerazione dal G.I.P. nell'adottare l'ordinanza (motivata) di convalida (ed ove il G.I.P., investito della richiesta del P.M., cioè non faccia (ad es. rendendo la sua decisione prima che scada il termine previsto per il P.M.), il destinatario della misura di prevenzione potrà ricorrere per cassazione denunciando la mancanza di motivazione dell'ordinanza di convalida quanto alle deduzioni espresse nella memoria tempestivamente presentata. Su questo punto va inoltre sottolineato come non possa neppure escludersi che, ove il Pubblico Ministero trasmetta la richiesta di convalida (e la documentazione rilevante) solo in limine (ossia quando sta per scadere il termine di quarantotto ore), possa comunque considerarsi tempestivo esercizio di difesa la successiva presentazione di una memoria dovendo riconoscersi al destinatario della misura di prevenzione un *spatium temporis utile* ad esaminare tale documentazione; ...- dall'altro, quanto all'esigenza di assicurare all'interessato un margine temporale adeguato per presentare al giudice le proprie deduzioni, che la verifica debba essere effettuata in relazione al momento della notifica all'interessato del provvedimento del questore e non dal momento della richiesta di convalida da parte del P.M. (Cass. Sez. III 26 settembre 2007, dep. 25 ottobre 2007 n. 39409, Gioppato), e che inoltre una convalida intervenuta prima del termine di 48 ore debba essere considerata illegittima (come affermato da Cass. Sez. I 2004/17899, rv 228285; Cass. Sez. III 2007/33862; Cass. Sez. III 1211/2008, inedita), in

quanto non essendo stato tale termine determinato dal legislatore debba essere parametrato in analogia ai termini previsti in merito;

ritenuto in sintesi che la garanzia del contraddittorio cartolare prevista dall'art. 6 cit. debba avere il contenuto di una effettiva possibilità per il destinatario di una misura di prevenzione incidente sulla sua libertà personale (quale è appunto l'ordine di presentarsi alla Polizia) di interloquire sulla legittimità del provvedimento mediante la presentazione, personalmente o a mezzo di difensore, di memorie o deduzioni al G.I.P. competente per la convalida, il quale delle stesse deve tenerne conto nel motivare il suo provvedimento (in termini Cass. Sez. III 11 dicembre 2007, dep. 17 gennaio 2008, n. 2472, Vallini);

ritenuto conclusivamente come il Gip debba preliminarmente verificare l'osservanza del diritto di difesa come sopra ricostruito, non potendo adottare il provvedimento di convalida prima che sia decorso il termine di 48 ore dalla notifica del provvedimento del questore;

rilevato come nel caso di specie tra il momento di conoscenza da parte del destinatario della misura e quello di convalida non risulta un tempo idoneo all'esercizio del diritto di difesa, in quanto tra la notificazione del provvedimento e la convalida da parte del Gip è intercorso un termine che **inferiore alle 48 ore**, con conseguente lesione del diritto di difesa regolato dall'art. 178 lett c) del codice di rito; chiede che il ricorso sia accolto con conseguente annullamento senza rinvio.

Sempre in tema di termini, si è ulteriormente puntualizzato¹⁶, in un caso nel quale si lamentava **la violazione del termine assegnato al pubblico ministero per la richiesta di convalida e quello entro il quale, a seguito della richiesta, la convalida debba intervenire**; ricordato come il Pubblico Ministero, che ritenga di chiedere al G.I.P. la convalida della misura entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento (e comunque solo dopo tale notifica), è tenuto a trasmettere gli atti a quest'ultimo, che, a sua volta, e' tenuto a provvedere nelle quarantotto ore successive, tenendo conto delle eventuali memorie o deduzioni presentate dal destinatario del provvedimento restrittivo personalmente o a mezzo di difensore; considerato che il termine (di quarantotto ore) che il P.M. ha per chiedere la convalida della misura, decorre non già dalla comunicazione fattagli dal questore, bensì dalla notifica del provvedimento all'interessato, così che quest'ultimo è a cono-

¹⁶ Procedimento 36058/2007, Zinguerenke, P.G. Montagna, definito con sentenza 22253/2008 della terza sezione in senso conforme.

scenza che entro quarantotto ore dalla notifica dell'atto la documentazione rilevante, trasmessa dal questore al Procuratore della Repubblica, sarà da quest'ultimo trasmessa al G.I.P. in caso di richiesta di convalida e sarà consultabile per esercitare il diritto di difesa mediante la produzione di memorie o deduzioni al G.I.P., come previsto dal citato art. 6, comma 2 bis;

ritenuto che ciò che rilevi non sia la eventuale inosservanza, per sfornamento, del termine di 48 ore assegnato al P.M. per la richiesta di convalida, bensì *quello complessivo di 96 ore dalla notifica del provvedimento, o quello di 48 previsto per il Gip per la convalida* (in tal senso Cass. Sez. III 6 luglio 2007, dep. 25 ottobre 2007 n. 35515, Liani);

ritenuto che il suddetto *termine di 48 ore assegnato al Gip* per la convalida abbia quale momento iniziale di riferimento quello di scadenza delle 48 ore assegnate al P.M. per richiedere la convalida del provvedimento, atteso che la previsione di cui al comma terzo del citato art. 6 pone quale spazio operativo per il Gip le 48 ore successive a quelle assegnate al P.M. (che come ricordato in precedenza decorrono dalla notifica del provvedimento del questore all'interessato);

rilevato come *nel caso di specie* tra il momento di conoscenza da parte del destinatario della misura e quello di convalida risultano trascorse più di 96 ore in quanto la notifica del provvedimento all'interessato è avvenuta il 27 settembre 2007 alle ore 15,00 (come riportato nello stesso provvedimento del Gip), ed il provvedimento di convalida risulta depositato il 3 agosto 2007; chiede che il ricorso sia accolto con conseguente annullamento senza rinvio.

Il provvedimento è stato altresì analizzato per quanto riguarda i ***presupposti di necessità ed urgenza della misura***, osservando¹⁷, una volta premesso in linea generale quanto sopra, come:.. secondo la giurisprudenza di legittimità la motivazione per *relationem* del provvedimento di convalida è legittima purchè effettuata attraverso il richiamo all'atto impugnato ed alla richiesta del pubblico ministero e con indicazione della positiva revisione del percorso logico che ha indotto il provvedimento convalidato (fra le tante Cass. Sez. VI 12 marzo 2004 n. 12110, Di Chio; Sez. I 20 gennaio 2004 n. 13338, Scarola);

ritenuto che quanto alla motivazione sulla ricorrenza del presupposto della *necessità* questa può dedursi logicamente dall'inaffidabilità del soggetto desumibile dalla stessa gravità della condotta dallo stesso

¹⁷ Nel procedimento 42948/2007, De Luca, P.G. Montagna, all'esito del quale la sezione terza si è espressa in modo conforme con sentenza 28241/2008.

tenuta o dalla sua *pericolosità*, in quanto in tali ipotesi risulta evidente l'esigenza di garantire, con la prescrizione della presentazione in un ufficio di polizia, l'inosservanza del divieto di accedere ai luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive; e ciò anche considerando che in presenza di manifestazioni violente difficilmente potrebbe considerarsi non necessaria la prescrizione aggiuntiva per raggiungere la finalità di garanzia e per prevenire il ripetersi degli stessi episodi di violenza (in precedenza Cass. Sez. III 9 maggio 2007 n. 33861, Strabuzzi; Cass. Sez. III 15 novembre 2007, n. 351/2008, Gergo; 1212/2008, Turco, inedita); inoltre trattandosi di misura di prevenzione che presuppone la pericolosità sociale e non già la commissione di un reato, è sufficiente l'accertamento di un *fumus* di attribuibilità alla persona sottoposta alla misura delle condotte rilevanti al fine della verifica della pericolosità del soggetto, atteso che la misura maggiormente restrittiva del secondo comma si giustifica quando, per le peculiarità del caso, la prima misura appaia non del tutto sufficiente, e ciò non soltanto nell'ipotesi in cui il divieto di accesso agli stadi risulti essere stato violato, ovvero senza che sia necessario l'accertamento dello specifico reato previsto dal medesimo art. 6, comma 6 (che sanziona il contravventore alle due misure previste dai precedenti comma 1 e 2);

ritenuto, sempre in punto di necessità, che trattandosi di una misura di prevenzione debba farsi riferimento non soltanto alla pericolosità, ma altresì alla attualità della stessa, in particolare nell'ipotesi in cui sia intercorso un notevole lasso temporale tra la manifestazione violenta e l'adozione della misura (in termini Cass. Sez. III 16 gennaio 2008, dep. 19 marzo 2008, n. 12137/2008, Ferrari, n.m.);

ritenuto che quanto alla motivazione sulla ricorrenza del presupposto della *urgenza* va ricordato che il provvedimento emanato dal Questore è destinato ad avere esecuzione a decorrere dalla prima competizione sportiva successiva alla sua notificazione e deve essere convalidato entro 96 ore dalla notificazione medesima, così che l'obbligo della motivazione sull'*urgenza* si impone nei soli casi in cui il provvedimento abbia avuto esecuzione prima dell'intervento del giudice in relazione alle competizioni svoltesi nell'arco temporale racchiuso tra notificazione e convalida (in termini Cass. Sez. III 351/2008; 1212/2008; 4742/2008);

rilevato come nel caso di specie il provvedimento del giudice individui le specifiche ragioni che hanno portato all'adozione della misura di cui al comma secondo dell'art. 6, riprendendo e sviluppando le ragioni dell'atto del questore, sia con riferimento alla natura degli atti posti in essere, sia sulla idoneità della sola misura assunta, così come

per la sua durata; chiede che il ricorso sia rigettato con conseguente annullamento con rinvio.

Ulteriore oggetto di disamina è stata rappresentata dalla estensione della misura, nei non infrequenti casi nei quali si è lamentato il contenuto della prescrizione di cui all'art. 6, comma 2, nella parte in cui va rispettata anche in relazione agli **incontri amichevoli** sul presupposto sia della difficoltà di conoscere in anticipo tale tipo di manifestazioni, non calendarizzate, sia della loro difficile classificazione.

In queste occasioni la Procura Generale ha osservato¹⁸ che quando la norma di legge fa riferimento alle manifestazioni sportive “specificamente indicate” intende richiedere che queste siano non tanto individuate nominatim (cosa normalmente impossibile) quanto piuttosto determinabili dal destinatario in modo certo sulla base degli elementi di identificazione forniti nel provvedimento e di elementi di fatto esterni al provvedimento ma generalmente noti, quali ad esempio i calendari ufficiali dei campionati e dei tornei. In tal modo infatti è ugualmente garantito lo scopo del legislatore, che è quello di rendere determinato il divieto comportamentale per non esporre il destinatario a divieti indeterminati che non sarebbe in grado di rispettare. Alla luce di questo principio, si ritiene che nel provvedimento questorile de qua manchi una idonea specificazione laddove il provvedimento richiama anche gli incontri di amichevoli, giacché in tal caso i destinatari dell'obbligo, pur essendo “tifosi” appassionati e informati, possono non essere a conoscenza di tutti gli incontri amichevoli disputati dalla squadra del cuore. In sintesi, per gli incontri amichevoli, genericamente indicati, manca il requisito della sicura determinabilità da parte del destinatario dell'obbligo; come anche fa difetto quella esigibilità dell'obbligo, che la menzionata sentenza n. 512/2002 della Corte Costituzionale impone al giudice di controllare in sede di convalida del provvedimento questorile. Tra l'altro, nell'esercizio del suo potere di controllo il g.i.p., come emerge dal contenuto della sentenza delle sezioni unite n 44273 del 2004, può anche modificare la durata o le modalità della misura;

rilevato come nel caso di specie il provvedimento del questore non individua le specifiche ragioni che hanno portato all'adozione della misura di cui al comma secondo dell'art. 6 nel contenuto oggetto di doglianza, si ritiene che l'impugnata ordinanza vada annullata anche

¹⁸ Come in procedimento 12964/2008, Di Gati, P.G. Montagna, la cui decisione non risulta ancora depositata.

in relazione alla previsione di presentazione in occasione degli incontri amichevoli, con rinvio allo stesso giudice ex art. 623 lett. a c.p.p. che procederà ad un nuovo esame.

Infine è stato esaminato anche l'obbligo di una ***duplice presentazione presso gli uffici di polizia*** anche per gli incontri che la società viene chiamata ad effettuare fuori del territorio comunale, e sul punto la Procura Generale¹⁹ ha così argomentato: osservato che sul punto della necessità di imporre la doppia firma anche nelle ipotesi in cui la squadra giocherà fuori sede si è da un lato ritenuto che, se lo scopo della norma è quello di evitare che un soggetto pericoloso si rechi sul luogo di svolgimento dell'incontro, che l'obbligo della doppia firma avrebbe una sua ragione d'essere nei casi in cui si giochi in casa, mentre nelle ipotesi di partite fuori casa la doppia firma sarebbe in linea generale inutilmente affittiva, a meno che non si indichino le ragioni della sua necessità anche per le partite fuori casa. rilevato come la giurisprudenza si sia andata attestando nel senso che è legittimo il provvedimento con cui il Questore disponga l'obbligo della doppia presentazione anche in relazione agli incontri da tenersi in trasferta, sul presupposto che tale modalità di adempimento della misura, lungi dall'apparire vessatoria e unicamente affittiva, si presenta funzionale rispetto ai beni da tutelare, atteso che è dato di comune conoscenza che la trasferta in senso sportivo non sempre comporta spostamenti rilevanti, così che dopo l'adempimento del primo obbligo il soggetto potrebbe raggiungere il luogo di svolgimento della manifestazione (in termini Cass. Sez. III 24249 del 2007 e 25 ottobre 2007 n. 43968);

4.6 Le misure di prevenzione

Il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione è stato oggetto di molteplici interventi, ed in primis quello sul punto della necessità della presenza del proposto ed ai modi per assicurarla.

Nel procedimento nel quale il ricorrente denunciava che " ... a seguito dell'instaurazione del procedimento di primo grado presso il Tribunale di Reggio Calabria - Sezione misure di prevenzione –il proposto, detenuto, chiedeva di essere sentito ex art. 666 c.p.p. per esercitare il proprio diritto e conoscere gli atti su cui si fondava la proposta suddetta, ma questo non avveniva poiché il Magistrato di sorveglianza non li aveva e neanche l'Ufficio matricola ... ". La Procura Generale ha osservato²⁰:

¹⁹ In procedimento 16510/2008 Pedrelli, P.G. Montagna.

²⁰ Procedimento 41617/2007, Cataldo, P.G. Gialanella.

Tanto premesso, il ricorrente denuncia la consumazione di una nullità assoluta, conseguente alla violazione del principio per il quale, allorché “ ... il proposto chiede di essere sentito personalmente all’udienza, deve essere garantita la sua partecipazione e l’inosservanza di tale principio comporta una nullità assoluta”.

Orbene: al fine dell’esatta comprensione delle ragioni di tale doglianza va osservato che la necessaria lettura degli atti, ai quali codesta Corte ha accesso, trattandosi qui della denunciata violazione di norma processuale, segnala, con la precisione sfuggita all’estensore del ricorso, che, notificato al proposto, in data 15.11.2004, avviso relativo all’udienza del 3.12.2004 innanzi al Tribunale di Reggio Calabria, datato al 29.10.2004, allorché il medesimo Cataldo era detenuto nel carcere di Volterra, costui non solo domandava espressamente di partecipare all’udienza innanzi al detto Tribunale ma specificava che tale presenza doveva intendersi funzionale al pieno esercizio del suo diritto di difesa, al fine di replicare alle accuse rivoltegli ma non illustrate, se non in modi apodittici, nel contesto dell’atto di citazione, al quale non era allegata copia della proposta del Procuratore della Repubblica; a tali fini manifestava il suo intendimento di voler essere tradotto innanzi al Tribunale di Reggio in occasione dell’udienza ora detta,... A fronte di tanto, il Tribunale di Reggio Calabria, preso atto della detenzione del Cataldo in Volterra, disponeva, in data 22.11.2004, che lo stesso venisse ascoltato dal Magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione; tant’è che, in data 1.12.2004, lo stesso Cataldo veniva tradotto innanzi al Magistrato di sorveglianza di Pisa, laddove il proposto lamentava, nuovamente, il difetto di contestazione delle accuse rivoltegli e la conseguente compressione dei suoi diritti di difesa in assenza di un compiuto contraddittorio innanzi al suo Giudice naturale. In data 3.12.2004, infine, il Tribunale di Reggio teneva udienza in camera di consiglio, raccogliendo il verbale delle dichiarazioni rese dal Cataldo innanzi al Magistrato di sorveglianza di Pisa e decidendo in ordine alla proposta di applicazione allo stesso Cataldo di misura di prevenzione.

Il suindicato primo profilo del primo motivo del ricorso in esame è fondato e, ai fini di tale dimostrazione di siffatta fondatezza, occorre *ripercorrere la disciplina*, sul punto, *del rito camerale di prevenzione*.

L’art. 4, comma 7, della l. n. 1423 del 1956 disciplina il caso del mancato intervento dell’interessato all’udienza camerale, disponendo che, qualora la sua presenza sia necessaria per l’interrogatorio, il presidente del tribunale gli rivolge un nuovo invito a comparire e, se tale invito rimane senza effetto, può ordinarne l’accompagnamento a

mezzo della forza pubblica. Il comma 6 dell'art. 4 della l. cit. contempla, quindi, l'intervento dell'interessato all'udienza camerale e garantisce che gli sia assicurata la difesa tecnica, imposta dall'illegittimità del cit. art. 4 nella parte in cui non la prevede (Corte Cost., sent. n. 76 del 1970). La situazione dell'interessato, per quanto concerne il contraddittorio nel procedimento di prevenzione, è dunque equiparata a quella dell'imputato, per quanto nulla, invece, disponga la legge, pur funzionale allo scopo di assicurare l'integrale osservanza del contraddittorio, per il caso in cui l'interessato non intervenga ed il presidente non ne disponga l'accompagnamento.

In dottrina si è, così, opportunamente ricordato che, in applicazione di questi principi, la Corte ha tradizionalmente manifestato l'orientamento in forza del quale all'interessato deve essere garantito l'esercizio del diritto di difesa, assicurandone anzitutto la presenza all'udienza camerale, pena la nullità prevista dall'art. 185, comma 1, n. 3, c.p.p. 1930 (ora dall'art. 178, lett. c, c.p.p. vigente; tra le numerose, in tal senso, Sez. I, 17.4.1986, Andano; Sez. I, 1.5.1985, Scaramello).

Proprio in applicazione del principio della tendenziale equiparazione del proposto all'imputato, inoltre, la dottrina (con soluzioni opposte) e la giurisprudenza di legittimità si sono interrogate intorno al tema della necessità, una volta accertate la regolarità dell'avviso dell'udienza camerale e l'inesistenza di un impedimento a comparire, che sia dichiarata formalmente la contumacia dell'interessato, in applicazione analogica dell'art. 498 c.p.p. abr. ed ora degli artt. 420 quater e 484, comma 2 bis, c.p.p. vigente.

La Corte, in specie, dopo l'iniziale affermare un indirizzo propenso all'applicazione dell'istituto della contumacia (Sez. I, 11.6.1992, Arena; Sez. I, 16.12.1977, Piromalli; Sez. I, 9.2.1976, Ciulla), ha manifestato diversa opinione, nel senso che, a differenza del processo penale di cognizione, nel quale la contumacia dell'imputato costituisce un particolare stato, dal quale derivano per le parti diritti e doveri particolari, nel procedimento di prevenzione, invece, la contumacia del proposto non dà luogo ad una forma speciale di procedimento e non abbisogna di apposita ordinanza (in tal senso, tra le altre, Sez. I, 14.5.1990, Beve; Sez. I, 23.4.1990, Raia), sicché è in esso inapplicabile l'istituto della contumacia (Sez. I, 28.4.1995, Vaglica). Anche a dissentire dall'applicabilità dell'istituto della contumacia nel procedimento di prevenzione resta ferma, comunque, la garanzia dell'esercizio del diritto di difesa, assicurato dalla presenza all'udienza camerale dell'interessato, che deve essere messo nelle condizioni di potere eserci-

tare quel diritto anche personalmente, oltre che per mezzo dell'obbligatoria difesa tecnica.

Tanto premesso, va ricordato che il comma 6 dell'art. 4 della l. n. 1423 del 1956 richiama gli artt. 636 e 637 c.p.p. abr. ed ora l'art. 678 c.p.p. vigente, che richiama a sua volta l'art. 666 dello stesso codice. L'osservanza delle disposizioni richiamate è imposta, espressamente, in quanto queste siano applicabili, ossia in quanto compatibili con le disposizioni proprie del procedimento di prevenzione che, a differenza del procedimento di sorveglianza e di quello di esecuzione, prevedono, come ora detto, che il tribunale provveda con l'intervento anche dell'interessato. Tanto dovrebbe indurre a ritenere, come autorevolmente osservato in dottrina, che nessun avvertimento è dovuto all'interessato sulla facoltà di essere sentito, perché ne deve essere, invece, assicurata la presenza all'udienza camerale mediante traduzione se detenuto e, in ogni caso, mediante valutazione dell'eventuale impedimento a comparire al fine di disporre il rinvio dell'udienza: al procedimento di prevenzione, infatti, attese le peculiarità testé citate, non dovrebbe essere applicata automaticamente la disposizione prevista dall'art. 666, comma 4, c.p.p., nella parte in cui la traduzione e l'audizione dell'interessato sono subordinate ad una sua espressa richiesta, come ha precisato la giurisprudenza, con riferimento, però, al procedimento di sorveglianza ed al procedimento di esecuzione. L'orientamento di codesta Corte è, tuttavia, nel senso in forza del quale, in applicazione della disposizione dell'art. 666, comma 4, c.p.p., nel procedimento di prevenzione la mancata partecipazione dell'interessato all'udienza in tanto può assumere rilievo in quanto questi abbia chiesto di essere sentito personalmente, sicché, in mancanza di tale richiesta, resta anche irrilevante un eventuale legittimo impedimento (in tal senso, Sez. VI, Sentenza n. 29287 del 16.3.2004 Cc. (dep. 20.4.2004), Dedato; Sez. VI, Sentenza n. 36779 del 2.7.2003 Cc. (dep. 25.9.2003), Rv. 226336, Ignazzi; ... da ultimo Sez. I, Sentenza n. 19535 del 12.3.2003 Cc. (dep. 24.4.2003), Rv. 224778, PM in proc. Abitudine; Sez. 1, 12.3.1993, Mannari, in specie, ha affermato che nel procedimento di prevenzione non è prescritto sotto pena di nullità l'avvertimento alla parte privata detenuta della facoltà di chiedere di essere sentita personalmente od a mezzo del magistrato di sorveglianza se detenuta in luogo diverso. Dal suo canto, Sez. I, Sentenza n. 12968 del 5.2.2004 Cc. (dep. 17.3.2004), Rv. 227552, Rosmini, insegna che nel procedimento di prevenzione, una volta disposto il rinvio della trattazione ad altra udienza, il proposto che intenda essere sentito dal magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 666, comma quarto, e 678

cod. proc. pen., richiamati dall'art. 4 della l. n. 1423 del 1956, ha l'obbligo di rinnovare la relativa istanza, non essendo sufficiente quella già formulata in precedenza con riferimento alla fissazione della prima udienza).

Resta, dunque, minoritario l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale sussiste la nullità del procedimento, ai sensi dell'art. 178 c.p.p., qualora non sia stata disposta *ex officio* la traduzione dell'interessato detenuto, tranne il solo caso in cui questi abbia espressamente rinunciato alla comparizione (Sez. VI, 4.3.1996, Cannarella, Sez. I, 30.3.1983, Mazzitelli; Sez. I, 21.1.1985, De Cicco).

Tutto ciò posto, e con riguardo alla fattispecie, va dunque nuovamente evocato l'insegnamento della Corte già dinanzi più celermente citato (Sez. I, sent. 2531 del 6.6.1996 (CC. 16.4.1996), rv. 204910, imp. Biron e altri) che ha affermato che deve essere assicurata la comparizione personale del proposto all'udienza del procedimento di prevenzione allorquando costui ne abbia fatto richiesta (nel caso della sentenza Biron, in particolare, il prevenendo era detenuto fuori del circondario del tribunale precedente e la Corte ha affermato che, se il proposto chiede genericamente di essere sentito, a tanto provvede il magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione prima del giorno dell'udienza, salvo che il tribunale ritenga di disporre la traduzione; se, invece, chiede di partecipare specificamente a detta udienza, ne va garantita la presenza). Nell'enunciare il principio di cui in massima, peraltro, la Corte ha sottolineato che tale interpretazione della normativa vigente, applicata analogicamente al procedimento di prevenzione sulla falsariga del procedimento di riesame delle misure cautelari, la sottrae a possibili censure di illegittimità costituzionale, sia con riferimento al principio di eguaglianza, sia con riguardo all'inviolabilità del diritto di difesa.

Proprio siffatto rinvio analogico, ricordato dalla Corte, al procedimento di riesame delle misure cautelari consente di rammentare, a tale riguardo, il pur non del tutto univoco insegnamento della Corte stessa, al quale è debito prestare ossequio con riguardo ad una specifica lezione che lo connota (e che si ritiene di poter ricostruire attraverso l'evocazione delle decisioniove si insegna che, in tema di procedimento camerale partecipato, quale disciplinato dall'art. 127 c.p.p. - richiamato, per quanto riguarda il riesame, dall'art. 309, comma ottavo, c.p.p. -, deve ritenersi, alla stregua dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 45 del 1991, che qualora l'interessato, detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, avanzi richiesta di essere sentito personal-

mente, il giudice sia vincolato, a pena di nullità, a disporre la traduzione davanti a sé, senza possibilità di alcuna valutazione discrezionale, per consentire a chi abbia personalmente proposto la relativa richiesta di dedurre motivi nuovi a norma dell'art. 309, comma sesto, c. p.p.; Sez. F, Sentenza n. 36630 del 30.8.2005 Cc. (dep. 11.10.2005), Rv. 232224, Gentile, ove è specificato, in tema di procedimento camerale partecipato, quale disciplinato dall'art. 127 c.p.p. (richiamato, per quanto riguarda il riesame, dall'art. 309, comma ottavo, c.p.p. e, per quanto riguarda l'appello de libertate, dall'art. 310, comma secondo, c.p.p.), che deve ritenersi, alla stregua dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza 31 gennaio 1991, n. 45, che, qualora l'interessato, detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice, avanzi richiesta di essere sentito personalmente, il giudice sia vincolato, a pena di nullità, a disporre la traduzione davanti a sé, senza possibilità di alcuna valutazione discrezionale, con la conseguenza che la mancata traduzione in udienza o comunque la mancata possibilità di presenziare all'udienza da parte dell'interessato, qualora lo abbia richiesto, eventualmente attraverso le modalità della videoconferenza, dà luogo a nullità assoluta ed insanabile; Sez. 5, Sentenza n. 37034 del 27.9.2006 Cc. (dep. 9.11.2006), Rv. 235284, Sciascia, ove si insegna che nel procedimento camerale di riesame il Tribunale è tenuto ad assicurare la presenza dinanzi a sé dell'imputato o indagato che ne abbia fatto richiesta, anche se questi sia detenuto fuori della circoscrizione del Tribunale stesso, in ragione della peculiare struttura del giudizio di riesame che consente la proposizione dei motivi di impugnazione anche per la prima volta in udienza o comunque la presentazione di motivi nuovi, sicché la mancata traduzione dà luogo a nullità assoluta e insanabile, *ex art.* 179 cod. proc. pen., della udienza camerale e della successiva pronuncia del Tribunale, senza tuttavia che perda efficacia la misura coercitiva disposta; Sez. 2, Sentenza n. 32666 del 20.9.2006 Cc. (dep. 2.10.2006), Rv. 235315, Travascia).

L'insegnamento di codesta Corte può, dunque essere ricostruito nel senso per il quale, nell'ipotesi in cui l'imputato detenuto, in qualunque istituto si trovi ristretto e dunque anche al di fuori della circoscrizione del giudice che procede, manifesti tempestivamente la volontà di comparire nel giudizio camerale di riesame disciplinato dall'art. 309 c.p.p., ne deve essere disposta la traduzione ed assicurata la possibilità di presenziare all'udienza - eventualmente anche attraverso le modalità della videoconferenza -, senza possibilità di alcuna valutazione discrezionale, a pena di nullità assoluta ed insanabile (in tale

senso, da ultimo, Sez. 2, Sentenza n. 1099 del 4.12.2006 Cc., dep. 17.1.2007, Rv. 235621, Di Girolamo; *contra*, come espressione più recente del contrario orientamento, Sez. 4, Sentenza n. 39834 del 12.7.2007 Cc. (dep. 29.10.2007), Rv. 237886, Cammarata, ove si assume che nel procedimento camerale “de libertate” l’indagato detenuto in luogo esterno alla circoscrizione del giudice non ha il diritto di essere sentito all’udienza fissata per il riesame della misura cui è stato sottoposto, ma solo il diritto ad essere sentito dal magistrato di sorveglianza - la Corte in motivazione ha altresì chiarito che il giudice del riesame può comunque accogliere la richiesta di audizione qualora non la ritenga del tutto defatigatoria e di ostacolo al rispetto dei termini fissati dalla procedura per la decisione dell’impugnazione -).

L’insegnamento della Corte al quale si è dichiarato di prestare adesione appare, peraltro, coerente ad una duplice lezione delle S.U.; l’una (Sent. n. 40 del 7.3.1996 (CC. 22.11.1995), rv. 203771, imp. Carlutti), in forza della quale la mancata traduzione, perché non disposta o non eseguita, dell’imputato, indagato o condannato che ne abbia fatto richiesta, all’udienza di riesame determina la nullità assoluta e insanabile, a norma dell’art. 179 c.p.p., dell’udienza camerale e della successiva pronuncia del Tribunale sull’istanza di riesame; l’altra (sent. n. 9 del 30.6.1998 (CC. 25.3.1998), rv. 210799, imp. D’Abramo), in forza della quale, in materia di riesame di misure cautelari personali, l’indagato, detenuto in luogo esterno al circondario ove ha sede il tribunale competente a decidere, ha diritto alla traduzione per essere sentito davanti al magistrato del riesame o a quello di sorveglianza che proceda nelle forme del rito camerale, a condizione che vi sia stata una sua esplicita richiesta in questo senso. Certo: resta fermo che l’indicazione di tale diritto nell’avviso di udienza non è prevista da alcuna disposizione, né la sua omissione può integrare una nullità, stante il principio di tassatività delle stesse che devono, peraltro, concernere l’inosservanza di disposizioni espressamente stabilite per gli atti del procedimento a norma dell’art. 177 c.p.p. (S.U., c.c. 25 marzo 1998, n. 10, Savino, non massimata sul punto).

Ma l’insegnamento delle S.U. poc’anzi ricordato appare anche *aliunde* reiterato dalla Corte (Sez. 6, sent. 2417 del 21.7.1999 (CC. 25.6.1999), rv. 214927, imp. Labarbera), che ha sottolineato come la mancata audizione dell’indagato o imputato che ne abbia fatto richiesta comporta, al pari della mancata traduzione, una lesione dell’inviolabile diritto di difesa e determina la nullità assoluta, a norma dell’articolo 179 c.p.p., dell’udienza camerale e della successiva pronuncia del Tribunale sull’istanza di riesame. Può dirsi, dunque, ormai mino-

ritario il pregresso orientamento manifestato da questa Corte in epoca anteriore al doppio intervento delle S. U.: si ha qui riguardo alla decisione (Sez. I, sent. 4692 dell'11.1.1995 (CC. 24.10.1994), rv. 200321, imp. Madonia), ad avviso della quale l'indagato sottoposto a custodia cautelare e detenuto in luogo sito fuori della circoscrizione del giudice non ha diritto a partecipare all'udienza camerale fissata per il riesame della misura ma può solo chiedere di essere sentito dal magistrato di sorveglianza territorialmente competente.

Tale interpretazione della disciplina veniva detta, in siffatta decisione della Corte, ispirata ad evidenti ragioni di speditezza processuale e di sicurezza, come tali – così come la Corte Costituzionale aveva confermato con la sentenza n. 45 del 17.-31.1.1991 – da ritenersi idonee a non ledere il diritto di difesa; detta interpretazione, pertanto, veniva ritenuta non suscettibile di deroghe per volontà di parte ma, eventualmente, solo nel caso in cui il giudice ritenesse indispensabile la presenza dell'interessato. Di contro, come osserva la prevalente dottrina, dette esigenze di speditezza processuale e di sicurezza non possono comprimere la garanzia del contraddittorio tutte le volte che l'interessato chieda di essere ascoltato; ed anzi la dottrina è univocamente indirizzata a sostenere che, se l'interessato si è attivato per la richiesta di audizione, essa diventa elemento indispensabile per la validità del procedimento.

Di più, occorre evidenziare che parte autorevolissima della dottrina ha, del pari, sollevato più che condivisibili dubbi sull'effettività del contraddittorio proprio allorché l'interessato, detenuto o internato fuori della circoscrizione del giudice, richieda di essere ascoltato dal giudice che procede e questi, invece, disponga l'audizione per il giorno antecedente lo svolgimento dell'udienza, delegandola al magistrato di sorveglianza del luogo in cui l'interessato si trovi. In tali casi, si è, in particolare, ritenuto che l'anticipazione del contraddittorio con l'intervento di un giudice diverso da quello legittimato a decidere non abbia nulla a che vedere con *l'audiatur et altera pars*, essenza della giurisdizione. In tale stesso senso ha da intendersi la lezione di codesta Corte, nella particolare accentuazione già dinanzi ricordata (in specie, la già citata Sez. F, Sentenza n. 36630 del 30.8.2005 Cc. (dep. 11.10.2005), Rv. 232224, Gentile, ha riguardo a caso nel quale la richiesta dell'indagato detenuto concerneva non già una istanza di audizione davanti al Magistrato di Sorveglianza del luogo di detenzione, bensì una istanza di traduzione davanti al Tribunale - nella fattispecie, per la udienza di appello contro il provvedimento del GIP -; di fronte a tale istanza il Presidente del Tribunale non aveva disposto la tradu-

zione, richiesta dall'indagato, bensì aveva inoltrato richiesta di audizione al Magistrato di Sorveglianza, ai sensi dell'art. 127, comma 3, c.p.p., cui non era seguita risposta né prima né dopo l'udienza davanti al Tribunale. La Corte ha osservato che, nella fattispecie, ciò che rilevava, in tale situazione, non era la circostanza che il Magistrato di Sorveglianza avesse omesso tale esame ovvero non avesse trasmesso il relativo verbale al Tribunale, se in ipotesi eseguito, quanto la mancata traduzione dell'indagato, che ne aveva fatto specifica richiesta, davanti al Tribunale di Palermo, con l'effetto per il quale il Tribunale era vincolato, a pena di nullità, a disporre la traduzione davanti a sé, senza possibilità di alcuna valutazione discrezionale: la mancata traduzione in udienza o comunque la mancata possibilità di presenziare all'udienza da parte dell'indagato dava, dunque, luogo a nullità assoluta ed insanabile).

Infine, per completezza e con specifico riguardo al giudizio camerale di appello, va rammentato che, nella lezione della Corte (tra le altre, Sez. 2, Sentenza n. 209 del 7.12.2001 Ud. (dep. 8.1.2002), Rv. 220444, Liuzzo), è stato ribadito che l'imputato detenuto, in qualunque istituto si trovi ristretto, il quale abbia tempestivamente manifestato la volontà di comparire nel giudizio camerale di appello disciplinato dall'art. 127 c.p.p., ha diritto di presenziare all'udienza, sicché ne deve essere disposta ed eseguita la traduzione, a pena di nullità assoluta e insanabile ai sensi degli artt. 178 lett. c) e 179 c.p.p., difettando, in caso contrario, una "vocatío in ius" idonea ad instaurare validamente il contraddittorio. (fattispecie in tema di art. 599 c.p.p.; nello stesso senso, Sez. 1, Sentenza n. 26276 del 23.6.2006 Ud. (dep. 27.7.2006), Rv. 234419, Serena, ove si afferma che l'imputato detenuto, che manifesti la volontà di comparire, ha diritto di presenziare al giudizio camerale di appello avverso la sentenza pronunciata in giudizio abbreviato, e pertanto se, nonostante sia ristretto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice precedente, non sia stato tradotto in udienza ed abbia avanzato espressa richiesta in tal senso, la sentenza emessa all'esito è affetta da nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento).

Tutto ciò rammentato, e per ritornare al piano specifico del procedimento di prevenzione, va solo richiamato alla memoria che il comma 6 dell'art. 4 della l. n. 1423 del 1956 richiama gli artt. 636 e 637 c.p.p. abr. ed ora l'art. 678 c.p.p. vigente, che richiama a sua volta l'art. 666 stesso codice, in tema di procedimento di esecuzione; ma l'osservanza delle disposizioni richiamate è imposta, espressamente, in quanto applicabili, ossia in quanto compatibili con le disposizioni pro-

prie del procedimento di prevenzione, che, a differenza del procedimento di sorveglianza e di quello di esecuzione, prevedono, come già sottolineato, che il tribunale provveda con l'intervento anche dell'interessato. Tanto vale ad escludere la meccanica applicazione, nel procedimento di prevenzione, di principi propri del procedimento di esecuzione quando questi siano in contrasto con i cardini propri del procedimento disciplinato dall'art. 4 della l. 1423 del 1956, a partire dalla necessaria partecipazione dell'interessato, come raccomandato dall'insegnamento della Corte (dato dalla citata sentenza Biron) dinanzi riportato. Non rileva, dunque, direttamente, ai fini del tema in esame, la memoria dell'insegnamento della Corte (Sez. IV, sent. n. 2483, 10.3.2003, (C.C. 10.12.2002), rv. 223931, ric. Asole) che ha affermato il principio di diritto in forza del quale, in tema di contraddittorio nel procedimento di esecuzione (art. 666, comma 4, cod. proc. pen.), qualora il condannato, detenuto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice che procede, chieda di essere sentito personalmente, previa traduzione all'udienza camerale, il giudice deve disporre tale traduzione o la audizione davanti al magistrato di sorveglianza del luogo, in quanto, ai fini dell'instaurazione del contraddittorio, è sufficiente che vi sia una richiesta ad essere ascoltati, attenendo le ulteriori indicazioni a modalità di attuazione del diritto di audizione che sono riservate alla decisione del giudice (*contra*, Sez. F, Sentenza n. 36630 del 30.8.2005 Cc. (dep. 11.10.2005), Rv. 232224, Gentile; Sez. 5, Sentenza n. 37034 del 27.9.2006 Cc. (dep. 9.11.2006), Rv. 235284, Sciascia, e tutta le decisioni di codesta Corte dinanzi richiamate).

Resta che, pur nella diversa prospettazione del procedimento di esecuzione, la Corte ha osservato che l'omessa audizione dell'interessato, che ne abbia fatto comunque richiesta, è causa di nullità assoluta, ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p., rilevabile anche d'ufficio; in tal modo, peraltro, la Corte ha preso condivisibile posizione in ordine al controverso tema della natura della nullità che sanziona la violazione di tale diritto, considerata da taluni assoluta ed insanabile e da altri assoggettata ai limiti di deducibilità e alle sanatorie tipiche del regime intermedio (Sez. 1, sent. 1126, 20.2.1996, Grandieri, rv 203982; Sez. VI, sent. 2007, 23.5.1995, Esposito, rv 202827; Sez. I, sent. 895, 21.2.1994, Garilli, rv. 196835; Sez. I, sent. 3519, 22.9.1993, Ragusa, rv 195428).....

Alla stregua di tutto quanto ricordato, può affermarsi il principio per il quale, nel procedimento di prevenzione, allorquando l'interessato, detenuto o internato fuori della circoscrizione del giudice, richieda di essere ascoltato dal giudice che procede e questi, invece, disponga

l'audizione per il giorno antecedente lo svolgimento dell'udienza, delegandola al magistrato di sorveglianza del luogo in cui l'interessato si trovi, si determina un'indebita compressione del diritto del proposto ad essere tradotto innanzi al suo Giudice, che è vincolato a disporre la traduzione del proposto davanti a sé, senza possibilità di alcuna valutazione discrezionale; e la mancata traduzione in udienza camerale del proposto dà luogo a nullità assoluta ed insanabile.....²¹

Per quanto riguarda **l'impugnazione del provvedimento** che decide sull'istanza di revoca o di modifica del decreto applicativo di misura di prevenzione nel corso dello scorso anno la Procura Generale ha avuto modo di argomentare²²:

il ricorso in atti, alla stregua del tenore letterale dello stesso ricorso, che esplicitamente rinvia all'art. 7 *bis* della l. n. 1423 del 1956, nonostante un'incongrua evocazione dell'istituto dell'incidente di esecuzione, contiene una doglianza volta a lamentare che il Tribunale di Palermo, con il provvedimento oggetto di ricorso innanzi a codesta Corte, abbia rigettato un'istanza, promanante dal prevenuto Seidita Domenico, " ... con la quale si era chiesta la revoca della confisca" di alcuni immobili, specificamente indicati in ricorso, disposta ad opera della " ... Corte di appello di Palermo, (con provvedimento) irrevocabile in data 1.2.2006 a seguito della dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione)".

Va soltanto premessa, al fine del corretto inquadramento della fattispecie, la memoria della lezione di codesta Corte, infine radicatosi ad opera delle Sezioni Unite, in ragione della quale (Sez. U., Sentenza n. 57 del 19.12.2006 C.c. (dep. 8.1.2007), Rv. 234955-234956, Auddino ed altro) il provvedimento di confisca deliberato ai sensi dell'art. 2 *ter*, comma terzo, della l. 31 maggio 1975, n. 575, è suscettibile di revoca *ex tunc* a norma dell'art. 7, comma secondo, della l. 27 dicembre 1956, n. 1423, allorché sia affetto da invalidità genetica e debba, conseguentemente, essere rimosso per rendere effettivo il diritto, costituzionalmente garantito, alla riparazione dell'errore giudiziario, non ostando al relativo riconoscimento l'irreversibilità dell'ablazione determinatasi, che non esclude la possibilità della restituzione del bene confiscato

²¹ Con decisione n. 31334 del 2008 la seconda sezione ha annullato senza rinvio il decreto impugnato nonché quello emesso dal Tribunale di Reggio Calabria il 3 dicembre 2004 e disposto trasmettersi gli atti al suddetto Tribunale per nuovo giudizio.

²² Nel procedimento 17052/2007, Seidita, P.G. Gialanella.

all'avente diritto o forme comunque riparatorie della perdita patrimoniale da lui ingiustificatamente subita; inoltre, la legittimazione a proporre istanza di revoca del provvedimento di confisca disposto ai sensi dell'art. 2 *ter*, comma terzo, della legge 31 maggio 1975, n. 575, spetta solo a chi abbia partecipato al procedimento di prevenzione o sia stato messo in grado di parteciparvi, mentre chi non sia stato chiamato a prendervi parte e comunque non vi abbia preso parte può far valere l'inefficacia nei suoi confronti della confisca mediante incidente di esecuzione.

In specie, le Sezioni Unite hanno insegnato che, “ ... come correttamente rileva Cass. sez. VI, 17 settembre 2004, n. 46449, Cerchia e altro, la richiesta di rimozione del provvedimento definitivo deve muoversi nello stesso ambito della rivedibilità del giudicato di cui agli artt. 630 e ss. c.p.p., con postulazione dunque di prove nuove sopravvenute alla conclusione del procedimento (e sono tali anche quelle non valutate nemmeno implicitamente: S.U., 26 settembre 2001, Pisano), ovvero di inconciliabilità di provvedimenti giudiziari, ovvero di procedimento di prevenzione fondato su atti falsi o su un altro reato”. Orbene: va solo sottolineato, quanto all'evocazione, che si diceva incongrua, da parte del ricorrente, del rimedio dell'incidente di esecuzione - che vorrebbe dirsi, comunque, azionato nel caso di specie, come a dire ‘in parallelo’ alla revoca *ex* art. 7 della l. n. 1423 del 1956 -, che tale tentativo di ‘spostare’ i termini della fattispecie procedimentale in esame, correttamente qualificata dal Tribunale di Palermo ai sensi dell'art. 7 della l. n. 1423 del 1956, rintraccia la sua matrice nell'argomento svolto in ricorso ove si evoca la figura di tale Seidita Angelo, che viene qualificato come “terzo non intervenuto”, al quale sarebbe rimesso il diritto di “.. svolgere le sue deduzioni senza preclusioni derivanti dal procedimento di prevenzione cui non ha partecipato e chiedere l'acquisizione di ogni altro elemento utile”. Sennonché, basti qui dire che il Tribunale di Palermo è stato investito da “ ... un'istanza depositata in data 19.1.2007, con la quale nell'interesse di Seidita Domenico, si chiede la revoca della misura di prevenzione della confisca dei beni applicata nei suoi confronti con decreto di questo Tribunale in data 19.7.2004”; con il che null'altro v'è da aggiungere, come si diceva, in punto di corretta qualificazione della fattispecie.

Se, dunque, in tali termini va ricostruita la fattispecie procedimentale (del tutto al di là del contenuto dei motivi posti a fondamento del ricorso e di ogni considerazione sulla fondatezza di essi), va rammentato che l'impugnazione del provvedimento che decide sull'istanza di revoca o di modifica del decreto applicativo di misura di pre-

venzione di cui all'art. 3 della l. 1423 del 1956, ai sensi dell'art. 7 comma 2 l. cit., è implicitamente ma con chiarezza consentita dalla disposizione del comma 3 dell'art. 7 in esame, che esclude l'effetto sospensivo del ricorso contro il provvedimento di revoca o di modifica. Su tale presupposto, la Corte si è interrogata soltanto in merito a quali norme siano applicabili, dato il silenzio della legge.

La del tutto prevalente giurisprudenza della stessa Corte è nel senso per il quale, nel caso di specie, vanno applicate le regole stabilite per le impugnazioni dall'art. 4 della l. n. 1423 del 1956 (tra le numerose, Sez. VI, 16.12.1999, Perre, Rv. 216509;Sez. 1, Sentenza n. 11408 del 30.1.2004 Cc. (dep. 10.3.2004), Rv. 227551, Indelicato, ove, per l'appunto, si insegna che avverso il provvedimento con il quale il tribunale, ai sensi dell'art. 7, comma secondo, della legge 27 dicembre 1956 n.1423 e successive modificazioni, abbia disposto la revoca o la modifica di una misura di prevenzione, è esperibile l'appello e non il ricorso per cassazione;

Nel contrario senso della proponibilità, in via esclusiva, del ricorso per cassazione, va registrato altro minoritario orientamento della Corte (Sez. VI, 4.1. 2000, Di Martino; Sez. I, 28.1.1997, Bucello), che tale conclusione motiva alla stregua dell'inquadrabilità dell'istituto nella fase esecutiva; dal che dovrebbe derivare l'applicazione dell'art. 666, comma 6, c.p.p., che appunto prevede soltanto il ricorso per cassazione contro l'ordinanza del giudice che decide l'incidente di esecuzione.

Questo Ufficio ritiene di dover condividere l'orientamento maggioritario della Corte. Invero, l'opinione minoritaria appare in contrasto con l'argomento, da ritenersi assorbente, in forza del quale dall'inquadrabilità dell'istituto nella fase esecutiva non discende automaticamente l'applicazione di tutte le disposizioni che regolano il procedimento di esecuzione nel codice di rito penale, essendo invece necessario, prima di tale applicazione analogica, ricercare se esistano disposizioni che siano proprie dell'autonomo sottosistema delle misure di prevenzione o comunque appaiano ricavabili, in via di interpretazione, dallo stesso sistema. Nella fattispecie in esame, tali disposizioni paiono doversi rintracciare in quelle dettate in tema di impugnazioni dall'art. 4 della l. cit., dato che l'istituto della revoca appare connotato dalla speciale funzione, propria al sottosistema delle misure di prevenzione - tra i principi regolanti il quale assume fondante rilievo quello dell'applicazione ed esecuzione della misura *rebus sic stantibus* -, del nuovo esame delle condizioni che giustificarono l'imposizione della misura stessa. Non a caso, in coerenza a tale principio,

le Sezioni unite della Corte (sent. 10.12.1997, Pisco) hanno ritenuto che l'istituto della revisione, previsto dagli artt. 629 ss. c.p.p., non è applicabile in tema di misure di prevenzione in quanto è, invece, adoperabile, per ottenere gli stessi effetti a tutela degli interessi del sottoposto alla misura, per l'appunto, la revoca di cui all'art. 7, comma 2, della l. n. 1423 del 1956, ossia una norma propria del sottosistema delle misure di prevenzione. Depongono, del resto, nello stesso senso dell'autonomia del sottosistema della prevenzione, più in generale, dati testuali che connotano la l. 1423 del 1956: in tal senso, ad esempio, come rammentato da autorevole dottrina, va annotato che anche quando nella legge speciale esiste un espresso rinvio a norme del c.p.p., come nei commi 5 e 11 dell'art. 4 della l. cit., è sempre precisato che le disposizioni richiamate vanno osservate «in quanto applicabili»; ancora, il termine per proporre impugnazione è quello di dieci giorni, previsto specificamente dall'art. 4, commi 9 e 10, della l. n. 1423 del 1956, rimanendo estranei al procedimento di prevenzione i diversi termini previsti dal c.p.p. (Cass. Sez. I, 11.2.1998, Picciafoco). Peraltro, a favore della tesi sostenuta dalla prevalente giurisprudenza possono essere tenute in conto diverse ragioni, a muovere dall'argomento per il quale non risultano innovazioni tali nel c.p.p. in vigore da indurre ad un ripensamento della giurisprudenza sorta sotto il vigore del c.p.p. del 1930, specie a tener conto che, anche in quel codice, contro l'ordinanza che decideva l'incidente di esecuzione, era ammesso soltanto il ricorso per cassazione (art. 631 comma 2 c.p.p. 1930); laddove, d'altro canto, esiste una sostanziale differenza tra la revoca di cui all'art. 7 della l. n. 1423 del 1956 e tale rimedio dall'incidente di esecuzione, atteso che, come si accennava, nel sottosistema delle misure di prevenzione, il giudicato è sempre sottoposto alla condizione *rebus sic stantibus*. A ciò va aggiunta l'esigenza garantista in forza della quale anche il giudizio sulla revoca della misura, nel sistema delle misure di prevenzione, involgendo nuovamente, come già si ricordava, la questione di merito della pericolosità del proposto, impone che alle parti siano assicurate le medesime garanzie che connotano il momento processuale dell'originaria imposizione della misura, a partire dai tre gradi di giudizio attraverso i quali può snodarsi, se del caso, il relativo procedimento. Né tale da legittimare una diversa conclusione è l'argomento, adoperato a sostegno della minoritaria opinione della giurisprudenza di legittimità, in ragione del quale l'art. 7 *bis* della l. n. 1423 del 1956 espressamente prevede il solo ricorso per cassazione per violazione di legge (comma 5) con riguardo all'ipotesi, in tal norma contemplata, dell'autorizzazione, conferita alle persone

sottoposte all'obbligo di soggiorno, per gravi e comprovati motivi di salute, ad allontanarsi dal luogo di residenza o dimora abituale. In realtà, esiste una sostanziale differenza tra i due istituti contemplati dall'art. 7 e dall'art. 7 *bis* della l. 1423 del 1956: la disposizione da ultimo citata, introdotta con l'art. 1 della l. 13.9.1982, n. 646, prevede, in favore delle persone sottoposte all'obbligo di soggiorno, esclusivamente brevi permessi (al massimo dieci giorni oltre il tempo necessario per il viaggio) per accertamenti sanitari e cure da eseguirsi in altre località, come si diceva, per gravi e comprovati motivi di salute. In ordine a siffatti permessi, di conseguenza, non viene in esame, in via ulteriore ed in tempo successivo all'applicazione della misura, la pericolosità sociale del soggetto, così come ha luogo nella diversa fattispecie contemplata dall'art. 7 della l. cit.: da essi non deriva alcuna modifica, con effetti definitivi, dell'originaria misura, sicché, ai fini della pronuncia di tali provvedimenti autorizzatori, è previsto un rapido procedimento senza contraddittorio (commi 2, 3 e 4 dell'art. 7 *bis* della l. cit.).

Alla stregua di tutte le considerazioni svolte segue che il ricorso indicato in epigrafe va qualificato come appello e trasmesso, per l'effetto, alla Corte di merito competente.²³

Il contributo nella individuazione dei soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento di prevenzione

La questione intorno all'estensione del novero dei terzi che, poiché a costoro i beni sequestrati "appartengono", secondo la dizione letterale dell'art. 2 *ter* della l. nr. 575 del 1965, hanno diritto di spiegare intervento, a tutela della propria posizione soggettiva, nell'ambito del procedimento di prevenzione nel quale si sia già iscritto un sequestro di beni alla stregua dell'art. 2 *bis* o del medesimo art. 2 *ter* della l. cit..è stata oggetto di specifico intervento da parte della Procura generale²⁴, che ha così ricostruito il tema:

Il riferimento normativo puntuale va rintracciato, in specie, nel comma 5 della norma da ultimo richiamata, che dispone che, ove risulti che i beni sequestrati, si diceva, *appartengano* a terzi, questi siano chiamati dal tribunale, con decreto motivato, ad intervenire nel procedimento e possano, anche con l'assistenza di un difensore, nel ter-

²³ La decisione 47413 del 2007 della prima sezione ha qualificato l'impugnazione proposta come appello disponendo la trasmissione degli atti alla Corte d'appello di Palermo.

²⁴ Nel procedimento 24721/2006, CS Spa, P.G. Gialanella.

mine stabilito dal tribunale, svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca.

La questione è da tempo al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinario e qui, ai fini di questa analisi, può essere riassunta solo nei suoi termini essenziali: la norma ora citata è stata interpretata, dalla giurisprudenza di legittimità a lungo parsa maggioritaria (tra le altre, Sez. I, 21.1.1992, Sanseverino, che esclude la legittimazione all'intervento, nel procedimento di prevenzione, del creditore ipotecario), nel senso che essa è finalizzata ad introdurre, nel procedimento di prevenzione, alcuni *elementi di contraddittorio*, attraverso la garanzia dell'intervento, nel medesimo procedimento di prevenzione, di coloro che, o titolari formali del diritto proprietario oppure di altri diritti reali di godimento sui beni oggetto della misura cautelare (ammetteva l'intervento dei titolari dei diritti reali di garanzia sui beni in sequestro già Sez. I, 2.4.1987, Greco ed altri; nello stesso senso, più di recente, Sez. II, 16.2.2000, Ienna ed altri, ...) vedano, in prospettiva, i loro stessi diritti a rischio di essere compressi per effetto della definitiva acquisizione allo Stato dei beni ora detti.

In specie, qualora detti terzi non vengano citati nel giudizio di prevenzione, gli stessi, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale (tra le altre, Sez. I, 16 aprile 1996, Biron), possono proporre incidente di esecuzione al fine di contestare il titolo esecutivo (la confisca) formatosi in assenza del presupposto costituito dal decreto del tribunale con il quale i terzi in questione devono essere chiamati ad intervenire nel procedimento. Resta che la norma dinanzi citata sembra lasciare, dunque, del tutto irrisolto il profilo concernente la sorte dei diritti dei contro interessati - quali sono, ad es., i finanziatori, i fornitori, gli aventi diritto a prestazioni personali di contenuto il più diverso da parte dell'indiziato di appartenenza ad associazione di tipo mafioso - rispetto al destinatario della misura cautelare e del susseguente, eventuale provvedimento ablativo di prevenzione; così ignorandosi, in altri termini, "le esigenze di tutela di quanti abbiano avuto rapporti giuridici con l'indiziato, confidando nel suo patrimonio".....

Al fine di aggiornare l'analisi dei temi or ora accennati, è opportuno prendere le mosse dall'ormai ben nota pronunzia della giurisprudenza di legittimità (Sez. I, 22.4.1998, nr. 1947, Commisso) alla stregua della quale qualora, in pendenza del procedimento di prevenzione nel corso del quale sia stato disposto, ai sensi dell'art. 2 *ter* della l. nr. 575 del 1965, il sequestro dei beni del proposto, quest'ultimo venga dichiarato fallito, la gestione dei beni sequestrati permane in

capo all'amministratore giudiziario nominato dal giudice della prevenzione, dovendosi il curatore fallimentare limitare ad una sommaria ricognizione di detti beni, senza in alcun modo interferire nell'attività dell'amministratore ora detto. In breve: tale asserzione viene fondata, dai giudici di legittimità, sul principio della priorità dell'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia (la quale contemplerebbe, in particolare, l'acquisizione a titolo originario, mediante confisca, da parte dello Stato, dei beni sequestrati, una volta divenuta definitiva l'applicazione della misura di prevenzione), rispetto all'interesse meramente privatistico della *par condicio creditorum* perseguito dalla normativa in materia di fallimento; ne seguirebbe l'effetto in ragione del quale il conflitto di competenza insorto tra il giudice delle misure di prevenzione ed il giudice delegato alla procedura fallimentare va risolto con l'affermare la prevalenza del primo. Tale questione dei rapporti tra procedimento di prevenzione e procedure concorsuali non può essere approfondito in questa sede. Qui va, piuttosto, rilevato, ai fini dell'analisi proposta, che la sentenza che si è andata citando appare rilevante proprio nella misura in cui, al di là della discutibile, riaffermata natura di acquisto a titolo originario della confisca, essa ammette i creditori chirografari alla soddisfazione del loro diritto nell'ambito del procedimento di prevenzione, pur al di fuori di un loro formale intervento nelle forme previste dall'art. 2 *ter*, comma 5, della l. nr. 575 del 1965, al pari degli altri titolari di diritto di credito nei confronti del destinatario della misura cautelare del sequestro. In specie, la tutela dei diritti dei terzi, per tali intesi tutti coloro che vantino *in buona fede* pretese creditorie nei confronti del mafioso dichiarato fallito, rintraccia, ad avviso dei giudici di legittimità, una cittadinanza endoprocedimentale grazie allo strumento normativo dell'art. 2 *septies* della l. nr. 575 del 1965, che consente allo stesso amministratore, con l'autorizzazione scritta del giudice delegato, la facoltà di stare in giudizio, contrarre mutui, stipulare transazioni, compromessi, fideiussioni, concedere ipoteche, alienare immobili e compiere altri atti di straordinaria amministrazione 'anche a tutela dei diritti dei terzi'.

Ciò dato, va subito registrato come tale decisione abbia offerto il fianco ad un'articolata pluralità di critiche. Si è, così, osservato che la norma, in tal modo interpretata, realizzerebbe "un'autentica rivoluzione copernicana, atteso che i principi fondamentali che da sempre hanno regolato i criteri per la soddisfazione dei creditori, nel rispetto dei diritti di prelazione e della *par condicio*, vengono sovvertiti: vengono infatti privilegiati, su tutti, i creditori che l'amministratore giu-

diziario ed il giudice penale riterranno *in buona fede* e, come tali, meritevoli di tutela. Sicché il principio della *buona fede* finisce col sostituirsi alle tradizionali regole sulla *par condicio* ed all'ordine dei privilegi, così come previsto dal codice civile". Si è, del pari, asserito che riconoscere soltanto all'amministratore giudiziario una funzione tutoria delle ragioni dei creditori, ai quali viene, d'altro canto, precluso l'intervento nel procedimento di prevenzione, poiché si traduce nel rischio della violazione della *par condicio*, comporterebbe anche la possibile consumazione, da parte dell'amministratore giudiziario, eventualmente anche in concorso con il giudice della prevenzione, del reato di bancarotta preferenziale. Ed ancora, e non molto lungi da tale ultima riflessione, si è osservato, quanto all'interpretazione data al citato art. 2 *septies* della l. nr. 575 del 1965, che residua il dubbio in ordine a quali atti di adempimento del diritto del terzo debbano essere ritenuti di straordinaria amministrazione e se, dunque, tale sia, in ragione della discrezionalità del giudice, qualsivoglia atto a tutela dei terzi ovvero solo quelli connotati da particolari requisiti; questione alla quale non è estranea la consapevolezza in ordine alla natura tipicamente cautelare del sequestro di prevenzione, sicché non pare che la fase dell'amministrazione rimessa all'autorità giurisdizionale possa andare confusa con una mera procedura liquidativa di beni che sono detti essere nella disponibilità all'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa, al quale debbono essere restituiti in caso di rigetto della proposta. La cognizione di tutti tali rilievi contribuisce a dare spiegazione dell'ampio diffondersi, piuttosto, nella giurisprudenza di merito e, per quel che più conta, di legittimità, sino ai nostri giorni, dell'opinione che, sul presupposto della prevalenza assoluta della misura di prevenzione rispetto alle pretese dei terzi, si limita, allora, a negare *in radice* qualsivoglia tutela ai diritti di credito di costoro, allorché siano insorti in epoca anteriore all'adozione della misura cautelare (Sez. I, 14.11.1997, Cifuni; Sez. I, 19 dicembre 1997, Nicoletti.....). Opinione, quest'ultima, che, tuttavia, come si accennava dinanzi, ha rintracciato, a sua volta, il suo fondamento teorico, da un lato, nella più tradizionale configurazione dottrinarie delle misure patrimoniali di prevenzione, che si vogliono connotate dal carattere repressivo e sanzionatorio proprio della confisca, rispetto alla quale il sequestro eserciterebbe la sola funzione anticipatoria degli effetti; e, dall'altro lato, nell'affermata natura di acquisto a titolo originario che rivestirebbe, ai sensi dell'art. 2 *nonies*, comma 1, primo inciso, della l. nr. 575 del 1965, l'acquisizione del bene di illecita origine al patrimonio indisponibile dello Stato, susseguente alla medesima confisca, con

il conseguente effetto di rendere il bene oggetto della misura patrimoniale non più destinabile al soddisfacimento dei creditori, nel rispetto della più generale norma di cui all'art. 2740 c.c. (laddove, in realtà, come osservato in dottrina, ciò che connota l'acquisizione del bene all'Erario è che esso avviene direttamente in forza della legge, senza alcun concorso del c.d. *dante causa*; si attua prescindendo dal titolo che il proposto possa eventualmente vantare sul bene, ed avendo anzi riguardo ad un mero rapporto di fatto, qual è quello di *appartenenza* del bene; ed ha luogo, pertanto, in forza di un potere ablatorio espressione del potere sovrano della collettività, diretto alla prevenzione ed alla repressione del crimine. Ne segue la sostanziale irrilevanza della soluzione da dare al problema se il tipo di acquisto del bene sia a titolo originario o derivativo, atteso che non da siffatta soluzione in ordine alla natura dell'acquisizione all'Erario del bene confiscato può desumersi una disciplina della sorte dei diritti dei terzi sul bene medesimo). A tanto va aggiunto il rilievo - in tal senso interpretato al fine di fondare vieppiù la posizione radicale che si va ripercorrendo - del già sottolineato, testuale tenore dell'art. 2 *ter*, comma 5, della l. nr. 575 del 1965 che, come dinanzi accennato, sembrerebbe riservare ai soli soggetti ai quali i beni sequestrati risultino *appartenere* - intesa *l'appartenenza* nel restrittivo senso succitato, ossia riferita ai soli diritti di proprietà e reali di godimento - l'intervento endoprocedimentale.

L'articolata complessità della questione, peraltro, trova espressione ulteriore nel recente atteggiarsi del contrasto corrente tra le sezioni della Corte di Cassazione. Da un lato, invero, va fatta menzione della reiterata - per quanto controversa in dottrina - opinione dei giudici di legittimità, formulata in sede penale, in ragione della quale la confisca di prevenzione dovrebbe essere ricondotta nell'ambito di un *tertium genus* rispetto a quello delle misure cautelari ed ablativo penali ovvero a quello delle misure cautelari di prevenzione patrimoniale; siffatto *tertium genus* sarebbe composto da un novero di sanzioni propriamente amministrative, pur applicate all'esito di un procedimento giurisdizionale (ed in esso rientrerebbero anche le ipotesi di confisca obbligatoria contemplate dall'art. 240, comma 2, nnrr. 1 e 2, c. p.; Sez. Un., 3.7.1996, Simonelli ed altri;.....; Sez. 5, Sentenza n. 6160 del 14.1.2005 Cc. (dep. 17.2.2005), Rv. 231173, Andronico ed altri, ove si assume che la confisca dei beni, disposta ai sensi dell'art. 2 *ter* della legge n. 575 del 1965, rientranti nella disponibilità di un soggetto proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione, una volta accertati i presupposti di pericolosità qualificata, nel senso dell'appartenenza del soggetto ad un'associazione di tipo mafioso e di indimo-

strata provenienza dei beni confiscati, non viene meno a seguito della morte del proposto, intervenuta prima della definitività del provvedimento di prevenzione, considerato che lo scopo perseguito dal legislatore con la normativa antimafia, concernente le misure patrimoniali, è quello di eliminare dal circuito economico, collegato ad attività e soggetti criminosi, beni dei quali non sia fornita dimostrazione di lecita acquisizione; sul punto, C. Cost., sent. 8.10.1996, n. 335; C. Cost., sent. 28.12.1993, n. 465; C. Cost., sent. 29.11.2004, n. 368). Tale argomento viene adoperato al fine di sostenere che la confisca di prevenzione rimane connotata, in via primaria, dalla sua essenziale funzione di spoliazione in via definitiva dei beni, già oggetto di misura cautelare, all'indiziato di appartenenza ad associazione di tipo mafioso; sicché, per quanto la pericolosità sociale del proposto resti un presupposto di applicazione della stessa confisca, la natura amministrativa di questa ed il connesso carattere obbligatorio dell'ablazione svelerebbe come, in sede di intervento patrimoniale, la pericolosità inerisca oggettivamente al bene, con l'effetto di consentirne l'acquisizione al patrimonio indisponibile dello Stato anche ove il proposto sia deceduto nelle more del procedimento giurisdizionale e prima della definitività della pronuncia sull'ablazione. L'effetto di tanto è che, proprio alla luce di siffatta *pericolosità in sé* del bene oggetto di confisca, l'acquisizione dello stesso allo Stato non potrebbe che comportare un effetto di purgazione di qualsivoglia diritto vantato da terzi. A fronte di tale convincimento si è replicato che, piuttosto, va ribadita la regola della necessaria pregiudizialità della misura personale rispetto a quella patrimoniale, riconosciuta ragionevole dalla Corte costituzionale (sent. 28.12.1993, n. 465) e certamente rispondente ad un preciso modo di concepire il sistema della prevenzione patrimoniale quale meccanismo di aggressione di beni di illecita provenienza che rinviene il suo fondamento giustificativo non già nelle intrinseche caratteristiche di pericolosità che i beni eventualmente presentino, bensì nel rapporto intercorrente tra gli stessi e determinati soggetti socialmente pericolosi in grado di disporre, traendo vantaggio dal loro impiego. Si è sostenuto, infatti, del tutto condivisibilmente, che "le argomentazioni dirette a trasferire sulla *res* l'illiceità del comportamento della persona che l'ha acquistata, con conseguente applicabilità della sanzione ablatoria della misura di prevenzione reale anche quando non sia più applicabile la misura di prevenzione personale, sono metagiuridiche, perché nell'ordinamento giuridico vigente le *cose in se stesse sono normalmente neutre ai fini della pericolosità*, che inerisce, invece, alla persona che ne ha la disponibilità, la quale può utilizzarle per fini illeciti

e, quindi, socialmente pericolosi. La legge, infatti, attribuisce la natura di cose obiettivamente pericolose soltanto a quelle delle quali sono vietati, costituendo il fatto reato, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione (art. 240, comma 2, nr. 2, c.p.)”.

A ciò va aggiunto che discorrere di una *pericolosità in sé* del bene, al di là del suo rapporto genetico e funzionale con un soggetto pericoloso, apre, concettualmente, la via all'argomento ulteriore che ciò che rileva, come possibile oggetto di una simile confisca, è il *complesso dei beni* di chi non è in grado di giustificarne la legittima provenienza; patrimonio, per l'appunto, *in sé* pericoloso in quanto destinato ad essere riutilizzato a scopi illeciti anche attraverso il riciclaggio ed il reinvestimento dei capitali in attività economiche legittime. Si costruisce, in tale modo, una fattispecie di *pericolosità del patrimonio*, più che del bene in sé, che appare difficilmente compatibile con il nostro sistema positivo (e che presuppone, oltre tutto, scelte di politica criminale piuttosto radicali). Simili critiche all'opinione della Cassazione penale testé citata paiono, allora, coerenti all'orientamento delle Sezioni civili della Cassazione che, a loro volta, sono, piuttosto, ferme nell'indicare nella confisca un modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo proprio in quanto esso non prescinde dal rapporto già esistente fra quel bene ed il precedente titolare ma anzi un tale rapporto presuppone ed è volto a fare venir meno, per ragioni di prevenzione e/o di politica criminale, con l'attuare il trasferimento del diritto, dal privato condannato o indiziato di appartenenza ad associazioni mafiose, allo Stato (tra le altre, Sez. I, 3.7.1997, nr. 5988, Socopa s.r.l. fall. - Ministero delle Finanze..... L'effetto di tale natura dell'acquisto dello Stato sarebbe, allora, quello in forza del quale i diritti dei terzi sono del tutto tutelati, come reso evidente, con argomento uguale e contrario, proprio dalla fattispecie di una confisca che incida su di un diritto di credito, allorché il rapporto tra lo Stato creditore ed il terzo debitore rintraccia la sua ragione d'essere solo nella precedente relazione obbligatoria tra l'originario creditore ed il medesimo debitore. In altri termini, si sarebbe qui di fronte ad una mera modificazione soggettiva, nella fattispecie ora citata *ex latere creditoris*, “dell'originario rapporto obbligatorio, riconducibile allo schema della *c.d. cessio legis* e che identifica propriamente la sostituzione, *ex lege o per factum principis*, della persona del creditore all'interno di un rapporto di obbligazione”.

Tale è il quadro nel quale si iscrive, infine, l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, destinato a rappresentare, nella complessa tematica che si va analizzando, un punto fermo di imprescindibile rilievo (Sez. Un. Penali, 28.4.1999, Bacherotti). La regola di dirit-

to dettata, nella fattispecie, dai giudici di legittimità afferma che, in caso di condanna per delitto d'usura *ex art. 644 c.p.*, la confisca, disposta a norma dell'art. 644, ultimo comma, c.p., non determina l'estinzione del preesistente diritto di pegno costituito sulle cose a favore di terzi, con atto di data certa anteriore alla medesima confisca; e ciò sia in caso di mancato collegamento del diritto dei medesimi terzi con l'altrui attività delittuosa, sia allorché costoro, avendo tratto vantaggio da siffatta attività criminosa, riescano a provare, così invertendosi la presunzione di cui all'art. 1147 c.c., di essersi trovati in una situazione di buona fede o di affidamento incolpevole - ingenerato, cioè, da uno stato di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza -. In siffatte ipotesi, la custodia, l'amministrazione e la vendita delle cose pignorate devono essere compiute dall'ufficio giudiziario ed il giudice dell'esecuzione deve assicurare che il creditore pignoratizio possa esercitare il diritto di prelazione sulle somme ricavate dalla vendita medesima. Occorre dare, a tal riguardo, subito citazione della circostanza in ragione della quale la disciplina della confisca definitiva ai sensi della l. nr. 575 del 1965 resta, invece, condizionata, come da qui a breve si sottolineerà, dalla destinazione del bene confiscato al patrimonio indisponibile dello Stato ai sensi della l. 7.3.1996, nr. 109. Ma, ciò posto, mette conto di sottolineare che molte delle questioni fin qui enunciate paiono trovare sistemazione nell'affermazione di principi di diritto compiuta dalle Sezioni Unite. In specie, la Corte muove dall'osservare che la giurisprudenza di legittimità risulta univocamente orientata nel senso che la confisca prevista dall'art. 240 c.p. non travolge i diritti reali di garanzia dei terzi. Ciò dato, i giudici di legittimità riconoscono che le c.d. confische speciali, come quella obbligatoria prevista dall'ultimo comma dell'art. 644 c.p., rispetto alla misura generale regolata dall'art. 240 c.p., presentino caratteristiche specifiche, per l'accentuazione sia della finalità *general-preventiva* sia di quella *sanzionatoria*, per l'obbligatorietà della misura e per l'ampliamento dell'oggetto, costituito anche da beni privi di un rapporto di diretta derivazione causale dal delitto. A conferma di tanto, la Corte ricorda che la stessa disciplina della confisca *ex art. 644 c.p.* deroga in più punti alle regole generali dettate dall'art. 240 c.p., dalle quali si discosta soprattutto nella parte in cui prevede che siano colpiti beni, denaro, utilità non direttamente collegati con il reato, dei quali il reo abbia la disponibilità anche per interposta persona, per un importo pari agli interessi, vantaggi o compensi usurari (c.d. confisca per equivalente). "L'indubbia specialità della confisca regolata dall'ultimo comma dell'art. 644 c.p. non vale, tuttavia, a rendere la misura

completamente autonoma dalla *disciplina generale posta dall'art. 240 c.p.*, dovendo al contrario ritenersi che essa si innesti, pur sempre, sulla *regolamentazione di diritto comune ...*: con la conseguenza che anche la confisca prevista per il delitto di usura rimane soggetta alla disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 240 c.p. e che essa incontra, perciò, il limite costituito dall'*appartenenza* dei beni a soggetti estranei al reato, dei quali il reo non abbia la disponibilità diretta o per interposta persona". Tanto "giustifica il richiamo all'indirizzo costantemente seguito nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui il concetto di *appartenenza*, al quale il comma 3 del citato art. 240 assegna la funzione di limite della confisca, non può essere circoscritto al diritto di proprietà, essendo la sua portata estesa ai diritti reali di godimento e di garanzia, che sopravvivono, perciò, alla misura di sicurezza patrimoniale (Sez. Un., 18.5.1994, Comit Leasing s.p.a. in proc. Longarini; Cass., Sez. III, 24.3.1998, Galantino; Sez. II, 14 ottobre 1992, Tassinari)." Ciò posto, la Corte non manca di annotare che "*la presunzione di pericolosità che giustifica la confisca inerisce non alla cosa in sé, ma alla relazione in cui essa si trova con il criminale*, sicché, qualora il diritto di quest'ultimo sia ridotto o compreso dai diritti che terzi possono vantare sulla cosa, per realizzare il fine specifico della misura di sicurezza è sufficiente privarlo dei residui diritti che egli ha sul bene confiscato, senza necessità di sacrificare anche i diritti che sulla cosa hanno i terzi, la cui tutela, oltre che in un generale precetto dell'ordinamento giuridico, trova, dunque, una particolare giustificazione nella inutilità del sacrificio dei loro diritti per il perseguimento dei fini propri della confisca (Sez. I, 20.12.1962, Stringari)."

Queste medesime argomentazioni indicano, dunque, quale sia la soluzione del problema della confisca di cose sulle quali sia stato costituito un diritto di pegno regolare a favore di terzi: va escluso che "l'applicazione della misura di sicurezza patrimoniale possa determinare l'estinzione dell'altrui diritto reale di garanzia, sicché questo deve essere considerato come una forma di *appartenenza* della cosa, cui inerisce il c.d. diritto di seguito." "Del resto", argomenta la Corte, "lo stesso principio è stato affermato, rispetto alla confisca prevista dall'art. 12 *sexies* del d.l. nr. 306 del 1992, con riferimento all'ipoteca iscritta sull'immobile confiscato (Sez. Un., 18.5.1994, Comit Leasing s.p.a. in proc. Longarini, cit.; Sez. II, 15.5.1992, Tosarelli; Sez. I, 8 luglio 1991, Mendella; Sez. III, 30.11.1978, Giorgi) e, per la confisca *ex art. 240 c.p.*, con riguardo al privilegio automobilistico di cui al r.d. 15 marzo 1927, nr. 436 (Sez. IV, 7.3.1985, Costa)". Tutto ciò posto, le Sezioni Unite della Corte ricordano che, al fine della soluzione della questione

in esame, non è conferente il riferimento alla confisca quale modo di acquisto a titolo originario, atteso che la confisca, compresa quella regolata dall'art. 240 c.p., dà luogo "ad un acquisto a favore dello Stato, in relazione al bene confiscato, non altrimenti definibile che come derivativo proprio in quanto esso non prescinde dal rapporto già esistente fra quel bene e il precedente titolare ma anzi un tale rapporto presuppone ed è volto a far venire meno, per ragioni di prevenzione e di politica criminale, con l'attuare il trasferimento del diritto dal privato (condannato o indiziato di appartenenza ad associazioni mafiose) allo Stato"; ed annotano che, anche a voler tenere ferma l'opinione tradizionale che riconduce la confisca nella categoria dei modi di acquisto a titolo originario, la fattispecie traslativa si connota nel senso della originarietà per l'unica ragione che il trasferimento del diritto si realizza autoritativamente, indipendentemente dalla volontà del precedente titolare e su basi esclusivamente legali. Il che vale a dire, dunque, che la confisca, quale che sia la configurazione di essa che voglia adottarsi, "investe il diritto sulla cosa nella esatta conformazione derivante dalla peculiare situazione di fatto e di diritto esistente all'epoca dei provvedimenti, con l'ovvia conseguenza che lo Stato, quale nuovo titolare di esso, non può legittimamente acquisire facoltà di cui il soggetto passivo della confisca aveva già perduto la titolarità".

Così ricostruita l'opinione dei giudici di legittimità, può argomentarsi, in via problematica, della possibilità di trarre, dalla decisione delle Sezioni Unite, l'affermazione dell'esistenza, nel nostro ordinamento, di un più generale principio in ragione del quale la confisca, sia data in un giudizio penale che all'esito di un procedimento di prevenzione, non determina l'estinzione del diritto reale di garanzia sulle cose confiscate. Una simile soluzione generale deve tener conto, tuttavia, che, nell'insegnamento della Corte, come osservato da autorevole dottrina, si rinvencono, sul punto, pronunzie di segno diverso. Infatti, " ... con riguardo alla confisca penale, nel solco di un orientamento consolidato, la Corte propende per l'impossibilità di confiscare il bene gravato da garanzia reale, quanto meno fino al soddisfacimento delle ragioni creditorie per cui la garanzia è stata costituita, sul presupposto che *il concetto di appartenenza di cui al comma 3 dell'art. 240 c.p. non può ridursi alla sola proprietà della cosa suscettibile di confisca ma deve estendersi ai diritti reali di garanzia* (Sez I, 8.7.1991, Mendella - cit. -). Quando però la Corte si è occupata direttamente della confisca contemplata dall'art. 2 *ter* della l. nr. 575 del 1965, ha escluso l'intervento nel procedimento del creditore ipotecario, poiché legittimati a tale intervento sarebbero soltanto i soggetti a cui risultano *formal-*

mente appartenere i beni confiscati, ritenendo tuttavia che il creditore ipotecario potrà comunque far valere le proprie ragioni, nei modi e nelle forme previsti dall'ordinamento, nei confronti dello Stato, successore a titolo particolare del bene (Sez. I, 21.1.1992, Sanseverino - cit. -). E' evidente lo stridente contrasto tra i due orientamenti, che addirittura postulano un titolo differente dell'acquisto statale del bene confiscato. Ma se si valuta nel complesso la portata delle decisioni testé citate è facile rinvenire un minimo comune denominatore che le unisce. Nel primo caso, infatti, la S.C. privilegia (forse per il conforto di un dato legislativo espresso) la tesi dell'acquisto a titolo originario del bene confiscato, che però fa salvo il diritto di garanzia che "appartiene" al terzo e sembra prescindere dal criterio della priorità della trascrizione o dell'iscrizione; nel secondo caso i giudici di legittimità escludono che il bene da confiscare appartenga al terzo che vanta su di esso diritti reali di garanzia e negano a quest'ultimo la possibilità di intervenire nel procedimento di prevenzione, proprio perché il terzo potrà comunque far valere il suo diritto di garanzia anche dopo la confisca, che determina l'acquisto a titolo derivativo dello Stato. La diversa interpretazione del concetto di *appartenenza*, per i suoi connotati se non imprecisi certamente vaghi, consente, dunque, alla S.C. di giungere a conclusioni opposte ma che hanno, si diceva, un punto fondamentale in comune: *la salvaguardia della posizione del terzo estraneo alla misura di prevenzione*". Ma, anche a voler ritenere affermabile un simile principio, restano da approfondire due temi: il primo, ossia quello relativo a quale possa essere il *criterio ispiratore della tutela del terzo*; il secondo, relativo al punto essenziale riguardante la *modalità di salvaguardia del diritto del medesimo terzo sulle cose confiscate*, in ordine al quale va registrato un effettivo contrasto di decisioni in giurisprudenza ed un intenso dibattito in dottrina.

Con riguardo al primo dei profili dell'indagine che si va proponendo, va osservato che già da tempo la ricerca dottrina in tema di impresa illecita aveva evidenziato che il criterio ispiratore della tutela del terzo che abbia tenuto rapporti giuridici con un simile imprenditore andava rintracciato in quello della *buona fede*: ove tale requisito si fosse ritenuto sussistente, si sarebbe potuto argomentare della possibilità, per il terzo, di far salva l'efficacia dei rapporti ora detti; in caso contrario - e, dunque, ove si fosse registrata una qualche consapevolezza del carattere illecito dell'attività di colui con il quale si fossero intrattenuti rapporti giuridici, con il conseguente, ricostruibile, del pari consapevole proposito di trarre giovamento dal tenimento di simili rapporti - l'effetto sarebbe stato non solo quello dell'impossibilità di

ottenere siffatto giovamento ma, inoltre, il rischio di una corresponsabilità - civile o penale - con l'imprenditore illecito. Questione aperta resta, tuttavia - pur una volta adottato siffatto criterio soggettivo della buona fede - quella di determinare i limiti di applicazione della regola dell'art. 1147 c.c. - con il suo carattere di disposizione generale dettata in tema di possesso, inteso come potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale, secondo la definizione contenuta nell'art. 1140 c.c. -, con specifico riferimento all'operatività del meccanismo presuntivo di cui all'ultimo comma della medesima norma; meccanismo, oltre tutto, inteso a limitare la rilevanza di un simile stato soggettivo del titolare del potere all'atto dell'acquisto dello stesso (si è osservato, in dottrina, che " ... in ambito negoziale, il criterio della buona fede implica sempre una valutazione oggettiva e non rinvia, secondo quello che è invece il tratto caratteristico della buona fede in senso soggettivo di cui all'art. 1147 c.c., agli stati soggettivi o psicologici del soggetto ignaro di ledere l'altrui diritto"; annotazione, di indubbio rilievo, che riporta, per l'appunto, al principio di buona fede nelle obbligazioni, come obbligo etico di comportamento onesto (buona fede, per l'appunto, oggettiva), distinta dalla buona fede quale situazione psicologica di ignoranza dell'altrui lesione (buona fede, per l'appunto, soggettiva), alla quale, naturalmente, sono connessi importanti effetti, nel sistema del cod. civ., in tema di possesso, di acquisto *a non domino*, di usucapione abbreviata, e così via. La c.d. buona fede oggettiva costituisce criterio di valutazione dell'agire sotto il profilo di un obbligo da osservare; la buona fede soggettiva si considera rilevante per valutare una situazione preesistente alla quale vengono riconosciute particolari conseguenze. E l'annotazione dinanzi sintetizzata riporta, ancora, ad un *principio di non colpevolezza* del contraente, al quale pure importanti effetti sono connessi nel nostro cod. civ., a partire dall'obbligo risarcitorio ex art. 1338). Il discorso si intreccia, inevitabilmente, con quello in ordine all'effettività della prevenzione reale, destinata ad incidere in un contesto di rapporti nell'ambito dei quali la possibile pressione di uno dei contraenti, reo di contegni illeciti, rende forte il grado di probabilità che fittizie siano le preconstituzioni di diritti di credito dell'altro; sicché, secondo un meccanismo, peraltro, non estraneo, ad esempio, alla stessa sistematica della prova propria al sistema delle misure di prevenzione patrimoniali, si è argomentato che, nella ricostruzione di siffatta trama di rapporti giuridici, in tali contesti illeciti collocati, non fosse da escludere l'operatività di meccanismi presuntivi a contenuto uguale ma invertito rispetto a quello descritto nel citato art. 1147 c.c.,

così ipotizzandosi una *presunzione di consapevolezza*, da parte del creditore, dell'illecita natura dell'attività svolta dal proprio contraente. E non basta, perché il tema, naturalmente, si combina con quello della difficile definizione del novero dei soggetti che, pur avendo intrattenuto un rapporto con il titolare dell'attività illecita, si ritengano ugualmente meritevoli di tutela. Una simile tutela, invero, appare, ad esempio, difficilmente negabile con riguardo ai casi nei quali la conoscenza - da parte del contraente estraneo all'attività illecita del contitolare del rapporto giuridico - dei caratteri patologici di siffatta impresa non si sia mai tradotta in forme di consapevole partecipazione (e, dunque, di ausilio) alla stessa; forme di partecipazione od ausilio inevitabilmente funzionali allo scopo, come si diceva, di trarne un giovamento economico, da considerarsi, a sua volta, anche indirettamente, derivato dal carattere, ancora, illecito dell'impresa del proprio contraente (meritevoli di tutela, allora, sono sempre parsi, ad esempio, nella prassi delle amministrazioni giudiziarie di prevenzione, i lavoratori subordinati dell'impresa illecita o, ancora, i fornitori della stessa, anche in funzione di rapporti insorti in epoca antecedente al sequestro). Siffatta problematica pare condizionare, così - per un istante estendendo, sin d'ora, il punto di vista all'analisi, *ex l.* nr. 109 del 1996, degli esiti amministrativi della confisca di prevenzione -, le conclusioni di chi ha argomentato della necessità di un diverso grado di tutela da darsi, dopo la confisca, alle diverse categorie di creditori: tutela da negarsi ai creditori personali dell'indiziato di mafia ma da riconoscersi dall'Amministrazione ai *creditori aziendali incolpevoli*.

Tale è il contesto nel quale, ancora una volta, si inserisce la più volte citata sentenza delle Sezioni Unite (Sez. Un. Penali, 28.4.1999, Bacherotti, cit.), dalla quale, anche con riguardo al profilo in esame, è dato tentare di trarre qualche più generale conclusione. Orbene, ancora muovendo dal carattere di generalità della disciplina posta dall'art. 240 c.p., che articola una regolamentazione di diritto comune che resta applicabile nei punti non derogati dalle norme speciali, la Corte ha osservato "che la sola riconducibilità del diritto reale di garanzia nella nozione di *appartenenza* di cui all'art. 240, comma 3, c.p. non basta, però, a giustificare l'intangibilità della posizione giuridica soggettiva (del terzo) e l'insensibilità di essa agli effetti del provvedimento di confisca, atteso che l'applicazione delle regole generali poste dallo stesso art. 240 c.p. implica (a questi fini), altresì, che la cosa confiscata debba *appartenere*, nel senso dinanzi chiarito, a persona *estranea al reato*" (art. 240, comma 2 e 3). Ciò dato, la Corte osserva che "il concetto di *estraneità* è stato variamente inteso nella giurisprudenza di

legittimità, essendo stato interpretato, talora, nel senso della mancanza di qualsiasi collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fattoreato, ossia nell'assenza di ogni contributo di partecipazione o di concorso, ancorché non punibile e, altre volte, nel senso che non può considerarsi estraneo al reato il soggetto che da esso abbia ricavato vantaggi e utilità". Orbene, le Sezioni unite condividono quest'ultima posizione ed assumono che, tenuto conto della precisa connotazione funzionale della confisca, non può privilegiarsi la tutela del diritto del terzo allorché costui abbia tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa; anzi, deve riconoscersi la sussistenza, in una simile evenienza, di un collegamento tra la posizione del terzo e la commissione del fattoreato. In tal modo, la Corte sembra optare "a favore della tesi secondo cui non può reputarsi estranea al reato la persona che abbia ricavato un utile dalla condotta illecita del reo, come si verifica, appunto, qualora sulle cose che rappresentano il *provento* del reato sia stato costituito il diritto di pegno a garanzia di un proprio credito". Tuttavia, siffatta conclusione viene mitigata, ad opera dei giudici di legittimità, allorché viene sottolineato, nella motivazione della sentenza che si va ripercorrendo, che al concetto di *estraneità al reato* è, certo, coesenziale *l'elemento di carattere oggettivo*, integrato dalla derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa; ma anche *una connotazione soggettiva*, identificabile, ancora una volta, nella *buona fede* del terzo, ossia nella "non conoscibilità con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato". Ne segue che "la coesenziale inerenza del requisito della buona fede e dell'affidamento incolpevole alla condizione della persona estranea al reato, cui appartengono le cose confiscate, rappresenta l'inevitabile corollario della impossibilità di attribuire alla confisca una base meramente oggettiva, assolutamente incompatibile col principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27, comma 1, della Costituzione". Resta, tuttavia, da esaminare il controverso punto della disciplina del carico probatorio: rispetto al quale la Corte - anche in coerenza, ancora una volta, al richiamo al carattere di generalità della disciplina posta dall'art. 240 c.p., che articola una regolamentazione di diritto comune che resta applicabile nei punti non derogati dalle norme speciali - individua una regola in ragione della quale, infine, i terzi che vantino diritti reali hanno l'onere di provare i *fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata*, ossia il fatto che, ad avviso del preteso titolare del diritto, è posto a fondamento del diritto da lui reclamato. Ora, nella prospettazione

della Corte la peculiarità di siffatta regola sta nel novero dei succitati fatti *costitutivi* della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata, atteso che i giudici di legittimità assumono che i suddetti terzi siano “tenuti a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di *appartenenza* e di *estraneità al reato*, dalle quali dipende l’operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato.” Ne segue che, alla stregua di quanto dinanzi si osservava, l’onere della dimostrazione che fa carico ai terzi ha ad oggetto, naturalmente, la titolarità di *jus in re aliena* (il cui titolo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore alla confisca e nel caso in cui questa sia stata preceduta dalla misura cautelare reale *ex art. 321, comma 2, c.p.p.* anteriore al sequestro preventivo); ma, di più, anche “la *mancaza di collegamento* del proprio diritto con l’altrui condotta delittuosa o, nell’ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, *l’affidamento incolpevole* ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva *scusabile* l’ignoranza o il difetto di diligenza”. Conclusioni articolate, quelle della Corte, che hanno indotto, in molti operatori, il convincimento che, alla stregua di tali conclusioni, da esse siano traibili essenziali regole interpretative destinate, *de jure condito*, a guidare, già da oggi, sul controverso punto del riconoscimento dei diritti dei terzi su beni oggetto di confisca, non solo il giudice penale ma, nello specifico, l’attività del giudice delegato in materia di amministrazione giudiziaria dei beni in sequestro e confisca non definitiva, come disciplinate, con specifico riguardo al procedimento di prevenzione, ai sensi della l. nr. 575 del 1965, a sua volta, tuttavia, applicabile in tutte le fattispecie normative nelle quali vi è fatto espresso rinvio--- Si accennava, poc’anzi, alla necessità di approfondire il punto essenziale riguardante la *modalità di salvaguardia* del diritto del terzo sulle cose confiscate, in ordine al quale va registrato un effettivo contrasto di decisioni in giurisprudenza ed un intenso dibattito in dottrina; e si sottolineava come, già da tempo, tanto la Corte di legittimità che la dottrina si fossero sforzate, in particolare, di conciliare l’effettività dell’acquisizione al patrimonio indisponibile dello Stato di beni e profitti illeciti, da un canto, e la tutela dei terzi di buona fede, dall’altro. Con specifico riguardo al sistema delle misure di prevenzione, un primo passo della soluzione al problema è stata rintracciato, in dottrina, nell’*inopponibilità* della confisca ai creditori che abbiano compiuto atti di esecuzione ed ai terzi che abbiano acquistato diritti reali (di garanzia o di godimento) o personali (di godimento) sul bene, ignorandone la provenienza illegittima, in data anteriore al sequestro. In tal modo, si è detto, la tutela del terzo non dan-

neggia la funzione propria della confisca - che è quella di interrompere, attraverso l'acquisizione, al patrimonio indisponibile dello Stato, di beni di origine illecita nella disponibilità del soggetto pericoloso, il nesso che corre tra gli uni e l'altro -, giacché, in specie, i diritti reali di garanzia, oggetto di tale tutela, si limitano ad incidere solo sulla disponibilità effettiva del bene in capo al proprietario. Nel contempo, in giurisprudenza, sul più generale piano delle misure di sicurezza patrimoniali, si è generato, come dinanzi si accennava, un contrasto sul tema delle conseguenze prodotte dal pegno sull'esercizio del potere di confisca e sulle forme di tutela del terzo.Precedenti tutti rammentati, da ultimo, dalle Sezioni Unite della Corte, nella sentenza più volte citata (Sez. Un. Penali, 28.4.1999, Bacherotti, cit.), ove, al fine di dirimere, ancora una volta, il contrasto dinanzi ricordato, i giudici di legittimità osservano che il limite derivante dall'*appartenenza* a terzi dei beni confiscati ha carattere assoluto e si pone come un vero e proprio divieto di confisca quando costoro risultino proprietari dei beni, mentre assume carattere relativo in caso di titolarità di diritti reali di godimento o di garanzia, dato che, in quest'ultima ipotesi, il reo resta pur sempre proprietario del bene, ancorché la sfera delle facoltà che gli competono risulti compressa per la coesistenza di *iura in re aliena*; sicché, ciò rammentato, la Corte ritiene di confermare il proprio pregresso orientamento delle Sezioni Unite da ultimo citato, con le precisazioni e gli approfondimenti di seguito indicati. In specie, la Corte osserva che "il provvedimento di confisca delle cose date in pegno dà origine ad un conflitto riconducibile all'esistenza di situazioni giuridiche rette da differenti normative, quella riguardante la misura di sicurezza patrimoniale e quella relativa alla garanzia pignorizia. La prima impone che la custodia e l'amministrazione della cosa confiscata nonché le attività di liquidazione dei beni e di destinazione degli stessi siano svolte dal giudice dell'esecuzione e dai suoi ausiliari (artt. 86-88 disp. att. c.p.p.; art. 13 reg. c.p.p.); la seconda ha un contenuto del tutto incompatibile, in quanto prevede il trasferimento del possesso al creditore pignorizio (art. 2786 c.c.), il quale è legittimato ad esercitare le azioni a tutela del possesso e la stessa azione di rivendicazione (art. 2789 c.c.), ha la custodia dei beni (art. 2790 c.c.) e, in caso di inadempimento del debitore, può farli vendere per conseguire quanto gli è dovuto (artt. 2796, 2797 c.c.)". Ciò posto, la Corte osserva che il conflitto tra tali differenti normative debba essere ricomposto individuando un punto di equilibrio che consenta di contemperare le opposte, surricordate esigenze; il che non può che realizzarsi assicurando che, "all'esito della procedura giudiziaria di liquidazione, sul ricavato

il creditore stesso possa esercitare lo *ius praelationis*, conseguendo quanto spettantegli, con priorità rispetto ad ogni altra destinazione. Non è contestabile, infatti, che ammettere l'opponibilità del pegno significa riconoscere che l'oggetto effettivo della confisca corrisponde al valore che residua dopo il soddisfacimento delle ragioni creditorie assistite dalla garanzia reale e, di riflesso, che il diritto alle restituzioni e al risarcimento dei danni della persona offesa dal reato di usura, fatto salvo dalla disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 644 c.p., può essere esercitato soltanto su detto valore residuo."

Ora: chiarite tali premesse, può provarsi a trasportare siffatte regole di diritto sullo specifico piano del procedimento di prevenzione *ex l. nr. 575 del 1965*. In linea di prima approssimazione, non parrebbe, a tal riguardo, che possano tracciarsi soluzioni teoriche alternative (sempre che si condivida l'idea giurisprudenziale dell'esclusione di qualsivoglia diritto di intervento endoprocedimentale dei terzi diversi dai titolari del diritto proprietario ovvero di diritti reali di godimento sul bene) a quella già delineata, si diceva, dalla dottrina quanto all'inopponibilità della confisca nei confronti dei terzi che abbiano compiuto atti di esecuzione ed ai terzi che abbiano acquistato diritti reali (di garanzia o di godimento) o personali (di godimento) sul bene, ignorandone la provenienza illegittima, in data anteriore al sequestro. Epperò il problema, anzitutto con riguardo ai modi dell'operatività della tutela del diritto reale di garanzia di seguito alla confisca definitiva, appare ancora di non pacifica soluzione. Invero, non va dimenticato che, nel procedimento di prevenzione, come è stato, ancora una volta, efficacemente ricordato, il bene ablato, con la definitività del provvedimento di confisca, entra a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato (l'art. 2 *nonies* della l. nr. 575 del 1965 aggiunto dall'art. 3, comma 2, della l. nr. 109 del 1996 dispone espressamente: "i beni confiscati sono devoluti allo Stato"); diviene, dunque, un bene pubblico e come tale è soggetto allo *statuto proprietario* di tale categoria di beni; ne segue la sua inespropriabilità, nel mentre la sua destinazione (disciplinata, in specie, dagli artt. 2 *decies* e 2 *undecies* della l. nr. 575 del 1965, in tale legge inseriti dall'art. 3, comma 2, della l. nr. 109 del 1996) è espressamente vincolata al soddisfacimento delle finalità indicate dalla medesima l. nr. 109 del 1996 (art. 823 c.c., al quale rinvia, peraltro, l'art. 2 *decies*, comma 3, della l. nr. 575 del 1965; art. 828 c.c. che, al secondo comma, recita: "i beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano").

A fronte di tanto, resta la necessità di immaginare univoche linee interpretative del sistema al fine di rintracciare, *de jure condito*, apprezzabili soluzioni ad alcuni nodi di fondo in punto di tutela della posizione del terzo, specie con riguardo al tema degli esiti della confisca definitiva ex l. nr. 575 del 1965. Si pensi, in primo luogo, al caso del creditore - che, naturalmente, abbia acquisito i suoi diritti, direttamente nei confronti dell'indiziato di mafia, prima dell'esecuzione del sequestro -, il cui credito sia assistito da garanzia reale, in particolare ipotecaria, sul bene oggetto di confisca definitiva. A tal riguardo si è, infatti, ipotizzato (in ossequio ai principi dell'inopponibilità dinanzi ricordati), in dottrina, che, nonostante la definitività della confisca, i terzi possano far valere i loro diritti con l'esercizio del diritto di seguito da cui il credito è assistito; ovvero, in subordine, per il tramite di un'azione di accertamento nei confronti dell'Erario. Si è, quindi, osservato, con ulteriore grado di approssimazione all'oggetto, che, in tali casi, "si pone - ad esempio - l'alternativa di ritenere o che la presenza dell'ipoteca, nonostante il silenzio della legge, impedisca l'attivazione dei procedimenti di destinazione sociale dei beni confiscati, pure introdotti in via generale dalla l. nr. 109 del 1996, consentendo così - mediante il ricavato dalla vendita - il soddisfacimento in via preferenziale delle ragioni del creditore ipotecario; ovvero che il diritto di sequestra non comprenda anche il *jus distrahendi*, per cui, al più, il titolare del diritto reale di garanzia potrebbe far valere nei confronti dell'Erario solo il diritto di credito, e non anche la garanzia specifica vantata sul bene confiscato", con l'effetto che nessun impedimento può frapporsi a portare a compimento il procedimento di destinazione. Problemi interpretativi suscita, ancora, la problematica concernente la tutela dei diritti di credito, insorti, naturalmente, in epoca antecedente al sequestro ma sguarniti di garanzia specifica. In tali casi, la recessività delle ragioni dei titolari di siffatti diritti viene tradizionalmente spiegata alla stregua della riflessione in forza della quale un simile creditore, poiché non vanta alcun diritto in relazione allo specifico bene in confisca, si trova nella stessa posizione di qualsiasi creditore che, avendo troppo indugiato, non trovi più beni espropriabili nel patrimonio del proprio debitore; egli nutre, in altri termini, sul patrimonio del proprio debitore, solo una generica aspettativa, ai sensi dell'art. 2740 c.c..

Infine, vasto - e qui, certo, appena accennabile - è il novero dei problemi conseguenti al concorso tra procedura di prevenzione e procedura fallimentare; mentre di maggiore immediatezza è il tema degli effetti della definitività della confisca rispetto ad istanze di fallimento depositate in epoca successiva alla pronuncia dell'ablazione. I termini

della dibattuta questione dell'ammissibile concorso (Sez. I, 14.11.1997, Cifuni) tra siffatte procedure è noto,.....

Orbene, al fine di ricostruire un'ipotesi di sistema, si è osservato, in dottrina, che, sul piano del concorso tra procedimento di prevenzione e procedura concorsuale, "possono verificarsi quattro ipotesi: a) dichiarazione di fallimento intervenuta dopo la confisca definitiva (ossia disposta con provvedimento non più soggetto ad impugnazione); b) vendita dei beni in sede di liquidazione dell'attivo già effettuata dal fallimento prima dell'inizio del procedimento di prevenzione; c) fallimento intervenuto prima del sequestro antimafia ed ancora non pervenuto alla liquidazione dell'attivo; d) fallimento intervenuto dopo il sequestro antimafia e prima della confisca definitiva." Siffatta ricostruzione distingue, quindi, nel novero delle ipotesi ora dette, le prime due ora citate, entrambe connotate dal grado di definizione raggiunto da ciascuno dei procedimenti - di prevenzione, nel primo caso, concorsuale, nel secondo -, mentre le ultime due ipotesi hanno riguardo, rispettivamente, all'intervento della dichiarazione di fallimento ovvero alla pronuncia del sequestro allorché siano pendenti, nel primo caso, il procedimento di prevenzione e, nel secondo, la procedura concorsuale. In specie, e con riguardo alle prime due ipotesi, la dottrina che si va ripercorrendo ne sottolinea il carattere speculare, alla stregua degli effetti di definitività conseguiti da ciascuno dei procedimenti succitati: nel primo caso, giacché i beni definitivamente confiscati sono devoluti allo Stato e, quindi, sono ormai usciti dal patrimonio dell'imprenditore successivamente fallito, mentre non è palesemente prospettabile un'azione revocatoria; nel secondo caso, giacché i beni venduti dal fallimento non fanno più capo al fallito. Ora, con riguardo al primo dei casi presi in considerazione (che più specificamente attiene alla riflessione che si va, ora, svolgendo), può argomentarsi che la soluzione dell'ininfluenza, sui beni in confisca definitiva, di una sopravvenuta procedura concorsuale può dirsi largamente condivisa; se è vero che, come si è, del pari, rammentato, anche la dottrina più rigorosa nel propugnare la tutela dei diritti del terzo non ha mancato di osservare che "nell'ipotesi che la dichiarazione di fallimento intervenga dopo che il patrimonio del prevenuto sia stato definitivamente confiscato, ... il curatore non potrà, sotto alcun profilo, acquisire all'attivo del fallimento beni che ormai non rientrano più nel patrimonio responsabile del prevenuto - fallito; tali beni, infatti, sono stati devoluti allo Stato e sfuggono all'apprensione da parte del curatore. Cosicché l'attivo del fallimento sarà costituito soltanto dai beni che siano sfuggiti al provvedimento di confisca in quanto ritenuti di provenienza le-

cita. Soltanto su tali beni potranno soddisfarsi i creditori del prevenuto fallito”. Rammentare una simile soluzione, peraltro, riapre il tema della sorte dei crediti assistiti da garanzia in caso di confisca del bene oggetto della stessa garanzia, giacché, come annotato in dottrina, “trasposta sul piano dei rapporti con la procedura fallimentare, la tesi secondo cui resiste alla confisca il solo credito assistito dal diritto reale di garanzia rivela ulteriori aporie. Il curatore potrebbe infatti alienare solo i beni gravati da pegno o ipoteca non in sequestro al fine di distribuire il ricavato ai titolari di quei diritti; potrebbe alienare anche i beni eventualmente non gravati dal sequestro, mentre i beni in sequestro gli dovrebbero essere affidati dall’amministratore giudiziario solo in caso di revoca del sequestro; in sede di riparto, non potrebbe essere rispettato l’ordine dei privilegi previsto dalla normativa ordinaria”; fermo restando “che, se la confisca del bene gravato da ipoteca dovesse intervenire prima della vendita fallimentare, il bene - ormai appartenente al patrimonio indisponibile - sarebbe al più aggredibile in via esecutiva individuale e non anche in via fallimentare..

Ancora su tal punto, e con posizione ancor più radicale, di contro, si è osservato, in specie, “che gli immobili (e le aziende) confiscati, in attesa del provvedimento di destinazione finale, vanno soggetti al regime giuridico proprio dei beni patrimoniali indisponibili (art. 828, comma 2, c.c.) e, pertanto, non se ne può disporre se non nei modi stabiliti dalla legge. Non essendo, dunque, possibile sottoporre ad espropriazione immobiliare detti beni, i pignoramenti, le ipoteche ed i sequestri trascritti da terzi, anche prima dell’applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, resteranno senza effetto, almeno fino a quando i beni in parola non entrino, in forza dell’atto finale di destinazione, nel patrimonio disponibile statale ovvero vengano alienati a privati. Ove, viceversa, il bene non esca dal patrimonio indisponibile dello Stato, al creditore pignorante o al creditore ipotecario dovrebbe spettare la minor somma tra l’ammontare del suo credito ed il presumibile prezzo di realizzo del bene”. Infine, con ulteriore sforzo sistematico, si è annotato, da altri interpreti ancora, che la tutela del terzo pretermesso è tutta interna al processo di prevenzione; ne segue che la devoluzione del bene all’Amministrazione, successiva alla definitività della confisca, fa sì che “questa possa, infine, curarne il riutilizzo attraverso l’intervento di svariati soggetti pubblici che devono procedere incuranti dei diritti dei terzi aventi causa dal prevenuto, estranei allo stesso e titolari di un diritto reale sul bene.” “L’amministrazione in conclusione in presenza di terzi che reclamino il bene e siano rimasti estranei al processo di prevenzione, dovrà mandare il terzo al-

l'attivazione dei rimedi opportuni sul piano giurisdizionale ma non potrà ammettere il terzo ad intervenire nel procedimento (amministrativo, ex l. 109 del 1996), né evitare, con provvedimenti soprassessori, di procedere alla destinazione del bene (con eventuale trasformazione irreversibile che darà luogo, ove le impugnazioni proposte dal terzo portino alla revoca della confisca, all'ipotesi limite di un risarcimento danni in suo favore).” “In sostanza, l'amministrazione non può sospendere il procedimento di destinazione in attesa della definizione in sede giurisdizionale delle impugnative proposte da parte di terzi pretermessi.” “Quanto detto sui rapporti fra processo diretto alla confisca di prevenzione e destinazione sociale dei beni evidenzia una relazione fra i due momenti dell'attività pubblica statale come si trattasse del rapporto fra cognizione ed esecuzione ma senza che esista alcuno strumento di interconnessione fra i due piani o un giudice avente competenza a sospendere l'esecuzione. Ben può ritenersi, infatti, che la destinazione dei beni confiscati sia niente altro che la concreta esecuzione del provvedimento di confisca, il cui contenuto non può quindi essere modificato dalla Pubblica amministrazione di fronte all'emergenza di fatti nuovi (es. diritti di terzi) che dovranno farsi valere, comunque, in sede giurisdizionale “.

Tutto ciò osservato, va dato atto, nel riprendere le fila dei più recenti insegnamenti della Cassazione, della riaffermazione, ad opera della Corte, da un lato, del convincimento, dinanzi già evocato (e nuovamente manifestato da Sez. 6, Sentenza n. 38294 del 4.6.2003 Cc. (dep. 8.10.2003), Rv. 227133, Carotenuto) in ragione del quale, in tema di misure di prevenzione patrimoniale, il terzo che rivendichi di aver acquistato in buona fede un bene oggetto di un provvedimento irrevocabile di confisca non è legittimato a proporre incidente di esecuzione, dovendo le sue pretese essere fatte valere esclusivamente dinanzi al giudice civile (fattispecie nella quale il terzo aveva acquistato un immobile già confiscato, per errore non gravato da alcuna trascrizione immobiliare). Nello stesso senso, peraltro, è orientata la recente giurisprudenza delle Sezioni Civili della Corte (Sez. 3, Sentenza n. 16227 del 29.10.2003 (Rv. 567758), Min. Finanze contro Banco di Sicilia Spa), ove si assume che il provvedimento di confisca pronunciato ai sensi dell'art. 2 *ter* della legge n. 575 del 1965 nei confronti di un indiziato di appartenenza a consorteria mafiosa, camorristica o similare, non può pregiudicare i diritti reali di garanzia costituiti sui beni oggetto del provvedimento ablativo, in epoca anteriore all'instaurazione del procedimento di prevenzione, in favore di terzi estranei ai fatti che abbiano dato luogo al procedimento medesimo, senza che possa

farsi distinzione in punto di competenza del giudice adito, tra giudice penale e giudice civile, essendo il diritto reale limitato "de quo" un diritto che si estingue per le sole cause indicate dall'art. 2878 c.c. (nella decisione or ora citata la Corte ha affermato che va condivisa "... la necessità che sia impedito agli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni criminali di procurarsi, mediante prestiti bancari e con il sistema di preconstituirsì una schiera di creditori di comodo muniti di titoli con data certa, denaro di provenienza lecita, sottraendo poi alla confisca i beni vincolati a garanzia di terzi creditori"; ma "... quest'esigenza si deve realizzare con comportamenti coerenti e senza compromettere il principio della certezza dell'esistenza di un'ipoteca e senza adoperare, surrettiziamente a quella del giudice dell'opposizione all'esecuzione forzata civile, l'istituto dell'incidente di esecuzione penale, fuori dei suoi limiti, che sono affatto diversi da quello dell'accertamento dell'esistenza di un diritto reale di garanzia su un bene sottoposto a confisca penale; a tutto concedere, il giudice dell'esecuzione deve, piuttosto, assicurare che il creditore privilegiato possa concretamente esercitare i suoi diritti sulla cosa oggetto di confisca, provvedendo a reintegrarne il patrimonio dell'interessato"). Come osservato in dottrina, in tal modo è stato ribadito "... l'insegnamento tradizionale secondo cui il concetto di appartenenza, che ai sensi della legislazione antimafia consente l'intervento nel procedimento di prevenzione, è assunto in senso più restrittivo rispetto a quanto disposto dall'art. 240 c.p., giacché mira esclusivamente a consentire a colui che appaia titolare del bene di contestare il rapporto di disponibilità del bene rilevato in capo al proposto. Il terzo titolare del diritto reale di garanzia è estraneo ad un siffatto rapporto e non ha quindi diritto d'intervenire nel procedimento di prevenzione, sicché la mancata sua citazione non lo abilita all'esperimento dell'incidente d'esecuzione". "E tuttavia, il rigoroso e lapidario argomentare della pronuncia ignora del tutto, e finisce col disperdere, la *ratio* e lo sforzo argomentativo della fondamentale decisione con cui le Sezioni unite penali della Cassazione (si ha qui riguardo alla più volte citata Sez. Un. Penali, 28.4.1999, Bacherotti), in tema di ablazione disposta a seguito di condanna per usura, ma con motivazioni estensibili a tutti i tipi di confisca, hanno precisato i termini della tutela dei terzi offerta dal codice penale, affermando il principio di diritto secondo cui al terzo che ha «oggettivamente tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa» spetta di provarsi «trovato in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole», sicché è onere del terzo provare i presupposti dell'estraneità al reato e

dell'appartenenza del bene, e quindi la titolarità del *ius in re aliena* discendente da un atto di data certa anteriore alla confisca o al sequestro". Tali riflessioni, da ultimo svolte, svelano, di contro, la loro coerenza a più risalenti insegnamenti delle Sezioni civili della Corte (Sez. 1, Sentenza n. 12535 del 12.11.1999 (Rv. 531048), Min. Finanze contro Sicilcassa S.p.A ed altri), ove ancora si ripete che il provvedimento di confisca, pronunciato ai sensi dell'art. 2 *ter* della l. n. 575 del 1965 nei confronti dell'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa, non può pregiudicare i diritti reali di garanzia, costituiti sui beni confiscati in epoca anteriore al procedimento di prevenzione a favore di terzi estranei ai fatti che hanno dato luogo a detto provvedimento; costoro, però, potranno far valere le loro pretese soltanto davanti al giudice dell'esecuzione penale nelle forme e secondo le modalità previste dagli artt. 665 e segg. c.p.p., norme che attribuiscono al giudice dell'esecuzione competenza a decidere in ordine alla confisca e, pertanto, sui diritti che i terzi rimasti estranei al procedimento penale possano vantare sul bene confiscato.

Ancora contraddistinta da diversa impostazione, di contro, è l'insegnamento della Corte penale (Sez. 1, Sentenza n. 13081 del 21.3.2003 (Cc. 19.2.2003, n. 683), Rv. 224027, Monte dei Paschi di Siena), che ha, in primo luogo, affermato il generale principio alla stregua del quale il terzo, titolare di diritto reale di garanzia sul bene oggetto di sequestro di prevenzione, non rientra tra i soggetti che, a norma dell'art. 2 *ter*, comma quinto, della legge 31 maggio 1965, n. 575, devono essere chiamati a intervenire nel procedimento per l'applicazione della confisca (nell'enunciare tale principio, la Corte ha osservato che a favore della interpretazione proposta militano argomenti di ordine costituzionale, posto che l'art. 41 della Carta fondamentale, nel conflitto tra l'iniziativa economica privata e l'utilità sociale, privilegia quest'ultima, e la circostanza che il sacrificio imposto al creditore non riguarda l'esistenza o l'entità del credito, anche in considerazione della solvibilità del debitore, che è lo Stato, ma solo le modalità per ottenerne il pagamento). Orbene: nel manifestare tale convincimento, la Corte ha rigettato il ricorso per cassazione proposto avverso una decisione del Tribunale di Napoli del 20.3.-12.4.2002 che aveva affermato l'inammissibilità dell'incidente di esecuzione proposto, al fine di ottenere la revoca della confisca *ex* l. nr. 575 del 1965, da un creditore del prevenuto (la s.p.a. Monte dei Paschi di Siena, per l'appunto), titolare di un diritto reale di garanzia (ipoteca) su di un bene confiscato con provvedimento definitivo. Il Giudice del merito, in particolare, aveva annotato, nella motivazione del suo provvedimento, che

“... ferma restando la possibilità del ricorso, da parte della società istante, a residuali strumenti di tutela in sede civile (con eccezione della possibilità di proseguire l'esecuzione forzata sul bene oggetto di confisca definitiva di prevenzione, stante anche l'evidenziata inespropriabilità del bene alla luce dell'intervenuta destinazione finale dello stesso al patrimonio dello Stato), alcuna tutela poteva essere approntata”, ad avviso del tribunale, “*de jure condito*, (al terzo creditore titolare di diritto reale di garanzia) nell'ambito del procedimento di prevenzione, e perciò anche avuto riguardo alla possibilità di proporre legittimamente un incidente di esecuzione, stante l'impossibilità di assimilare, alla luce della specifica, seppur lacunosa, normativa dettata in materia di misure di prevenzione, la posizione del terzo creditore ipotecario a quella del terzo al quale *appartengono* i beni oggetto di sequestro”. A commento di tale decisione, si è osservato, in dottrina, che dopo l'intervento delle Sezioni unite (Sez. un., 18 maggio 1994, Comit Lessing S.p.a.; Sez. un., 28 aprile 1999, Bacherotti; sul punto, Sez. I, 8 luglio 1991, Mendella), può, dunque, dirsi che la giurisprudenza abbia riconosciuto una efficace tutela dei terzi titolari di diritti reali di garanzia su beni confiscati con riferimento, però, alla sede penale, sia nell'ipotesi di cui all'art. 240 c.p. e sia in altre ipotesi particolari riconducibili alla confisca misura di sicurezza; laddove “... il principio affermato in tema di misure di sicurezza, ossia che nel concetto di *appartenenza* sono compresi i diritti reali di garanzia, è stato ritenuto non applicabile in sede di misure di prevenzione patrimoniali”. “Gli argomenti a sostegno di tale convincimento sono essenzialmente due: a) il concetto di *appartenenza*, in senso sostanziale, del bene ad un terzo è irrilevante in tema di misure di prevenzione, per le quali si prescinde dalla titolarità di un diritto reale del proposto per l'applicazione della misura ed è richiesta soltanto la disponibilità, diretta od indiretta, del bene; b) divenuto definitivo il provvedimento ablativo, i beni confiscati in sede di prevenzione sono devoluti allo Stato (art. 2 *nonies* della l. nr. 575 del 1965) ed i beni immobili, in particolare, possono essere destinati a fini istituzionali o sociali (art. 2 *decies* ed art. 2 *undecies* della l. nr. 575 del 1965), con conseguente indisponibilità”. In particolare, va rammentato che nella fattispecie poi oggetto della decisione di codesta Corte che si va ripercorrendo (Sentenza n. 13081, cit.), l'immobile, sul quale era stata accesa l'ipoteca in favore di un istituto di credito, era stato, per l'appunto, mantenuto nel patrimonio dello Stato e destinato ad alloggi di servizio della Guardia di Finanza; laddove, nella fattispecie decisa dalla del pari citata sentenza della Sez. II, 16 febbraio 2000, Ienna ed altri, è stato ammesso l'intervento nel pro-

cedimento di prevenzione di una banca titolare di un diritto di pegno su titoli di credito, la quale – non avendo avuto legale conoscenza del sequestro, non eseguito nelle forme di legge – aveva già provveduto, osservando le prescritte formalità, a vendere i titoli e ad incamerare il ricavato a parziale soddisfazione del credito. Da tali osservazioni la dottrina che si va riepilogando ha tratto il convincimento, da un lato, che il suddetto vincolo di indisponibilità conseguente alla destinazione del bene confiscato al patrimonio indisponibile dello Stato, ai sensi della l. nr. 109 del 1996, “ ... valga solo per l’ipoteca e non trovi applicazione per il pegno; inoltre, la fattispecie della decisione della Sez. 1 del 21 marzo 2003, Monte dei Paschi di Siena, rappresenta un caso particolare che esclude il diritto di sequela e la possibilità di ottenere la revoca di una confisca disposta con provvedimento divenuto definitivo. Quindi, si tratta di una eccezione che non travolge il principio generale, condiviso anche dalla decisione in esame, secondo il quale ogni tipo di confisca, pure quella di prevenzione, non determina l’estinzione del diritto reale di garanzia sui beni confiscati. Infatti, nel caso in cui esista soltanto il vincolo del sequestro, non essendo ancora intervenuto il provvedimento di confisca, oppure la confisca non sia ancora definitiva, non si vede alcun ostacolo a provvedere nel senso di tutelare anche nel procedimento di prevenzione la soddisfazione del diritto reale di garanzia vantato dal creditore in buona fede. Si aggiunga che la legge, sia pure con una formula che presenta qualche ambiguità, prevede (art. 2 *septies*, comma 1, l. nr. 575 del 1965) che l’amministratore, con l’autorizzazione scritta del giudice delegato, può compiere atti di straordinaria amministrazione « anche a tutela dei diritti dei terzi »”. Su tali premesse, la dottrina che si va citando osserva che, tuttavia, “ ... sia in sede penale che in sede di prevenzione non si può risolvere il problema con un’ottica esclusivamente civilistica, perché i termini non sono usati sempre (dal legislatore) con stretta valenza civilistica, bensì, spesso, con riferimento a situazioni di mero fatto. Allora, la *disponibilità*, diretta od indiretta, concetto in sede di prevenzione palesemente attinente ad una situazione squisitamente di fatto, può essere esclusa non solo per ragioni puramente giuridiche di natura civilistica, ma anche per situazioni che in concreto la rendano impraticabile, come appunto nel caso dei diritti reali di garanzia. Questa considerazione comporta, dal lato del creditore, una interpretazione più ampia del concetto di *appartenenza*, che, peraltro, certamente gli compete *nei limiti delle facoltà che gli attribuiscono i diritti reali di garanzia che non sono estinti in seguito alla misura di sicurezza o di prevenzione*”.

Orbene: la lezione data dalla Corte con la decisione più volte dinanzi citata appare coerente a tali analisi dottrinarie da ultimo ripercorse, atteso che, nell'argomentata motivazione della Corte, si sottolinea che " ... due sono i profili della questione prospettata: anzitutto quello concernente l'autonomia (o meno) della tutela dei terzi titolari di diritti reali nel caso di confisca di prevenzione, rispetto all'ipotesi di confisca penale; in secondo luogo, nella ipotesi di riconosciuta autonomia di tale disciplina, quello relativo ai contenuti e ai limiti della tutela accordata a detti terzi." Or dunque: nell'insegnamento della Corte, " ... la confisca penale e la confisca di prevenzione, nonostante l'identità del *nomen iuris*, sono istituti significativamente diversi, sia per quanto attiene ai presupposti che per quanto riguarda la destinazione dei beni confiscati. Ne consegue che non sono solo motivi formali ma anche (e soprattutto) ragioni sostanziali a porre il problema se la tutela dei terzi titolari di diritti reali di garanzia si atteggi, in esse, nello stesso o in diverso modo. È. in questo contesto che si colloca il dato della disciplina dettata sul punto dall'art. 240.3 e 4 c.p. («le disposizioni (sulla obbligatorietà o facoltatività della confisca) non si applicano se la cosa appartiene a persona estranea al reato») e dall'art. 2 *ter*, comma 5, della l. n. 575 del 1965 («se risulta che i beni sequestrati appartengono a terzi, questi sono chiamati dal tribunale, con decreto motivato, ad intervenire nel procedimento e possono, anche con l'assistenza di un difensore, nel termine stabilito dal tribunale, svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca»). Il carattere esclusivamente processuale della normativa di prevenzione sul punto non autorizza, di per sé, a ritenere che la tutela dei terzi titolari di diritti reali di garanzia si atteggi, nel settore, in modo diverso rispetto alla confisca penale ma, con altrettanta certezza, esclude ogni automatismo in senso opposto e impone di cercare nel sistema i parametri per definire i contenuti della tutela sostanziale accordata ai terzi in caso di confisca di prevenzione. Soccorrono, in questa ricerca, gli artt. 2 *nonies* e 2 *undecies* della l. nr. 575 del 1965, relativi alla destinazione dei beni soggetti a confisca di prevenzione e l'elaborazione giurisprudenziale, già ricordata, in tema di tutela dei terzi in caso di confisca penale. Gli articoli citati prevedono in linea generale un vincolo di destinazione, per così dire, «sociale» dei beni confiscati e, dunque, l'ingresso degli stessi nel patrimonio indisponibile dello Stato con conseguente inespropriabilità. Contemporaneamente, la giurisprudenza in tema di confisca penale, all'esito di una laboriosa elaborazione, è giunta ad affermare che l'esistenza del diritto reale di garanzia non impe-

disce l'emanazione del provvedimento ablatorio, ma costringe l'autorità giudiziaria, una volta disposta la confisca, a «provvedere alla custodia del bene confiscato e disporne la vendita, assicurando che, all'esito della procedura di liquidazione, sul ricavato il creditore possa esercitare lo *ius prelacionis*, conseguendo quanto spettantegli, con priorità rispetto ad ogni altra destinazione» (Sez. un., 28 aprile 1999, Bacherotti, cit.). La conseguenza è obbligata: il meccanismo satisfattorio previsto in caso di confisca penale per il terzo titolare di un diritto reale di garanzia sul bene confiscato non può essere automaticamente trasferito – ostandovi la destinazione vincolata del bene – al settore delle misure di prevenzione”. Dunque, nella prospettazione della Corte, “ ... restano, come rileva lo stesso ricorrente, due possibili soluzioni interpretative: quella secondo cui, in caso di sequestro di prevenzione, può (*rectius*, deve, ove ne esistano i presupposti) disporsi la confisca anche in presenza, in capo a terzi, di diritti reali di garanzia (destinati, inevitabilmente, a soccombere, lasciando la tutela del terzo affidata agli strumenti ordinari), ovvero quella secondo cui, in sede di prevenzione, la confisca del bene sequestrato su cui grava un diritto reale di garanzia non è consentita se non dopo il soddisfacimento delle ragioni creditorie del terzo (con soccombenza, in questo caso, dell'interesse pubblico all'immediato reimpiego per finalità «sociali», con la valenza anche simbolica che ciò comporta, di beni fino a ieri nella disponibilità di organizzazioni mafiose). Si tratta, in entrambi i casi, di soluzioni inappaganti su cui è auspicabile - e da molte parti auspicato - un sollecito intervento legislativo. Nell'attesa, soccorre il sistema e, in particolare, l'art. 41 della Costituzione che, in caso di conflitto tra «iniziativa economica privata» e «utilità sociale» detta il prevalere della seconda (cfr., nello stesso senso, in fattispecie diversa ma implicante lo stesso profilo di bilanciamento di interessi, Sez. 1, 23 marzo-22 aprile 1998, Comisso, rv. 210268, secondo cui «qualora, in pendenza del procedimento di prevenzione nel corso del quale sia stato disposto, ai sensi dell'art. 2 *ter* della l. n. 575 del 1965, il sequestro dei beni del proposto, quest'ultimo venga dichiarato fallito, la gestione dei beni sequestrati permane in capo all'amministratore nominato dal tribunale della prevenzione, dovendosi il curatore fallimentare limitare ad una sommaria ricognizione di detti beni, senza in alcun modo interferire nell'attività del summenzionato amministratore; e ciò avuto riguardo essenzialmente alla priorità dell'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia (la quale contempla, in particolare, l'acquisizione a titolo originario, mediante confisca, da parte dello Stato, dei beni sequestrati, una volta divenuta definitiva l'applicazione della mi-

sura di prevenzione), rispetto all'interesse meramente privatistico della *par condicio creditorum* perseguito dalla normativa in materia di fallimento»). A favore di tale soluzione sta anche la circostanza – sottolineata dal procuratore generale – che il sacrificio imposto, nella specie, al creditore non riguarda l'esistenza o l'entità del credito ma solo le modalità per ottenerne il pagamento (per di più da parte di un «soggetto certamente solvibile quale è lo Stato») ... Nel sistema vigente, in conclusione, il titolare di un diritto reale di garanzia non rientra tra i soggetti che, ai sensi dell'art. 2 *ter*, comma 5, della l. n. 575 del 1965, devono essere chiamati a intervenire nel procedimento di prevenzione».

Tutto ciò ricordato, va annotato che la decisione testé citata della Corte ha sollevato articolate perplessità, in dottrina, con speciale riguardo all'annotazione, contenuta nella decisione impugnata, in funzione della quale, sul presupposto che «... i beni confiscati sono caratterizzati «da un vincolo di destinazione, per così dire, sociale» che ne determina «l'ingresso nel patrimonio indisponibile dello Stato con conseguente inespropriabilità»», la Corte ha ritenuto che «... i diritti reali di garanzia vantati dai terzi sui beni confiscati in sede di prevenzione sono «destinati inevitabilmente a soccombere, lasciando la tutela del terzo affidata agli strumenti ordinari», con la precisazione che «il sacrificio imposto, nella specie, al creditore non riguarda l'esistenza o l'entità del credito, ma solo le modalità per ottenere il pagamento (per di più da parte di un soggetto certamente solvibile, quale è lo Stato)»». Invero, la dottrina che si va ripercorrendo, riprendendo temi qui già dinanzi accennati, ha criticamente osservato che, «... rinviando la tutela del credito ad epoca successiva al passaggio in giudicato della confisca, e demandandola all'azione civile nei confronti dell'Erario, si radica una visione della misura reale antimafia quale ablazione *in incertam rem*, con la quale lo Stato incamera controversie piuttosto che *utilità*, e con la quale può persino accadere che l'Erario risponda *ultra vires*, per effetto del fuoco di fila di azioni astrattamente proponibili a tutela del credito, senza che la pubblica amministrazione, priva di procedimenti di accertamento dei diritti dei terzi e degli strumenti d'indagine propri del giudice penale, possa fungere in alcun modo da filtro». Inoltre, ancora la dottrina che si va qui evocando ha annotato che tutte tali questioni si intersecano «... con l'altra relativa agli effetti che la definitiva acquisizione del bene all'Erario spiega sull'ammissibilità delle azioni esecutive, in epoca successiva alla confisca. Invero, i beni definitivamente confiscati entrano a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato, seppur si dubiti se ciò accada per

effetto della sola ablazione, ovvero in conseguenza della effettiva destinazione dei beni confiscati agli scopi socialmente utili di cui alla legge n. 109 del 1996. Conseguentemente, quei beni sono inespropriabili dai privati e, quel che più conta, la loro destinazione è espressamente vincolata al soddisfacimento delle finalità sociali indicate dalla legge n. 109 del 1996. Si pone pertanto l'alternativa di ritenere che la presenza del privilegio speciale o del pignoramento impedisce l'attivazione dei procedimenti di destinazione sociale dei beni confiscati, consentendo – mediante il ricavato dalla vendita – il soddisfacimento in via preferenziale delle ragioni del creditore munito di garanzia specifica sul bene confiscato; ovvero che non possa ammettersi il *jus distrahendi*, per cui, al più, il titolare del diritto reale di garanzia può far valere nei confronti dell'Erario il solo diritto di credito, e non anche la garanzia specifica vantata sul bene confiscato”. Ne segue la considerazione critica in ragione della quale la decisione della Corte che si è or ora riletta, “ ... che pure – s'è visto – domanda alla definitività della confisca la tutela dei diritti di credito garantiti da privilegio speciale, opina contraddittoriamente nel secondo dei due sensi indicati, con soluzione (tuttavia) sicuramente auspicabile *de jure condendo*... “ (pur annotandosi che, così argomentando, “ ... gli ambiti di tutela del terzo, riconosciuti in via di principio grazie alla valorizzazione delle disposizioni di cui agli artt. 2913 ss. c.c., finiscono col risultare, comunque, notevolmente limitati”).

A fronte dell'orientamento della Corte testé ripercorso, peraltro, deve rintracciarsi, nell'insegnamento penalistico dei giudici di legittimità, il consolidarsi di una diversa prospettiva che, dapprima, si è fondata soprattutto sulle pregresse certezze della Corte - dinanzi evocate - in punto di intervento dei terzi titolari di diritti reali di garanzia nel procedimento di prevenzione. Si ha qui riguardo, in primo luogo, al convincimento della Corte (Sez. 5, Sentenza n. 47887 del 19.11.2003 Cc. (dep. 16.12.2003), Rv. 227585, San Paolo IMI e altri) in ragione del quale, in tema di misure di prevenzione, l'applicazione della confisca, che determina la successione a titolo particolare dello Stato nella titolarità del bene, non comporta l'estinzione dei diritti reali di garanzia costituiti sul bene confiscato a favore dei terzi, i quali possono far valere in sede esecutiva i propri diritti reali o di garanzia, qualora si tratti di terzi in buona fede che abbiano trascritto il proprio titolo anteriormente al sequestro a fini di prevenzione, eseguito ai sensi dell'art. 2 *ter* della legge n. 575 del 1965. Siffatto insegnamento, al momento in cui si scrive, è stato, quindi, riaffermato, con compiutezza di argomenti, da tre distinte sentenze di codesta Sezione I della Corte, le

prime due redatte dallo stesso relatore ma emesse da collegi in diversa composizione. Occorre, dunque, in primo luogo, dare citazione della decisione (Sez. 1, Sentenza n. 12317 del 11.2.2005 Cc. (dep. 31.3.2005), Rv. 232245, Fuoco ed altro) con la quale la Corte ha affermato che i terzi titolari di diritti reali di garanzia su beni immobili sottoposti a confisca ai sensi dell'art. 2 *ter* della l. n. 575 del 1965, ove non siano potuti intervenire nel procedimento di prevenzione, possono far accertare, in sede di esecuzione, l'esistenza delle condizioni di permanente validità di detti diritti, costituite essenzialmente dall'anteriorità della trascrizione dei relativi titoli rispetto al provvedimento di sequestro cui ha fatto seguito la confisca e da una situazione soggettiva di buona fede, intesa come affidamento incolpevole, da desumersi sulla base di elementi di cui spetta agli interessati fornire la dimostrazione, fermo restando che, una volta effettuato il suddetto accertamento, rimane comunque esclusa la possibilità che i beni confiscati possano essere oggetto di espropriazione forzata immobiliare, atteso il loro avvenuto assoggettamento, in conseguenza della confisca (come si evince dagli artt. 2 *nonies*, *decies* e *undecies* della l. n. 575 del 1965), ad un regime assimilabile a quello dei beni facenti parte del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato, per cui il credito garantito di cui i terzi di buona fede sono portatori potrà essere fatto valere soltanto dinanzi al giudice civile con i residui mezzi di tutela offerti dalla legge. Quindi, con la seconda delle decisioni dinanzi evocate, resa in questo stesso procedimento nel quale si iscrive il ricorso oggi in esame, la Corte (Sez. 1, Sentenza n. 13413 del 9.3.2005 Cc. (dep. 12.4.2005), Rv. 231263-264), S.I.B. ed altri) ha precisato che l'applicazione della confisca di prevenzione, che determina la successione dello Stato, a titolo particolare, nella titolarità del bene, non comporta l'estinzione dei diritti reali di garanzia costituiti sul bene confiscato a favore dei terzi, i quali possono far valere in sede esecutiva i propri diritti, a condizione che si tratti di terzi in buona fede, che abbiano trascritto il proprio titolo anteriormente al sequestro ai fini di prevenzione (la Corte ha anche precisato che incombe ai terzi, che vantano diritti reali sul bene confiscato, l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa che intendono far valere e cioè la tempestiva iscrizione dell'ipoteca nei pubblici registri immobiliari e la sussistenza della buona fede). Inoltre, con la stessa decisione che si va qui ripercorrendo, la Corte ha vieppiù ribadito che la confisca prevista dall'art. 3 *ter* della legge n. 575 del 1965 attribuisce ai beni sottoposti al provvedimento ablatorio un regime giuridico rigidamente pubblicistico, assimilabile a quello dei beni demaniali o compresi nel patrimonio indisponibile; ne consegue che gli

immobili confiscati a norma della legislazione antimafia sono inalienabili, con l'unica eccezione della vendita finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso. Infine, con la terza delle decisioni che si sono dinanzi citate, la Corte (Sez. 1, Sentenza n. 22157 del 10.5.2005 Cc. (dep. 10.6.2005), Rv. 232102, P.O. in proc. Virga) ha ulteriormente precisato che il terzo, titolare di un diritto reale di garanzia (ipoteca) sul bene poi fatto oggetto del provvedimento di confisca di prevenzione ai sensi dell'art. 2 *ter* della l. n. 575 del 1965, è legittimato a proporre incidente di esecuzione, qualora non sia stato posto in condizione di partecipare al procedimento di prevenzione patrimoniale, al limitato fine di fare valere, in vista di ulteriori iniziative, la propria buona fede e il proprio affidamento incolpevole al momento dell'iscrizione dell'ipoteca antecedente al sequestro e quindi alla confisca (la Corte ha osservato che nella nozione di "appartenenza", utilizzata dal legislatore al citato art. 2 *ter* della l. n. 575 del 1965 per l'individuazione delle posizioni soggettive legittimate alla partecipazione al provvedimento di prevenzione e, in mancanza, alla proponibilità dell'incidente di esecuzione, sono infatti da includere, oltre al diritto dominicale, anche i diritti reali, di godimento e di garanzia, che incidono sul bene confiscato).

Va, dunque, più minutamente ripercorso tale insegnamento della Corte, quale, allo stato, punto di approdo della ricerca dei Giudici di legittimità, con specifico riguardo all'articolata decisione di annullamento con rinvio resa nella presente fattispecie (si ha, qui, nuovamente riguardo a Sez. 1, Sentenza n. 13413 del 9.3.2005 Cc. (dep. 12.4.2005), Rv. 231263-264), S.I.B. ed altri). Il ragionamento della Corte, articolato nella decisione testé citata, rintraccia il suo punto di partenza nel riconoscere che il terzo che rivendichi la legittima titolarità del bene confiscato o altro diritto reale, chiedendone la restituzione, " ... può proporre incidente di esecuzione quando non abbia partecipato al procedimento di applicazione della misura patrimoniale, nel quale può svolgere (sia che venga chiamato dal tribunale con decreto motivato ovvero decida di intervenire nel procedimento) le deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca (Sez. 6, 18 settembre 2002, Diana, rv. 222664; Sez. 1, 20 ottobre 1997, Cifuni, rv. 208927)". Quindi, la Corte rammenta che, " ... con riferimento alla confisca regolata dall'art. 240 c.p. e da altre leggi speciali, le Sezioni Unite Penali hanno stabilito che la tutela dei diritti dei terzi non può essere circoscritta alla proprietà ma assiste anche i diritti reali di godimento e di garanzia, che sopravvivono, quindi, al provvedimento ablatorio di confisca (Cass., Sez. Un., 18

maggio 1994, Comit Leasing s.p.a. in proc. Longarini, rv. 199174; Sez. Un., 28 aprile 1999, Bacherotti ed altri). Nell'identica direzione è orientata la giurisprudenza civile della Corte in materia di confisca amministrativa, anch'essa connotata dalla funzione preventiva e repressiva di illeciti (Cass. civ., Sez. Un., 30 maggio 1989, n. 2635). Si è precisato, in particolare, che, quand'anche la confisca dovesse qualificarsi quale causa di acquisto a titolo originario, il trasferimento del diritto non può avere ad oggetto "un diritto di contenuto diverso e più ampio di quello che faceva capo al precedente titolare", né lo Stato può "legittimamente acquisire facoltà di cui il soggetto passivo della confisca aveva già perduto la titolarità" (Sez. Un., 28 aprile 1999, Bacherotti ed altri, cit.). Ciò dato, la Corte osserva che "... gli stessi principi operano anche rispetto alla confisca quale misura di prevenzione patrimoniale prevista dalla l. n. 575 del 1965. Infatti, se è vero che il citato art. 2 *ter*, comma 5, subordina la partecipazione al procedimento di prevenzione (e, in mancanza, la proponibilità dell'incidente di esecuzione) alla circostanza che "i beni sequestrati appartengono a terzi", è non di meno certo che nella nozione di "appartenenza", che figura anche nelle norme sulla confisca quale misura di sicurezza e nella confisca amministrativa, sono inclusi, oltre al diritto dominicale, anche i diritti reali, di godimento e di garanzia, che incidono sul bene confiscato. Tali diritti, col delimitare la giuridica consistenza degli effettivi poteri spettanti al proprietario colpito dalla misura di prevenzione patrimoniale, concorrono a circoscrivere l'oggetto effettivo della confisca *ex art. 2 ter*, di talché questa, stante la precipua funzione di interrompere la relazione col bene del soggetto indiziato di appartenere ad un'associazione di stampo mafioso e di eliminare il bene stesso dal circuito criminale, non può non investire gli stessi diritti dei quali detto soggetto è titolare, senza sopprimere i diritti dei terzi che siano completamente estranei all'attività illecita del proposto". Di tale convinzione, ad avviso della Corte, va rintracciata "... convincente conferma negli argomenti svolti nella pronuncia della Corte costituzionale, che, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 *quinqüies*, 2 comma, l. n. 575 del 1965, nella parte in cui consente che il provvedimento di confisca dei beni possa riflettersi su soggetti per i quali non ricorrano i presupposti per l'immediata applicazione di una misura di prevenzione personale, ha precisato che la situazione di "sostanziale incolpevolezza" segna il limite della confisca, aggiungendo che una simile condizione soggettiva, su cui è fondata la tutela del terzo in buona fede, non ricorre nei confronti di chi, pur non essendo assoggettabile a provvedi-

menti di prevenzione, pone in essere attività agevolative che determinano obiettiva commistione di interessi tra attività di impresa e attività mafiosa (Corte cost., 20 novembre 1995, n. 487)". "Deve, dunque, affermarsi - alla luce di una interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata della legislazione antimafia - che la salvaguardia del preminente interesse pubblico non può giustificare il sacrificio inflitto al terzo di buona fede, titolare di un diritto reale di godimento o di garanzia, dovendo considerarsi la sua posizione "protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico" (Corte cost., 10 gennaio 1997, n. 1): con la conseguenza che l'unica sede in cui può verificarsi la tutela della buona fede del terzo è costituita dal procedimento di prevenzione, ovvero dall'incidente di esecuzione, qualora il terzo non sia stato posto in condizione di partecipare al procedimento nel quale è stata disposta la misura di prevenzione patrimoniale". Tutto ciò posto, la Corte afferma la necessità di rintracciare, posta " ... l'ammissibilità dell'incidente di esecuzione", il perimetro concettuale dell'esplicarsi dello stesso incidente: " ... l'oggetto della pronuncia del giudice di tale procedimento va identificato nell'accertamento degli esatti confini del provvedimento di confisca attraverso la determinazione dell'eventuale esistenza di "iura in re aliena", che, per il fatto di non essere pregiudicati dalla devoluzione del bene allo Stato, contribuiscono a delineare la condizione giuridica del bene stesso e a delimitare l'effettiva portata del trasferimento determinato dalla confisca". Orbene: rievocando il suo stesso insegnamento, dinanzi citato (Sez. 1, 11.2.2005, Fuoco ed altro), la Corte assume che " ... dal coordinamento delle norme del codice civile che regolano l'ipoteca e il diritto potestativo ad essa inerente, comunemente qualificato come "ius distrahendi", con la disciplina della misura di prevenzione patrimoniale, prevista quale mezzo di repressione dell'illecita accumulazione di capitali da parte di indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose, può trarsi un primo preciso dato normativo: quello per cui ai fini dell'opponibilità del diritto di garanzia reale non basta che l'ipoteca sia stata costituita, mediante iscrizione nei pubblici registri immobiliari, prima della trascrizione del sequestro *ex art 2 ter* della l. n. 575 del 1965, ma è altresì richiesta l'inderogabile condizione che il creditore ipotecario si sia trovato in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole, dovendo individuarsi in quest'ultimo requisito la base giustificativa della tutela del terzo di fronte al provvedimento autoritativo di confisca adottato dal giudice della prevenzione a norma della legislazione antimafia (cfr. Corte cost., 20 novembre 1995, n. 487). d in proposito è stato precisa-

to che “l’esigenza di non vanificare l’intervento sanzionatorio dello Stato induce a dubitare e quindi ad escludere che l’accertamento della legittimità del diritto di sequela vantato dal terzo creditore privilegiato possa consistere nel mero controllo della data di iscrizione della formalità ipotecaria e nell’astratta verifica dell’esistenza di un credito”, in quanto “l’accertamento del diritto del terzo impone un’indagine più estesa ed approfondita che, per intuibili ragioni, può essere svolta solo dal giudice penale, con garanzia del contraddittorio, in sede di procedimento di esecuzione” (Cass. civ., Sez. 1, 12 novembre 1999, n. 12535, cit.). Ne segue il risolutivo convincimento della Corte in forza del quale “... non può mai prescindere dalla prova della effettiva terzietà di chi assume avere diritti sul bene oggetto di confisca, non potendo considerarsi terzo colui che, avendo ricavato vantaggi e utilità, non si sia trovato in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole rispetto alle attività illecite del soggetto colpito dalla misura di prevenzione personale e patrimoniale. Il principio testé indicato deve essere integrato rilevando che anche nel sistema della l. n. 575 del 1965 è (adoperabile) il principio enunciato dalle Sezioni Unite di questa Corte in materia di confisca quale misura di sicurezza applicabile per il delitto di usura, secondo cui i terzi che vantino diritti reali hanno l’onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata, essendo evidente che essi sono tenuti a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di “appartenenza” e di “estraneità al reato”, dalle quali dipende l’operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato e, di riflesso, la sopravvivenza del loro diritto (cfr. Sez. Un., 28 aprile 1999, Bacherotti ed altri, cit.). Deve inferirsi che, nell’analoga ipotesi della confisca quale misura di prevenzione patrimoniale *ex art. 2 ter* della l. n. 575 del 1965, sui terzi fa carico l’onere della prova sia relativamente al punto della effettiva titolarità dello “*ius in re aliena*”, il cui titolo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore al sequestro di cui al più volte citato art. 2 *ter*, sia relativamente al punto della mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l’attività illecita del proposto, indiziato di mafia, derivante da condotte di agevolazione o di fiancheggiamento. In altri termini, l’onere probatorio a carico del terzo ha ad oggetto la dimostrazione del suo affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile l’eventuale ignoranza o difetto di diligenza”. La ricerca del limite concettuale connotante l’ambito dell’incidente di esecuzione, infine, conduce la Corte ad affermare che, “... una volta accertato che il diritto reale di garanzia

del terzo di buona fede non si estingue per effetto del solo provvedimento di confisca, in sé considerato, deve ritenersi esaurito il compito del giudice dell'esecuzione, nelle cui funzioni non può farsi rientrare quella di accertare se e con quali modalità il terzo possa fare valere il suo diritto verso lo Stato, subentrato al debitore sottoposto alla misura di prevenzione nella titolarità della proprietà dell'immobile sul quale è stata iscritta l'ipoteca. Sotto tale specifico profilo, la normativa dettata per la misura di prevenzione patrimoniale *ex art. 2 ter* della l. n. 575 del 1965 si differenzia nettamente dalla confisca prevista dall'art. 240 c.p. e da altre disposizioni speciali. Infatti, riguardo alla confisca come misura di sicurezza, la legge processuale penale modella una procedura esecutiva, che, salvo tassative eccezioni, si conclude, anche per gli immobili, con la vendita delle cose confiscate (artt. 86 disp. att. c.p.p., 13 reg. esec. c.p.p. e 152 D.P.R. 30.5.2002, n. 115). Il che conferisce indubbia base giustificativa al principio enunciato dalle Sezioni Unite in tema di confisca conseguente alla condanna per il delitto di usura, secondo cui la custodia, l'amministrazione e la vendita delle cose pignorate devono essere compiute dall'ufficio giudiziario e il giudice dell'esecuzione deve assicurare che il creditore pignoratorio possa esercitare il diritto di prelazione sulle somme ricavate dalla vendita dei beni confiscati (cfr, Sez. Un., 28 aprile 1999, Bacherotti ed altri, cit.). Totalmente difforme risulta la speciale normativa della l. n. 575 del 1965 - più volte modificata in virtù del d.l. 14.6.1989, n. 230, convertito in l. 4.8.1989, n. 282, della l. 7.3.1996, n. 109, e della l. 22.12.1999, n. 512 - in materia di confisca quale misura di prevenzione patrimoniale.

Da tale peculiare disciplina emerge univocamente che gli immobili confiscati a norma della legislazione antimafia sono inalienabili, con l'unica eccezione della vendita finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso, e acquisiscono, per effetto della confisca, una impronta rigidamente pubblicistica, che tipizza la condizione giuridica e la destinazione dei beni, non potendo essere distolti da quella normativamente stabilita ("finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile" ovvero "finalità istituzionali o sociali" in caso di trasferimento degli immobili nel patrimonio dei comuni). Pertanto, va riconosciuto che a seguito dell'insorgenza del vincolo di destinazione a finalità pubbliche, il regime giuridico dei beni confiscati a norma della l. n. 575 del 1965 è assimilabile a quello dei beni demaniali o a quello dei beni compresi nel patrimonio indisponibile. La conclusione trova inequivoca conferma nell'art. 2 *decies* della stessa legge, laddove è specificato che la destinazione degli immobili a fi-

nalità di pubblico interesse è effettuata con provvedimento dell'Amministrazione demaniale (comma 1) e che "anche prima dell'emanazione del provvedimento del direttore centrale del demanio del Ministero delle finanze, per la tutela dei beni confiscati si applica il secondo comma dell'art. 823 del codice civile" (comma 3). E il richiamo fatto dall'art. 2 *decies* all'art. 823 c.c. è univocamente significativo del regime al quale viene a trovarsi sottoposto l'immobile confiscato, dato che quest'ultima disposizione riguarda proprio la condizione giuridica dei beni compresi nel demanio pubblico e - secondo l'opinione unanime della dottrina e della giurisprudenza - di quelli appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato".

La saldezza concettuale dell'insegnamento della Corte così ripercorso sembra poter neutralizzare la portata delle perplessità manifestate, nei confronti di esso, dalla dottrina che, nel rileggere siffatta lezione della stessa Corte, ha concentrato le sue riserve su due punti. In primo luogo, sul punto del trasferimento a carico del terzo dell'onere probatorio sulla sua buona fede, giacché tale trasferimento varrebbe a dire che "... in sostanza ... si presume, salvo prova contraria, la malafede del terzo", laddove "... non preoccupa tanto il superamento della presunzione generale di buona fede (art. 1147 c.c.), che, peraltro, non è assoluta (art. 1189, comma 1, c.c., per il pagamento al creditore apparente), quanto le difficoltà di dare la prova negativa della malafede e, soprattutto, la sostituzione, in una materia in cui viene sostanzialmente applicata una sanzione, del principio *in dubio pro reo* con quello *in dubio pro re publica*, peraltro in tema di misure di prevenzione nel quale dominano le presunzioni a favore dell'accusa". In specie, la dottrina che si va ripercorrendo rapporta l'ipotesi in esame a quella dell'interposizione fittizia sulla stessa proprietà del bene sequestrato, ricordando che "... in quest'ultima ipotesi, più grave dell'altra, la giurisprudenza ha più volte deciso che è onere del giudice della prevenzione dimostrare che i beni, formalmente intestati a terzi, siano nella disponibilità dell'indiziato di mafia e derivino dalla sua illecita attività, non potendo essere accollato ai terzi l'onere di dimostrare il contrario, tranne che non si tratti del coniuge, del figlio o del convivente nell'ultimo quinquennio, per i quali vale la presunzione semplice di disponibilità del bene da parte dell'indiziato. Non si vede alcuna valida ragione per non applicare la stessa regola nel caso dei terzi titolari di diritti reali di garanzia. È questa una delle ragioni per le quali l'accertamento della validità del titolo deve essere attribuita al giudice della prevenzione, che appunto ha maggiori poteri per acquisire gli elementi idonei a dimostrare se il terzo sia o no in buona fede". In

realtà, siffatta critica non pare tenere conto della sostanziale eterogeneità delle due ipotesi poste a confronto, discutendosi, nel caso di prospettata intestazione fittizia della proprietà del bene sequestrato, di disponibilità sostanziale del bene stesso per effetto della rivendicazione dell'effettività di un titolo proprietario, con la conseguente necessità che, in questo caso, l'ablazione sia circondata da ogni cautela, al fine di evitare che la misura di prevenzione sia imputata ad un terzo come fosse *in proprio* e così imponendosi l'operatività di una grammatica della prova connotata dalla usuale, e non invertita, distribuzione del carico. Quanto alla seconda riserva avanzata dalla dottrina che si va ripercorrendo, la stessa si risolve nell'assumere che " ... non convince l'argomento desunto dalla sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni (artt. 3 *quater* e 3 *quinquies* della l. n. 575 del 1965) e dalla sentenza 20 novembre 1995, n. 487, della Corte costituzionale, che ha ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 27, comma 1, Cost. Infatti, a parte le critiche che investono sia la decisione della Corte e sia lo stesso istituto, va osservato che tale istituto concerne un complesso di rapporti che in sostanza gestiscono il patrimonio mafioso, sicché ricorre una situazione che si protrae nel tempo e che presenta carattere agevolativo. Invece nel caso di costituzione di un diritto reale di garanzia si tratta di un singolo atto, peraltro normalmente stipulato con un istituto di credito, ossia di una situazione sostanzialmente diversa". Anche in tal caso, la critica pare enfatizzare, rispetto alla complessiva, architettura motivazionale adoperata dalla Corte, il rilievo dell'argomento speso dalla Corte stessa, piuttosto inteso a rintracciare, nel sottosistema della prevenzione patrimoniale, la riaffermazione " ... del principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico".

Tutto ciò posto, va osservato che, nella fattispecie concreta, con il primo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta, in via essenziale, che il Tribunale di Salerno avrebbe enunciato l'assunto in ragione del quale, "... per deliberare sulla buona fede di chi, come l'attuale ricorrente, sia divenuto titolare del credito e del diritto reale di garanzia attraverso una serie di trasferimenti di tali diritti, occorra fare riferimento al momento in cui fu costituita l'ipoteca; sicché la prova da offrire non concernerebbe semplicemente (la buona fede della ricorrente), ma necessariamente anche l'altrui buona fede". Tanto, ad avviso della società ricorrente, contrasterebbe, in primo luogo, con la "... regola civilistica secondo cui la buona fede si presume fino a prova contraria (art. 1147

c.c.) e con la connessa regola probatoria che pone in capo a chi contesta (la buona fede) l'onere della prova della sua insussistenza"; in secondo luogo, secondo la ricorrente, "... l'eventuale collegamento del dante causa all'ambiente malavitoso non può essere considerato alla stregua di un vizio che affligga il diritto e che si trasmetta, con questo, a chi ne divenga successivamente titolare in buona fede, e cioè nell'assoluta inconsapevolezza, ovvero in situazione di affidamento incolpevole, dell'eventuale esistenza di tale vizio". Tale è il tema centrale sviluppato dal primo motivo del ricorso in esame e, quindi, variamente articolato negli ulteriori motivi dello stesso ricorso. In specie, con il secondo motivo di ricorso, qualificato ai sensi dell'art. 606, primo comma, lett. b), c.p.p., la ricorrente si duole, in modi apodittici e non del tutto perspicui, della "erronea applicazione", nella quale sarebbe incorso il provvedimento impugnato, "... delle disposizioni afferenti il diritto del terzo, titolare di una garanzia sul bene, di tutelare tale garanzia, limitando l'ambito degli effetti del provvedimento di confisca".

Con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta, quindi, non rispondere al vero quanto annotato dal Tribunale in ordine al non avere, la stessa ricorrente, ..." ... fornito precisi e puntuali elementi di valutazione circa l'assenza sia di ogni collegamento con il prevenuto, sia di un affidamento incolpevole e totale ignoranza di eventuali, meramente ipotetici, collegamenti tra il prevenuto e la banca mutuante..."; tema dimostrativo che, invece, sarebbe stato oggetto di una memoria datata al 26.5.2005 (cfr. foll. 11-14 del ricorso in esame).

Con il quarto motivo di ricorso, infine, la ricorrente si duole che "... neppure per giungere ad asserire che, nella fattispecie, non consta in capo all'ente mutuante una situazione che renda scusabile il difetto di diligenza della Banca, il Tribunale si muova lungo percorsi argomentativi esenti da critiche".

Orbene: non contestata è, nel caso in esame, la ricostruzione del fatto contenuta nella decisione impugnata. Se, dunque, la decisione impugnata pone tali presupposti in fatto, va osservato che il Giudice *a quo* non si è sottratto ad una prima, essenziale constatazione:, come correttamente annota il provvedimento impugnato, "... è evidente che, ai fini dell'opponibilità della ... garanzia reale, non basta che l'ipoteca, come nel caso in esame, sia stata costituita, mediante iscrizione nei pubblici registri immobiliari, prima della trascrizione del sequestro *ex art. 2 ter* della l. n. 575 del 1965 ma è altresì richiesto che il creditore ipotecario si sia trovato in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole ... rispetto alle attività illecite del soggetto colpito dalla misura di prevenzione personale e patrimoniale

le". Orbene: nel caso di specie, la ricorrente creditrice, cessionaria ultima del credito ipotecario, ha sì dedotto che l'ipoteca in questione era stata trascritta, all'atto della costituzione della garanzia, prima del sequestro e della confisca di prevenzione; ma non ha tenuto conto che, attesa la peculiarità della fattispecie, la prova indicativa della buona fede della stessa creditrice ricorrente, che la stessa avrebbe dovuto compiutamente addurre, avrebbe dovuto neutralizzare, piuttosto, il tranciante dato di fatto or ora esposto, in ragione del quale, allorché la ricorrente creditrice acquistò "i crediti in sofferenza ed i diritti connessi", il sequestro e la confisca del complesso immobiliare in esame, da tali vincoli gravato, erano da tempo stati disposti. In specie, lo stesso ricorrente tiene a rappresentare che " ... nell'ambito della procedura esecutiva nell'anno 1999 venne acquistato il c.d. 'certificato ipocatastale' afferente tutte le iscrizioni e trascrizioni sui beni che ne erano oggetto: da tale certificato emergeva il provvedimento di sequestro emesso dal Tribunale di Salerno in data 24.2.1992, richiamato nel provvedimento di confisca del 15.2.1993 ...; provvedimento in esecuzione del quale gli immobili di che trattasi sono stati ... devoluti e consegnati ... all'Amministrazione comunale di Lamezia Terme". Ciò nonostante, come la stessa ricorrente sottolinea,..... a fare riferimento alla condizione soggettiva, o psicologica, della ricorrente, ed a voler ipotizzare, in via astratta, il suo pieno convincimento della legittimità dell'acquisto del credito e dei diritti connessi, che sarebbe stato ingenerato dalla positiva qualità soggettiva della cedente B.M.S., a sua volta acquirente da B.S.P.-I., resta, piuttosto, che non solo la stessa ricorrente cessionaria ma anche la sua dante causa B.M.S. conoscevano l'esistenza del sequestro e della confisca di prevenzione, essendo stati tali provvedimenti trascritti nei pubblici registri immobiliari: di talché non può certamente profilarsi, a favore della cessionaria ricorrente, così come, del resto, della sua dante causa, una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole per il fatto di avere erroneamente ritenuto che "i crediti in sofferenza ed i diritti connessi" non fossero pregiudicati dalla già disposta confisca di prevenzione antimafia. Non può, quindi, la ricorrente, al fine di superare tale decisivo dato di fatto, correttamente evidenziato dal provvedimento impugnato, lamentare che erroneamente il Tribunale di Salerno, " ... per deliberare sulla buona fede", abbia avuto riguardo - una volta preso atto di " ... una serie di trasferimenti ... del credito e del diritto reale di garanzia - ... al momento in cui fu costituita l'ipoteca" e che, dunque, abbia ricercato una prova che " ... non concernerebbe semplicemente la (buona fede della ricorrente), ma necessariamente anche l'altrui buona fede";

piuttosto, alla stregua dei principi affermati dalla Corte in sede di giudizio rescindente, dinanzi ripercorsi e che la stessa ricorrente non tiene in apprezzabile conto, tale pretesa buona fede della medesima ricorrente, nel caso di specie, a differenza di quanto sostenuto in ricorso, non poteva “... presumersi fino a prova contraria”, né andava dimostrata tenendo conto “... della connessa regola probatoria che pone in capo a chi la contesta l’onere della prova della sua insussistenza” (cfr. fol. 10 del ricorso). Su tale piano della distribuzione del carico probatorio, e nuovamente evocando l’insegnamento della Corte, piuttosto, la peculiarità della fattispecie, testé ricordata, in quanto connotata da una “... una serie di trasferimenti ... del credito e del diritto reale di garanzia”, tutti successivi alla trascrizione del titolo ablativo, ha determinato un particolare atteggiarsi dell’onere probatorio gravante sulla ricorrente: onere probatorio che, nel caso di specie, per l’appunto, deve intendersi avere ad oggetto la dimostrazione dell’affidamento incolpevole della stessa ricorrente, cessionaria ultima “del credito e dei diritti connessi”, ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rendesse scusabile l’eventuale ignoranza o difetto di diligenza; onere probatorio, in questi termini, rimasto inadempito, come testimoniato dal Giudice *a quo* attraverso l’inequivoca rilettura dei tempi attraverso i quali si è snodata la fattispecie. E v’è di più, giacché il Tribunale non ha mancato di annotare che “... il ricorrente nulla adduceva a sostegno della propria buona fede, limitandosi ad evidenziare il buon nome di tutte le società succedutesi nella vicenda della titolarità dei diritti azionati, oltre che la particolare veste delle medesime, quali notori operatori economici operanti nel settore bancario e finanziario” (cfr. foll. 9-10 del provvedimento impugnato). Da tale punto di vista, dunque, può concludersi che la circostanza della previa trascrizione del sequestro e della confisca di prevenzione antimafia sul bene oggetto della garanzia ipotecaria rispetto alla “... serie di trasferimenti ... del credito e del diritto reale di garanzia”, ivi compreso l’acquisto ad opera della ricorrente, rivestendo non contestabile significato sintomatico della condizione soggettiva della medesima ricorrente all’atto di tale acquisto, involge, sul piano fattuale, anche il punto della mancanza, o meno, di qualsiasi collegamento “... del credito e dei diritti connessi” con l’attività illecita del proposto, indiziato di mafia, derivante da condotte di agevolazione o di fiancheggiamento.

Peraltro, su tale aspetto della buona fede e dell’affidamento incolpevole rispetto alle attività illecite del soggetto colpito dalla misura di prevenzione personale e patrimoniale, il Giudice *a quo* ha inteso svol-

gere comunque, nel caso di specie, le proprie riflessioni, ponendosi, dunque, nell'ottica della verifica della posizione soggettiva della ricorrente S.I.B. anche attraverso la ricostruzione dell'affidamento, se del caso incolpevole, che la stessa ricorrente potrebbe aver fatto della buona fede dei suoi dante causa, con specifico riguardo a B.S.P.-I., istituto mutuante in epoca antecedente alla trascrizione del sequestro; indagine che il Tribunale ha ritenuto di concludere in senso negativo, non potendosi ragionevolmente configurare, nel caso in esame, affidamento incolpevole alcuno se, in radice, vanno rintracciate manifeste tracce di dubbia linearità nelle condotte dell'istituto mutuante. In tale senso, dunque, si deve interpretare lo sforzo argomentativo compiuto, in seconda battuta, dal Giudice *a quo*, che non va, dunque, collocato nella riduttiva prospettiva affermata dalla ricorrente (ad avviso della quale, si diceva, il Tribunale non avrebbe tenuto conto che " ... la prova da offrire ... concerneva ... (non) necessariamente anche l'altrui buona fede" ma semplicemente quella della ricorrente). Orbene: su tale aspetto, il provvedimento impugnato ha, comunque, ritenuto, con motivazione non certo incongrua, di poter argomentare che entrambe le società che, successivamente l'una all'altra, sono state titolari del diritto dominicale sull'immobile gravato da mutuo ipotecario (la S.i.s.a.t. s.r.l. e la C.e.d.a.c. s.r.l.), hanno rintracciato il proprio *dominus* in soggetti dei quali sarebbe stato agevole verificare, da parte della banca mutuante, la sostanziale intraneità a contesti criminali, tanto da far ritenere che, nel caso in esame, entrambe le strutture societarie fossero non estranee a pratiche di riciclaggio. Argomenti, questi ultimi, rispetto ai quali la critica della ricorrente si è espressa in termini intesi a denunciare il solo vizio motivazionale nel quale sarebbe incorso il Giudice *a quo*, che avrebbe mal valutato quei semplici *segmenti* del fatto che, di contro, e piuttosto, la ricorrente ha enfatizzato, isolandoli dalla complessiva ricostruzione della vicenda concreta alla quale il Tribunale ha proceduto con sufficiente congruità.

Al fine di delibare con compiutezza tale ultimo profilo della fattispecie, occorre, allora, rammentare che la Corte insegna che, nel procedimento di prevenzione, il ricorso per cassazione è ammesso soltanto per violazione di legge in forza della generale disposizione dell'art. 4, comma undicesimo, della legge n. 1423 del 1956, applicabile anche nei casi di cui alla legge n. 575 del 1965 alla stregua del richiamo operato dall'art. 3 ter, secondo comma, l. ult. cit.. Ne consegue che, nel procedimento di prevenzione, in sede di legittimità, non è deducibile il vizio di motivazione, a meno che questa non sia del tutto carente o presenti difetti tali da renderla meramente apparente e in

realtà inesistente, ossa priva dei requisiti minimi di coerenza, di completezza e di logicità; ovvero quando la motivazione stessa si ponga come assolutamente inidonea a rendere comprensibile il filo logico seguito dal giudice di merito oppure, ancora, allorché le linee argomentative del provvedimento siano carenti dei necessari passaggi logici da fare risultare oscure le ragioni che hanno giustificato la decisione sulla misura. In tali casi, ben può ravvisarsi violazione di legge per mancata osservanza, da parte del giudice di merito, dell'obbligo, sancito dal comma decimo del citato art. 4 della l. n. 1423 del 1956, di provvedere con decreto motivato (in tal senso, tra le numerose, Sez. 6, Sentenza n. 15107 del 17.12.2003 Cc. (dep. 30.03.2004), Rv. 229305, Criaco ed altro;.....). In coerenza a siffatta lezione di codesta Corte, peraltro, si è espressa la Corte Costituzionale (sentenza n. 321 del 22.6.-28.10.2004) nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4, undicesimo comma, della l. n. 1423 del 1956, promosso, nell'ambito di un procedimento di prevenzione, dalla Corte di Cassazione con ordinanza del 26 novembre 2003, iscritta al n. 158 del registro ordinanze 2004 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 12, prima serie speciale, dell'anno 2004. La Consulta, invero, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della norma scrutinata, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dalla Corte di Cassazione, con l'ordinanza ora detta. In specie, la Corte Costituzionale ha osservato che la questione sollevata, pur essendo focalizzata sui limiti di proponibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti che decidono in sede di appello sulla applicazione delle misure di prevenzione, presuppone il problema più generale dei rapporti tra il vizio di violazione della legge processuale (art. 606, comma 1, lettera c), c. p. p.: «inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità [...]») e il vizio di motivazione (art. 606, comma 1, lettera e), dello stesso codice: «mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato»). Ciò premesso, la Consulta ha sottolineato che, qualunque sia, sul terreno interpretativo, la soluzione di tale problema, le censure di legittimità costituzionale prospettate, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., sul presupposto che la disciplina impugnata precluderebbe di comprendere nello specifico motivo di ricorso per violazione di legge previsto dall'art. 4, undicesimo comma, della legge n. 1423 del 1956 anche il vizio di illogicità manifesta della motivazione, così come definito dall'art. 606, comma 1, lettera e), c. p. p., non sono fondate, per la ragione assorbente che il risultato perseguito dal rimettente non può essere ritenuto costituzionalmente obbligato. In particolare, i Giudici

delle leggi hanno osservato che “ ... la Corte di cassazione rimettente muove dall’assunto che l’impossibilità di controllare la congruenza della struttura logica della motivazione comporti una ingiustificata contrazione delle garanzie difensive apprestate in un procedimento potenzialmente idoneo, al pari del processo penale, ad incidere sulla libertà personale, e che la disciplina censurata introduca una ingiustificata disparità di trattamento rispetto a quanto previsto per le misure di sicurezza e per le misure contemplate dall’art. 6 della legge n. 401 del 1989”. Tali rilievi, tuttavia, “ ... si basano sul confronto tra settori direttamente non comparabili, posto che il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l’applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali. D’altra parte, è giurisprudenza costante della Consulta che le forme di esercizio del diritto di difesa possano essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione (v. tra molte, ordinanze n. 352 e n. 132 del 2003). Di conseguenza non può ritenersi lesivo dei parametri evocati che i vizi della motivazione siano variamente considerati a seconda del tipo di decisione a cui ineriscono”.

Nel caso di specie, non va, dunque condivisa la sostanziale denuncia contenuta in ricorso in merito al presentare, il provvedimento impugnato, difetti tali da rendere la motivazione dello stesso talmente incongrua da giustificare doglianza in questa sede di legittimità. Invero: se, in tema di misure di prevenzione, l’ambito del sindacato devoluto alla Corte di legittimità non si identifica, proprio in forza della disposizione di cui all’art. 4, comma undicesimo, della legge n. 1423 del 1956, con quello proprio del motivo di ricorso di cui all’art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., ma ha una estensione più circoscritta, non potendo evidentemente farsi coincidere la violazione di legge con l’illogicità manifesta della motivazione, il provvedimento impugnato, pur all’esito di tale più circoscritta delibazione, risulta dotato dei necessari passaggi motivazionali, idonei a verifica in merito all’avere, il Giudice *a quo*, esaminato tutti gli elementi a sua disposizione, interpretato gli elementi probatori ed applicato le regole della logica nell’argomentazione che ha condotto a scegliere determinate conclusioni anziché altre (secondo l’insegnamento della Corte dato, ad esempio, da Sez. IV, 7.5.1999, Laghi; Sez. I, Sentenza n. 10528 del 12.7.2000 Ud. (dep. 9.10.2000), Rv. 217050, Amico e altri). Il Tribunale, in realtà, sul punto da ultimo preso in considerazione, non solo non ha dato vita ad una motivazione assente o assolutamente irrazio-

nale ma, come si anticipava, ha operato corretta applicazione delle regole della logica, delle massime di comune esperienza e dei criteri legali dettati in tema di valutazione delle prove.

Alla stregua di tutte le considerazioni svolte, il ricorso in esame va, infine, rigettato, con ogni consequenziale statuizione *ex art.* 616 c.p.p.²⁵

sulla istanza di revoca della confisca di prevenzione ²⁶l'ufficio ha assunto la seguente posizione:

Considerato che con la sentenza n. 57/2007 le Sezioni Unite hanno composto un contrasto giurisprudenziale relativo alla possibilità di chiedere la revoca della sola confisca di prevenzione, risolvendolo in termini positivi secondo le indicazioni di un'autorevole dottrina; Considerato che centrale nell'argomentazione delle Sezioni Unite (in questo allineata al decisum della sesta sezione della Cassazione nella sentenza n. 46449/2005) è il rilievo dato all'esigenza di garantire un'efficace tutela difensiva contro errori giudiziari subiti da colui che, avendo partecipato al procedimento di prevenzione ed essendo rimasto onerato da un provvedimento di confisca definitivo (al terzo rimasto estraneo è consentito il ricorso all'incidente di esecuzione), deve essere messo in grado di produrre nuove prove dimostrative della liceità dell'acquisto ovvero della indisponibilità del bene da parte del soggetto definitivamente sottoposto alla misura di prevenzione personale e, dunque, dell'originaria insussistenza delle condizioni legittimanti la confisca;

Considerato che il novum a fondamento della richiesta di revoca *ex tunc* della sola confisca va riscontrato secondo i canoni fissati dall'art. 6,30 cod. proc. pen. per la revisione;

Considerato che detti canoni esigono una diversità degli elementi addotti a sostegno della istanza di revoca della confisca rispetto a quelli già compresi e valutati nel procedimento conclusosi con la confisca (esemplificando non potrà considerarsi prova nuova una perizia contabile sopravvenuta alla confisca definitiva che prenda a base elementi fattuali conosciuti e puntualmente valutati dai giudici nel procedimento definitivamente concluso), purchè di consistenza tale da convincere dell'errore e quindi smentire la presunzione di verità che assiste il giudicato di prevenzione (sia pure connotato dall'essere definitivo *rebus sic stantibus*);

²⁵ La Corte ha assunto in merito la decisione 8015 del 2007 rigettando il ricorso.

²⁶ In procedimento 790/2007, Badalamenti, P.G. Izzo.

Considerato che, in proposito la sentenza n. 57/07 richiama un proprio pregresso arresto (Sezioni Unite sent. n. 28/2001) nel quale appunto si è affermato che prove nuove sono “non solo le prove sopravvenute alla decisione definitiva e quelle scoperte successivamente ad esse, ma anche quelle non acquisite nel precedente giudizio ovvero acquisite, ma non valutate neanche implicitamente purchè non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue dal giudice”;

Considerato che siffatto richiamo adesivo, ispirato, da un evidente favore per la revoca, comporta altresì la riproposizione della tesi per la quale il fenomeno revocatorio non è condizionato dalla circostanza che l’omessa conoscenza e valutazione della prova nuova dipenda da un comportamento negligente o addirittura doloso tenuto dall’istante nel giudizio di prevenzione;

Considerato quindi che un’eventuale patologica pretermissione dell’onere di allegazione gravante sulla parte successivamente onerata in via definitiva dalla confisca non osta all’attivazione del rimedio revocatorio sulla base della prova a suo tempo non allegata;

Considerato che siffatta ulteriore marcata erosione dell’intangibilità del giudicato di prevenzione smentisce pertanto il precedente arresto della Cassazione (Sez. VI sent. n. 4217 del 14 – Dicembre – 1999) con il quale si negava che a fondamento della richiesta di revoca della confisca potessero porsi elementi non allegati a suo tempo nel procedimento di prevenzione (nella specie trattatasi di tardive consulenze di parti poste a fondamento della richiesta di revoca ad una sopravvenuta assoluzione dall’accusa di estorsione);

Considerato che sono intuitivi i rischi per le esigenze di stabilità della confisca di prevenzione attivati da una tale opzione interpretativa che, tuttavia, è pur sempre iscritta in una lettura del sistema costituzionalmente orientata a presidiare le garanzie difensive ed è altresì in linea con il dictum della Corte europea dei diritti dell’uomo;

Considerato infatti che la Corte di Strasburgo (sentenza 7 giugno – 2005 ricorrente Morabito c Italia), dopo aver ribadito che la confisca di prevenzione, comportando una sottrazione del bene, rientra nella previsione dell’art. 1 Protocollo n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, venendo legittimata dalla finalità di “impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni, la cui provenienza, legittima non è stata dimostrata”, da parte di poteri “la cui esistenza mette in discussione il primato del diritto nello Stato”, ha espressamente richiesto che il procedimento applicativo offra ai ricorrenti “un’occasione adeguata di presentare la loro causa alle autorità competenti, tenuto conto della gravità della misura applicata”;

Considerato peraltro che dei suddetti rischi per la stabilità della confisca si è dato carico la sentenza n. 57/2007 laddove, nell'intento di non pregiudicare l'interesse pubblico all'immediato reimpiego per finalità sociali dei beni confiscati dalla valenza di esemplare ripristino della legalità, fa salva la irreversibilità dell'effetto ablativo rispetto all'accoglimento dell'istanza di revoca;

Considerato che in proposito la sentenza 57/2007 ribadisce infatti che la confisca produce il trasferimento a titolo originario (tesi questa non sempre condivisa in giurisprudenza) del bene sequestrato nel patrimonio dello Stato, sicchè la decisione del giudice della prevenzione che renda " palese il vizio di origine" della confisca ha l'effetto di attivare la scelta discrezionale dello Stato tra la restituzione del bene, ove possibile, e la soddisfazione dell'obbligo riparatorio della perdita patrimoniale sofferta da chi, gravato dalla confisca del bene, resta comunque titolare dell'interesse ad ottenere quantomeno il tantundem;

Considerato che in esito alla sentenza n. 57/2007 il proposto, cui siano state definitivamente imposte sia misure personali che patrimoniali, può dunque chiedere la revoca ex tunc ed ex nunc, della misura personale (fermo restando che solo quella ex tunc per originaria assenza della pericolosità personale si riflette sulla misura patrimoniale) e può altresì chiedere esclusivamente la revoca ex tunc della sola confisca;

Considerato che la smentita all'opposta tesi dell'impraticabilità della revoca della sola confisca di prevenzione patrimoniale sostenuta nell'impugnato decreto dalla Corte di Appello palermitana, non comporta l'annullamento di tale decreto per avere comunque tale giudice motivatamente esclusa la novità degli elementi addotti dall'istante secondo i parametri di valutazione di tale novità per come individuati dalla richiamata giurisprudenza dalle Sezioni Unite Penali della Cassazione; chiede rigettarsi il ricorso²⁷.

4.7 L'ordinamento penitenziario

Il regime di cui all'art. **41 bis** della l. 26.7.1975, n. 354, è stato oggetto di disamina per quanto attiene il provvedimento di proroga dello stesso, ed in questa occasione la Procura Generale ha argomentato²⁸:

²⁷ La Prima sezione, con decisione 32034 del 17 aprile 2007 ha rigettato il ricorso.

²⁸ Nel procedimento 15782 /2007, Contaldo, P.G. Gialanella.

1. Il ricorso in esame, con il quale variamente si lamentano vizi di legittimità del provvedimento impugnato, non merita accoglimento.

2. Le doglianze sollevate nell'interesse del ricorrente sono, in specie, inaccoglibili con specifico riguardo al punto della dedotta, omessa o contraddittoria verifica dell'attualità della pericolosità del ricorrente in sede di proroga *ex art. 41 bis*, comma 2 *bis*, ultimo inciso, della l. 26.7.1975, n. 354, nel testo sostituito dall'art. 2 della l. 23.12.2002, n. 279.

3. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 376 del 1997, aveva chiarito, già sotto il vigore della precedente normativa (come, del resto, già con la sentenza n. 349 del 1993), " ... che ogni provvedimento di proroga delle misure *ex art. 41 bis o.p.* deve recare una autonomia, congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire: non possono ammettersi semplici proroghe immotivate del regime differenziato, né motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte. Il che vale anche a far venir meno la censura di violazione del diritto di difesa, garantito dall'art. 24 della Costituzione". Ciò dà ragione dell'ulteriore insegnamento della Consulta, contenuto nella citata sentenza n. 376 del 1997, ove si afferma che "non vi é dunque una categoria di detenuti, individuati *a priori* in base al titolo di reato, sottoposti ad un regime differenziato: ma solo singoli detenuti, condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata, che l'amministrazione ritenga, motivatamente e *sotto il controllo dei Tribunali di sorveglianza*, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni, alle organizzazioni criminali e alle loro attività, e che per questa ragione sottopone – *sempre motivatamente e col controllo giurisdizionale* – a quelle sole restrizioni che siano concretamente *idonee a prevenire tale pericolo*, attraverso la soppressione o la riduzione delle opportunità che in tal senso discenderebbero dall'applicazione del normale regime penitenziario; ... il regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo di reato oggetto della condanna o dell'imputazione, ma *sull'effettivo pericolo* della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo *una logica premessa*".

Ciò posto, la norma del comma 2 dell'art. 41 *bis o.p.* svela la sua coerenza a tale insegnamento ove essa sia interpretata - così come debito - nel senso che le limitazioni al trattamento possono esse adottate solo *in presenza* di positivi, dimostrati, motivati elementi che comprovino la sussistente permanenza dei legami con l'associazione di appartenenza; così come la norma del comma 2 *bis* dell'art. 41 *bis o.p.*

svela la sua coerenza alla lezione della Consulta ove essa sia interpretata nel senso che la proroga delle limitazioni al trattamento possono essere motivatamente adottate solo *in assenza* di positivi, dimostrati elementi che comprovino la rescissione dei legami con l'associazione di appartenenza: come - nuovamente - il Giudice delle leggi aveva già chiarito (sentenza n. 376 del 1997; sentenza n. 349 del 1993), nello stesso modo nel quale ogni provvedimento impositivo del regime differenziato deve essere motivato, del pari ogni provvedimento di proroga deve essere adeguatamente motivato in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza (ossia al *non essere* venuti meno tali pericoli) che le misure medesime mirano a prevenire (in tale senso, Sez. 1, Sentenza n. 2660 del 10.1.2005 Cc. (dep. 27.1.2005), Rv. 230554, Lombardo, ove si insegna che anche i decreti di proroga del regime di detenzione differenziato previsto dall'art. 41 *bis*, analogamente a quelli che lo dispongono, devono essere dotati di congrua e autonoma motivazione in ordine agli specifici elementi da cui risulti la permanenza attuale delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza, correlate ai pericoli insorgenti dalla persistente capacità del condannato di tenere contatti con la criminalità organizzata che le misure mirano a prevenire; ne consegue che non sono consentite, per una sorta di inammissibile automatismo, immotivate proroghe del regime di detenzione speciale, ovvero motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di concretezza e attualità le misure disposte). Resta che, una volta verificato con sentenza passata in giudicato l'affiliazione del detenuto ad associazioni criminali di stampo mafioso (oppure verificata, comunque, la sussistenza di gravi indizi in tale senso da parte dell'Autorità giudiziaria procedente nelle ipotesi di procedimenti pendenti), la permanenza del vincolo associativo può ritenersi connaturata all'ontologia di tali associazioni; con quanto è debito indurne, pur sempre con rigorosa motivazione in punto di attualità - il che impedisce il radicarsi di un concetto di pericolosità sociale presunta, che il legislatore ha voluto allontanare dal quadro giudiziario già con l'introduzione, nell'ordinamento penitenziario, dell'art. 31 della l. n. 63 del 1986, nella parte in cui richiedeva prima dell'esecuzione della misura di sicurezza la pronuncia del giudice di sorveglianza sull'accertamento dell'attualità della pericolosità sociale -, in ordine all'inidoneità di un ordinario regime detentivo ad interrompere l'attività nel sodalizio mafioso e, come si diceva, la capacità di collegamenti con l'esterno del recluso.

Non pare, dunque, coerente a tale impostazione concettuale argomentare che l'art. 41 *bis*, comma 2 *bis*, ultimo inciso, o.p., vada inter-

pretato, in buona sostanza, nel senso che la *disapplicazione* del regime differenziato sarebbe sì subordinata alla prova che siano venuti a mancare i collegamenti tra la persona detenuta e l'associazione criminosa; ma che siffatta prova 'negativa' sarebbe addossata sul detenuto, sul quale graverebbe, per l'appunto, l'onere di provare la definitiva cessazione di contatti con il consesso mafioso. In realtà, la norma in parola va intesa nel senso in forza del quale, ove non emerga *aliunde*, nella cognizione della stessa autorità amministrativa, che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche od eversive sia *venuta meno*, i provvedimenti *ex art. 41 bis* o.p. sono *prorogabili*, con decisioni che, alla stregua della corretta interpretazione della norma e del suo tenore letterale, debbono contenere congrua motivazione in ordine al *non risultare* che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia *venuta meno*.

4. Fermo resta che, *in sede di proroga, all'atto del controllo giurisdizionale del Tribunale di sorveglianza*, una volta che le circostanze concrete che connotino la fattispecie (e che siano state oggetto di congrua motivazione, anzi tutto ad opera dell'Autorità amministrativa) consentano di argomentare di una persistente adesione al contesto mafioso, il ricorrente deve intendersi naturalmente facoltato all'esercizio di un mero onere di allegazione (e non certo probatorio) - onere che costituisce *l'in sé* di qualsivoglia dialettica processuale -, funzionale a superare l'affermazione di tale persistenza. Non di onere della prova, dunque, qui si tratta, si diceva, quanto, al più, di un mero onere di allegazione; sicché non è a far questione, nella fattispecie, neanche da tal punto di vista, di compressione del diritto di difesa. Pare che, dunque, nuovamente, a riprendere, ancora una volta, l'insegnamento della Corte costituzionale dato nella più volte citata sentenza n. 376 del 1997, le difficoltà e gli inconvenienti lamentati dal ricorrente "appaiono addebitabili ad una erronea o cattiva (interpretazione) del sistema normativo e non alle conseguenze inevitabili dell'applicazione della norma denunciata, che può e deve essere interpretata, come chiarito dalla Corte, in conformità alle esigenze costituzionali".

Tale è, infine, il senso della lezione di codesta Corte (Sez. I, Sentenza n. 8056 del 24.2.2004 (Cc. 26.1.2004, n. 417), Rv. 227117, Madonna), che ha insegnato essere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 *bis*, comma secondo *bis*, della l. n. 354 del 1975, nella parte in cui prevede la *prorogabilità* del provvedimento di sospensione delle regole del trattamento adottato dal Ministro della giustizia ai sensi del precedente comma secondo

dello stesso articolo, non comportando detta previsione *alcuna inversione, a carico del detenuto, dell'onere di provare* l'avvenuta cessazione della sua capacità di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive, ma dovendosi al contrario ritenere che spetti comunque al giudice dare congrua motivazione in ordine al proprio convincimento circa la permanenza di detta capacità5. In coerenza a siffatti insegnamenti di codesta Corte di legittimità ed alle analisi della dottrina si è, infine, espressa la stessa Corte Costituzionale nella Camera di Consiglio del 17.11.2004 (decisione del 13.12.2004, deposito del 23.12.2004), nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 41 *bis*, comma 2 *bis*, della l. n. 354 del 1975, come modificato dall'art. 2 della l. n. 279 del 2002, promossi, nell'ambito di diversi procedimenti di sorveglianza, dal Tribunale di sorveglianza di Napoli con ordinanze del 26 marzo (2 ordinanze), del 7 aprile (2 ordinanze), del 9 aprile, del 14 marzo, del 10 luglio, del 2 maggio e del 26 marzo 2003; decisione con la quale le questioni sollevate sono state dichiarate manifestamente infondate. In specie, la Consulta ha osservato che le modifiche apportate dalla legge n. 279 del 2002 alla disciplina della proroga del regime differenziato, prevista nel comma 2 *bis* dell'art. 41 *bis*, devono essere interpretate in conformità ai principî affermati nella giurisprudenza costituzionale per quanto riguarda sia i presupposti e i contenuti dell'istituto che il controllo giurisdizionale sul provvedimento di proroga; che tali principî sono stati recepiti dalla giurisprudenza di legittimità formatasi in relazione al nuovo comma 2 *bis* dell'art. 41 *bis*, la quale ha ribadito che ai fini della proroga è necessaria un'autonoma e congrua motivazione in ordine alla attuale esistenza del pericolo per l'ordine e la sicurezza derivante dalla persistenza dei vincoli con la criminalità organizzata e della capacità del detenuto di mantenere contatti con essa; che la giurisprudenza di legittimità ha pure sottolineato che l'inciso di cui al comma 2 *bis* («purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno») non comporta un'inversione dell'onere della prova, in quanto rimane intatto l'obbligo di dare congrua motivazione in ordine agli elementi da cui 'risulti' che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive *non è venuto meno*. Su tali premesse, la Consulta ha evidenziato che i dubbi di costituzionalità sollevati dal rimettente non hanno pertanto ragion d'essere, posto che è possibile attribuire ai presupposti del provvedimento di proroga di cui al comma 2 *bis* dell'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario una interpretazione conforme a Costituzione; che, in particolare, il provvedimento di

proroga deve contenere una adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato, vale a dire sugli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali; che, a sua volta, in sede di controllo giurisdizionale, spetterà al giudice verificare in concreto - *anche alla luce delle circostanze eventualmente allegare dal detenuto* - se gli elementi posti dall'amministrazione a fondamento del provvedimento di proroga siano sufficienti a dimostrare la permanenza delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza che, sole, legittimano l'adozione del regime speciale.

6. 1. Tanto posto ed alla stregua di quanto precisato, va osservato che non meritano accoglimento, nel caso di specie, le doglianze del ricorrente, giacché, piuttosto, il provvedimento impugnato, nell'esaminare la motivazione del decreto di proroga ministeriale, reitera lo schema argomentativo dinanzi ripercorso. In specie, il principio al quale il Tribunale di sorveglianza doveva attenersi, secondo il testuale insegnamento di codesta Corte, a sua volta sopravvenuto alla decisione della Consulta testé citata, era quello in ragione del quale "... nel controllo di legittimità sul provvedimento di proroga, il tribunale di sorveglianza è tenuto a valutare gli elementi indicati nel decreto ministeriale ed a sottoporli ad autonomo vaglio critico, accertando se le informazioni delle autorità competenti forniscano dati recenti e realmente significativi sulla *persistente capacità* di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata, ovvero se dette informazioni, magari risalenti nel tempo, si limitino a riprodurre la biografia delinquenziale e giudiziaria del detenuto, senza alcun riferimento ad altre apprezzabili e concrete circostanze idonee a provare *l'attuale pericolosità* del detenuto e la cessazione dei collegamenti con l'associazione criminale, quali l'eventuale dissolvimento del sodalizio cui il detenuto apparteneva, la durata della sottoposizione al regime differenziato e i risultati del trattamento carcerario, che rimane un parametro ineludibile in relazione alla funzione rieducativa della pena" (in tal senso, tra le altre,Sez. I, Sentenza n. 4480 del 10.12.2004 Cc. (dep. 8.2.2005), Rv. 230828, Galatolo, ove si precisa, con riferimento all'applicazione del regime differenziato di trattamento di cui all'art. 41 *bis* della legge n. 354 del 1975, che il controllo demandato al Tribunale di sorveglianza circa la legittimità dell'eventuale provvedimento di proroga ministeriale del trattamento differenziato deve consistere nella valutazione di tutti gli elementi indicati nel provvedimento amministrativo al fine di accertare se le informazioni delle autorità competenti forniscano dati realmente significativi sulla persistente capacità

del soggetto di mantenere rapporti con la criminalità organizzata, ovvero se le informazioni, magari risalenti nel tempo, si limitino a riprodurre la “biografia criminale” del detenuto, senza specifico riferimento a concrete circostanze idonee a provare la sua attuale pericolosità; nello stesso senso, ancora, tra le altre, Sez. I, Sentenza n. 3351 del 15.11.2005 (C.c. 12.10.2005), Antonucci; ...; Sez. I, Sentenza n. 35901 del 26.10.2006 (Cc. 4.10.2006), Mancuso, ove si è sottolineato che “ ... il provvedimento impugnato ha ancorato il giudizio circa la persistenza di detto pericolo (di collegamento del detenuto con l'esterno) alla perdurante operatività del sodalizio, al ruolo verticistico già occupato dal soggetto in seno ad esso ed all'assenza di comportamenti di dissociazione, il che equivale, nella specie, ad affermare che sino allo smantellamento dell'associazione ovvero sino all'avvio di una fattiva collaborazione (del detenuto) con la giustizia, il regime differenziato in esame potrà essere legittimamente prorogato; ma in tal modo la proroga viene ad essere giustificata unicamente in base agli stessi presupposti che legittimarono l'originaria imposizione del regime piuttosto che sulla scorta di concreti elementi denotanti la persistenza della capacità del detenuto di mantenere i contatti con il sodalizio di appartenenza, sostanzialmente ritenendosi che solo lo scioglimento dell'associazione criminale o la formale dissociazione dell'associato, connotata dall'avvio di collaborazione con le istituzioni, potranno valere a porre fine alla reiterazione, altrimenti lecita, dei provvedimenti di proroga. L'ordinanza omette, invece, totalmente di indicare, come postulato dalla citata ordinanza n. 417/2004 della Corte costituzionale, “gli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali”, tali non potendosi considerare, ... la semplice permanenza in vita dell'associazione mafiosa e la mancata assunzione di un atteggiamento collaborativo da parte del detenuto; Sez. I, sent. n. 17343 del 7.5.2007 (C.c. 13.4.2007), Buompastore”.

6. 2. A tale ultimo riguardo, va sottolineato che il Tribunale, ai fini di una motivazione del suo giudizio prognostico che non fosse soltanto apparente, era tenuto, di certo, a porre in risalto il duplice dato della biografia delinquenziale del detenuto (nell'ambito della quale assumeva peculiare rilievo il ruolo apicale da costui svolto nel contesto criminoso di riferimento) e dell'attuale operatività del sodalizio associativo di appartenenza, con specifico riguardo alle più significative attività criminose dallo stesso sodalizio svolte; ma, del pari, il Tribunale doveva accompagnare a tali sottolineature - al fine di evidenziare l'attualità del pericolo di collegamenti con l'esterno, idoneo a giustifi-

care la proroga del regime differenziato - l'indicazione di indici fattuali in tale senso sintomatici, anche se non necessariamente coesistenti: quali la brevità del periodo di sottoposizione al regime differenziato; la partecipazione al contesto associativo dei familiari del medesimo detenuto o l'ingiustificato tenore di vita da costoro tenuto; le attività di proselitismo svolte in carcere dal recluso; o qualsivoglia altro aspetto significativo della persistente capacità di costui di tenere contatti con l'esterno. Del pari, il Tribunale doveva escludere, invece, la presenza, nella fattispecie, di indici dimostrativi di un sopravvenuto venir meno di tale pericolosa attitudine del recluso al collegamento con l'esterno: quali i positivi effetti del trattamento carcerario da questi subito e, in particolare, del regime speciale, oltre, naturalmente, al dato 'principe' del sopravvenuto scioglimento del sodalizio associativo; e negare, infine, la significanza di eventuali, serie, concrete, allegazioni promananti dallo stesso recluso6. 3. Alla luce dei principi di diritto appena enunciati appare evidente che la motivazione dell'ordinanza impugnata non risulta viziata, a differenza di quanto preteso dal ricorrente: nel controllo di legalità della proroga, infatti, è stato seguito, da un verso, un criterio conforme a quello stabilito dal comma 2 *bis* dell'art. 41 *bis*, come scrutinato dalla Consulta, e, dall'altro verso, l'accertamento delle condizioni giustificative del provvedimento reclamato - ritenute sussistenti - non è stato eseguito in modo generico e astratto, ma articolando una verifica, con esito positivo, del riferimento alla pericolosità criminale del detenuto - nel decreto ministeriale effettuato -, desunta dai gravi precedenti dello stesso, oltre che degli elementi fattuali esposti nel decreto ministeriale e degli altri dati ivi prospettati, rivelatisi idonei a rendere concreto il giudizio sulla effettività della capacità di collegamento con associazioni criminali. In particolare, deve sottolinearsi che il provvedimento impugnato, nel sostanziale rispetto della lezione di codesta Corte, ha proceduto ad una corretta verifica intorno alla compiutamente dedotta, possibile persistenza di collegamenti del detenuto con il gruppo criminale di appartenenza: il contenuto del decreto ministeriale è stato sottoposto dal Tribunale a vaglio critico per verificarne - anche in riferimento all'epoca alla quale si riferiscono i dati rappresentati - la reale conducenza dimostrativa rispetto al tema dell'effettiva attualità dei gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica posti a base della proroga applicata al detenuto. Sul punto, Codesta Corte - tra le altre, Sez. I, Sentenza n. 39760 del 28.9.2005 Cc. (dep. 31.10.2005), Rv. 232684, Emmanuello -, ha insegnato che la proroga della sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'Ordinamento peni-

tenziario non presuppone la prova dell'attualità dei contatti tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza, e quindi, con evidente controsenso, la prova del fatto che il detenuto sia riuscito a violare o comunque ad aggirare il regime speciale di detenzione, essendo invece sufficiente che si dimostri la permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza; la Corte, nella specie, ha ritenuto adeguatamente motivato il decreto di proroga con il richiamo all'attualità dell'attività criminale dell'organizzazione di appartenenza, alla presenza al suo interno di latitanti in posizione di vertice, alla permanenza del ruolo di capo del detenuto, ruolo che all'interno di Cosa nostra non si perde, bensì si accresce in occasione della detenzione, salva una dissociazione che nel caso di specie non era intervenuta).

6. 4. 1. Il provvedimento impugnato, invero, esplicitamente rinviando, sul punto, ai contenuti del decreto ministeriale in atti, ha rammentato gli indici sintomatici della pericolosità del ricorrente, indici che discendono dalla circostanza del dover essere egli ritenuto in perdurante posizione di contatto rispetto al contesto associativo di riferimento.

6. 5. Nella fattispecie, dunque, assume rilievo evidente la sottolineatura, dal Tribunale promanante, in ordine alla perdurante operatività sul territorio dello specifico contesto criminale di riferimento; nell'ambito del quale si assume, ad opera del Giudice *a quo*, che il recluso abbia rivestito un ruolo di rilievo. Tale dato, inoltre, viene coniugato, nell'architettura motivazionale del Tribunale, con la considerazione in ragione della quale in capo al detenuto persistono segnali di forte portata segnaletica della permanente adesione del recluso ai modi esistenziali anteriori alla detenzione e, dunque, il non fruttuoso svolgersi di essa, dal punto di vista della funzione di recupero che la stessa detenzione avrebbe potuto realizzare;6. 6. A fronte di tali considerazioni, rapportate a specifiche circostanze di fatto, la facoltà di allegazione (e non certo l'onere probatorio) del ricorrente non è stata produttivamente esercitata, nel caso di specie,Va osservato che il criterio della ripartizione, da un parte, dell'onere dimostrativo (gravante sulla parte pubblica) e, dall'altro, di una facoltà di allegazione (l'esercizio della quale spetta al ricorrente), del quale si è sino ad ora discusso, imponeva, in realtà, per il giudice del merito, un vaglio motivazionale ispirato ai principi sino ad ora esaminati ed a quali pare essersi conformata la decisione impugnata anche da altro angolo visuale.

6. 7. Riguardo a tale vaglio motivazionale, in specie, si è osservato, in dottrina, che esso deve avere ad oggetto l'indagine in ordine al

“... se sussistano «nuovi elementi» fattuali idonei a condurre ad una nuova valutazione” rispetto alla pregressa prognosi di persistente attitudine del recluso a mantenere contatti con il contesto criminale di riferimento “... e se tali elementi incidano sulla capacità del soggetto a relazionarsi con l’esterno”. “... Tali nuovi elementi vanno in ogni caso desunti da comportamenti ascrivibili al detenuto e sopravvenuti in epoca successiva rispetto alla data di applicazione del precedente provvedimento o della precedente proroga. Non possono essere definiti «elementi nuovi» i provvedimenti giudiziari di assoluzione, ovvero gli annullamenti con rinvio della Corte suprema, i quali incidono semmai a monte, sui presupposti formali di applicazione del regime - qualora siano idonei ad elidere tutti i titoli detentivi che legittimino il ricorso al regime stesso -, ma non possono avere certo influenza ai fini del giudizio sulla diminuita capacità di collegamento con l’esterno del recluso. Il venire meno di tale attitudine presuppone, infatti, la ricorrenza di un *quid novi* che non può essere costituito da una diversa valutazione di una delle posizioni processuali di un soggetto, le quali concorrono a determinare un presupposto di applicazione del regime. In definitiva, il rapporto tra il momento giudiziale retributivo e la misura di prevenzione detentiva è di natura esclusivamente formale, ed attiene alla permanenza del titolo custodiale che costituisce presupposto di applicazione del regime; mentre l’esigenza di prevenzione che sostiene il provvedimento *ex art. 41 bis o. p.* - la quale è per sua natura diversa poiché fonda sul giudizio di pericolosità e non di responsabilità -, anche se può ricavarsi dai contenuti dei processi, in ogni caso prescinde dall’esito degli stessi, e va rilevata in massima parte sulla base di indici di natura esterna, che afferiscono alla organizzazione del gruppo criminale ancora in libertà ed alle sue capacità di relazione con l’ambiente penitenziario. ... Possono includersi tra i *facta superveniens* (incidenti sulla prognosi di pericolosità) anche gli apporti probatori attestanti situazioni successive all’emanazione del decreto, da cui possa desumersi, ad esempio, che un determinato esponente della criminalità, dopo un certo periodo di detenzione, sia stato “posato”, ovvero emarginato dal gruppo di appartenenza, perché ritenuto inaffidabile, o per contrasti insanabili sorti con gli esponenti tuttora in libertà”. Ben si intende, allora, come, rispetto a tali conclusioni, non assumano precipuo rilievo le circostanze di fatto allegate dal ricorrente ancora in questa sede di legittimità, in merito al preteso carattere risalente nel tempo delle manifestazioni di pericolosità del ricorrente; circostanze, peraltro, negativamente scrutinate, con congrua motivazione, dal Giudice del merito.

7. La conclusione del Giudice del merito appare, dunque, piuttosto, oggetto, si diceva, di congrua, per quanto succinta, motivazione; sicché rispetto ad essa i motivi di ricorso, in particolare, svelano i loro profili di inammissibilità..... Invero, nella previsione dell'art. 41 *bis*, comma 2 *sexies*, della l. 26.7.1975, n. 354, il ricorso per cassazione è ammesso soltanto per violazione di legge. Ne consegue che, nella fattispecie in esame, in sede di legittimità, non è deducibile il vizio di motivazione, a meno che questa non sia del tutto carente o presenti difetti tali da renderla meramente apparente e in realtà inesistente, ossia priva dei requisiti minimi di coerenza, di completezza e di logicità; ovvero la motivazione stessa si ponga come assolutamente inidonea a rendere comprensibile il filo logico seguito dal giudice di merito oppure, ancora, le linee argomentative del provvedimento siano talmente scoordinate e carenti dei necessari passaggi logici da fare risultare oscure le ragioni che hanno giustificato la decisione..... Invero: posto, come detto, che, nella fattispecie ex art. 41 *bis* o.p., l'ambito del sindacato devoluto alla Corte di legittimità non si identifica con quello proprio del motivo di ricorso di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), c. p. p., ma ha un'estensione più circoscritta, il provvedimento impugnato, pur all'esito di tale più circoscritta delibazione, risulta dotato dei necessari passaggi motivazionali, idonei a congrua verifica in merito all'avere, il Giudice *a quo*, esaminato gli elementi a sua disposizione ed applicato le regole della logica nell'argomentazione che ha condotto a scegliere determinate conclusioni anziché altre.

9. Alla stregua di tutte le considerazioni dianzi esposte, si richiede che il ricorso indicato in premessa venga dichiarato inammissibile, con ogni statuizione consequenziale ex art. 616 c.p.p.²⁹.

²⁹ La prima sezione della Corte, con decisione 278 del 2008, ha dichiarato inammissibile il ricorso.

B) DIRITTO PROCESSUALE

1. Persona offesa e parte civile

Sul ruolo della persona offesa nel giudizio cautelare la Procura Generale³⁰ ha osservato come:

“se è pacifico in giurisprudenza che la persona offesa dal reato non ha alcuna veste per interloquire nelle procedure di impugnazione cautelare dei provvedimenti in tema di sequestro preventivo ove non possa vantare un diritto alla restituzione della cosa sequestrata, non sono invece sicuri gli effetti giuridici da ricollegare, sul piano processuale, alla eventuale sussistenza di un tale diritto. In particolare, ferma restando la facoltà della persona offesa di proporre istanza di riesame e, in seguito, anche ricorso per cassazione avverso provvedimento sfavorevole ai suoi interessi reso nella sede di merito, si pone il problema della legittimità dell'intervento autonomo della persona offesa in procedure di impugnazione cautelare tempestivamente attivate da altri - imputato, indagato, terzo al quale le cose sono state sequestrate - e di conseguenza quella degli eventuali limiti e modalità di questo intervento (ed eventualmente, ma non nel caso di specie, quello del diritto della stessa persona offesa all'avviso della data di udienza, allorché essa non abbia proposto richiesta di riesame).

Intanto, come ha ricordato anche l'ordinanza di rimessione, la giurisprudenza ha ritenuto che, stante il principio di tassatività delle nullità, fissato dall'art. 177 c.p.p., secondo il quale l'inosservanza delle norme contenute nel codice di rito dà luogo a nullità esclusivamente nei casi in cui la stessa sia espressamente prevista in via generale o in particolare, non può configurarsi alcun tipo di invalidità nell'ipotesi in cui il difensore della parte offesa sia stato ammesso a partecipare all'udienza. E' un insegnamento, questo, che la Corte Suprema ha più volte ribadito. Va aggiunto, a proposito della censura relativa al divieto per la persona offesa di intervenire in procedimento di riesame attivato da altri soggetti sotto il profilo che il sequestro sarebbe stato disposto in funzione della confisca della *res* e non della sua restituzione all'avente diritto, che l'ordinanza di rimessione ha già puntualmente replicato sottolineandone l'infondatezza, giacché ben può la stessa persona offesa contestare la proprietà del bene e chiedere al giudice del riesame il mantenimento del vincolo in attesa della decisione sulla controversia del giudice civile.

Ciò premesso, vi sono norme processuali che convergono nel senso

³⁰ Procedimento 422/2008, Shibalova, P.G. Palombarini.

di riconoscere alla parte offesa che vanti un diritto alla restituzione delle cose sequestrate la possibilità di partecipare alle udienze camerale conseguenti alla richiesta di riesame da altri presentata. Intanto, l'art. 90 c.p.p. stabilisce che la persona offesa dal reato, oltre ad esercitare i diritti e le facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge, in ogni stato e grado del procedimento può presentare memorie e, con esclusione del giudizio di cassazione, indicare elementi di prova (154, 155, 178 lett. c). Ebbene, lo ius postulandi che l'art. 90 attribuisce alle persone offese dal reato presuppone pur sempre la legittimazione di queste a partecipare al procedimento. In tal senso si è pronunciata – a mio avviso correttamente – la Seconda Sezione penale, c.c. 22 ottobre 2004 (dep. 8 novembre 2004), imputato Mancinelli, secondo la quale “le disposizioni riguardanti l'appello contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali si applicano anche all'appello contro le ordinanze in materia di sequestro preventivo e il decreto di revoca del sequestro emesso dal P.M. (art. 322 bis cod. proc. pen.). Ne consegue che si osservano le forme per i procedimenti in camera di consiglio con l'obbligo di dare avviso della data fissata per l'udienza alle parti interessate, tra le quali vi è anche la persona offesa per la tutela di un suo eventuale diritto alla restituzione delle cose sequestrate.” Principi, questi, ribaditi di recente dalla stessa sez. 2^a, sentenza n. 25986 del 03/05/2007 Cc. (dep. 05/07/2007), imputati Troisi e altro, per la quale “la persona offesa che sia titolare del diritto proprietà, o di altra natura, sul bene oggetto di sequestro preventivo ha diritto all'avviso e diritto di prendere parte all'udienza camerale fissata in seguito all'appello proposto dagli indagati avverso il provvedimento di revoca del sequestro e conseguente restituzione del bene.” A quanto è già possibile desumere dall'art. 90 c.p.p. va poi aggiunto il rilievo che, ai sensi del 6° comma dell'art. 324 c.p.p., che regola la procedura di riesame per i provvedimenti di sequestro, “il procedimento davanti al tribunale si svolge in camera di consiglio nelle forme previste dall'art. 127”. E tale norma, com'è noto, stabilisce che quando si deve procedere in camera di consiglio, il giudice o il presidente del collegio fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori. Dunque, il ricordato motivo di impugnazione, comune ad entrambi i ricorrenti, è infondato.”³¹

³¹ All'esito del giudizio le Sezioni Unite, con la **sentenza 25932 del 2008** hanno affermato che “La persona offesa che ha diritto alla restituzione delle cose sequestrate è legittimata a partecipare al procedimento di riesame del sequestro, di persona o per mezzo di difensore, la cui nomina rappresenta un onere da assolvere nei casi in cui sia prevedibile il compimento di atti che ne impingano la presenza, mentre costituisce un obbligo

Gli spazi offerti dal rito alla *persona offesa costituita parte civile* hanno trovato poi due successivi momenti di verifica; una prima volta con riferimento all'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza preliminare, in una seconda occasione sull'interesse ad impugnare una sentenza assolutoria onde ottenerne la modifica della formula.

Nel primo caso il Procuratore Generale³² ha osservato come:

“Il ricorso è consentito dal nuovo testo dell'art. 428 c.p.p., come modificato dalla legge 20.2.2006 n. 46, la cui lettera non prevede una limitazione ai soli effetti civili del ricorso, parallela a quella esplicitamente imposta dall'art. 576 co. 1 c.p.p. per le impugnazioni della parte civile contro le sentenze pronunciate in giudizio. Più analiticamente, e ricordato che in base al novellato testo dell'art. 428 cod. proc. pen. la parte civile può ricorrere in cassazione contro la sentenza di non luogo a procedere solo se rivesta anche la qualità di persona offesa (non essendo quindi sufficiente la qualità di danneggiato dal reato che pur legittima all'esercizio dell'azione civile nel processo penale), appaiono significativi gli elementi che consentono di individuare nel ricorso per cassazione uno strumento preordinato alla tutela degli interessi penali:

1) in primo luogo, come s'è detto, la mancata delimitazione, a differenza di quanto stabilito dall'art. 576 cod. proc. pen., dell'ambito dell'impugnazione della parte civile ai soli effetti della responsabilità civile per quanto riguarda in particolare la sentenza di proscioglimento;

2) in secondo luogo il rispetto della logica processualistica, che assegna al Gup solo il compito di disporre, o meno, il rinvio a giudizio dell'imputato;

3) ancora, il fatto che il ricorso sia previsto non nell'interesse di tutti i danneggiati che siano costituiti parti civili ma esclusivamente

nell'eventuale giudizio di legittimità, a pena di inammissibilità” e che “Nel giudizio di riesame del sequestro preventivo o probatorio la persona offesa che ha diritto alla restituzione delle cose sequestrate ha facoltà di intervento spontaneo, che non solo non produce alcuna irregolarità o nullità procedurale, ma rappresenta la manifestazione minore di una più ampia facoltà espressamente ammessa dalla legge. Ne consegue che all'interveniente qualificato sono attribuite le stesse prerogative riconosciute al soggetto che ha proposto la richiesta di riesame, e quindi anche quella di produrre documenti e altri elementi di prova, nonché di partecipare all'eventuale giudizio di legittimità, da altri o da lui stesso promosso, con correlativo diritto a ricevere, in quest'ultimo caso, i prescritti avvisi, conformemente al disposto degli artt. 325, comma terzo, 311, comma quinto e 127, comma primo, cod. proc. pen..”.

³² Procedimento 24524/2004, Buraschi, P.G. Palombarini.

dei danneggiati che siano anche persone offese dal reato: ciò dimostra che la norma ha inteso riferirsi alla tutela degli interessi della persona offesa che, come è noto, è il titolare dell'interesse protetto dalla norma penale; la sua impugnazione, dunque, non può che essere rivolta alla tutela di questo interesse, mentre il danneggiato che eserciti l'azione civile in sede penale mira esclusivamente al ristoro del danno civile a lui cagionato dal reato, e non del cosiddetto danno criminale;

4) l'impossibilità di individuare, in capo alla parte civile impugnante, il perseguimento di un mero interesse civilistico attesa la natura della sentenza di non luogo a procedere, che non pregiudica in alcun modo, come reso evidente dall'art. 652 cod. proc. pen., in tema di efficacia della sentenza penale di assoluzione nel giudizio civile di danno, gli interessi della stessa parte: dunque, il solo ragionevole interesse individuabile, ovvero quello del rinvio a giudizio dell'imputato, conferma che il profilo tutelato risiede nell'azione penale;

5) sotto altro versante, la considerazione che, accogliendo la tesi opposta, il necessario annullamento con rinvio al giudice civile competente in grado d'appello previsto dall'art. 622 (che è giustificabile solo in un'ottica di avvenuto svolgimento di un vero e proprio "giudizio") comporterebbe l'inaccettabile privazione delle parti, ed in particolare dell'imputato, la cui posizione sarebbe stata vagliata solo "processualmente", di un grado;

6) infine, in collegamento con tale ultima considerazione, la difficoltà, comunque, per il giudice civile d'appello, di compiere una valutazione in ordine ad un aspetto (quello civilistico) mai toccato dal giudice dell'udienza preliminare.

Sono dunque queste le ragioni, ricordate da più sentenze di questa Suprema Corte, per le quali non è possibile, in caso di accoglimento del ricorso, individuare il giudice dell'eventuale rinvio in quello civile competente per valore in grado di appello, dal momento che il riconoscimento della fondatezza del ricorso della parte civile contro la sentenza di non luogo a procedere del g.u.p. comporta di fatto un impulso sul piano dell'esercizio dell'azione penale pure in presenza e nonostante la possibile acquiescenza del P.M.. In altre parole e come sostenuto anche dalla dottrina, la parte civile, in precedenza dotata solo del potere di sollecitare il P.M. alla proposizione di impugnazione (art. 572 c.p.p), viene ora autorizzata a impugnare la decisione di non luogo a procedere unicamente ai fini penali, non provvedendo tale sentenza sui profili civilistici relativi al processo. Il ricorso della parte civile non si differenzia, perciò, da quello del P.M., rivestendo la prima ruolo di "attore penale" (Cass. Sez. V, 3.5.2007, Pappaianni ed altri).

Questa interpretazione pone una questione di legittimità costituzionale? A me non pare. Certo, si potrebbe individuare una qualche incoerenza in un sistema che prevede che dinanzi ad una pronuncia del Gup di superfluità del giudizio penale la parte civile possa ricorrere per ottenere il rinvio a giudizio dell'imputato, mentre di fronte ad un provvedimento favorevole all'imputato reso in fase di giudizio la stessa parte civile non potrebbe che rifugiarsi nella pretesa civilistica del ristoro dei danni subiti. In sostanza, mentre nella fase antecedente il giudizio la nuova normativa riconoscerebbe alla persona offesa costituitasi parte civile la funzione di "attore penale", che si atteggierebbe in modo del tutto simile alla funzione del pubblico ministero, nel corso del giudizio tale funzione si arresterebbe e si esaurirebbe (in giudizio, la persona offesa dal resto, costituitasi parte civile, perderebbe il diritto fin qui riconosciutole di pretendere il soddisfacimento del cosiddetto "danno criminale" e si omologherebbe a qualunque danneggiato nel poter pretendere il solo riconoscimento del danno civile). E però, anche a voler considerare fondata questa critica di incoerenza, a me non pare che la stessa possa tradursi in una violazione dei principi di cui all'art. 3 della Costituzione, del principio di ragionevolezza o di quello di uguaglianza. D'altro lato, con riferimento all'art. 112 della stessa Costituzione, la Corte Costituzionale ha già avuto modo di affermare, com'è noto, la compatibilità di un potere concorrente e sussidiario del privato nell'esercizio dell'azione penale con l'art. 112 Cost.. Tale norma, infatti, non stabilisce affatto il principio del monopolio pubblico dell'azione penale ma soltanto quello dell'obbligatorietà. E quanto al fatto di avere il legislatore limitato l'attribuzione del potere di impugnazione alla sola persona offesa che fosse anche costituita quale parte civile, si è osservato che una così eccezionale facoltà di impugnazione anche agli effetti penali non poteva non riguardare unicamente un soggetto che fosse anche "parte del processo". Pertanto, nessun problema di costituzionalità.

Dunque la risposta al quesito va nella seconda direzione, nel senso che ***il ricorso della parte offesa costituita parte civile ha natura meramente processuale ed è preposto alla tutela degli interessi penali-stici della stessa persona offesa.***³³

³³ In questa occasione le Sezioni Unite, dopo avere ritenuto "*manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 428, comma secondo, cod. proc. pen., nella parte in cui attribuisce alla persona offesa costituita parte civile il potere di proporre ricorso per cassazione agli effetti penali avverso la sentenza di non luogo a procedere, in relazione all'art. 3 Cost. - rientrando l'interesse di tale soggetto alla repressione*

Nel secondo caso il Procuratore Generale di udienza ha ritenuto³⁴:
“che difficilmente si possa contestare la fondatezza dell’orientamento giurisprudenziale secondo il quale, come è *configurabile l’interesse dell’imputato a impugnare la pronuncia assolutoria con la formula “il fatto non costituisce reato” in luogo di quella “il fatto non sussiste”* (formula evidentemente più favorevole per lui in eventuali giudizi civili, amministrativi o disciplinari), così dev’essere riconosciuto l’interesse della parte civile a impugnare sentenze di proscioglimento dell’imputato, ancorché non preclusive dell’esercizio dell’azione civile, con formule che possano limitare in altra sede una pretesa riparatoria. Va premesso che nel caso di specie il ricorso per saltum di P. Parovel riguarda una sentenza di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento e che il Parovel è persona offesa e danneggiata che si è costituita parte civile.

Detto questo, oggi si pongono i temi: a) della formula di proscioglimento da utilizzare per il caso in cui ricorra una causa di giustificazione, come quella dell’esercizio del diritto riconosciuta nella sentenza del Tribunale di Udine; b) dell’incidenza della formula sul piano degli effetti extrapenali del contenuto dell’accertamento in sede penale, perché su questo piano si misura la concretezza e l’attualità dell’interesse all’impugnazione proposta per ottenere una diversa formula e non per contestare il contenuto assolutorio.

Com’è noto, l’art. 530 c.p.p., nel regolare la sentenza di assoluzione, elenca, pur se in un certo ordine, le formule da utilizzare in dispositivo ma non specifica quale debba adottarsi nel caso della ricorrenza di una causa di giustificazione. In particolare, nulla dice sull’ambito applicativo della formula «perché il fatto non costituisce reato». D’altro lato, l’art. 652 c.p.p., nell’individuazione delle sentenze di assoluzione capaci di produrre gli effetti vincolanti sull’accertamento civi-

del fatto criminoso nella più accentuata tutela, riconosciuta anche dalle fonti internazionali, della posizione del titolare del bene leso dal reato rispetto al mero danneggiato -, e in relazione all’art. 112 Cost. - potendo il legislatore conferire l’esercizio dell’azione penale anche a soggetti diversi dal pubblico ministero purché l’obbligo di tale esercizio resti comunque fermo in capo a quest’ultimo “ hanno affermato che “Il ricorso per cassazione della persona offesa costituita parte civile contro la sentenza di non luogo a procedere, emessa all’esito dell’udienza preliminare, è proposto, dopo le modifiche introdotte dalla L. n. 46 del 2006 all’art. 428 cod. proc. pen., esclusivamente agli effetti penali, sicché la Corte, in caso di annullamento con rinvio, dispone la trasmissione degli atti al Tribunale cui appartiene il Gup che ha emesso la sentenza impugnata.” (Sentenza n. 25695 del 2008)

³⁴ In procedimento 41889/2006, Parovel, P.G. Palombarini.

le di danno, prescinde dall'indicazione specifica degli effetti di ciascuna delle varie formule di assoluzione, che pure elenca, e ha riguardo specificamente al contenuto della decisione penale. Peraltro la giurisprudenza e della Corte Costituzionale e di questa Suprema Corte ha in proposito operato distinzioni e affermato principi che consentono di risolvere la questione proposta. Così la Corte Costituzionale, a proposito delle sentenze di proscioglimento non integralmente satisfattive, ha di recente precisato che la categoria delle sentenze di proscioglimento «non costituisce un *genus* unitario, ma abbraccia ipotesi marcatamente eterogenee, quanto all'attitudine lesiva degli interessi morali e giuridici del proscioltto» (sentenza n. 85 del 2008). Proprio per effetto di questa eterogeneità vi è in materia la necessità di individuare una gerarchia, appunto con riferimento agli interessi del proscioltto. E infatti vi sono decisioni ampiamente liberatorie, che sono quelle pronunciate con le formule «il fatto non sussiste» e «l'imputato non lo ha commesso», e decisioni che, pur non applicando una pena, comportano, in diverse forme e gradazioni, un riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque dell'attribuzione del fatto allo stesso. Qui i pregiudizi per l'imputato derivano dall'eventuale attribuità a lui del fatto, con conseguenze – al di là dell'assenza di effetti vincolanti – nei giudizi civili, amministrativi o disciplinari connessi al medesimo fatto.

Dunque è configurabile un interesse concreto e attuale dell'imputato a impugnare, in vista del conseguimento di un risultato per lui più favorevole. Quanto al potere della Corte di Cassazione di provvedere alla sostituzione della formula di proscioglimento erronea si è da tempo pronunciata la Suprema Corte muovendo dalla premessa secondo cui l'art. 129 c.p.p. fissa l'ordine gerarchico delle formule, indicando quale debba essere applicata con priorità sulle altre in particolare sulla base della valutazione dell'interesse dell'imputato.

E però, nell'ambito dei poteri di impugnazione della parte civile non si ravvisano ostacoli normativi al riconoscimento dell'interesse all'impugnazione, a fini civili, anche della parte civile avverso la sentenza di proscioglimento in vista del cambiamento della formula utilizzata. Com'è noto, il codice di rito vigente riconosce alla parte civile il diritto di impugnazione, sia pure ai soli effetti della responsabilità civile, anche contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio, oltre che contro i capi della sentenza di condanna che attengono all'azione civile. Ciò è pacifico in generale, ma vale anche con riferimento a casi uguali a quello di cui oggi si discute. Infatti vi sono decisioni di questa Corte, condivisibili, che hanno affermato l'interesse

della parte civile all'impugnazione della sentenza di assoluzione adottata con la formula «perché il fatto non sussiste». Così la Sez. 4^a, 31 gennaio 1996 n. 4950, Mazza, ha statuito che la parte civile ha interesse ad impugnare tutte le sentenza di assoluzione, e quindi anche quella dalla più ampia formula liberatoria, che compromettano la sua pretesa risarcitoria, dovendosi tenere conto dell'effetto preclusivo della sentenza penale dibattimentale irrevocabile di assoluzione nel giudizio civile di danno stabilito dall'art. 652 c.p.p.. Più di recente la Sesta Sezione, 6 febbraio 2003, n. 209, nel ribadire la sussistenza dell'interesse dell'imputato a impugnare una pronuncia di proscioglimento perché il fatto non costituisce reato, ha altresì affermato il principio per il quale è configurabile l'interesse processuale della parte civile ad impugnare la decisione con la quale l'imputato sia stato prosciolto con la formula perché il fatto non sussiste e, comunque, con qualsiasi altra formula per la quale, anche se non preclusiva per l'esercizio dell'azione civile, possa derivare una limitazione al pieno soddisfacimento nella sede competente della pretesa risarcitoria. Tali principi sono stati successivamente ribaditi dalla Quinta Sezione, 23 febbraio 2005, Nalesso. ***Dunque, la risposta al quesito proposto alle Sezioni Unite deve essere positiva.***

Sulla base di queste considerazioni, in accoglimento del ricorso, chiedo che in applicazione all'articolo 620, lettera l, c.p.p. la Corte annulli senza rinvio la sentenza impugnata nella parte del dispositivo che riguarda la formula "il fatto non sussiste" utilizzata dal Tribunale di Udine per l'assoluzione di Alessandro Guerra, sostituendovi la formula "perché il fatto non costituisce reato".³⁵

2. Le notificazioni

Nel giudizio nel quale il ricorso era stato rimesso alle Sezioni unite onde decidere *Se la notifica presso il difensore di fiducia ex art. 157, comma 8-bis, c.p.p. potesse essere effettuata anche nel caso in cui l'imputato abbia già dichiarato o eletto domicilio per le notifiche* la Procura generale³⁶ ha ritenuto che dovesse essere condiviso l'orienta-

³⁵ La decisione delle Sezioni Unite, non ancora depositata al momento di redazione della presente relazione, ha comunque affermato il principio, desumibile dal dispositivo, secondo il quale "Non sussiste l'interesse della parte civile a proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza di proscioglimento dell'imputato con la formula "perché il fatto non sussiste", al fine di ottenere la diversa formula "perché il fatto non costituisce reato".

³⁶ Procedimento 13519/2007, Micciullo, P.G. Ciani.

mento della giurisprudenza assolutamente prevalente, secondo cui la notifica *ex art. 157, comma 8-bis, c.p.p.* è validamente effettuata ancorché l'imputato abbia, come nella specie, dichiarato domicilio, così argomentando:

Tale condivisione trae fondamento non sul dato meramente quantitativo relativo al rapporto esistente tra le sentenze riconducibili ai due orientamenti, ma su ben più solide ragioni. In primo luogo non possono non essere prese le mosse dall'art. 111, comma 2, Cost. in virtù del quale la legge assicura la ragionevole durata del processo. Infatti, proprio in tale prospettiva si muove, tra l'altro, la riforma del 2005, essendo ormai opinione largamente diffusa che una delle ragioni della eccessiva durata dei tempi del processo penale è costituita dal vigente sistema delle notificazioni, del quale è stata in più occasioni auspicata la riforma, nel pieno e rigoroso rispetto dell'inviolabile diritto dell'imputato alla conoscenza del processo. Orbene, non è revocabile in dubbio che la consegna al difensore da lui nominato di un atto destinato all'imputato garantisce tale conoscenza. Eventuali situazioni patologiche che possano verificarsi non dimostrano l'erroneità della tesi qui sostenuta; e, comunque, l'ordinamento appresta gli strumenti per porvi rimedio. Sostenere il contrario equivarrebbe a contestare la legittimità di tutte le modalità di notificazione non personale.

L'interpretazione letterale della norma non lascia spazio a soluzioni diverse, non prevedendo la stessa, implicitamente o esplicitamente, deroghe a "quanto fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse" (art. 21 preleggi). La tesi qui sostenuta trova ulteriore conforto nei lavori preparatori. L'originario decreto legge n. 17 del 2005 conteneva, infatti, una disposizione, inserita nell'art. 161 c.p.p., da cui emergeva che la notifica mediante consegna al difensore fiduciario non operava nel caso in cui vi fosse stata dichiarazione o elezione di domicilio. Nel corso *dell'iter* parlamentare di conversione tale disposizione fu prima inserita nello stesso comma *8-bis* dell'art. 157, *sub specie* di clausola di salvezza, e successivamente eliminata. Ne emerge la volontà del Parlamento di non ammettere deroghe alla modalità di notifica prevista dalla disposizione in esame diversa da quella derivante da una manifestazione espressa ("dichiarazione") di volontà proveniente dallo stesso difensore. Proprio per tale possibilità non si può parlare di elezione di domicilio obbligatoria *ex lege*. Il difensore, infatti, può privarla di effetti e tale privazione di effetti ben può costituire oggetto di una clausola del contratto, *ex art. 2230 c.c.*, che il cliente stipula con l'avvocato, in esso inserita per iniziativa del primo.

Detta facoltà, come si legge nel comma 8-*bis*, deve essere esercitata “immediatamente”, il che significa che deve essere contestuale alla nomina o, comunque, assai prossima alla stessa; giammai può essere successiva alla notifica (v., da ultimo, Sez. I, 30 gennaio 2008, n. 6068). Potrebbe, al più, ipotizzarsi un’ulteriore deroga - ispirata al contemperamento tra il rispetto della volontà espressa dell’imputato e la necessità che le notifiche non costituiscano uno strumento per ritardare la definizione del processo (si pensi ai casi, non infrequenti, di reiterate dichiarazioni della dichiarazione di domicilio) - al principio sancito dall’art. 157 comma 8-*bis* c.p.: la elezione di domicilio successiva alla nomina del difensore. E’ di tutta evidenza, inoltre, che una notifica, ad esempio, dell’estratto contumaciale con le modalità indicate dall’art. 157, comma 8-*bis*, c.p.p., preclude la restituzione in termini *ex* art. 175 c.p.p. Invero la nomina del difensore presuppone la conoscenza del procedimento ed il rapporto fiduciario con il consegnatario dell’atto consente di presumere la conoscenza dell’atto e, quindi, la volontà di non impugnare. La seconda è una presunzione *iuris tantum* che richiede, per essere superata, una rigorosa prova contraria.

La difesa assume che la notifica in esame sia nulla anche sotto un ulteriore profilo: il comma 8-*bis* parla di notifiche successive alla prima; la disposizione va intesa con riferimento alle singole fasi del procedimento. La censura è destituita di fondamento: <<l’art. 157, 8° comma *bis* c.p.p., concernente il regime delle notificazioni successive alla prima, riguarda l’intero processo e non già ogni grado di giudizio, sicché non occorre individuare per ciascuna fase processuale una «prima» notificazione rispetto alla quale possa, poi, trovare attuazione la nuova disciplina>> (Sez. V, 25 maggio 2006, Bertone, m. 235976). Del pari non meritevole di accoglimento è il ricorso in ordine alle altre censure mosse dalla difesa³⁷.

3. La custodia cautelare

La individuazione dei termini massimi di custodia cautelare, in considerazione di un deciso contrasto di giurisprudenza sul punto è

³⁷ Le Sezioni Unite hanno, con sentenza 19602 del 2008, affermato il seguente principio “ E’ nulla la notificazione eseguita a norma dell’art. 157, comma ottavo bis, cod. proc. pen. presso il difensore di fiducia, qualora l’imputato abbia dichiarato o eletto domicilio per le notificazioni. Trattasi di nullità di ordine generale a regime intermedio che deve ritenersi sanata quando risulti provato che non ha impedito all’imputato di conoscere l’esistenza dell’atto e di esercitare il diritto di difesa, ed e’, comunque, priva di effetti se non dedotta tempestivamente, essendo soggetta alla sanatoria spe-

stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza 14 marzo 2007 ed in proposito il Procuratore Generale³⁸ ha osservato:

In generale si deve rilevare, per il caso di concorso di reati che importano pene detentive temporanee della stessa specie, che l'art. 73 del codice penale stabilisce che si applichi una pena unica, per un tempo eguale alla durata complessiva delle pene che si dovrebbero infliggere per i singoli reati. Questa disposizione è poi integrata da quella per cui, salvo che la legge stabilisca diversamente, le pene della stessa specie concorrenti a norma dell'art. 73 si considerano come pena unica per ogni effetto giuridico (art. 76 cp).

Un principio, questo, che appare decisivo: pena unica per ogni effetto giuridico.

La norma sul reato continuato prevede poi che chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge è punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo. Un'attenuazione, dunque, dell'automatismo repressivo del cumulo materiale, per mezzo di un'unificazione di più reati, motivata essenzialmente dall'esistenza di un unico disegno criminoso. Corrispondentemente, il codice di rito al 2° comma dell'art. 533 prevede che se la condanna riguarda più reati il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che dev'essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione. Questa possibile attenuazione è dunque prevista sul piano del diritto penale sostanziale. Per quale ragione sul piano processuale l'imputato dovrebbe beneficiare di un trattamento ancora più favorevole? La citazione dell'art. 278 cpp e quella della sentenza n. 1/07 (Mammoliti) di queste Sezioni Unite non hanno rilevanza in proposito.

Si noti. Il richiamo all'art. 278 c.p.p., che per la determinazione della pena esclude potersi tener conto della continuazione, è in questa

ciale di cui all'art. 184, comma primo, alle sanatorie generali di cui all'art. 183, alle regole di deducibilità di cui all'art. 182, oltre che ai termini di rilevanza di cui all'art. 180 cod. proc. pen.. (In applicazione di detto principio le S.U. hanno ritenuto che il vizio di notificazione, difforme dal modello legale, non abbia provocato lesioni del diritto di conoscenza e di intervento, del resto nemmeno dedotti, dell'imputato, il quale, tra l'altro, aveva proposto personalmente le impugnazioni di appello e di legittimità; d'altro canto, le S.U. hanno ritenuto tardiva la relativa eccezione di nullità, che ben poteva e doveva essere proposta nel giudizio di appello).

³⁸ Procedimento 42831/2006, Keci Arben, P.G. Palombarini, definito con sentenza 23381 del 2007 delle Sezioni Unite.

sede improprio. La norma, infatti, si riferisce, *expressis verbis*, alla corretta applicazione della misura in relazione alla relativa determinazione della pena. Ciò non riguarda l'ipotesi di cui alla lett. c) del co. I dell'art. 303 c.p.p. che si riferisce, altrettanto chiaramente, alla "condanna", intesa come entità della pena inflitta per il reato, e non al titolo di reato in relazione alla pena in astratto prevista per questo (come è a dirsi per le ipotesi sub a) e b) dell'art. 303 citato). Tale essendo il presupposto di una corretta lettura della normativa in materia di durata massima della custodia, non si può invocare l'art. 278 c.p.p. che, come chiarito, si riferisce non alla condanna ma alla legittimità della misura cautelare in rapporto ai criteri di determinazione della pena, per il reato in ordine al quale tale misura è applicata. E' invece corretto ritenere l'applicabilità dell'art. 76 c.p. in relazione all'art. 73 c.p., che chiaramente si riferisce proprio alla figura della "condanna", di cui vi è menzione nell'art. 303 co. I^ lett. c) c.p.p.. In tali termini si è espressa di recente la Sesta Sezione Penale con la sentenza 14 febbraio/16 marzo 2007, ricorrente Vicentino; che ha sottolineato l'infondatezza dell'assunto secondo il quale – così afferma anche l'odierno ricorrente – essendo la continuazione tra reati un beneficio concesso all'imputato, detto istituto non potrebbe trasformarsi in un istituto a doppio taglio idoneo a determinare una dilatazione dei termini della custodia cautelare. E' proprio per evitare il principio di frazionamento della condanna in relazione ai vari reati contestati e il cumulo materiale delle pene che si è rappresentata la figura della continuazione, ricorrendone i presupposti. Questo è il beneficio previsto per il reo, comprensivo ovviamente degli aumenti da apportare alla pena base per il reato più grave.

La dizione letterale dell'art. 303, 1° comma, lettera c), "se vi è stata condanna alla pena..." non giustifica dunque scomposizioni. E quella prospettata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 1 del 1997 (Mammoliti) trova spiegazione in una circostanza che non ricorre nel caso di specie, e cioè nella determinazione della pena base per il reato più grave, legato a quelli satelliti dal vincolo della continuazione, ma per il quale aveva perduto efficacia la misura custodiale. Ragioni di giustizia sostanziale evidenziano la correttezza di scelte interpretative corrispondenti alla ratio e alla lettera delle disposizioni processuali. Nel caso di condanna per più reati avvinti dalla continuazione si deve fare riferimento alla pena inflitta per i reati per i quali sia stata disposta e non abbia perso efficacia la misura cautelare custodiale. Il che significa che nella specifica vicenda della sentenza Mammoliti non si poteva fare riferimento all'intera pena inflitta per il reato continuato

perché proprio per il reato ritenuto più grave ai fini della determinazione della pena non era più efficace il provvedimento restrittivo. La stessa sentenza n. 1/97 delle Sezioni Unite, peraltro, una volta esclusa la rilevanza della condanna irrogata per un reato per il quale non vi era titolo di custodia cautelare, ha poi tenuto conto della continuazione criminosa, non valutando ai fini della verifica della scadenza dei termini di fase, singolarmente, ogni pena irrogata per ciascun reato, bensì il complesso di pene concernente i reati in continuazione. Quella pronuncia, dunque, costituisce una conferma della tesi che più si propone. Il favor libertatis, si legge in quella sentenza, esige che la considerazione unitaria dell'istituto della custodia cautelare venga meno se ciò si risolve in una restrizione ulteriore della libertà. Ma la stessa sentenza si fa carico di precisare condizioni e limiti della caduta della considerazione unitaria, valutando la condanna inflitta al Mammoliti, unitariamente, con riferimento ai reati legati da continuazione e colpiti da misura coercitiva. Stando così le cose, nel caso in esame, dove è stato emesso il provvedimento restrittivo per tutti i reati contestati ad Arben Keci – tutti di uguale natura e legati da un identico disegno criminoso – e per i quali vi è stata condanna, nessuna scomposizione è giustificabile.

Le conclusioni fin qui prospettate sembrano trovare conforto, sotto un diverso profilo, con riferimento alla natura giuridica della continuazione. Già il titolo della rubrica dell'art. 81 cp "reato continuato" induce a ritenere la natura sostanzialmente unitaria dell'istituto; e la forza unificante dell'originario medesimo disegno criminoso, pur se a esecuzione ripartita nel tempo, come giustifica una particolare determinazione della pena, così determina una figura unitaria del reato continuato. L'istituto della continuazione, com'è noto, non dà luogo a una circostanza aggravante o attenuante, ma configura una unità giuridica in cui le singole infrazioni sono legate dal disegno criminoso unitario. Questo evidenzia, è stato rilevato in Dottrina, un unico coinvolgimento del soggetto agente nel confronto con i valori protetti dalla legge. L'esclusione del carattere unitario, ovviamente in senso normativo, dev'essere specificamente prevista dalla legge, valendo, in mancanza di tassative esclusioni, il principio dell'unitarietà. Così la giurisprudenza di questa Suprema Corte ha escluso, ai fini del giudizio sulla rilevante gravità del danno di cui all'aggravante prevista dall'articolo 61, n. 7, cp, che si debba tenere conto del danno cagionato da ogni singola violazione, dovendosi invece avere riguardo al complesso del danno cagionato dalla somma delle violazioni (Cass. 2^a pen., 9 maggio – 21 ottobre 2000, n.10811).

Le conclusioni, dunque, della Procura Generale: annullarsi senza rinvio l'ordinanza del Tribunale di Genova, ordinandosi di conseguenza la scarcerazione di Arben Keci se non detenuto per altra causa.

4. L'archiviazione

La procedura regolata agli artt. 408/411 c.p.p. in tema di archiviazione è stata oggetto di numerosi ricorsi, in occasione dei quali si sono puntualizzati diverse questioni, e fra queste:

- in occasione di un ricorso del difensore della persona offesa avverso il decreto di archiviazione emesso il 30 maggio 2008 dal Gip presso il Tribunale di Acqui Terme, il Procuratore³⁹, rilevato che il ricorrente si doleva della omissione dell'avviso della richiesta di archiviazione del quale era stata fatta espressa richiesta *in sede di nomina del difensore e richiesta ex art. 408, comma 2, c.p.p.*, come è evidente consultando il fascicolo alla pagina 8/A; ritenuto che tale omissione configuri una *violazione del diritto della persona offesa al contraddittorio, ex art. 178 lett c) c.p.p.* deducibile con ricorso per cassazione; ricordato come al fine di valutare *la tempestività dell'impugnazione* la giurisprudenza abbia affermato come "in tema di ricorso per cassazione della persona offesa avverso il decreto di archiviazione emesso de plano senza che sia dato il doveroso avviso della richiesta di archiviazione formulata dal P.M., ai fini della decorrenza del termine di giorni quindici per impugnare vale il momento in cui il soggetto, cui spetta il relativo diritto, acquisisce la conoscenza effettiva del provvedimento di archiviazione" (Cass. Sez. VI 10 giugno 2004 n. 37905, p.o. in proc. Castellani, Rv. 230309); ritenuto che a fronte dell'omissione accertata la intempestività della impugnazione debba essere dedotta con onere gravante sui soggetti che tale omissione hanno determinato, e che comunque il ricorrente abbia indicato le ragioni della proposizione del ricorso solo con l'atto in esame; ha richiesto che il ricorso fosse accolto con conseguente annullamento senza rinvio.
- in un caso nel quale il ricorrente lamentava che il Gip avesse disposto l'archiviazione del procedimento nonostante fosse stata proposta opposizione ai sensi dell'art. 410 c.p.p., dichiarando la stessa inammissibile ai sensi dell'art. 410, comma 1, c.p.p., la Pro-

³⁹ In procedimento 30018/2008, Genta, P.G. Montagna.

cura⁴⁰ ne ha chiesto il rigetto osservato come l'art. 410 c.p.p. preveda che il giudice dispone l'archiviazione con decreto motivato nel caso in cui l'opposizione sia inammissibile (e la notizia di reato sia infondata), e che l'opposizione vada qualificata come inammissibile ove non vengano indicati l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova; osservato come pur in presenza di posizioni giurisprudenziali più radicali, per le quali in tema di opposizione alla richiesta di archiviazione, la specifica richiesta di indagini suppletive e l'indicazione dei relativi mezzi di prova sarebbero elementi sufficienti di ammissibilità dell'atto, e quindi imporrebbero al giudice di procedere in contraddittorio camerale alla delibazione del requisito della fondatezza della notizia di reato (ed in questo senso Cass. Sez. II 8 marzo 2006 n. 10504, p. o. in proc. Colagiacomo), appare maggiormente condivisibile l'orientamento che ritiene che nel disporre l'archiviazione "de plano" nonostante l'opposizione proposta dalla persona offesa, ai sensi dell'art. 410 comma secondo cod. proc. pen., il giudice debba effettuare il giudizio di ammissibilità sull'opposizione non oltre ma almeno con riguardo ai **profili di pertinenza e di specificità degli atti di indagine richiesti**; peraltro anche se rappresenta una posizione giurisprudenziale consolidata che non possa essere valutare la capacità probatoria degli atti di indagine richiesti, non potendosi anticipare, attraverso il decreto, valutazioni di merito in ordine alla fondatezza o all'esito delle indagini suppletive indicate, dal momento che l'opposizione è rivolta esclusivamente a sostituire il provvedimento "de plano" con il rito camerale (come affermato da Cass. Sez. VI 3 novembre 2003 n. 47457, p.o. in proc. ignoti), pur tuttavia la rilevanza dei temi di indagine deve essere esaminata valutando "se vi sia la prospettazione di investigazioni idonee a porre in discussione la richiesta del pubblico ministero (Cass. Sez. IV 23 marzo 2007, dep. 1 giugno 2007 n. 21544), così che qualora il G.i.p. abbia dichiarato "de plano" l'inammissibilità dell'opposizione della persona offesa motivandola sotto entrambi i profili richiesti dall'art. 410 cod. proc. pen., il giudice di legittimità non può sindacare la valutazione di merito già effettuata dal G.i.p. sulla infondatezza della notizia di reato (Cass. Sez. VI 12 marzo 2008 n. 13458); ritenuto che nel caso di specie il giudice

⁴⁰ In procedimento 19904/2008, P.G. Montagna, fissato per l'udienza del 14 gennaio 2009.

abbia esercitato tale potere–dovere con riferimento alla opposizione proposta dal ricorrente, atteso che la stessa è incentrata sulla nuova e diversa valutazione dei rapporti fra persona offesa ed indagato (anche attraverso una nuova audizione della persona offesa), mentre sia il pubblico ministero che lo stesso Gip hanno sottolineato la insussistenza del reato e la assenza di investigazioni idonee a mutare il quadro di riferimento.

- in altra occasione, ove il pubblico ministero ricorrente si doleva del fatto che il Gip, cui era stata richiesta l'archiviazione del *procedimento contro ignoti*, all'esito dell'udienza in camera di consiglio fissata ex art. 409, comma 2, nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., avesse *ordinato la formulazione dell'imputazione nei confronti di soggetto determinato*, il Procuratore Generale⁴¹ ha osservato "come si verta in ipotesi nella quale si è proceduto alla fissazione della udienza camerale all'esito della quale il giudice può o indicare ulteriori indagini, o disporre la formulazione della imputazione o, infine, procedere alla archiviazione con ordinanza, ciò ai sensi dell'art. 410, commi 4 e 5, c.p.p.; ritenuto peraltro come tale disposizione vada coordinata con quella di cui all'art. 415 c.p.p., ai sensi del quale se il giudice ritiene che il reato sia da attribuire a persona già individuata deve ordinare che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato;

ritiene infatti questo ufficio che l'ordinanza con la quale il giudice per le indagini preliminari, dopo aver rigettato la richiesta di archiviazione ordina, ex art. 409, comma 5, cod. proc. pen., al P.M. di formulare l'imputazione, sia legittima solo in presenza di un soggetto già indagato, ove il diritto di difesa dell'imputato e' soddisfatto, nell'ipotesi di esercizio dell'azione penale conseguente all'imputazione coatta, dall'udienza camerale che il giudice ha fissato ove non abbia ritenuto di accogliere la richiesta di archiviazione (diversamente, ove il P.M. non ritenga di dovere richiedere l'archiviazione, il diritto di difesa è soddisfatto dall'avviso di conclusione delle indagini); nel diverso caso in cui prima dell'udienza camerale fissata ex art. 409, comma 2, c.p.p. non vi sia un soggetto indagato, non può procedersi alla imputazione coatta nei confronti di soggetto cui in precedenza nessuna facoltà difensiva risulta essere stata concessa; la previa iscrizione nel registro

⁴¹ In procedimento 23661/2008, P.M.c/ignoti, in attesa di definizione, P.G. Montagna.

degli indagati, nei confronti di soggetti mai precedentemente iscritti in detto registro, si pone come necessario antecedente onde consentire che, adempiute le formalità di cui all'art. 335 cod. proc. pen. l'attività di indagine sia correttamente posta nella disponibilità ed alle valutazioni del P.M., con la conseguenza che il G.i.p. sarà abilitato ad emettere nuovamente i provvedimenti di cui all'art. 409 cod. proc. pen. solo a seguito delle richieste del P.M. relativamente alle posizioni dei predetti soggetti; in considerazione di quanto sopra l'atto impugnato va annullato nella parte in cui, dopo avere individuato il soggetto da iscrivere nel registro degli indagati, ordina la formulazione della imputazione nei confronti dello stesso, chiede l'annullamento in parte senza rinvio dell'impugnata ordinanza”.

- motivando su una impugnazione nella quale si lamentava il fatto che il Gip avesse disposto l'*archiviazione* del procedimento *all'esito dell'udienza in camera di consiglio* fissata ex art. 409, comma 2, nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p.; il Procuratore Generale⁴² ha: “osservato come si verta in ipotesi diversa da quella regolata dal comma secondo del citato art. 410 c.p.p., in quanto non si opera la valutazione di inammissibilità della opposizione con decreto, ma si è proceduto alla fissazione della udienza camerale all'esito della quale il giudice può o indicare ulteriori indagini, o disporre la formulazione della imputazione o, infine, procedere alla archiviazione con ordinanza; ricordato come il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di archiviazione sia consentito nei soli casi di mancato rispetto delle regole poste a garanzia del contraddittorio ex art. 409, comma 6, e 127, comma 5, c.p.p., essendo inammissibile l'eventuale ricorso per vizio di motivazione o per travisamento dell'oggetto o per omessa considerazione di circostanze di fatto già acquisite (in termini Cass. Sez. I 7 febbraio 2007 n. 8842), così come non è ricorribile l'ordinanza contenente l'invito al P.M. a formulare l'imputazione coatta (in termini Cass. Sez. V 20 maggio 2004 n. 27984); ritenuto che il principio generale fissato dall'art. 125, comma 3, c.p.p., per il quale sussiste l'obbligo di motivazione delle sentenze e delle ordinanze a pena di nullità, determini la sola ricorribilità per violazione di legge ai sensi dell'art. 606, comma primo lett. c) c.p.p., atteso che nella nozione di “violazione di legge” rientrano la mancanza assoluta di motivazione o la presenza di motivazione meramente apparente, in quanto cor-

⁴² Procedimento 28819/2008, ric. Mazzoleni, P.G. Montagna.

relate all'inosservanza di precise norme processuali, ma non l'illogicità manifesta, la quale può denunciarsi nel giudizio di legittimità soltanto tramite lo specifico e autonomo motivo di ricorso di cui alla lett. e) dell'art. 606 stesso codice; rilevato che nel caso di specie non si verte in ipotesi di mancanza di motivazione o di motivazione apparente, in quanto il giudice ha fornito gli elementi sui quali si è fondata la propria decisione, chiede il rigetto del ricorso.

5. Il regime della prova

Il noto procedimento a carico di Franzoni Anna Maria è stata l'occasione per puntualizzare una serie di principi in materia di prova, infatti in questa occasione la Procura Generale⁴³ ha osservato:

- sulla ***prova scientifica di responsabilità*** ed in merito al 1° motivo di ricorso che Denuncia violazione di legge e difetto di motivazione in ordine alla ritenuta scientificità del metodo BPA per risalire dalla forma delle macchie di sangue alla posizione dell'aggressore, della vittima e alla direzione dei colpi. In particolare, con riguardo alla sua validità, alla attendibilità dei risultati, alla qualifica di esperto del dr. Schmitter.

Sulla scientificità del BPA (Bloostain Pattern Analysis o analisi della disposizione delle macchie di sangue) la sentenza si sofferma a lungo a p. 184 e s. richiamando la letteratura scientifica che si è occupata del metodo, la esistenza di una società internazionale di esperti (IABPA) con 800 membri ed evidenziando che lo stesso ha ricevuto negli ultimi anni diffuse applicazioni nelle aule di giustizia di USA, Gran Bretagna e Germania; negli USA il metodo è comunemente accettato come fonte di prova in quanto soddisfa i requisiti della c.d. "regola di Gaubert".

Ha posto, altresì, in rilievo la corte territoriale che la scientificità del metodo in questione non era stata contestata dal CT della difesa prof. BRINKMANN, direttore dell'Istituto di medicina legale di Munster.

La stessa corte, poi, alle p. 185, 186 e 187, sintetizza i principi scientifici sui quali il metodo si basa (applicazione al sangue delle leggi della fisica, della matematica, della biologia e della chimica), dando atto, altresì, contrariamente all'assunto della difesa, che il grado di attendibilità dei risultati dipende dalle variabili, quale, ad es., le caratteristiche (liscia o meno) della superficie di impatto.

⁴³ Procedimento 43725/2007, P.G. Ciani, definito con sentenza 31456/2008 di rigetto del ricorso della difesa.

La presenza di variabili, se non consente di pervenire a risultati matematicamente certi, non preclude l'utilizzazione del metodo, i cui risultati vanno rapportati con le altre emergenze processuali (p. 189).

- 2° motivo: ha ad oggetto l'ordinanza 19 dicembre 2005 con la quale la corte ha autorizzato il dr. SCHMITTER e il prof. BRINKMANN ad utilizzare la lingua inglese ed ha nominato un traduttore dall'inglese in italiano, anziché la loro lingua madre, il tedesco, con violazione degli artt. 109 e 143.

La censura, formulata in modo dubitativo per il frequente uso del condizionale, è manifestamente infondata.

Il codice di rito impone l'uso della lingua italiana negli atti del processo, ma non impone a colui che non la conosca di usare la sua madrelingua; può usare una qualsivoglia lingua straniera della quale abbia la conoscenza, ferma restando la necessità della successiva traduzione in italiano. Il dr. SCHMITTER e il prof. BRINKMANN hanno dichiarato e dimostrato di conoscere perfettamente la lingua inglese.

3° motivo: Carezza ed illogicità della motivazione, nonché violazione di legge (art. 192 c.p.p.) in relazione alla perizia effettuata con il metodo BPA per non aver il perito redatto un protocollo preliminare sull'attività che si accingeva a svolgere, per non aver proceduto ad una completa acquisizione dei dati da esaminare, per non aver preso le mosse dagli esiti dei colpi inferti dall'aggressore al piccolo Lorenzi. La corte, inoltre, era incorsa in una serie di travisamenti di fatti nell'interpretare gli esiti della perizia.

La mancata redazione di un protocollo preliminare sull'attività che si accingeva a svolgere nell'effettuazione della perizia col metodo BPA non inficia la validità della stessa non essendo tale protocollo preliminare richiesto da alcuna disposizione e potendo, comunque, le parti sottoporla a verifica – ed a eventuale critica - anche in sede di esame del perito, il quale, di volta in volta, in relazione ai singoli accertamenti e ai vari esperimenti compiuti, ha indicato, anche con grafici, le tecniche seguite.

Non è, poi, esatto che il perito non abbia preso in considerazione che talune macchie di sangue potevano essere state cagionate dagli "schizzi" prodotti dalla fuoriuscita del liquido dalle ferite. Egli, infatti, ha escluso che tali "schizzi" possano essersi prodotti a seguito del primo colpo inferto alla vittima; ne spiega le ragioni, condivise dai consulenti della difesa (uno dei quali ha riferito anche di aver consultato un neurochirurgo del CTO di Torino) ed ha motivatamente contestato che gli spruzzi potessero aver avuto una "gittata" fino a quat-

tro metri, limitando la distanza alla quale potevano essere arrivati a 80 – 100 cm. dalla fonte (p. 192 s.).

Non vi è traccia, poi, nella sentenza impugnata, di travisamento di fatti rilevanti, peraltro genericamente denunciato dalla difesa, né, dal suo confronto con il materiale probatorio, di travisamento delle prove. Le censure della difesa si risolvono, nella sostanza, nella prospettazione di una diversa chiave di lettura dei risultati del mezzo di prova non consentita in questa sede.

- *sulla prova scientifica di capacità*

Quando sorgono anche solo dubbi sulla piena capacità di intendere e di volere dell'imputato al momento del fatto il giudice è tenuto a svolgere i necessari accertamenti in merito. Orbene, a prescindere che l'esistenza o meno di tale capacità, secondo una ormai risalente decisione della Cassazione, indipendentemente da un accertamento tecnico, può essere desunta dall'esame congiunto della personalità e della condotta dell'imputato, nonché dalla natura dei fatti commessi (Sez. II, 28 ottobre 1970, Affaticato, m. 117420), ove un siffatto accertamento sia reputato necessario, lo stesso non può essere paralizzato dal rifiuto, nella specie verificatosi, dell'imputato/a a sottoporsi agli opportuni esami e colloqui con i periti. In questo caso, pur senza sottovalutare l'importanza del colloquio, è consentito far ricorso a tutto il materiale, purché pertinente, ritenuto utile dal giudice e dai periti. E' quanto si è verificato nella specie. A costoro sono stati messi a disposizione non solo gli interventi dell'imputata in trasmissioni televisive o radiofoniche, o registrazioni di intercettazioni, ma anche i test scientifici ai quali era stata sottoposta nel corso della precedente perizia. Quanto all'asserita violazione dell'art. 220, comma 2 c.p.p., sono da condividere in toto, quanto immuni da vizi logico-giuridici, le considerazioni svolte dalla corte territoriale alle pagine 475 e 476, sostanzialmente ignorate dalla difesa. Ma su di essa tornerò in seguito.

Con una seconda censura la difesa denuncia violazione di legge e nullità della perizia affidata con ordinanza 1° dicembre 2006 avente ad oggetto una nuova trascrizione di alcune intercettazioni – da utilizzare per la perizia psichiatrica - in quanto aveva già provveduto alla prima trascrizione (incompatibilità tempestivamente dedotta in udienza).

La situazione denunciata non è riconducibile ad alcuna di quelle contemplate dall'art. 222 c.p.p. In materia va ricordato che la Corte ha avuto modo di affermare: 1. L'art. 222 c.p.p. vieta che sia attribuito

l'incarico di perito a chi sia stato già nominato consulente tecnico nello stesso procedimento o in altro connesso, ma non vieta altresì che assuma la veste di perito chi, essendo già stato nominato tale nel medesimo procedimento, si veda nuovamente conferire l'incarico da parte di un giudice diverso (Sez. IV, 30 marzo 2000, Saviano, m. 217693); 2. L'incompatibilità alla prestazione dell'ufficio di perito prevista dall'art. 222 c.p.p. non opera con riguardo all'attività di trascrizione delle intercettazioni, disciplinata dall'art. 268, 7° comma, c.p.p., atteso che il rinvio contenuto in tale disciplina alle forme, ai modi ed alle garanzie previste per l'espletamento delle perizie è da intendersi limitato alle norme concernenti le formalità di nomina, lo svolgimento delle operazioni e le relative comunicazioni, con esclusione invece, della equiparazione al perito della persona chiamata ad eseguire le trascrizioni, dovendo questa - a differenza del perito, la cui funzione è quella di esprimere un «parere», ossia un «giudizio tecnico» - porre in essere soltanto una «operazione tecnica» connessa non ad un «giudizio» ma ad una finalità di tipo «ricognitivo» (sez. V, 5 febbraio 2000, Bello, m. 221897).

Si ritorna sulla natura prevalentemente psicologica della perizia effettuata in appello, con conseguente violazione degli artt. 220, comma 2, e 236⁴⁴ c.p.p. Si lamenta, poi, la utilizzazione della perizia per desumerne elementi di responsabilità a carico della prevenuta.

Come già detto, la tesi sulla natura psicologica della perizia è stata correttamente contrastata dalla sentenza impugnata. Tuttavia, il divieto di una perizia psicologica non significa che i periti non possano esprimere valutazioni sulla personalità del periziando/a, anche tenendo conto dello specifico reato ascritto, decisivo nel caso di incapacità, totale o parziale, limitata al momento della commissione del reato. Ma v'è di più: la censura della difesa non tiene conto della più recente evoluzione giurisprudenziale in materia. Con la sentenza delle Sezioni unite 25 gennaio 2005, Raso (Cass. pen. 2005, p. 1851) è stata definitivamente superato l'orientamento secondo cui "solo un'infermità mentale avente una radice patologica e fondata su una causa morbosa può far escludere o ridurre ... l'imputabilità". Ed è stato affermato (conformemente ai più moderni orientamenti della psichiatria forense e a quanto previsto da taluni progetti di riforma del codice penale) che anche "i disturbi della personalità ... possono acquisi-

⁴⁴ Tale articolo fa una elencazione dei documenti utili ai fini del giudizio sulla personalità.

re rilevanza ... ove siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere. Vuole, cioè, dirsi che i disturbi della personalità, come in genere quelli da nevrosi e psicopatie, quand'anche non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica iscrivibili al più ristretto novero delle «malattie» mentali, possono costituire anch'esse «infermità», anche transeunte, rilevante ai fini degli art. 88 e 89 c.p., ove determinino lo stesso risultato di pregiudicare, totalmente o grandemente, le capacità intellettive e volitive. Deve, perciò, trattarsi di un disturbo idoneo a determinare (e che abbia, in effetti, determinato) una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile (totalmente o in grave misura), che, incolpevolmente, rende l'agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, di conseguentemente indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente, autodeterminarsi: ed a tale accertamento il giudice deve procedere avvalendosi degli strumenti tutti a sua disposizione, dell'indispensabile apporto e contributo tecnico, di ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali" (motivazione della sentenza). Alla luce di tale principio è da ritenere del tutto immune da vizi giuridicamente rilevanti una perizia che, volta ad accertare l'esistenza di patologie incidenti sulla capacità di intendere e di volere, estenda il suo accertamento alla verifica di disturbi della personalità aventi le caratteristiche e gli effetti suddetti. Ed è proprio un disturbo della personalità - una nevrosi - quello diagnosticato all'imputata (v. p. 491).

Non risponde, poi, al vero che la corte abbia utilizzato gli esiti della perizia per desumerne elementi di responsabilità a carico dell'imputata.

* Viene considerato un indizio di reità la circostanza che la Franzoni nella telefonata al 118 abbia sottovalutato la gravità delle condizioni del figlio. La menzogna non è stata desunta dalla perizia, bensì da altre risultanze processuali; i periti cercano solo di comprenderne i meccanismi.

* Neppure il **movente** del delitto, su cui la corte si sofferma a lungo a p. 521 e s., è stato desunto dall'esito della perizia. Altre sono le risultanze processuali dalle quali è desunta la situazione di "conflitto" ritenuta all'origine del delitto. Ad esso si fa cenno anche nella relazione peritale, ma solo per registrarne l'esistenza, senza alcun approfondimento sulle cause, impedito dalla mancata collaborazione della perizianda. Tale situazione è stata desunta da intercettazioni e prove testimoniali, le quali hanno evidenziato lo stato di depressione da cui

era stata affetta la Franzoni in precedenza; lo stato ansioso tuttora presente – una crisi l’aveva avuta la notte precedente e poche ore prima del fatto –, la preoccupazione per una crescita ritenuta non normale di Samuele; il carattere poco docile ed ostinato di questi; una personalità ancora infantile, succube di alcuni familiari.

Considerazioni non dissimili valgono per le altre censure mosse con il presente motivo. Sulla inutilizzabilità del movente – individuato in “un polo nascosto di conflitto” – in quanto desunto da un mezzo di prova non consentito (la perizia) si torna anche successivamente e se ne traggono conseguenze negative sul quadro probatorio in considerazione della rilevanza che in un processo indiziario ha il movente. Anche tale profilo della censura è destituito di fondamento.

– Un’ulteriore censura di questa parte seconda ha ad oggetto le massime di esperienza utilizzate dal giudice per valutare talune emergenze processuali e farle assurgere al rango di indizio. In particolare, la difesa si duole che il giudice si sia avvalso di massime di esperienza estranee al suo sapere giuridico, omettendo di citare gli studi scientifici o le teorie psicologiche che ne costituiscono il fondamento. Il giudice – anche per la sua qualità di peritus peritorum – può far ricorso a massime di esperienza estranee al suo sapere giuridico. Certo si deve trattare di massime di esperienza realmente tali, cioè dotate di empirica plausibilità e preesistenti al giudizio⁴⁵. E chi ne contesta tali qualità deve allegare elementi per provare il contrario o che rendano plausibili ipotesi contrarie: ciò, nella specie, non è stato fatto con riferimento ad alcuna delle questioni sollevate.

- Sulla *prova logica*

Premesso che le dichiarazioni testimoniali sono scindibili e, quindi, non è consentito parlare di illogicità della motivazione se un teste viene ritenuto attendibile per talune dichiarazioni e meno attendibile

⁴⁵ V. Sez. I, 21 ottobre 2004, Sala. m. 230873: nella valutazione probatoria giudiziaria - così come, secondo la più moderna epistemologia, in ogni procedimento di accertamento (scientifico, storico etc.) - è corretto e legittimo fare ricorso alla verosimiglianza ed alle massime di esperienza, ma, affinché il giudizio di verosimiglianza conferisca al dato preso in esame valore di prova, è necessario che si possa escludere plausibilmente ogni alternativa spiegazione che invalidi l’ipotesi all’apparenza più verosimile; ove così non sia, il suddetto dato si pone semplicemente come indizio da valutare insieme a tutti gli altri elementi risultanti dagli atti (in applicazione di tale principio la corte ha ritenuto corretta la motivazione della sentenza impugnata che aveva attribuito al movente di un omicidio indicato dalla accusa pubblica valore solamente indiziante e non di elemento di prova autosufficiente, in considerazione della presenza di altre possibili causali).

(o inattendibile) per altre, devesi rilevare che nella specie neppure di ciò si tratta in quanto la difesa non evidenzia fatti sui quali la teste avrebbe depresso il vero e fatti sui quali avrebbe depresso il falso; si limita a porre in rilievo la erroneità della diagnosi dalla stessa formulata ed il suo particolare stato emotivo al momento in cui, arrivata in casa Lorenzi, si rese conto di ciò che era accaduto. In ogni caso la sentenza impugnata ha diffusamente e logicamente motivato su tutte le deduzioni svolte con l'atto di appello ed in sede di discussione finale sull'argomento, ricostruendo la genesi delle dichiarazioni rese sull'argomento dalla dr.ssa Satragni ed affermando la piena attendibilità delle medesime. Non ha mancato, inoltre, la corte di evidenziare che tali dichiarazioni erano confortate dalla prova scientifica sulla genesi delle macchie di sangue rinvenute sugli zoccoli, nonché dalle dichiarazioni, anch'esse ritenute motivatamente attendibili, della Ferrod e del Savin (p. 304). Non è illogico affermare che, essendo la Franzoni vestita di scuro, se avesse indossato calzature bianche (gli zoccoli) le avrebbero notate.

Omissis ... La corte in argomento ha fatto applicazione di principi che costituiscono ormai *jus receptum* in materia di prova indiziaria e, soprattutto, di loro valutazione globale e unitaria, attraverso la quale viene superata la relativa ambiguità di ciascun elemento probatorio; invero, ciascun indizio si somma, si integra e si salda con gli altri in modo da conferire al loro complesso il significato di prova del fatto.

Va, altresì, precisato che il fatto indiziante entra pur sempre nel patrimonio conoscitivo del giudice mediante gli ordinari meccanismi di acquisizione della prova ed è, quindi, unitamente al requisito della sua necessaria certezza, oggetto di valutazione da parte sua, che non è soggetta a sindacato di merito in questa sede.

Occorre, infine, ricordare che nella valutazione probatoria giudiziaria è corretto e legittimo fare ricorso alla verosimiglianza ed alle massime di esperienza, ma, affinché il giudizio di verosimiglianza conferisca al dato preso in esame valore di prova, è necessario che si possa escludere plausibilmente ogni alternativa spiegazione che invalidi l'ipotesi all'apparenza più verosimile. E' quanto hanno fatto i giudici di merito ogni qual volta hanno fatto ricorso al parametro della verosimiglianza.

6. Le intercettazioni telefoniche

Il tema, più volte all'esame delle Sezioni Unite per i profili ampiamente noti, è stato oggetto di analisi anche per aspetti "minori", come

allorché, in tema di potere e competenza a disporre la distruzione la Procura ha osservato⁴⁶:

La questione che, attesa la sua decisività, va preliminarmente affrontata, è quella concernente la competenza del giudice di Ancona ad emettere il provvedimento impugnato. Secondo i ricorrenti, infatti, le conversazioni oggetto di quest'ultimo contengono riferimenti a contatti che, ancorché decifrati dal giudice nel senso della esclusione di ogni ipotesi criminosa: segnatamente di quelle previste dagli artt. 346, 326, 594 e 595 cp, evocano il coinvolgimento di magistrati della stessa Procura della Repubblica di Ancona. Cioè posto, va osservato che, in linea generale, non è certo peregrino il primo argomento opposto nel provvedimento impugnato per negare legittimità all'intervento del giudice circa "l'esame dell'eventuale rilevanza probatoria delle intercettazioni in questione in ordine a reati diversi da quelli ipotizzati e nei confronti di soggetti diversi da quelli indagati o imputati nel procedimento nell'ambito del quale sono state effettuate".

Non solo la sentenza -S.U. 22.11.00, PM/BUONARROTI- citata dal decidente, infatti, dà ragione dell'affermazione secondo cui "la valutazione di possibili notizie criminis e l'iscrizione delle stesse è prerogativa esclusiva ed anche responsabilità -sia sotto il profilo deontologico che penale- del PM sulla quale non è previsto che intervenga il GIP" Ancora le Sezioni Unite infatti, con la sentenza FERAZZI del 28.1.04, hanno chiarito in motivazione che il PM è esclusivo *dominus* delle indagini preliminari e delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, con ciò ribadendo quanto affermato dalla Corte Costituzionale (sent. 378/97) secondo cui il PM è titolare esclusivo dell'azione penale, anche ove emerga l'esigenza di procedere a contestazioni suppletive nel corso del processo, rimanendo precluso al giudice un potere sostitutivo/concorrente al riguardo.

Nell'esclusiva potestà del PM dunque -salva la configurabilità di responsabilità disciplinare o addirittura penale a suo carico- rientra l'apprezzamento circa l'iscrizione nel registro delle notizie di reato: non solo per quel che concerne il *quando*, ma anche l'*an* (Cass. SS.UU. 21.6.00, TAMMARO). Occorre tuttavia chiedersi cosa il GIP debba fare nel caso in cui egli, investito di un procedimento incidentale quale quello in esame, si avveda della configurabilità, a carico di altre persone, di ipotesi di reato diverse da quelle oggetto del procedimento

⁴⁶ In procedimento 35558/2007, Recchi, P.G. Geraci, la cui decisione non risulta ancora depositata.

principale, la cui prova sia desumibile dal contenuto delle intercettazioni di cui si chiede la distruzione.

Ritiene il PG che, in tal caso, debba farsi applicazione dell'art. 331 cpp, la cui previsione appare così cogente e generale da trovare operatività anche nel caso in cui la notizia venga acquisita in occasione dell'espletamento di un'attività "delegata" (Cass. Sez. II[^] 21.10.03, n. 47378).

Nell'effettuare la denuncia prescritta dalla citata norma, il giudice deve d'altronde tener conto della norme sulla competenza, a partire da quella di cui all'art. 11 cpp che, in deroga alle regole generali, prevede una particolare disciplina per i procedimenti che riguardano i magistrati. Tale norma, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale (sent. 381/990), risponde all'esigenza di garantire *"l'indipendenza e l'imparzialità del giudice che costituiscono presupposto e requisito essenziale di ogni giusto processo"*. Orbene gli elementi oggettivi cui la descritta deroga rimane ancorata (l'ufficio presso il quale il magistrato esercita o esercitava le funzioni al momento del fatto), secondo la statuizione del giudice delle leggi (cit. sent. 381/99), *richiedono una ricognizione estrinseca del reato per il quale si procede, senza che siano necessari apprezzamenti valutativi o discrezionali*, (richiesti, invece, per altri istituti quali l'astensione o la ricusazione).

Il giudice quindi, nella descritta situazione e in presenza di una notizia astrattamente qualificabile come reato (nella specie riguardante magistrati anconetani), deve astenersi dalla trattazione della vicenda e subitaneamente spogliarsene, omettendo ogni apprezzamento discrezionale al riguardo.

Per contro il GIP di Ancona, piuttosto che limitarsi a quella *ricognizione estrinseca* dei fatti prescritta dalla Corte Costituzionale (semai rinvenibile soltanto nella corretta esclusione da lui fatta delle fattispecie dell'ingiuria e della diffamazione, delle quali difettavano *ictu oculi* gli elementi costitutivi), si è abbandonato ad una vera e propria "valutazione" delle conversazioni, di cui ha scandagliato il contenuto.

Nella specie, dunque, il giudice ha compiuto un'indubbia (e contestata) valutazione del contenuto delle conversazioni al fine di escludere la ricorrenza di ogni ipotesi criminosa: vuoi quella di cui all'art. 326 cp, vuoi quella di cui all'art. 346 cp, pur astrattamente e alternativamente ipotizzabili prima dello scandaglio che delle stesse conversazioni egli ha fatto. Siffatta valutazione, tuttavia, esulava dai poteri del giudice anconetano investito della richiesta di autorizzazione alla distruzione delle intercettazioni. In particolare esulava dai suoi poteri -precipua- mente alla stregua dell'art. 11 cpp- stabilire la sussistenza o meno dei reati da lui stesso ipotizzati, essendo ogni valutazione in merito rimes-

sa all'autorità giudiziaria competente. Siffatta conclusione appare ancor più fondata ove si consideri il contenuto "demolitorio" *erga omnes* del provvedimento impugnato, con l'irrimediabile esito distruttivo del *sapere probatorio* ad esso collegato. Proprio di recente la Corte Costituzionale (sent. 390/07), nell'affrontare il problema della distruzione della documentazione delle intercettazioni "casuali" riguardanti i parlamentari, per le quali la Camera d'appartenenza abbia negato l'autorizzazione all'utilizzazione processuale, ha messo in evidenza (anche) il difetto di *razionalità intrinseca* di una disciplina volta ad eliminare ad ogni effetto dal panorama processuale una prova legittimamente formata, anche quando coinvolga soggetti terzi. In una lettura costituzionalmente orientata, quindi, risulta difficile condividere la tesi espressa nel provvedimento impugnato, secondo cui il giudice avrebbe la possibilità di eliminare definitivamente dal panorama processuale la prova riferibile ad una fattispecie criminosa comunque da lui scorta, sol perché quest'ultima esulerebbe dall'ambito del procedimento di cui Egli è investito. Oltre tutto sarebbe difficile, in tal caso, negare la compromissione del principio di *non dispersione degli elementi di prova*, che la stessa Corte Costituzionale ha più volte affermato nella prospettiva della funzione precipua del processo: l'accertamento della verità (*ex pluribus*, sent. 255/92). In conclusione, il GIP nella specie avrebbe dovuto non autorizzare la distruzione delle intercettazioni -stante la loro potenziale utilizzazione quale prova di ulteriori reati oltre quelli oggetto del procedimento principale- e farne denuncia la Procuratore della Repubblica presso il Tribunale de L'Aquila, competente ai sensi dell'art. 11 cpp. Ai sensi dell'art. 620 lett. 1 cpp, il provvedimento impugnato deve essere quindi annullato senza rinvio e gli atti restituiti al GIP presso il Tribunale di Ancona perché Egli provveda ai sensi dell'art. 331 cpp.

7. I collaboratori di giustizia

Sulla questione "*Se la sanzione della inutilizzabilità della prova, prevista per le dichiarazioni rese dal collaboratore di giustizia dopo il termine di 180 giorni dalla manifestazione della volontà di collaborare, operi esclusivamente nel giudizio ovvero anche nella fase procedimentale, con particolare riguardo ai fini dell'applicazione di misure cautelari, personali e reali*". la Procura Generale⁴⁷ ha ritenuto:

⁴⁷ Nei ricorsi n. 4077/08, 16288/08, 29161/07 e 38735/07, trattati unitariamente; i primi due in materia di misure cautelari personali, gli altri in materia di misure cautelari reali, all'udienza del 25 settembre 2008, P.G. Ciani.

Entrambi gli orientamenti della giurisprudenza fanno riferimento al concetto di inutilizzabilità. E' dubbia, tuttavia, la correttezza dell'uso di tale concetto nel caso di specie. Infatti il legislatore del 2001 non ha usato tale termine nel comma 9 dell'art. 16-*quater* del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, nella l. 15 marzo 1991, n. 82 ed in esso inserito dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45, al contrario di quanto ha fatto, nel contesto di una disposizione di contenuto analogo, al comma 15 dell'art. 13, modificato con la stessa legge n. 45 del 2001, allorché ha affermato espressamente che "L'inosservanza delle prescrizioni di cui al comma 14 comporta l'inutilizzabilità in dibattimento, salvi i casi di irripetibilità dell'atto, delle dichiarazioni rese al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria successivamente alla data in cui si è verificata la violazione". Più verosimilmente si tratta di un criterio di valutazione probatoria delle dichiarazioni "tardive", che per la sua formulazione letterale trova applicazione solo in sede di giudizio di merito, volto all'accertamento della prova dei fatti. Ma anche a non voler condividere tale assunto è da escludere che possa nella specie parlarsi di **inutilizzabilità patologica** delle dichiarazioni in questione, con conseguente impossibilità di farne uso anche ai fini dell'adozione di una misura cautelare (in tal senso, da ultimo, Sez. I, 1° aprile 2008). Infatti, secondo la sentenza delle Sezioni unite, 21 giugno 2000, Tammaro, m. 216246; *Cass. pen.* 2001, p. 400, tale sanzione colpisce gli "atti probatori assunti *contra legem*, la cui utilizzabilità è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito". In particolare, sono tali "tanto le prove oggettivamente vietate quanto le prove comunque formate o acquisite in violazione – o con modalità lesive – dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione ...".

Orbene, le dichiarazioni in questione: 1. non sono espressamente vietate dalla legge; 2. non sono acquisite in violazione dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione; 3. sono utilizzabili, anche in giudizio, se per qualche motivo diventano irripetibili; 4. le stesse dichiarazioni sono utilizzabili non solo se rese davanti al giudice, ma anche se rese al difensore in sede di indagini difensive; 5. sono utilizzabili contro il dichiarante, ma anche a favore di terzi.

Quindi, non si può parlare di "prove oggettivamente vietate". Trattasi, al più – se si vuol restare nell'ambito della categoria della inutilizzabilità – di **inutilizzabilità cd. fisiologica** della prova, funzionale, come si legge nella citata sentenza Tammaro, ai peculiari connota-

ti del processo accusatorio in forza dei quali il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove ... diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento ...”, o, come sembra preferibile, di **inutilizzabilità relativa** stabilita dal legislatore in via esclusiva per il dibattimento.

A favore di questa seconda tesi milita la formulazione letterale della norma con il suo espresso riferimento alla “prova dei fatti”, tipica del giudizio di accertamento della responsabilità, non di quello cautelare, per il quale è sufficiente un giudizio di elevata probabilità, nonché il contesto normativo all’epoca vigente, caratterizzato dalla inutilizzabilità dibattimentale delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari, se non nei limiti di cui all’art. 1 del d.l. n. 45 del 2001, regola ribadita dalla coeva legge n. 63 del 2001, che ha riformulato l’art. 500 c.p.p. (in tal senso, da ultimo, Sez. VI, 28 gennaio 2008, Cannavacciuolo, con motivazione particolarmente elaborata, e Sez. V, 23 aprile 2008, Bianco).

A tal riguardo la II sezione penale nell’ordinanza di rimessione del ricorso n. 16288/08 richiama una decisione di codesta Corte secondo la quale “i divieti assoluti di utilizzabilità previsti in tema di prove trovano applicazione anche per gli indizi, posto che questi sono pur sempre una *probatio* sia pure *minor*”. A prescindere dal rilievo che gli indizi di cui all’art. 273 c.p.p. non debbono avere le stesse caratteristiche e lo stesso valore probatorio di quelli disciplinati dall’art. 192, comma 2, dello stesso codice i quali integrano una prova in senso stretto (non è senza motivo che il citato comma 2 non è richiamato dall’art. 273, comma 1-*bis*, diversamente da quanto avviene per i successivi commi 3 e 4), nella specie, per quanto detto in precedenza, non siamo in presenza di un vero e proprio divieto probatorio assoluto, atteso che quelle stesse dichiarazioni sono utilizzabili se divenute irripetibili o rilasciate, durante la stessa fase, al giudice o a un difensore in sede di indagini difensive. D’altro canto non sarebbe questo l’unico caso di dichiarazioni utilizzabili in fase di indagini preliminari, ma non come prova in giudizio.

Che la volontà del legislatore sia stata quella che ho qui sostenuto è dimostrato dai lavori preparatori. Nell’originario d.d.l. governativo la disposizione in esame mancava. Il sen. Pinto, il primo a proporre un emendamento di contenuto analogo a quello che sarebbe divenuto legge, disse espressamente che delle dichiarazioni rese oltre il termine non può non tenersi conto; il P.M. può trarne le conseguenze che crede. Di contenuto sostanzialmente analogo furono le dichiarazioni fatte alla Camera dall’on. Miraglia Del Giudice, anche lui sostenitore

dell'utilizzazione nella fase delle indagini preliminari, oltre che al fine di valutare l'attendibilità del collaborante. Alla luce delle considerazioni svolte, secondo la Procura generale, la soluzione della questione giuridica posta alle Sezioni unite deve essere nel senso che la sanzione di inutilizzabilità prevista per le dichiarazioni rese dal collaboratore di giustizia al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria dopo la scadenza del termine di 180 giorni operi esclusivamente nel giudizio.⁴⁸

8. Le impugnazioni

In un caso nel quale le Sezioni Unite erano state chiamata a decidere se l'esercizio della facoltà di impugnazione da parte del difensore di ufficio avesse o meno consumato il diritto di impugnazione dell'imputato rimasto contumace, ovvero se l'avvenuto esercizio della difesa tecnica potesse prevalere, sino ad annientarlo, sul diritto di autotutela, la Procura Generale⁴⁹ ha osservato:

la soluzione deve necessariamente essere quella che - pienamente aderente al testo normativo - consenta di perseguire la finalità voluta dal legislatore con la riforma del 2005 dell'articolo 175 del codice di rito. Orbene, nella relazione illustrativa all'originario decreto legge n. 17 del 2005 tale finalità viene espressamente indicata – leggo – *nell'esigenza di garantire il diritto incondizionato all'impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna da parte delle persone condannate nei casi in cui essere non sono state informate in modo effettivo dell'esistenza di un procedimento a loro carico, così come espressamente richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in data 10 novembre 2004.*

Per la verità l'obiettivo della Corte europea era ben più modesto essendo richiesto solo un riesame delle decisione di condanna o se si preferisce, secondo la terminologia europea, una riapertura del procedimento, secondo il modello della *purgazione* della contumacia, già conosciuto dal nostro ordinamento con il codice Finocchiaro Aprile del 1913 (artt. 475 e 497) ed adottato da quei pochi Paesi che ancor oggi conoscono l'istituto del giudizio in *absentia*. E per raggiungere questo obiettivo sarebbe forse stato tecnicamente più agevole agire sulle competenze del giudice dell'esecuzione, cui già sono demandate, ai sensi del secondo comma dell'articolo 670, la soluzione delle questioni sul

⁴⁸ Al 15 novembre 2008 la decisione non risulta essere stata depositata dalle Sezioni Unite.

⁴⁹ Il procedimento 19754/2007, Huzuneanu, P-G. Esposito.

titolo esecutivo ed eventualmente l'esame sulla sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la restituzione nel termine per impugnare.

Comunque, il legislatore ha preferito giocare – per così dire di anticipo – al fine di prevenire la proliferazione dei ricorsi a Strasburgo, ed ha modificato, finalizzandolo, l'art. 175 che era stato inutilmente invocato dall'Agente di governo per eccepire dinanzi alla Corte europea l'irricevibilità dei ricorsi per omesso previo esperimento delle vie di ricorso interne. In ogni caso, quale che siano state le ragioni della scelta normativa – che non appare sindacabile in questa sede – la finalità di garantire personalmente al condannato un diritto incondizionato all'impugnazione, risulta oltre che dall'inequivoco testo normativo (e ciò sarebbe già di per sé decisivo) e dalla dichiarata *ratio* della riforma, da due decisive circostanze che sono state giustamente valorizzate dalla innovativa e ineccepibile decisione, resa dalla prima sezione penale il 21 giugno 2006, nel caso De Los Reyes, la cui motivazione è stata poi sostanzialmente ripresa nella successiva sentenza della stessa sezione del 7 dicembre dello stesso anno in causa Virzì.

Queste circostanze – che tra loro si integrano - sono desunte dai lavori parlamentari che hanno portato alla conversione del decreto legge n. 17 del 2005, nella legge n. 60 dello stesso anno, e concernono; da un lato: il balletto tra Camera e Senato dell'inciso che figurava nel decreto legge *sempre che l'impugnazione non sia stata già proposta dal difensore* e, dall'altro: il contestuale venir meno, in sede della seconda lettura al senato, anche della proposta di ripristino dell'originario testo dell'art. 571 del codice (effettuato con la legge n. 479 del 1999) secondo cui contro una sentenza contumaciale ed il difensore poteva proporre impugnazione solo se munito di mandato specifico rilasciato per la nomina o anche successivamente nelle forme previste.

E da tali circostanze la sentenza della prima sezione penale ha correttamente inferito che il delicato problema dell'eventuale valore preclusivo dell'impugnazione era stato ben tenuto presente dal legislatore. Ma, d'altra parte, nella stessa ordinanza di rimessione si riconosce che il potere di impugnazione del difensore è autonomo da quello dell'imputato. E se così è, altrettanto autonomo è il diritto di impugnazione dell'imputato, che non può subire preclusioni in virtù di un dogma quale quello della definitività, irrevocabilità ed esecutività del giudicato, ora infranto – come tanti altri dogmi – proprio dal legislatore.

Devo dire che il problema non è solo italiano. Il mio omologo della più alta giurisdizione francese – l'avvocato generale Régis De Gouttes

– ha ritenuto come il ruolo della Corte di cassazione nell'ordine interno sia stato messo in discussione, avendo la Corte di appello di Parigi, con sentenza del 22 gennaio 2003, ritenuto che una decisione penale francese non acquista carattere di definitività, fintantoché il prevenuto disponga della facoltà di far riesaminare il suo caso. E va aggiunto – per l'autorevolezza della fonte da cui proviene – il parere reso il 5 dicembre 2006 dall'avvocato Generale Sharpston dinanzi alla Corte di giustizia di Lussemburgo nel procedimento c288 del 2005: *Il processo in contumacia sfociato nella sentenza, deve essere stato conforme alle condizioni previste nell'articolo 6 della CEDU. In base ai principi generali del diritto comunitario e all'articolo 7 del Trattato dell'Unione europea* – aggiunge l'Avvocato generale – *tali condizioni sono applicabili estensivamente nel contesto dell'Unione europea*. E così conclude: *una sentenza contumaciale pronunciata in violazione della CEDU quantunque dovesse essere considerata valida e definitiva in base alla legge nazionale, contravverrebbe ipso facto ai suddetti principi*. Tutti noi comprendiamo e restiamo pensosi sulle altre circostanze addotte *ex adverso* dall'ordinanza di remissione, quali i profili della prescrizione del reato, della utilizzabilità delle prove assunte nel primo processo in absentia, della sovrapponibilità dei vecchi e nuovi motivi di impugnazione e dell'efficacia delle relative statuizioni decisorie, ed infine dell'estensione della nuova impugnazione nei confronti di coimputati, in caso di concorso di più persone nello stesso reato. Queste circostanze costituiscono giuste preoccupazioni sul prezzo – certamente assai gravoso e forse non sufficientemente valutato - da pagare per una riforma che ci era imposta per soddisfare gli obblighi internazionali assunti. Esse integrano valutazioni di politica giudiziaria che non concernono, però, a mio avviso, il *thema decidendum* e che potranno trovare la loro soluzione, attraverso gli istituti dell'interpretazione estensiva o dell'applicazione analogica, nel successivo sviluppo della giurisprudenza o se del caso, in opportune modifiche legislative. In sostanza, la corretta interpretazione della riforma da parte della prima sezione penale segna un ritorno alla giurisprudenza formatasi sotto il vecchio codice e che – sia pure con riferimento al momento della *vocatio in iudicium* – aveva avuto modo di chiarire che, *pur articolandosi la difesa piena dell'imputato attraverso i due poli dell'autodifesa e dell'assistenza tecnica le rispettive posizioni conservano, di regola, carattere di piena autonomia e la prima assume certamente, nel momento genetico della difesa, un carattere indefettibile e prioritario e non può essere sostituita dalla seconda, che pur integrando, nei casi previsti dalla legge, necessariamente l'altra, è pur sempre condizionata da un atto di libera scelta da*

parte dell'interessato (Cass., sez. I, 21 novembre 1984, Mesite, nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzione della questione, poi accolta, di legittimità costituzionale dell'art. 666 del vecchio codice). E l'interpretazione che in questa sede si propugna, in tema di prevalenza dell'autotutela rispetto alla difesa tecnica, è la sola conforme all'art. 6 della Convenzione europea, quale esso vive nell'interpretazione che ne ha dato la Corte europea.

Io avrei concluso il mio dire sulla questione rimessa alle Sezioni Unite. Mi corre, però, l'obbligo di formulare un auspicio e di indicarne le ragioni. L'auspicio è che la risposta della Procura generale sia anche la vostra risposta: la risposta della più alta assise della giurisdizione italiana. L'auspicio è legato alla circostanza che una eventuale vostra decisione di carattere negativo – Signor Presidente, signori Consiglieri – potrebbe essere sottoposta al rischio, che a me pare effettivo e concreto, di un ricorso alla Corte di Strasburgo. La fattispecie in esame è, infatti, sostanzialmente analoga a quelle che hanno formato oggetto di tutte le più recenti decisioni con cui la Corte di Strasburgo ha ravvisato violazione dell'articolo 6 in quei procedimenti in contumacia conclusi con la mancata applicazione dell'art. 175 cod. proc. pen. nel testo vigente prima dell'entrata in vigore della legge n. 60 del 2005. Mi riferisco, in particolare, alle sentenze della Grande camera del nel caso *Sejdovic* e alle successive sentenze del 21 dicembre 2006 nel caso *Zunic* e del 12 novembre 2007 nel caso *Pititto*. La questione è grave perché in queste due ultime decisioni, la Corte, nel confutare l'eccezione della difesa del Governo in ordine al mancato rispetto da parte del ricorrente del previo esaurimento delle vie di ricorso interne (per essere stata l'istanza ex art. 175 tardivamente presentata), ha osservato – quasi a prudentemente preconizzare ulteriori decisioni – come neanche il Governo avesse sostenuto che dopo il rigetto della predetta istanza, il ricorrente avrebbe potuto presentarne una nuova basata sulle più favorevoli disposizioni della legge n. 60 del 2005. La disciplina derivante dal nuovo testo sarà, quindi, certamente sottoposta al vaglio degli Organi di tutela di Strasburgo. L'auspicio è che la Corte europea non debba nuovamente a constatare l'avvenuta violazione della Convenzione. Ed è, questa, presumibilmente, una occasione irripetibile per allineare la giurisprudenza agli standard che gli obblighi internazionali assunti ci impongono. E questa occasione è affidata alle Sezioni Unite – e con essa alla giurisdizione che essa regola nella sua funzione di nomofiliachia – quale tutrice nazionale dei diritti umani in attuazione del luminoso principio – elaborato dalla Corte nel caso *Airey* – dell'obbligo positivo di attuazione e salvaguardia di tali diritti.

Passando ora al merito del ricorso, occorre premettere che con la sua ordinanza la Corte di assise di appello di Roma ha fatto corretta applicazione, sulla sussistenza dei presupposti e condizioni per la restituzione nei termini, del nuovo testo dell'art. 175, alla luce della art. 6 della Cedu, quale esso vive nell'interpretazione che ne è stata data dalla Corte europea. La decisione, rispetta, quindi, i canoni delle due recenti sentenze della Corte Costituzionale (347 e 348 del 2007). Essa, però, si caratterizza, in negativo, per due circostanze. La prima perché ha ritenuto, contrariamente al vero, che il grado del giudizio per cassazione non fosse stato sperimentato dal difensore di ufficio dell'imputato. La seconda perché la restituzione andava disposta in relazione al termine per impugnare in appello la sentenza di primo grado, come giustamente ritenuto dalla sentenza ora citata. La prima circostanza è del tutto irrilevante perché, per quanto in precedenza detto, la soluzione non sarebbe cambiata per la constatazione dell'avvenuto ricorso da parte del difensore di ufficio. De pari irrilevante appare la seconda questione perché questa Corte si trova oggi investita del ricorso in conseguenza di un provvedimento – ex art. 670 c.p.p. - non impugnato. Comunque in questa sede potranno essere fatte valere – come giustamente osservato nell'ordinanza di restituzione - anche ogni nullità insanabile incorsa in precedenti fasi e gradi di giudizio.

Prima di concludere mi corre l'obbligo di chiarire le ragioni per cui la mia richiesta sarà diversa da quella dell'udienza di remissione. A quel momento l'Agente di Governo aveva chiesto la remissione del caso *Pititto* alla Grande camera della Corte di Strasburgo. In effetti – come è a voi tutto ben noto – a partire dalla sentenza *Colozza* la Corte, in tema di giudizio *in absentia*, ha sempre tenuto solamente conto di due possibilità alternative, meglio esplicitate, con riferimento a casi concreti, nella pronuncia della Grande camera del 1° marzo 2006 nel caso *Sejdovic*. Queste possibilità alternative sono le seguenti: - la prima: la conoscenza, da parte dell'imputato, dell'esercizio dell'azione penale o del processo nei suoi confronti. Conoscenza ufficiale per notifica personale o anche per circostanze di fatto, effettive e concrete, significative di tale conoscenza; - la seconda: la carenza di questa conoscenza. La conseguenza, in quest'ultimo caso, è che l'accusato deve essere nuovamente giudicato, mentre nel primo caso questo diritto non gli è riconosciuto, purché ovviamente, le predette circostanze di fatto siano tali da dimostrare, senza possibilità di equivoco, che la omessa presenza all'udienza costituisca rinuncia al suo diritto di comparire e di difendersi. Nella sua richiesta alla Grande camera la difesa del Governo italiano aveva sostenuto come la Corte europea non si

fosse mai pronunciata su di una terza ipotesi. Quella della sottrazione alla giustizia sotto forma di rifiuto volontario di conoscere gli atti del procedimento per il tramite di un comportamento volontario e cosciente di mettersi nelle condizioni di non essere raggiunto da alcuna notifica concernente l'esercizio dell'azione penale o il processo a suo carico. E' questa invero la situazione che si verifica nello stato di latitanza, quando la stessa sia arricchita da idonee circostanze significative della volontà di sottrarsi alla giustizia. Questa era l'ipotesi che a mio avviso poteva essere ritenuta nel caso di specie, tenuto conto del reticolo di telefonate, anche con la vittima e cogli altri coimputati da parte del ricorrente, dalla sua scomparsa dal luogo di abituale domicilio, dall'inutile esperimento di ogni tentativo di ricerca da parte delle forze dell'ordine. La volontaria sottrazione alla giustizia poteva essere desunta dal fatto – in uno con altre circostanze di fatto - che la situazione della latitanza è diversa da quella irreperibilità, essendo caratterizzata dalla permanenza delle ricerche e dalla diramazione, anche all'estero, della misura coercitiva emessa. In sostanza la difesa del Governo italiano mirava a recuperare l'eccezione, che nella sua risoluzione n. 11 del 1075 lo stesso Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, aveva accolto nello stabilire le regole minime di garanzia da osservare nei giudizi *in absentia* (Résolution sur les critères à suivre dans la procédure del jugement en l'absence du prévenu). La prima, infatti, delle *règles minimales* sancite - nel prevedere che *nessuno può essere sottoposto a giudizio se non è stato in precedenza effettivamente raggiunto da una citazione consegnatagli in tempo utile per permettergli di comparire e di preparare la sua difesa* - poneva una eccezione per l'ipotesi in cui sia stabilito che l'imputato si è volontariamente sottratto alla giustizia (*sauf s'il est établi qu'il s'est soustrait volontairement à la justice*). L'eccezione riprende testualmente la nostra nozione di latitanza e essa fu sostenuta proprio dalla delegazione italiana, per salvaguardare le esigenze del nostro giudizio in contumacia (riguardato con sospetto dai Paesi di *common law*, ma non escluso dalla Corte europea), nel rispetto dei canoni di un giusto processo. Ed in effetti, a differenza della situazione di irreperibilità – caratterizzata solo da verbali di vane ricerche dell'imputato ai fini delle notifiche – quella di latitanza presuppone l'emissione, da parte dell'autorità giudiziaria, di un formale e motivato provvedimento restrittivo della libertà personale. L'accertamento (*s'il est établi*) sulla volontarietà della sottrazione, richiesto dalla Risoluzione, poteva apparire pienamente soddisfatto, tenuto anche conto della circostanza che nel nostro ordinamento la misura cautelare è adottata dal giudice con precisa indicazione dei

gravi indizi di colpevolezza allo stato degli atti sussistenti a carico dell'imputato e nell'ambito di una procedura di garanzia rispettosa dei canoni dell'articolo 5 della Convenzione. La richiesta della difesa del Governo non è stata, però, accolta e la sentenza *Pititto* è ormai definitiva, con cristallizzazione dei criteri indicati nella sentenza della Grande camera nel caso *Sejdovic*. In tale situazione processuale – non risultando provato che la mancata presenza dell'imputato al giudizio sia dovuto a sua rinuncia - si impone, a mio avviso, l'annullamento senza rinvio della sentenza di appello e di quella di primo grado nei confronti del ricorrente. Tale annullamento non si estende, come sostiene il ricorrente, al decreto di latitanza o qualsiasi altro atto anteriore alla *vocatio in iudicium* di primo grado, per i limiti che devono ritenersi connaturati con il giudizio disposto in conseguenza dell'accoglimento dell'istanza di restituzione nei termini, tenuto conto degli effetti dell'istituto, sinteticamente enunciati all'articolo 176 del codice di rito. Il giudizio che siete chiamati ad esprimere concerne, invero, innanzitutto – e con eventuale valore assorbente - la sussistenza o meno della rinuncia o meno da parte del ricorrente al suo diritto a partecipare all'udienza. Una volta stabilito che non vi è stata rinuncia alle garanzie del dibattimento si impone esclusivamente la celebrazione di un nuovo giudizio, perché questo e non altro richiedono gli organi di tutela di Strasburgo: La Corte con le sue sentenze ed il Comitato dei ministri con la sua Risoluzione n. 2 del 2002. La fase delle indagini preliminari esula, infatti, dalla tutela dell'art. 6 della Convenzione europea, e, quindi, dagli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese. Così come esula dalla previsione dell'art. 111 della nostra Costituzione. Ed esula aggiungerei, quale inascoltata Cassandra, perché solo un nuovo giudizio prevedeva il nostro istituto della purgazione della contumacia e questo solo prevedono gli ordinamenti stranieri che ancor oggi conoscono l'istituto del giudizio *in absentia*. E' questa, a mio avviso, una corretta interpretazione dell'art. 175 e delle disposizioni del nostro ordinamento per realizzare la finalità perseguita dal legislatore per ottemperare agli obblighi che gli derivano dall'adesione alla Convenzione europea e nell'osservanza del margine di apprezzamento nazionale che la Corte europea riconosce ai singoli Paesi. Si tratta di una interpretazione basata sul dato normativo interno; interpretazione convenzionalmente orientata e conforme ai principi della nostra Costituzione, così come ha voluto la Corte Costituzionale nelle sue due sentenze in precedenza citate, indicate dalla dottrina come sentenze gemelle, ma non certamente omozigote. Se questa strada fosse ritenuta impraticabile, non resterebbe che sollevare – ai sensi dell'art. 117

della Costituzione - questione di non manifesta infondatezza della disposizione dell'art. 175 cod. proc. pen. e del correlativo contesto normativo, sotto il profilo che il complesso sistema vigente non consente di soddisfare gli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese.

Chiedo, pertanto, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e di quella di primo grado, con trasmissione degli atti ad altra sezione della Corte di assise di Roma per il nuovo giudizio.⁵⁰

9. Il patrocinio dei non abbienti

Sull'ordinanza di remissione della IV sez. penale nel ricorso proposto avverso l'ordinanza del Tribunale di Locri, in data 24.9.2005, il Procuratore Generale ha osservato⁵¹:

“Questa Procura Generale, con il parere espresso in data 18.1.2006, aveva sollecitato la Corte Suprema a valutare la questione propedeutica relativa alla competenza funzionale a decidere sull'opposizione al decreto di liquidazione che, nel caso in esame, era stato deciso non dal Presidente del Tribunale ma da un giudice monocratico, sulla base di una giurisprudenza che all'epoca, interpretava, in maniera lessicale la norma in questione (art. 99 T.U. 115/2002). Successivamente, intervenuta una modifica di tale indirizzo giurisprudenziale, per cui è considerata legittima la decisione di un giudice delegato dal Presidente, la questione è venuta meno e va affrontato il problema posto dall'ordinanza della IV sezione della Corte di Cassazione in data 4.12.2007, pervenuta a questo P.G. il 5.3.2008, relativo alla risarcibilità o meno delle spese sostenute dal difensore del ricorrente, nel procedimento di opposizione e quindi anche in quello avanti alla Suprema Corte. Le due soluzioni contrastanti sono state riportate nell'ordinanza di rimessione, corredate altresì dalle indicazioni delle singole decisioni della Corte di Cassazione, prese, per la maggioranza dei casi,

⁵⁰ Le Sezioni Unite, con sentenza 6026 del 2008, hanno invece ritenuto che: “L'impugnazione proposta dal difensore, di fiducia o di ufficio, nell'interesse dell'imputato contumace (nella specie latitante), preclude a quest'ultimo, una volta che sia intervenuta la relativa decisione, la possibilità di ottenere la restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione. (In motivazione, la S.C. ha osservato che l'astratta configurabilità di una duplicazione di impugnazioni, promananti le une dal difensore, e le altre dall'imputato, rappresenterebbe una opzione palesemente incompatibile con l'esigenza di assegnare una “ragionevole durata” al processo, sulla base di quanto imposto dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali)”.

⁵¹ Procedimento 41716/2005, Albanese, P.G. De Sandro, rimesso all'udienza delle Sezioni Unite del 26 giugno 2008.

dalla stessa sezione: va osservato che in entrambi gli opposti orientamenti, il procedimento teso a contestare la determinazione delle somme liquidate dal Giudice, viene correttamente considerato come un sub-procedimento, o una procedura incidentale, rispetto a quello penale nel quale è stata svolta l'attività del difensore richiedente. In altri termini, la eventuale opposizione si pone come strumentale a quanto previsto dal D.P.R. 115/2002, che sancisce il principio, di grande civiltà, della necessità di un effettivo diritto alla difesa da parte del non abbiente, pur con dei limiti attinenti alla determinazione concreta dell'entità delle somme da liquidare in base alla previsione tabellare (ad esempio con l'indicazione che esse non possono superare la metà delle previsioni tabellari ordinarie), al fine di temperare l'inedefettibile diritto alla difesa con quello dello Stato di non subire un eccessivo onere di spesa. Ma fuori da tali confini esplicitamente previsti, la stessa normativa nella determinazione del quantum da liquidare, non fa alcuna distinzione sia in ordine alle fasi o ai gradi del processo di cognizione, che a quello di esecuzione. E condivisibilmente, in anticipo su successive decisioni, la IV sezione con sentenza 19.12.2002, Bonfiglioli n. 10790 ricordava che per l'art. 75 comma 1 T.U. 115/2002 la copertura economica, conseguente all'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, si estendeva "per tutte le eventuali procedure derivate ed incidentali, comunque connesse" e quindi anche a quelle relative all'affermazione del proprio diritto e della esatta determinazione delle spese ed onorari spettanti nel giudizio di opposizione.

Una soluzione analoga è stata sempre adottata in relazione alla previgente cd. "tassa di parere" oggi abolita, proprio per la sua strumentalità in ordine all'esercizio effettivo del diritto ai compensi. Non pare accoglibile, invece, l'interpretazione negativa delle sentenze di segno opposto, che si basano sulla sottile distinzione tra il diritto alla difesa, proprio dell'imputato, ed il diritto agli onorari ed alle spese di cui è titolare il difensore. Ciò perché il diritto del primo sarebbe in concreto svuotato di ogni contenuto, non potendosi pretendere che il difensore, in contrasto con tutta la normativa vigente, eserciti il proprio mandato gratuitamente o a tariffe in violazione della legge: se cioè nel recupero delle spese effettivamente sostenute venissero escluse quelle affrontate nella procedura di opposizione, si graverebbe il difensore di una inaccettabile onere da sopportare nel caso che la opposizione venisse accolta. D'altronde, una volta individuato lo Stato come debitore, non può non valere quanto disposto dall'art. 1196 c.c., secondo il quale le spese del procedimento sono a carico del debitore, e soprattutto il generale principio dettato dall'art. 91 c.p.c. secondo cui

le spese seguono la soccombenza. In relazione poi agli altri motivi che non hanno formato oggetto di remissione alle S.U., questo P.G. osserva che la censura per asserito vizio di violazione di legge per non avere il Tribunale aumentato sino al quadruplo la tariffa massima prevista, non pare accoglibile, in quanto il giudizio sull'effettiva complessità del procedimento spetta unicamente al giudice di merito che ha "cognitio plaena" dello svolgimento procedimentale e della qualità dell'attività defensionale. Nè può considerarsi vizio del provvedimento impugnato l'asserita disparità di trattamento con il difensore di altro imputato, poiché trattasi di situazioni processuali diverse, che sono valutabili solo dal giudice di merito e non appaiono ricorribili sulla mera affermazione di un diverso trattamento – che connota l'istanza di genericità – avanti alla Suprema Corte. Ne discende la richiesta di annullamento in parte qua relativamente al terzo motivo, con declaratoria di inammissibilità per il resto.⁵²

10. I rapporti con le altre autorità giudiziarie

10.1 La sentenza emessa all'estero

Su ricorso proposto avverso la sentenza della Corte di appello con la quale era stata rigettata la richiesta di riconoscimento della sentenza straniera emessa nei suoi confronti dall'Autorità giudiziaria della Repubblica Federale di Germania in data 20 agosto 1997, ai fini della valutazione del *bis in idem*, la Procura ha osservato⁵³:

La Corte territoriale ha fondato la propria decisione sulla carenza di legittimazione del Duzzi a richiedere il detto riconoscimento atteso che ai sensi dell'art. 731 cod. proc. pen. solo legittimato è il Ministro della giustizia. Lamenta il ricorrente l'erronea applicazione della

⁵² Le Sezioni Unite, con la decisione 25931 del 2008 hanno affermato che "Il difensore di persona ammessa al patrocinio a spese dello Stato che, ai sensi degli artt. 84 e 170 d.P.R. n. 115 del 2002 (T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari delle spese di giustizia) proponga opposizione avverso il decreto di pagamento dei compensi, contestando l'entità delle somme liquidate, agisce in forza di una propria autonoma legittimazione a tutela di un diritto soggettivo patrimoniale, non rientrante nell'ambito delle "eventuali procedure derivate ed accidentali comunque connesse" di cui all'art. 75 del menzionato d.P.R.. Ne consegue che il diritto alla liquidazione degli onorari del procedimento medesimo e l'eventuale obbligo del pagamento delle spese sono regolati dalle disposizioni del codice di procedura civile relative alla "responsabilità delle parti per le spese" (artt. 91 e 92, commi 1° e 2°, cod. proc. civ.).

⁵³ Procedimento 172/2008, Duzzi, P.G. Selvaggi.

legge, posto che pur non facendo riferimento l'art.12 cod. pen. alla finalità del riconoscimento della sentenza estera tuttavia la giurisprudenza si sarebbe pronunciata in tal senso; richiama in proposito Cass., sez. I, 3 giugno 2004, n.28299. Inoltre censura la carenza di motivazione in punto di argomentazione relativa alla normativa internazionale. La doglianza del ricorrente è manifestamente infondata e il ricorso va pertanto dichiarato inammissibile. A prescindere dalla esattezza della conclusione che si pretende di trarre dalla citata decisione, essendosi il Giudice di legittimità limitato, annullando l'ordinanza impugnata, a disporre il rinvio per un nuovo esame, in particolare per accertare, con riferimento alla vicenda in questione, "se sussista o meno un caso di *ne bis in idem*" e a prescindere pure dal riferimento formale operato nell'istanza alla Corte di appello e nel ricorso per cassazione (nella prima si indica l'art.731 del codice di rito, mentre nel presente ricorso ci si richiama all'art.12 del codice penale -onde il riferimento avrebbe dovuto essere fatto all'art.730 cod. pen.-) vale la pena, preliminarmente e in via generale, di rilevare che tanto l'art. 730 che l'art. 731 postulano l'iniziativa del Ministro della giustizia, con una parziale eccezione introdotta con il comma *2bis* (con la l. n.367/2001), costituita dal fatto che il Procuratore generale sia stato informato della condanna all'estero dalla stessa Autorità straniera. L'art. 730 prevede il riconoscimento della sentenza straniera per gli effetti previsti dal codice penale; la giurisprudenza ha più volte ribadito che si tratta di casi tassativi e che non è possibile un'interpretazione estensiva, come ad esempio nel caso in cui si voglia invocare l'applicazione dell'art.81 cod. pen. (al riguardo resta valido il principio affermato da Corte cost., ord. n. 72/1997): v. tra le altre Cass., 4 novembre 2003, Colombani, RV 226623. L'art.731 prevede il riconoscimento della sentenza straniera quando tale possibilità sia (espressamente) prevista da un accordo internazionale.

Ora, nel caso del principio *ne bis in idem*, applicabile nel caso di specie in quanto previsto dalla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen-CAAS (legge italiana di ratifica: l. 30 settembre 1993, n.388), che ha di fatto sostituito la Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987, costituisce dato acquisito anche a livello internazionale (europeo) che le disposizioni di cui agli artt. 54 e ss. di detta convenzione si applicano *ex se*, senza necessità che la sentenza straniera sia riconosciuta. In buona sostanza, la nuova disciplina del *ne bis in idem* europeo costituisce limite alle giurisdizioni nazionali che, ricorrendone i presupposti, null'altro devono fare che astenersi dall'esercizio della giurisdizione (secondo le modalità previste dagli ordinamen-

ti interni). Il senso e il valore giuridico dello spazio giudiziario comune tra i Paesi membri dell'Unione europea questo appunto significa: attribuire alle decisioni giudiziarie valore in questo spazio comune (come sarà, poi, chiaramente manifestato formalmente con il principio del mutuo riconoscimento posto a base del mandato d'arresto europeo). Il punto è stato confermato, proprio con riferimento all'applicazione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen, da Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE), 11 febbraio 2003 (in Cass. pen. 2003, 1692), che ha affermato che il principio stabilito da tale norma convenzionale "implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di questi ultimi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri".

In questo senso le (ormai) non poche decisioni della CGCE in materia di *ne bis in idem*, da cui si evince chiaramente la limitazione all'esercizio della giurisdizione di cui si è detto sopra; limitazione (*self restraint*), inoltre, che implica l'incompatibilità con il meccanismo del riconoscimento di sentenza straniera; limitazione, per contro, che non si giustifica nei confronti di Paesi estranei all'Unione con i quali, di converso, la inesistenza di un generale principio di *ne bis in idem* internazionale è comprovata dall'obbligo tuttora vigente del rinnovamento del giudizio previsto dall'art.11 cp. Si vedano, tra le tante: - 10 marzo 2005, Miraglia (Cass. pen. 2005, 3165): il principio non si applica a una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiuso un procedimento dopo che il pubblico ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito; - 9 marzo 2006, Van Esbroek (Cass. pen. 2006, 2295): cosa si intenda per "stesso fatto" in un caso di importazione/esportazione dello stesso stupefacente; - 28 settembre 2006, Van Straaten (Cass. pen. 2007, 305): si ribadisce cosa si intenda per "stessi fatti" e si precisa che il principio *ne bis in idem* trova applicazione nel caso di assoluzione definitiva per insufficienza di prove; - 28 settembre 2006, Gasperini (Cass. pen., ivi, 308): il principio vale anche nel caso in cui un imputato sia stato prosciolto per prescrizione (ma il principio non si estende ad altre persone estranee a quel procedimento); - 18 luglio 2007, Kretzinger (Cass. pen. 2007, 4778): l'espressione "pena eseguita" o "pena in corso di esecuzione" contenuta nell'art.54 CAAS include anche quella condizionalmente sospesa; - 18 luglio 2007, Kraaijbrink (Cass. pen., ivi, 4787): i fatti ri-

tenuti uniti dallo stesso disegno criminoso non integrano identità di fatti di cui all'art.54 CAAS.

Da quanto detto deriva che non si è in presenza di un'ipotesi riconducibile al meccanismo del riconoscimento di sentenze straniere. L'eventuale ricorrenza di una situazione di *ne bis in idem* potrà essere fatta valere in sede esecutiva; in quel caso dovrà valutarsi l'applicabilità dell'art.54 CAAS secondo quanto da quella norma disposto. In ogni caso il periodo di custodia sofferto all'estero a fini estradizionali potrà e dovrà essere computato ai fini della pena da eseguire in Italia. Per tutti i motivi meglio sopra specificati si chiede che la Corte di cassazione voglia dichiarare l'inammissibilità del ricorso.⁵⁴

In altra occasione è stata posta alle Sezioni Unite la questione riguardante ***l'applicabilità dell'indulto alle condanne riportate all'estero*** e riconosciute in Italia ai sensi della Convenzione sul trasferimento delle persone condannate, firmata a Strasburgo il 21 marzo 1983 (ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 25 luglio 1988, n. 334). In proposito il Procuratore Generale ha osservato⁵⁵:

Su tale questione di diritto la Corte di cassazione ha espresso un orientamento interpretativo univoco nel senso della non applicabilità dell'indulto in favore di persona condannata all'estero e detenuta in Italia in forza di esecuzione della condanna trasferita nello Stato in virtù della Convenzione citata. La Sezione prima, con l'ordinanza sopra indicata, ritenendo di dovere pervenire ad una conclusione contrastante con quella seguita dal ricordato consolidato indirizzo e ravvisando una situazione di conflitto virtuale, ha rimesso la questione alle Sezioni unite. Questa Procura generale, che davanti alla Sezione prima ha concluso in conformità dell'orientamento espresso dalla Cassazione, ritiene, *re melius perpensa*, anche alla luce delle considerazioni svolte nell'ordinanza di remissione, di dovere pervenire a diversa conclusione, con richiesta di accoglimento del ricorso.

Va preliminarmente rilevato che la questione implica una riflessione in ordine all'interpretazione di norme e disposizioni che nascono "altrove" rispetto all'ordinamento interno (pure se in questo formalmente recepite), essendo evidente che i criteri interpretativi normalmente utilizzati, come quelli indicati dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, sono insufficienti o inadeguati. Così, non sem-

⁵⁴ La sentenza 34793 del 2008 della sesta sezione ha ripreso le argomentazioni di cui sopra addivenendo ad una decisione conforme.

⁵⁵ In procedimento 26791/2007; Napoletano, P.G. Selvaggi.

bra condivisibile l'affermazione contenuta nella sentenza sez. I, 22 giugno 1994, n. 3055, Pileggi, Rv. 198914 (e ripresa da successive decisioni del Giudice di legittimità come, tra le ultime, quella Sez. I, 31 ottobre 2007, n. 42420, Rv. 237971 che, se pure con motivazioni in parte diverse, sconta la stessa *ratio* argomentativa) secondo cui l'applicabilità dell'indulto è precluso dalla mancata menzione di tale istituto nell'art. 12 della Convenzione in parola, che indica solamente la grazia, l'amnistia e la commutazione di pena. Al riguardo è sufficiente rilevare che la convenzione è stata elaborata in seno al Consiglio d'Europa, che le (sole) lingue ufficiali di tale Organismo sono l'inglese e il francese, e che, nel contesto di convenzioni multilaterali -alla cui redazione concorrono Paesi diversi, con ordinamenti diversi- è indispensabile ricorrere alla *voluntas legis* desumibile dal pertinente strumento internazionale, secondo un criterio che assegna alla equivalenza degli istituti il significato discretivo dirimente.

La ricostruzione sistematica del meccanismo proprio della Convenzione (finalizzata a favorire il reinserimento sociale del condannato e la sua riabilitazione, nella consapevolezza che ciò sia più agevole da raggiungere quando egli può scontare la pena inflitta nel proprio Paese di origine, quindi anche nella prospettiva della realizzazione della finalità indicata nell'art. 27 della costituzione) è perciò necessaria.

La Convenzione di Strasburgo individua due fasi. La prima fase è costituita dal riconoscimento della condanna inflitta dall'autorità straniera. A ciò provvede l'art. 9 che prevede la facoltà per gli Stati (secondo le peculiarità dei vari ordinamenti giuridici) di seguire due alternative: quella della continuazione dell'esecuzione della condanna oppure quella della conversione della condanna. La seconda alternativa consiste nell'assumere come dato giuridico l'affermazione della responsabilità penale accertata nell'altro Stato (Stato di condanna) stabilendo la pena che verrebbe inflitta ove il fatto-reato fosse commesso nello Stato di esecuzione (disciplinata nel dettaglio dall'art.11). La prima alternativa (precisata nel successivo art. 10) significa che lo Stato dove la condanna deve essere eseguita (Stato di esecuzione o di amministrazione) "trasporta" la condanna nel proprio ordinamento (il che avviene normalmente tramite il riconoscimento della sentenza estera); in tale caso, precisa la disposizione da ultimo citata, "lo Stato di esecuzione è vincolato alla natura giuridica e alla durata della sanzione così come stabilite dallo Stato di condanna"; con il limite, tuttavia, rappresentato dalla legge interna quanto alla natura e alla durata della pena (che, altrimenti, verrà adattata: ad esempio nel caso di

condanna a quaranta anni di pena detentiva, questa verrà ridotta, con riferimento all'ordinamento italiano, ai sensi degli artt. 23 e 78 del codice penale). Questo, e solo questo, è il senso da attribuire alla disposizione contenuta nell'art.10 della convenzione. La convenzione prevede altresì che lo Stato di esecuzione deve, se richiesto, indicare allo Stato di condanna, prima del trasferimento della persona condannata, quale delle due procedure intende seguire. Ciò perché la Convenzione del 1983 ha natura discrezionale (cioè non è vincolante) e lo Stato di condanna può, appunto discrezionalmente, rifiutare un trasferimento ad esempio perché ritiene che, in conseguenza del "riconoscimento" o del trattamento penitenziario, detto trasferimento non corrisponda agli interessi e ai fini della giustizia penale affermata e realizzata nello Stato di condanna (tanto che alcuni stati –come il Regno Unito- richiedono, al fine di assentire al trasferimento, che la sentenza venga prima riconosciuta). In genere gli Stati aderenti alla Convenzione hanno indicato la procedura che intendono seguire attraverso apposite dichiarazioni al momento della firma, ai sensi dell'art. 3, paragrafo 3.

A questa fase di "riconoscimento" segue la fase dell'esecuzione. L'esecuzione della condanna è regolata dagli artt. 9, 12, 13 e 14 della Convenzione. Il principio generale è che "l'esecuzione della condanna è regolata dalla legge dello Stato di esecuzione e questo Stato è l'unico competente a prendere ogni decisione al riguardo" (art.9, paragrafo 3). Cioè: l'esecuzione viene regolata dalle leggi dello Stato di esecuzione "come se" la condanna avesse avuto *ab origine* natura interna.

A tale regola fondamentale la Convenzione pone alcune eccezioni (tutte, si badi bene, a favore del condannato): 1. lo Stato di esecuzione (art. 14) deve cessare l'esecuzione non appena è informato dallo Stato di condanna di qualsiasi decisione in forza della quale la pena cessa di essere eseguibile (ad es. per *abolitio criminis*); 2. soltanto lo Stato di condanna può decidere sulle domande di revisione della sentenza; 3. ciascuna Parte può accordare la grazia, l'amnistia o la commutazione della condanna, conformemente alle proprie leggi.

La esclusione dell'applicabilità dell'indulto per il solo fatto della omessa menzione di tale istituto non può essere sostenuta, per le seguenti considerazioni. Innanzitutto contrasta con il principio che lo Stato di amministrazione è il solo competente in materia di esecuzione della condanna, fissato dal citato articolo 9, paragrafo 3 (si è detto prima: *come se* la condanna fosse stata emessa dall'autorità nazionale). A volere ritenere non conclusivo detto argomento, deve rilevarsi che tale preclusione, in ogni caso, contrasta non tanto con il principio

del *favor rei* in generale quanto con la finalità che dalla convenzione si ricava, nel senso di dare ingresso a qualsivoglia trattamento più favorevole: come detto le eccezioni al principio della esclusiva competenza dello Stato di esecuzione rispondono a tale finalità. Appare, poi, davvero incomprensibile fare derivare l'inapplicabilità dell'indulto dalla mancata menzione di tale istituto nell'art. 12 quando la norma convenzionale prevede espressamente tanto l'amnistia (provvedimento di carattere generale che agisce sul reato, nel caso dell'amnistia propria, ma, nel caso di amnistia impropria, incide sulla pena) quanto la grazia e la commutazione della pena, che sono provvedimenti singolari, parimenti incidenti sulla pena. A tacere poi della irragionevolezza di una conclusione che esclude l'applicabilità dell'indulto a fronte della espressa applicabilità dell'amnistia, dove l'irragionevolezza è data dal fatto che il più (l'amnistia) comprende necessariamente il meno (l'indulto). Ma l'argomento dirimente è rappresentato dalla volontà del legislatore, quale si evince in maniera non equivoca dal Rapporto Esplicativo che accompagna la Convenzione di Strasburgo e che è parimenti approvato (come la convenzione) dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Si ricava innanzitutto dal Rapporto e dalla Convenzione che con le espressioni che ricorrono nell'art. 12 ci si è intesi riferire alla potestà di clemenza, che esprime un potere sovrano (sicché la sua efficacia tanto se proveniente dallo Stato di condanna quanto da quello di esecuzione si spiega con il *favor rei* ma tradisce anche un non nascosto rispetto del principio di sovranità). Altrimenti dovendosi ad esempio ritenere, senza che tale conclusione sia supportata da adeguati argomenti letterali o logici, che a un Parlamento nazionale sarebbe precluso di legiferare in materia di indulto in maniera da includere tutti gli individui soggetti alla sua giurisdizione. Dalla lettura del Rapporto esplicativo si evince con certezza che l'elencazione contenuta nell'art. 12, lungi dall'essere un *numerus clausus*, esprime invece una necessaria semplificazione, dovuta, come detto, alla circostanza che la Convenzione ha un'origine multilaterale, sicché si dovevano trovare formule comprensive di istituti "equivalenti" (né essendo possibile indicarli tutti nel testo della convenzione, che ha conosciuto adesioni assai numerose -63 Paesi aderenti, ben oltre il numero dei 47 attuali Membri del Consiglio d'Europa- succedutesi nel tempo). In particolare: nel § 47 del Rapporto si legge (con riferimento all'art. 9, paragrafo 3: lo Stato di esecuzione è l'unico competente a prendere ogni decisione circa l'esecuzione) che "questo riferimento alla legge dello Stato di esecuzione deve essere interpretato in senso estensivo; comprende, ad esempio, le regole quanto all'ammissibilità

per la liberazione condizionale. Con maggiore chiarezza: il § 3 stabilisce che lo Stato di esecuzione è l'unico competente a prendere qualsiasi decisione ritenga appropriata". Ancora: nel § 64 del Rapporto (con riferimento alle informazioni che lo Stato di esecuzione deve fornire allo Stato di condanna: art. 15) si precisa che tale disposizione impone allo Stato di esecuzione di "informare lo Stato di condanna circa lo stato dell'esecuzione: a) quando ritiene che l'esecuzione sia completata (es. espiazione della pena, remissione della stessa, liberazione condizionale, grazia, amnistia, commutazione)...".

Del resto, ove mai il legislatore italiano avesse voluto escludere l'indulto ne avrebbe fatto oggetto di apposita previsione nella legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione del 1983; oppure avrebbe potuto esercitare il diritto di apporre riserve o fare dichiarazioni al momento della firma della convenzione stessa.

Infine, a volere incentrare il *thema decidendum* sugli aspetti linguistici, non può non rilevarsi che l'espressione "*pardon*", ha una latitudine assai più vasta di quella riferibile all'espressione "grazia", termine nel quale risulta riportata nella traduzione italiana l'espressione inglese. Invero i dizionari giuridici assegnano al termine *pardon* il significato di "potere di sospendere la pena, graziare, commutare una condanna", al termine *commutation* quello della "riduzione della pena per effetto di un provvedimento di clemenza" e, di converso, i termini italiani "grazia", "indulto" e "condono" vengono indistintamente e sinteticamente tradotti con "*pardon*". Il che dimostra ancora che la soluzione del problema posto sta piuttosto nel concetto di equivalenza, da ricavare, come si è detto, alla luce dello spirito e della *voluntas legis* ricavabili dai testi internazionali; sotto questo profilo appaiono a questa Procura generale irrilevanti i riferimenti alla possibilità o non di ricondurre l'indulto nella categoria della "commutazione", espressamente prevista dalla convenzione di Strasburgo.

Non può, poi, non menzionarsi la Raccomandazione 1527 (2001) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa sul funzionamento della convenzione sul trasferimento delle persone condannate, adottata il 27 giugno 2001 dove, al punto 9iii, lett. b) si raccomanda agli Stati di chiarire che alla convenzione non può farsi ricorso "per ottenere una *liberazione immediata* del detenuto appena questi rientri nel suo Paese". Questa raccomandazione specifica trova origine in un contrasto sorto in sede di applicazione della convenzione di Strasburgo. Era accaduto che, in forza di un provvedimento di "amnistia" approvato dal Parlamento della Turchia (legge 8 aprile 1991, n. 3713) i condannati che avessero espiauto un quinto della pena potessero chie-

dere di essere rimessi in libertà; in conseguenza di tale provvedimento numerosissimi cittadini turchi, condannati all'estero per gravi reati, avevano fatto domanda di trasferimento alla quale, invece, i Paesi di condanna avevano mancato di dare il consenso, e ciò sulla base della scontata immediata liberazione dei condannati una volta trasferiti, con improprio uso della convenzione, che è finalizzata a realizzare il trasferimento della pena perché sia scontata nel Paese di origine (di ciò si era lamentata la Turchia). La raccomandazione citata sembra rilevante nel punto in cui induce indubitabilmente a concludere che, per contro, forme di liberazione anticipata disposte dallo Stato di esecuzione sono del tutto compatibili con la convenzione medesima. Ancora: lo stesso punto 9iii della Raccomandazione, alla lettera c), raccomanda al Comitato dei Ministeri del Consiglio d'Europa di emanare – a sua volta – una raccomandazione al fine di sollecitare gli Stati membri “a non rifiutare i trasferimenti con la giustificazione che il detenuto potrebbe beneficiare di una liberazione anticipata nello Stato di esecuzione”.

Due ultime considerazioni pare opportuno offrire all'attenzione di codeste Sezioni unite. La prima è che secondo una giurisprudenza della Cassazione, nel caso in cui, in applicazione della legge n. 69 del 2005 -che ha dato attuazione al mandato di arresto europeo- la consegna sia rifiutata per essere la persona richiesta cittadino dello Stato e la consegna basata su una sentenza estera da eseguire, e si disponga quindi che la pena “sia eseguita nello Stato”, nessun dubbio sorgerebbe quanto all'operatività dell'indulto alla condanna subita all'estero, non essendo applicabile nel caso di specie la Convenzione del 1983. Tuttavia ove non sia possibile provvedere in tal senso (ad esempio in mancanza di informazioni che consentano di indicare la pena da scontare nello Stato), la persona ricercata deve essere consegnata ed essa potrà poi ricorrere, per essere trasferita nello Stato, alla Convenzione di Strasburgo. Ma se così è, risalta con evidenza l'irragionevole disparità di trattamento che verrebbe a determinarsi tra situazioni identiche, dovuta alla sola circostanza che l'autorità giudiziaria italiana sia o non in grado di disporre che la pena sia eseguita in Italia. Con la seconda considerazione si intende richiamare la vicenda nota come “caso Baraldini”. In quella occasione, in vista del trasferimento in Italia ai sensi della Convenzione di Strasburgo, fu concordato un atto di impegno teso ad escludere la possibilità di fruire di qualsivoglia beneficio, incluso l'indulto: a dimostrazione che, quanto meno da parte italiana, e a livello di alta amministrazione, la convenzione era stata interpretata appunto come non precludente la fruizione di tale istituto.

Vale la pena di aggiungere che, in un procedimento nel quale era occorsa questione analoga a quella in esame, era stato proposto dalla corte di appello competente un quesito al Ministero della giustizia; la risposta del Ministero, come riportato nella decisione della Corte di appello di Caltanissetta, sez. II, ord. 9-15 maggio 2002, è stata nel senso di non potersi escludere l'applicazione dell'indulto nel caso di pena trasferita ai sensi della Convenzione di Strasburgo, con un'espressione decisa di chiusura: "l'indulto è sempre applicabile da parte dello Stato di condanna" (di tale nota viene fatta menzione anche nel presente ricorso). Vero essendo che al Ministero della giustizia non è attribuito il compito di interpretazione della legge, che spetta solo al giudice, è pure vero che, in materia di convenzioni internazionali e dei conseguenti rapporti tra Stati il Governo è responsabile sul piano internazionale della esatta e corretta applicazione degli strumenti convenzionali, secondo il senso e il significato ad essi attribuiti in seno alla Comunità degli Stati (in conformità alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, ratificata dall'Italia con la legge 12 febbraio 1974, n. 112).

Si chiede perciò che la Corte di cassazione si esprima nel senso ***dell'applicabilità dell'indulto nel caso di condanna riportata all'estero***, dovendosi così interpretare la disposizione convenzionale, atteso che le disposizioni che hanno origine esterna all'ordinamento implicano il ricorso a regole di interpretazione che non si esauriscono in (e non coincidono necessariamente con) quelle predisposte per l'applicazione della normativa interna. Conseguie dai rilievi che precedono che l'ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio, dovendo il giudice verificare, in concreto, l'applicabilità, nella specie, dell'indulto di cui alla legge n. 241 del 2006.⁵⁶

10.2 L'estradizione

In un caso nel quale il ricorrente lamentava che la Corte territoriale aveva ommesso di rilevare la mancanza di un provvedimento restrittivo in relazione al quale era stata richiesta l'estradizione, atteso che in base all'art. X del vigente trattato di estradizione tra Italia e Stati Uniti lo Stato richiedente deve allegare alla domanda una copia

⁵⁶ La sentenza 36527 del 2008 delle Sezioni Unite si è espressa in senso conforme affermando che *"L'indulto si applica anche alle persone condannate all'estero e trasferite in Italia per l'espiazione della pena con la procedura stabilita dalla Convenzione di Strasburgo del 21 marzo 1983 sul trasferimento delle persone condannate, ratificata e resa esecutiva con legge 25 luglio 1988 n. 334"*.

certificata conforme del mandato di arresto, sosteneva il ricorrente che il provvedimento restrittivo statunitense del 17 novembre 1997 faceva riferimento alla mancata comparizione in giudizio dell'Adamson, cioè al reato di *contempt of court*, così che, poiché tale violazione non è punita nel nostro ordinamento, sarebbe mancata la condizione della doppia incriminazione; ed in cui secondo il ricorrente se poi si fosse voluto ritenere rilevante un riferimento contenuto in detto provvedimento al "capo di imputazione originario", si rilevava che il riferimento era del tutto generico perché nel rinvio a giudizio disposto dal *Grand Jury* si fa riferimento a cinque capi di accusa, il Procuratore Generale ha ritenuto il ricorso infondato osservando⁵⁷: Come puntualmente rileva la Corte territoriale, il mandato di arresto volto ad assicurare la presenza dell'imputato in giudizio non ha una rilevanza penale-sostanziale autonoma. Gli Stati Uniti procedono, come si rileva chiaramente dalla documentazione estradizionale, per i fatti-reato relativi allo stupefacente sequestrato e solo questi sono destinatari delle norme del trattato di estradizione; solo con riferimento a questi, quindi, deve essere operata la valutazione quanto alla doppia incriminazione, indicazione delle leggi violate ecc. Il mandato di arresto cui fa riferimento il ricorrente è uno strumento necessario e legittimo della legislazione straniera per consentire il giudizio ed è indifferente che il nostro ordinamento non preveda il medesimo strumento processuale. Vale la pena di aggiungere che negli Stati Uniti – e qui è irrilevante che si tratti di reato federale o di reato previsto da leggi statali, ovvero dell'una o dell'altra procedura- un procedimento penale inizia di regola con il materiale arresto della persona. In base alla costituzione americana ognuno ha il diritto di essere rilasciato dietro cauzione, con l'obbligo di presentarsi davanti al giudice per il giudizio; in mancanza viene emesso mandato di cattura. E questo è quello che è occorso nel caso di specie. E tale mandato costituisce strumento processuale per procedere al giudizio, atteso che nel sistema americano il processo *in absentia* non è previsto. E' pertanto pacifico che il mandato di cattura fa riferimento non al reato di *contempt of court* ma, appunto, ai reati per i quali la persona deve rispondere e per i quali era stato prima arrestato, poi liberato su cauzione e indi rinviato a giudizio. Questo risulta chiaramente dalle carte inviate dagli Stati Uniti (v. ad esempio f. 121, dove risulta che il mandato di cattura è stato emesso perché Adamson non era apparso davanti alla corte per il giudizio "in rela-

⁵⁷ Procedimento 22148/2007, Adamson, P.G. Selvaggi.

zione ai capi di imputazione indicati nel rinvio a giudizio”; v. anche *exhibit A*, f. 134, rappresentato dal mandato di arresto, dove è chiaro il riferimento, appunto, all’*“original charge”*, cioè associazione con riferimento a reati di droga, come indicati nel provvedimento di rinvio a giudizio (*charging document filed in this court*). Gli Stati Uniti hanno richiesto la consegna dell’Adamson con riferimento a reati di droga, meglio specificati nella documentazione allegata: v. Nota diplomatica dell’Ambasciata USA del 10 gennaio 07; il provvedimento di rinvio a giudizio (*indictment*) dello Stato del Maryland (pp n.K97-832) precisa i capi di accusa, che sono i cinque capi di imputazione sui quali si è pronunciata la Corte di appello di Venezia. Quindi nessuna violazione al divieto di doppia incriminazione. Quanto appena detto e i riferimenti alla documentazione americana consentono anche di ritenere infondata la questione relativa alla “discrepanza” assunta nel ricorso tra il reato apparentemente indicato nel mandato di arresto e gli originali capi di imputazione: dalla documentazione risalta l’infondatezza di quanto assunto nel ricorso.

Con il 2° motivo il ricorrente deduce l’omesso invio della documentazione in punto di prescrizione del o dei reati, come previsto dalla lett.e del paragrafo dell’art.X del Trattato. Il ricorso è infondato anche su questo punto. Premesso che l’indicazione dei tempi di prescrizione è prevista, come bene osserva il ricorrente, per consentire all’autorità dello Stato richiesto di verificare l’eventuale preclusione all’azione penale per decorso del tempo (da valutare in base alla legge dello Stato richiedente), va rilevato che nella documentazione americana sono contenuti elementi informativi e chiarimenti sul punto. Nei ff. 123 e segg. si precisa che per i reati di cui ai capi 2, 3 e 4, trattandosi di delitti (*felonies*), non c’è prescrizione, secondo le leggi del Maryland. Quanto ai reati di cui ai capi 1 e 5 (*misdemeanors*), assimilabili (in parte) alle nostre contravvenzioni, l’azione penale deve essere esercitata entro un anno dall’accertamento del fatto; tralasciando il capo 5 (per cui la Corte territoriale ha negato l’estradiabilità; in ogni caso l’azione penale è stata esercitata entro l’anno) si rileva che, quanto al capo 1, la prescrizione prevista dalle leggi americane per la *conspiracy* è la stessa del reato fine: poiché il reato fine, come detto sopra, è un delitto, non c’è prescrizione. Quindi: non solo i reati non sono prescritti secondo la legge americana ma l’autorità estera ha prodotto esaustiva, completa e adeguata documentazione sul punto. La difesa oppone altresì che, in base a una disposizione dello Stato del Maryland (di cui riporta estremi e contenuto) l’azione penale sarebbe prescritta. Non sembra neppure utile procedere alla richiesta di chiari-

menti sul punto alla controparte americana, posto che dalla lettura della disposizione così come riportata dalla difesa risulta evidente che non è maturata alcuna prescrizione: l'azione penale, attraverso l'emissione dell'*indictment*, è stata esercitata in data 1° dicembre 1997 e l'Adamson era stato arrestato (data di accertamento del fatto) il 4 novembre precedente. Anche in relazione al motivo esposto il ricorso è infondato e va pertanto rigettato. Parimenti è infondato quello in punto di mancata produzione dei testi legislativi relativi ai reati e alle pene. Non solo su detti punti la documentazione allegata alla domanda di estradizione è del tutto congrua e sufficiente, ma va pure rilevato che la riproduzione di testi di legge (che normalmente viene fatta mediante semplice fotocopiatura di testi giuridici editi –l'autorità italiana, in attivo, si limita a produrre fotocopia delle pagine relative del codice "La Tribuna"!-) non solo è equiparabile ad altre modalità di informazione, ma per alcuni ordinamenti ciò non è neppure possibile, come quando si tratti di reati di diritto comune (*common law*), cioè elaborati a livello giurisprudenziale (due di quelli oggetto della richiesta americana sono di questo tipo).

Nel terzo motivo si lamenta l'assenza della base ragionevole di responsabilità e violazione del principio di doppia incriminazione quanto al reato di *conspiracy*. Quella che nel ricorso viene definita "base ragionevole", secondo la dicitura contenuta nel paragrafo 3 dell'art.X del Trattato (testo italiano) null'altro è che la *probable cause*, analoga alla categoria degli indizi di colpevolezza conosciuta dal nostro ordinamento. Non solo la documentazione allegata alla domanda è del tutto esaustiva sul punto (certo molto più di quanto contengano normalmente le nostre richieste di estradizione, posto che nel caso di specie l'autorità richiesta è messa in condizioni di conoscere nel dettaglio le circostanze fattuali, quelle dell'arresto, le dichiarazioni rese dall'interessato, il coinvolgimento con terze persone, i risultati della perquisizione e del sequestro –fu trovata sostanza stupefacente e la somma di 89.000 dollari US-, i risultati di intercettazioni e pedinamenti) ma si deve tenere nel debito, dirimente conto il fatto che la persona, una volta arrestata dalla polizia, è stata condotta davanti a un giudice il quale ha verificato non solo legittimità dell'arresto ma pure *probable cause*, tanto che ne ha disposto il mantenimento custodiale, sia pure accogliendo poi la richiesta di rimessione in libertà dietro cauzione; non solo: successivamente altro giudice (*Grand Jury*, equivalente, a questi fini, al nostro Gip) ha disposto il rinvio a giudizio, che presuppone la valutazione sull'esistenza di una consistente base probatoria a carico. Anche questo motivo è infondato. Il difensore, tuttavia, lo rac-

corda ad altra questione, sostenendo che la indicazione dei reati da parte americana si traduce in una duplicazione (più esattamente: una quintuplicazione) delle ipotesi criminose alle quali viene ricondotto uno stesso fatto materiale. Prescindendo da una riflessione, superflua nell'economia di questa requisitoria su questo punto (ma rilevante ai fini di cui appresso della disamina dello stesso motivo di ricorso, come si vedrà più avanti), sulla tecnica di costruzione in genere delle fattispecie penali (se come reato autonomo, se come circostanza aggravante, se circostanza aggravante ad effetto speciale) nonché sulla previsione di meccanismi quale il nostro art.81 del codice penale, riflessione che comunque suggerirebbe di ragionare su questi aspetti con estrema cautela, non essendo accettabile in principio che i meccanismi eventualmente adottati da altri sistemi debbano essere parametrati e valutati sulla base di quanto previsto dal nostro sistema (la decisione delle SU del 30 gennaio 2007 nel caso Ramoci è sintomatica sul punto), si deve rilevare che la Corte territoriale ha dichiarato l'estradabilità della persona richiesta con riferimento ai capi di imputazione 1, 2 e 3 del provvedimento di rinvio a giudizio del *Grand Jury* del 1° dicembre 1997. Su questi pertanto si dovrà limitare la valutazione della Cassazione, in assenza di un'impugnazione da parte della procura generale.

Sostiene la difesa che le accuse riportate nel primo e terzo capo d'imputazione descrivono gli stessi fatti riportati nel secondo capo di imputazione. Sul punto la motivazione della Corte territoriale (contenuta nel punto 4, lett c della motivazione stessa) è del tutto appagante ed esaustiva ed immune da vizi logici. Si rimanda a quanto espresso prima con riferimento alla tecnica di costruzione delle fattispecie. In particolare si reitera che anche nel nostro ordinamento risultano punibili le condotte di associazione a delinquere finalizzate alla detenzione, traffico ecc. di sostanze stupefacenti, di detenzione e del rivestire la qualità di organizzatore, risultando la scelta se costruirle come reato autonomo o circostanze aggravanti è meramente riconducibile a una discrezionalità legislativa che non è foriera o frutto di irragionevolezza o disparità di trattamento. Nel caso di specie non è pertanto violato il principio di doppia incriminazione. Non è, poi, fuori di luogo rilevare che nel sistema americano l'espiazione di condanna per più reati decorre concorrentialmente per tutti i reati: una condanna per più reati viene espiaata con pari decorrenza per tutti.

Parimenti è infondata la questione relativa alla *conspiracy*. La circostanza che, secondo il sistema americano, la persona che commette *conspiracy* è assoggettata alle stesse sanzioni di quelle indicate per il

delitto oggetto della cospirazione vuole solo dire che, come è comprovato del resto dalla stessa documentazione prodotta con la domanda di estradizione, che la pena per la *conspiracy* non è stabilita in via autonoma ma è equivalente (in termini di qualità e quantità) a quella prevista per il reato fine; si tratta cioè di una pena variabile, da individuare a seconda del reato fine (soluzione, peraltro, che ha una sua intima logica e ragionevolezza). La lettura che viene proposta nel ricorso, insomma, non è corretta.

Con il quarto motivo la difesa rileva che lo Stato del Maryland è uno dei 38 Stati americani ove vige la pena di morte. La pena di morte non è prevista per i reati per i quali è stata richiesta l'extradizione; in proposito non può che richiamarsi i recenti arresti di codesta VI sezione nel caso Cipriani. Il ricorso va sul punto rigettato siccome infondato.

La difesa del ricorrente ha presentato motivi aggiunti. Con un primo motivo aggiunto si propone una questione di legittimità costituzionale del Trattato Italia-USA e segnatamente (deve ritenersi, anche se questo nel motivo aggiunto non è detto, della legge italiana che vi ha dato esecuzione) con riferimento all'art.XVI di esso Trattato nel punto in cui consentirebbe di derogare al principio di specialità. Il motivo è privo di fondamento. Si osserva preliminarmente, anche se ciò può apparire ultroneo, che il principio di specialità -connaturale all'istituto dell'extradizione- è previsto a tutela dello Stato richiesto al fine di evitare richieste strumentali da parte dello Stato richiedente, che potrebbe astenersi dall'avanzare domanda in relazione a fatti per i quali l'extradizione potrebbe essere rifiutata per poi procedere autonomamente nel proprio territorio (sì che la tutela che ne deriva all'individuo ha natura riflessa). A tale principio, non essendo un principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto (v. art.10 Cost.), ben possono gli Stati derogare; tuttavia va posto in rilievo che nessuna deroga è contenuta nella disposizione citata. La lett.a non fa altro che dire che l'eventuale diversa qualificazione giuridica da parte dello Stato richiedente non costituisce violazione al principio di specialità: ad esempio non ci si può appellare a tale principio nel caso in cui il fatto sia ricondotto all'ipotesi di rapina anziché di furto, o viceversa (l'assenza di possibilità di inflizione della pena capitale nel caso di specie rende la questione più semplice ma in ogni caso va rilevato che il reato diversamente qualificato dovrebbe pur sempre essere estradabile, il che non è nel caso sia prevista la pena di morte). Neppure costituisce deroga al principio di specialità quanto previsto nella lett. c della citata disposizione perché è fatta salva la possibilità per la parte

richiesta, nel caso l'altro Stato intenda perseguire la persona per altro e diverso reato non oggetto della domanda di estradizione, di chiedere la presentazione della documentazione prevista dall'art.X del Trattato, e ciò all'evidente fine di pronunciarsi sulla "nuova" domanda di estradizione. Anche questo motivo è infondato. Con un secondo motivo aggiunto si ripropone questione prospettata in altra parte del ricorso depositato il 7 maggio 2007 (duplicità delle contestazioni; in particolare il ricoprire il ruolo di capo dell'organizzazione criminosa non costituisce reato autonomo nel nostro ordinamento) e su questo lo scrivente Procuratore generale si è già pronunciato.⁵⁸

Sempre in tema di estradizione sull'istanza proposta nell'interesse di ZHUKOVSKA Tetyana e diretta ad ottenere la revoca della misura cautelare (obbligo di presentazione alla pg) cui la stessa è sottoposta a fini estradizionali nonché sul ricorso parimenti proposto avverso la sentenza della Corte di appello di Napoli in data 29 maggio 2007 con la quale è stata dichiarata la sussistenza delle condizioni per l'estradizione della predetta Zhukovska verso l'Ucraina, il ricorrente sosteneva che la misura andasse revocata per essere inutilmente decorsi i termini di cui all'art. 714 co. 4 del codice di procedura penale senza che si fosse esaurito il procedimento (di estradizione) davanti all'autorità giudiziaria (vale a dire: un anno e sei mesi; la Zhukovska era stata tratta in arresto il 10 giugno 2006 e nei suoi confronti era stata applicata la misura della custodia cautelare in carcere in data 13 giugno successivo, misura poi dalla stessa Corte di appello sostituita con quella, attualmente in vigore, dell'obbligo di presentazione alla pg), il Procuratore generale ha ritenuto⁵⁹:

Poiché l'udienza per la trattazione del ricorso avverso la sentenza che ha deliberato favorevolmente per la sua estradizione è stata fissata per giorno 19 giugno 2008, le due questioni vengono qui esaminate e valutate congiuntamente. Con riferimento al ricorso proposto avverso la sentenza dichiarativa della sussistenza delle condizioni per la estradibilità si osserva che il ricorso è infondato e va pertanto rigettato. Il ricorso è incentrato in tre motivi. Il primo motivo attiene al canale di trasmissione della domanda di estradizione e all'organo che l'ha avanzata. La domanda dell'Ucraina è stata trasmessa dall'Ufficio del Pubblico Ministero di quello Stato, difformemente da quanto di-

⁵⁸ Il ricorso è stato rigettato con sentenza 5668 del 2008 della sesta sezione.

⁵⁹ Procedimento 21060/2008, Zhukovska, P.G. Selvaggi.

sposto dall'art. 12 della Convenzione europea di estradizione (firmata a Parigi il 13 dicembre 1957, ratificata dall'Italia ed entrata in vigore nel nostro Paese nel 1963), che prevede –assume il ricorrente– che la richiesta deve essere formulata e indirizzata dal Ministero della giustizia della Parte richiedente al Ministero della giustizia della Parte richiesta. Al riguardo va preliminarmente rilevato che l'assunto del ricorrente non è del tutto esatto. L'art. 12 della Convenzione prevede che la richiesta è fatta per via diplomatica. E' l'art. 5 del Secondo Protocollo addizionale (firmato a Strasburgo il 17 marzo 1978, ratificato dall'Italia ed entrato in vigore nel nostro Paese nel 1985) che ha modificato il paragrafo 1 dell'art. 12, introducendo la previsione secondo cui la domanda va fatta e inoltrata attraverso i Ministeri della giustizia. La notazione, in via generale, non è senza rilievo, posto che non tutti i Paesi firmatari o coinvolti nell'applicabilità (in forza dell'entrata in vigore) del Secondo Protocollo coincidono con quelli che sono Parte alla Convenzione del 1957. L'Ucraina, in ogni caso, ha aderito al Secondo Protocollo (entrato in vigore il 9 giugno 1998). Tuttavia l'Ucraina, con riferimento all'art. 5 del Protocollo, ha fatto (con atto del 31 gennaio 2000, registrato presso il Segretariato del Consiglio d'Europa il 1° febbraio successivo) la seguente dichiarazione (il testo della dichiarazione è in francese, la traduzione non è ufficiale): “Il Ministero della giustizia dell'Ucraina (nel caso di una domanda avente natura giurisdizionale) e l'Ufficio del Procuratore Generale dell'Ucraina (nel caso di domande provenienti dagli organi incaricati delle indagini) sono le autorità alle quali fa riferimento l'art. 12, paragrafo 1 come modificato dal Secondo Protocollo addizionale”. Il motivo è quindi palesemente infondato, essendo stata la richiesta, appunto, avanzata dall'Ufficio del Procuratore in relazione a un procedimento che, nei confronti della persona richiesta, si trova nella fase delle indagini. La via di trasmissione, poi, può essere diretta oppure per via diplomatica.

Con il secondo motivo il ricorrente lamenta che la Corte di appello abbia erroneamente inteso la doglianza prospettata nel corso del procedimento davanti a tale organo giudiziario; in particolare, si dice nel ricorso, quello di cui ci si lamentava non era tanto la mancata indicazione o sussistenza di elementi indiziari in relazione al contestato reato di tentato omicidio bensì la mancata indicazione, nella relazione spedita dalle autorità ucraine, di elementi da cui dedurre “lo stesso avverarsi del fatto”. Anche tale doglianza è infondata..... Dai dati emergenti dalla sentenza qui trasmessa risulta un quadro probatorio decisamente significativo e tale sarebbe anche nel nostro sistema. L'unico dato sul quale può ragionevolmente essere aperta una discussio-

ne è rappresentato dalla valutazione se, nell'azione posta in essere dai due condannati nonché dall'estradanda –sia pure con apporti diversis- sia ravvisabile un tentativo oppure una realizzazione di atti non riconducibile al delitto tentato bensì all'ipotesi degli atti meramente preparatori (peraltro forieri di integrare ipotesi delittuose a loro volta, cioè *ex se*). Tale valutazione non può che essere rimessa al giudice naturale, quello cioè dello Stato richiedente. Ove a ciò invece si spingesse l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, questo porrebbe in essere una chiara violazione dell'obbligo internazionale.

Analoga conclusione deve raggiungersi rispetto ad altra questione che pure potrebbe essere prospettata: quale ruolo abbia giocato l'agente sotto copertura. Infatti secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (v.da ultimo Pyrgiotakis c. Grecia, 21 febbraio 2008, in corso di pubblicazione su Cass. pen. n. 6/2008, che riprende argomentazioni svolte in Teixeira de Castro c. Portogallo, 9 giugno 1998 e Calabrò c. Italia e Germania, 21 marzo 2002, quest'ultima in Cass. pen. 2002, p. 2920) sembra emergere la distinzione tra due diverse figure: quella dell'agente infiltrato (*undercover agent*) e quella dell'agente provocatore; mentre la prima è senza limiti ammessa, la seconda può porre problemi di compatibilità con la Cedu sotto il profilo dell'art.6, cioè il principio del giusto processo. Nel caso Calabrò la Corte europea, dopo avere osservato che "l'interesse pubblico non può giustificare l'utilizzazione di elementi raccolti in seguito a una provocazione da parte della polizia", ha evidenziato che nel caso in esame non poteva reputarsi che l'azione dell'agente avesse provocato un reato che, senza il suo intervento, non sarebbe stato commesso: il soggetto il questione si era limitato a fare conoscere la propria disponibilità a importare e vendere quantità di stupefacenti e l'imputato lo aveva spontaneamente contattato, versandogli una somma di denaro e organizzando un incontro per l'ulteriore attività. La Corte, in quel caso, ha quindi ritenuto che "l'intervento in questione...non ha privato il ricorrente di un processo equo". Nel caso Pyrgiotakis, invece, l'agente infiltrato aveva agito da agente provocatore mettendosi lui in contatto con l'imputato e proponendogli un acquisto di droga; la Corte ha quindi ritenuto che, essendosi la condanna basata esclusivamente sul comportamento indotto dall'agente, non potesse ravvisarsi una equità complessiva della procedura. In ogni caso è evidente che, ancora una volta, la questione non può che essere rimessa al giudice naturale del fatto, trattandosi di ipotesi che non è riconducibile *ictu oculi* a una flagrante violazione dei diritti umani, giusta la disposizione contenuta nell'art. 705 del codice di procedura penale.

Altro è, naturalmente, la fiducia che si ritiene possa accordarsi allo Stato dell'Ucraina e al suo sistema giuridico e giudiziario. Tale aspetto, che fa parte del terzo motivo di ricorso, si presenta parimenti infondato. Va innanzitutto premesso che questa Procura generale ritiene esatto quanto dedotto dalla difesa, cioè che le condizioni ostative all'estradizione indicate al comma 2 dell'art. 705 del codice di procedura penale si applicano non solo nelle procedure in assenza di convenzione ma anche in quelle convenzionali. Tanto più, è da dire, quando la convenzione è tra Paesi aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cioè quei diritti – indicati nell'art. 705- che appunto la convenzione intende tutelare e proteggere.

Non può obliterarsi che la cassazione, con decisione che risulta allegata alla memoria difensiva nel procedimento davanti alla corte di appello, ha rifiutato un'estradizione verso la Bielorussia. Ma, questo è il punto, si tratta di un Paese che non fa parte – diversamente dall'Ucraina- della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; anzi di Paese nei confronti del quale il Consiglio d'Europa ha da tempo sospeso, per violazione di diritti umani, ogni procedura che avrebbe potuto portare al suo ingresso in tale consesso. Ora, la Corte europea ha ripetutamente affermato che, affinché si riconosca la violazione della convenzione e dell'articolo 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) è sufficiente il solo rischio che ciò accada, ma di tale rischio deve darsi una prova obiettiva con riferimento al caso concreto in esame. Nel caso di specie correttamente la Corte di appello ha ritenuto che la documentazione prodotta non fosse tale da integrare tale condizione, risultando che la documentazione di Amnesty prodotta “non delinea un trattamento che possa qualificarsi come espressione di un sistema, limitandosi, invece, a descrivere episodi patologici...”. A ragionare diversamente si dovrebbe ritenere, proprio leggendo i rapporti di Amnesty, che nessuna estradizione dovrebbe essere accordata all'Italia in conseguenza dei fatti di Bolzaneto oppure dei ripetuti, negativi accertamenti svolti in alcune carceri italiane dal Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa (che ha rilevato più volte situazioni di intollerante sovraffollamento, come tali integranti trattamenti inumani e degradanti).

Sarà, se del caso, il Ministero della giustizia a valutare, in caso di concessa estradizione, l'opportunità di chiedere alle Autorità ucraine di essere informato circa l'esito che, nel Paese richiedente, verrà dato alla richiesta estradizione, eventualmente richiedendo copia della sentenza. Verosimilmente ciò potrebbe essere precisato nella stesso decreto concessivo dell'estradizione.

Quanto allo *status libertatis* si osserva che, poiché –come si è detto prima - si ritiene che il ricorso avverso la dichiarazione di estradabilità appare infondato, la relativa istanza va respinta, dovendo, nel confermarsì la sentenza della Corte di appello, disporsi la sua consegna alle Autorità dell'Ucraina, secondo le determinazioni che assumerà il Ministro della giustizia.

Può peraltro osservarsi che, se pure l'art. 714 citato fa riferimento –quanto alle conseguenze del decorso dei termini massimi di custodia cautelare a fini estradizionali- alle misure cautelari senza distinzione alcuna, sì che la giurisprudenza di legittimità con costante uniformità (fatta eccezione per sez.VI, 11 luglio 1995, n. 2931, Rv. 202835 così come massimata) ha ritenuto l'inapplicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 303 e 308 del codice (v. tra le tante, sez. VI, 1° ottobre 2003-6 febbraio 2004, n. 4643, Rv. 227917 e ID, 17 febbraio 2004-22 giugno 2004, n. 28033, Rv. 229585, peraltro con riferimento alla custodia cautelare in carcere), potrebbe tuttavia non escludersi che la conseguenza della revoca della misura cautelare comminata dall'art. 714 sia da riferirsi alle misure cautelari coercitive privative della libertà personale nella forma custodiale (quindi: la custodia in carcere e gli arresti domiciliari) e non anche a quelle –sempre coercitive- che si sostanziano in altre limitazioni. Il che potrebbe avere una sua logica, posto che sono solo le prime che rendono possibile il computo del relativo periodo sofferto ai fini della pena eventualmente inflitta nello Stato richiedente oppure da scontare colà. E del resto le stesse indicazioni della giurisprudenza di legittimità che, in prevalenza, opta per l'inapplicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 303 e 308 lascia la possibilità di una interpretazione secondo cui, appunto, i termini indicati da tale ultima disposizione, sono "inapplicabili". Criterio e argomento formalistico, certo, che tuttavia si ritiene di prospettare a codesta Corte. In ogni caso qualsiasi valutazione al riguardo resta assorbita da quanto prima detto in relazione alla necessità che la misura cautelare non sia revocata per il rigetto del ricorso avverso la dichiarazione di estradabilità. Si ritiene quindi che la Codesta Corte debba rigettare il ricorso proposto.⁶⁰

10.3 Il mandato di arresto europeo

Sul ricorso proposto dal Procuratore generale di Firenze avverso

⁶⁰ Procedimento definito con sentenza 28799 del 2008 della sesta sezione che ha revocato la misura.

la sentenza emessa dalla Corte di appello di quella città in data 3 marzo 2008 con la quale era stata dichiarata l'insussistenza delle condizioni per l'esecuzione del mandato d'arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria romena ed era stata disposta la revoca della misura cautelare (arresti domiciliari) imposta a Nalbaru Gelu, la Procura Generale ha osservato quanto segue⁶¹..:

Con la sentenza impugnata la Corte di appello di Firenze ha ritenuto non soddisfatte le condizioni previste dalla legge italiana che ha dato attuazione al mandato d'arresto europeo (in particolare non essendo state fornite le indicazioni e le allegazioni richieste con l'ordinanza 25 gennaio 2008 -ai sensi dell'art.6 della legge n. 69/2005- né trasmessa la sentenza di condanna per la cui esecuzione era stato emesso il MAE). La mancanza di tali allegazioni integrava causa ostativa alla consegna, giusto il disposto dell'art.6 della legge citata nonché dell'art. 19 della medesima legge; invero la Corte aveva rilevato che il Nalbaru era stato giudicato in absentia, sicché l'apprestamento delle garanzie da parte dello Stato richiedente era per tale ipotesi necessaria. Da qui la decisione circa la insussistenza delle condizioni per fare luogo alla consegna. Insorge il Procuratore generale di Firenze che, nel ricorso, lamenta la violazione degli artt. 6, 16 e 19 della legge n. 69/2005, rilevando che l'ordinanza dispositiva dell'integrazione della documentazione avanzata alle autorità romene non era stata mai trasmessa al Ministero della giustizia che, quindi, non l'aveva a sua volta trasmessa all'autorità estera; la mancanza dell'integrazione richiesta, quindi, non poteva essere imputata a quest'ultima autorità. Nella memoria difensiva della persona richiesta in consegna si prospettano innanzitutto un motivo di inammissibilità del ricorso, atteso che la richiesta di cui all'ordinanza del 25 gennaio 2008 era stata inviata all'INTERPOL e questo Ufficio l'aveva trasmessa alle autorità romene.

Il ricorso è fondato e la sentenza gravata va annullata. Risulta innanzitutto che il fax con il quale sarebbe stata inviata l'ordinanza in questione al Ministero della giustizia – Ufficio estradizione non è mai pervenuto a tale ufficio. Ciò è inequivocabilmente provato dalla ricevuta dell'inoltro che reca la dicitura: “p. 00” e “risult. NO”. Avrebbe dovuto, l'ufficio procedente, verificare l'effettivo inoltro del fax che trasmetteva l'ordinanza in questione.

E' vero che il fax in questione (con l'ordinanza allagata: risulta dal numero di pagine trasmesse, cioè tre) è stato inviato all'INTERPOL e

⁶¹ Procedimento 11784/2008, Nalbaru. P.G. Selvaggi.

che questi (risulta dagli atti) l'ha prontamente trasmesso –attraverso il collaterale ufficio di polizia romeno- all'autorità estera; tuttavia tale canale di trasmissione –che nella memoria difensiva prima citata viene considerato canale istituzionale-, mentre è previsto e viene normalmente utilizzato nelle procedure estradizionali, non è previsto, quanto alle informazioni e agli accertamenti integrativi di cui all'art.16 della legge n. 69/2005, con riferimento al MAE, perché nell'ambito di operatività di tale istituto l'unico canale, in una con la trasmissione diretta tra autorità giudiziarie, è, nel caso di specie, il Ministero della giustizia (v. art. 16 cit.; arg. inoltre ex art. 6 comma 6). Non è chiaro se all'INTERPOL italiano sia stata data risposta (dagli atti risulta una risposta a una richiesta INTERPOL, tuttavia datata 8 gennaio 2008, quindi anteriormente all'ordinanza della Corte di appello; ciò fa presumere che si tratti di invio di informazioni complementari non oggetto della richiesta specifica della corte fiorentina). E' però certo che la Corte di appello avrebbe dovuto quantomeno sollecitare o accertarsi se alla richiesta di integrazione fosse stata data risposta. Ciò non ha fatto. L'eccezione di inammissibilità del proposto ricorso va pertanto disattesa. Va in ogni caso rilevato che erroneamente la Corte di appello ha applicato l'art. 6 comma 6 della legge n. 69/2005 (“se l'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione non dà corso alla richiesta del Ministro della giustizia, di cui al comma 5, la corte di appello respinge la richiesta”). All'udienza del 22 aprile 2008 la sez. VI penale della Corte di cassazione ha disposto il rinvio a nuovo ruolo del procedimento, con richiesta al Ministero della giustizia di fare conoscere l'esito della richiesta di cui all'ordinanza della Corte di appello. Il ministero, nel confermare la mancata ricezione (nota del 24 aprile 2008) del fax da parte della Corte di appello, ha inviato la documentazione richiesta. Dalla documentazione prodotta e pervenuta risulta che non è esatto che il Nalbaru sia stato giudicato in contumacia. Risulta dalla sentenza di primo grado emessa dal tribunale di Iasi, che l'imputato era presente e in stato di detenzione, difeso dal difensore. Per completezza vale la pena evidenziare che avverso la sentenza di primo grado è stato proposto appello e che avverso la decisione di secondo grado è stata proposta impugnazione davanti alla corte di cassazione romena; inoltre che si è tenuta anche un'udienza di correzione di errore materiale (camera di consiglio del 12 gennaio 2007), a dimostrazione che l'intera procedura si è sviluppata secondo scansioni che denotano un sistema non molto dissimile da quello italiano. Le sentenze prodotte, segnatamente quella di primo grado, danno conto compiutamente delle ragioni della condanna inflitta al Nalbaru.

La sentenza va pertanto annullata con rinvio e gli atti trasmessi alla Corte di appello di Firenze per nuovo esame, alla luce della documentazione pervenuta. Valuterà la stessa Corte di appello la fondatezza della censura avanzata dalla parte interessata nella memoria difensiva in punto di irragionevole disparità di trattamento (con richiesta di interpretazione costituzionalmente conforme e orientata o, in subordine, di incidente di legittimità costituzionale) in conseguenza della mancata previsione – a differenza del caso in cui l'esecuzione del MAE sia avanzata per fini processuali- della possibilità per il residente nello Stato – quale è il Nulbaru- richiesto in consegna di scontare la pena nel Paese di esecuzione. Si chiede pertanto che la Corte di cassazione voglia dichiarare la nullità della sentenza emessa dalla Corte di appello di Firenze in data 3 marzo 2008 nel procedimento per esecuzione di mandato di arresto europeo nei confronti di Nulbaru Gelu, con rinvio alla stessa Corte di appello.⁶²

11. Gli effetti nel diritto interno delle decisioni della CEDU

Chiamata a valutare se fosse possibile dare effetto alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha riconosciuto la violazione della Cedu, per avere la Corte di cassazione proceduto a diversa qualificazione giuridica del fatto in violazione del principio del contraddittorio, il Procuratore generale ha osservato⁶³:

L'antefatto. Una breve sintesi della vicenda processuale che ha portato all'emissione della ordinanza in questione appare indispensabile. Con la sentenza n. 23024 del 4 febbraio 2004, la Corte di cassazione, decidendo sul ricorso proposto da Drassich avverso la sentenza della Corte di appello di Venezia del 12 giugno 2002 (con la quale era stata in parte riformata la sentenza di primo grado, in parziale accoglimento dell'impugnazione proposta dal PM, con estensione del giudizio di responsabilità per il reato di corruzione anche ad altri episodi per i quali in primo grado il Drassich era stato invece mandato assolto con formule diverse), rigettava, tra l'altro, il ricorso medesimo con il quale era stato richiesto di dichiarare la prescrizione del reato di corruzione. Riteneva, in particolare, la Cassazione di dovere riqualificare il

⁶² La Corte ha assunto in proposito la decisione 27717 del 2008 con la quale ha annullato la sentenza impugnata e rinviato alla Corte di appello di Firenze per nuova deliberazione.

⁶³ In procedimento 24788/2008, Drassich, discusso nell'udienza del 12 novembre 2008.

reato di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio come reato di corruzione in atti giudiziari; al riguardo rilevava che tale riqualificazione, espressione dell'istituzionale funzione di nomofilachia, non poteva considerarsi in violazione del principio del divieto di *reformatio in peius*, atteso che detto principio, per costante giurisprudenza del giudice di legittimità, riguarda esclusivamente il trattamento sanzionatorio; trattamento che, nel caso di specie, non era stato toccato. Dalla diversa qualificazione giuridica operata era conseguita la non prescrizione del reato.

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Con la sentenza in data 11 dicembre 2007 la Corte europea dei diritti dell'uomo (adita dal Drassich) ha ritenuto la violazione -nel corso del procedimento nazionale nei confronti del Drassich- dell'art. 6 della Cedu, paragrafo 3 lett. a e b, che prescrive un processo equo. Rileva la Corte europea che il principio del giusto processo -come scolpito nell'art. 6 Cedu, paragrafo 3 lett. a e b- implica che l'imputato sia informato non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali attribuitigli, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti, di tal che egli possa discutere in contraddittorio della (nuova) accusa là dove, come nel caso di specie, l'ordinamento consente una diversa qualificazione del reato ad opera del giudice. La questione della prevedibilità o meno da parte dell'imputato della modifica (rilevante ai fini della ravvisabilità o meno della lesione del diritto di difesa) nel caso di specie è risolta dalla Corte europea in senso negativo rilevando che il reato di corruzione in atti giudiziari è reato autonomo e non circostanza aggravante (secondo l'affermazione contenuta nella sentenza della cassazione *sub iudice* a Strasburgo, conformemente del resto alla giurisprudenza di legittimità), che richiede un elemento intenzionale specifico in ordine al quale non è stata data alla difesa la possibilità di confrontarsi. Nel caso di specie, segnala poi la Corte europea, la diversa qualificazione giuridica dei fatti corruttivi ha avuto luogo al momento della deliberazione della Corte di cassazione e in nessuna fase precedente tale possibilità era stata evocata, dal PM o dal giudice; inoltre non può sostenersi la irrilevanza della decisione che ha negato l'intervenuta prescrizione del reato di corruzione così come contestata, riponendo nello stesso contenuto decisorio la dimostrazione della prova contraria. Ricorda finalmente la Corte europea (punto n. 46) che "quando la Corte conclude che un privato è stato condannato all'esito di un procedimento inficiato da inosservanza delle esigenze dell'art. 6 della Convenzione, un nuovo processo o una riapertura del

procedimento, su richiesta dell'interessato, rappresenta in linea di principio un mezzo appropriato per porre rimedio alla violazione contestata”.

Da qui la procedura di incidente di esecuzione attivata dal ricorrente e la decisione della Corte di appello oggetto del presente ricorso. La Corte territoriale, aderendo a giurisprudenza recente della cassazione (Sez. I, 18 giugno 2006, Somogyi; Id., 1° dicembre 2006, in proc. Dorigo), nel dichiarare l'ineseguitività del giudicato ex art. 670 del codice di rito, limitatamente alla parte della sentenza di condanna che attiene al reato di corruzione, direttamente toccato dalla decisione della Corte europea, ha rinviato alla Cassazione il ricorso perché si provveda a dare attuazione alla pronuncia della Corte europea; il riferimento è al punto n. 46 della decisione prima citato (in sostanza “avviare un nuovo procedimento per porre rimedio alla violazione contestata”).

Va preliminarmente rilevato, quanto al punto dispositivo dell'ordinanza da ultimo riportato (testualmente: “ordina la trasmissione del ricorso per cassazione di Drassich contro la sentenza 12/6/2002 della Corte di Appello di Venezia alla Corte di Cassazione”), come sia problematico individuarne il quadro normativo di riferimento.

A prescindere dalla considerazione -da taluno avanzata- che dalle pronunce di ineseguitività del tipo di quelle prima citate consegue la anomala figura di una sentenza che rimane ferma, cioè vive ed esiste nell'ordinamento ma che non può ricevere esecuzione (situazione invero non del tutto al di fuori dal novero delle cose che possono accadere: si pensi ad esempio alla sentenza straniera riconosciuta in Italia ai sensi della Convenzione di Strasburgo del 1983, alla quale non si possa tuttavia dare esecuzione perché l'interessato, prima che il trasferimento sia stato eseguito vi abbia rinunciato) tanto che taluno ha fatto ricorso all'efficace espressione di sentenza collocata in un “limbo processuale”, la disposta (ri)trasmissione alla Corte di cassazione del ricorso a suo tempo proposto dal Drassich e rigettato dalla stessa Corte con pronuncia del 4 febbraio 2004 sembrerebbe dovere essere considerato atto anormale, siccome emesso al di fuori delle attribuzioni alla corte territoriale assegnate quale giudice dell'esecuzione e comunque al di fuori degli schemi processuali previsti dal codice di procedura penale; la conseguenza sarebbe che esso dovrebbe essere dichiarato irricevibile. Non è senza significato che la stessa corte territoriale (punto 8.4 dell'ordinanza) affermi che “non è certo compito di questa Corte...indicare quali possano essere i rimedi processuali attualmente percorribili per dare pratica attuazione nell'ordinamento

processuale nazionale alla decisione della Corte europea” ricordando peraltro come “recenti tentativi di reperire nelle norme dettate in tema di revisione lo strumento processuale per assicurare tale risultato non abbiano trovato alcun seguito dal momento che la Corte costituzionale, con sentenza 16-30 aprile 2008 n. 129, ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità dell’art. 630, 1° comma lett. a cod. proc. pen. sollevata dalla Corte di appello di Bologna che decideva però quale giudice della revisione e non della esecuzione, come la Corte veneta oggi”. La Corte costituzionale appunto, nella sentenza citata, dopo avere ricordato diverse proposte di origine parlamentari tese a introdurre meccanismi di adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo, ha menzionato il disegno di legge n. 1797 presentato al Senato il 18 settembre 2007 e recante “disposizioni in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, con il quale viene introdotto un titolo *IV-bis* nel libro IX del codice di procedura penale, destinato a disciplinare un’ipotesi di revisione “speciale” delle sentenze di condanna quando la Corte europea ha accertato la violazione di taluna delle disposizioni di cui all’art. 6, paragrafo 3 della Cedu, e ha concluso, nel pervenire a una declaratoria di infondatezza della questione proposta, di non potersi “esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei per consentire all’ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall’art. 6 Cedu”. Appare superfluo aggiungere che si condivide, in principio, tale auspicio, a fronte della perdurante inerzia del legislatore, che si traduce in una trasgressione dell’obbligo previsto dall’art. 46 della Convenzione e quindi costituisce una condotta qualificabile come flagrante diniego di giustizia. Va, comunque, rilevato che la corte territoriale, come risulta dalla parte motiva del provvedimento in questione (punto 8.5), ha disposto la trasmissione del “vecchio” ricorso proposto dal Drassich perché sia iniziato “un nuovo procedimento per porre rimedio alla violazione contestata”. Più precisamente l’ordinanza così si esprime: “quello che peraltro sembra, pur con tutte le perplessità del caso, l’unico modo per assicurare la giusta tutela delle ragioni del Drassich, e cioè l’ottenimento di un provvedimento di estinzione del reato per prescrizione che solo appare effettivamente e totalmente restitutorio e riparatorio della iniquità pronunciata in sede europea, è che la Corte di Cassazione, davanti alla quale l’iniquità si è determinata, sia messa concretamente in grado di ripararvi e di *“avviare un nuovo procedimento per porre rimedio alla viola-*

zione contestata” (come si esprime la sentenza della Corte Europea in atti); l’originario ricorso proposto dal Drassich contro la sentenza 12/6/2002 della Corte di Appello di Venezia va inviato perciò alla Corte di Cassazione che dovrà farsi carico della individuazione del mezzo processuale attraverso il quale dare pratica attuazione ai dettati della Corte Europea” (punto 8.5 cit.). Va per inciso detto che, se pure l’ordinanza in questione sembra porsi nella linea segnata dal giudice di legittimità, secondo cui l’incidente di esecuzione è un rimedio finalizzato all’esame delle questioni concernenti non già la legittimità del titolo bensì la sua eseguibilità, come si desume chiaramente dall’art. 670 del codice (cfr. sez. V, 9 gennaio 1998, n. 2862, Zagami, in Cass. Pen. 1999, p. 1155 -solo massima-), è stato da taluno prospettata la possibilità -per assicurare una piena espansione delle garanzie individuali in aderenza alle decisioni della Corte europea- ad esempio di procedere alla revoca ex art. 669 del codice di procedura penale della sentenza vulnerata dalla decisione della Corte di Strasburgo dichiarando l’inesistenza di un effettivo titolo esecutivo (così la requisitoria della Procura generale nel procedimento sul ricorso Cat Berro). Sta di fatto che con l’ordinanza in questione la Corte di cassazione viene investita per valutare e percorrere possibili itinerari nella direzione di una *restituito in integrum* che, nel caso di specie, viene individuata nel “rifiamento del processo”. Sicché prima di dichiarare eventualmente irricevibile, con i provvedimenti consequenziali, l’ordinanza della Corte veneta, occorre verificare se nell’ordinamento siano individuabili meccanismi che consentano di ottenere quella *restituito in integrum* che la sentenza della Corte europea postula. Al riguardo va preliminarmente rilevato che dal sistema convenzionale deriva per le Parti contraenti l’obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea. E, ancora preliminarmente, senza che sul punto occorra attardarsi ulteriormente, che si tratta di un obbligo di risultato, essendo riservata agli Stati la scelta sui mezzi per raggiungerlo, come ha ribadito il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa con la Raccomandazione R (2000) 2 (in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, 391). Può discutersi se destinatario di tale obbligo sia il legislatore oppure (anche) i giudici nazionali; peraltro la Raccomandazione -pur rivolta alle “Parti contraenti”- è generica in proposito, sottolineandosi “che spetta alle competenti autorità dello Stato condannato decidere quali misure siano più appropriate per assicurare una *restituito in integrum*, tenendo conto dei mezzi disponibili nell’ordinamento interno”. Detto altrimenti: occorre verificare se l’(le pieghe dell’) ordinamento consenta di reperire un meccanismo idoneo; quindi anche a livello di interpretazione giurisdizionale.

Non è senza significato che, a fronte dell'inerzia dello Stato italiano ad introdurre al proprio interno meccanismi appropriati ed adeguati (come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale nella decisione prima citata), gran parte degli Stati aderenti alla convenzione, in materia di "rifacimento del processo" per violazione dell'art. 6 Cedu, o hanno previsto apposita disciplina (ventisei Stati; l'Ucraina, però, non ha esteso la previsione al processo penale mentre sette Stati l'anno resa applicabile anche ai processi civili e amministrativi) o hanno raggiunto lo stesso risultato attraverso l'interpretazione giurisprudenziale (otto Stati).

L'ultima considerazione a farsi in via preliminare è che la *restituito in integrum* vuol dire -secondo la costante interpretazione degli organi europei, cioè Corte e Comitato dei ministri- ripristino della situazione precedente alla violazione (*status quo ante*). Si tratta di verificare se la Corte di cassazione possa accogliere l'invito rivolto dalla Corte di appello di Venezia. La mancanza di meccanismi adeguati a rimediare alle violazioni accertate dalla Corte europea, specie in tema di giusto processo, costituisce certo circostanza che non depone a favore dello Stato italiano. Anche ammettendo che l'obbligo di conformarsi al *decisum* europeo non sia diretto solo al legislatore ma allo Stato nel suo complesso, quindi anche ai giudici, resta il fatto che, mentre a volte la *restituito in integrum* è possibile per tale via, altre volte ciò non è possibile perché, come ha evidenziato la Corte costituzionale con la sentenza n. 129/2008, varie sono le possibilità, sul piano politico-legislativo e su quello tecnico, per pervenire al risultato che si intende raggiungere. Ad esempio il caso in cui, in ipotesi, la Corte europea ritenga una fattispecie incriminatrice lesiva del diritto di liberamente manifestare il proprio pensiero è diverso da quello in cui la Corte accerti una violazione del giusto processo con riferimento all'equità complessiva della procedura, perché nel primo caso si tratta di espungere una conseguenza della violazione convenzionale mentre in quest'ultimo caso non resta che "rifare" il processo e tuttavia è evidente che ciò sarà possibile solo se l'ordinamento appresta meccanismi atti a renderlo possibile. E il ricorso a interpretazioni "creative" (più che espansive o in analogia, di per sé da non respingere) potrebbe configurare una commistione di funzioni e attribuzioni che trovano nella Carta costituzionale la loro ripartizione.

Le osservazioni prima svolte sono del tutto appropriate con riferimento al caso in esame. Non solo sembrerebbe difficile individuare la norma che la cassazione dovrebbe o potrebbe applicare ma resterebbe problematico anche "costruire" il relativo procedimento: nel caso

che interessa, infatti, la violazione -così come accertata a Strasburgo- si è realizzata nel giudizio di cassazione ed è dubbio che il principio del giusto processo richiamato dalla Corte europeo possa essere applicato davanti al giudice di legittimità (occorrendo che sia contestata al ricorrente la diversa qualificazione del fatto e che lo stesso sia messo in condizioni di difendersi). Peraltro il caso di specie presenta specificità che lo collocano in una posizione per così dire intermedia, almeno dal punto di vista sostanziale, rispetto a quelli sopra esemplificativamente riferiti: qui infatti la violazione accertata ha la sua origine nella (al momento della) deliberazione della sentenza da parte della cassazione; insomma la violazione e la sua causa sono puntualmente individuate, così come circoscritta è la conseguenza della violazione (la mancata applicazione della prescrizione del reato). Sicché, se quanto detto inizialmente sembra indurre quindi a concludere nel senso dell'irricevibilità del ricorso, tuttavia proprio la specificità del caso impone di verificare se l'ordinamento precluda in maniera assoluta una *restituito in integrum* che, nella vicenda che interessa, deve realizzarsi davanti alla stessa Corte di cassazione. Non è escluso, cioè, che il fatto che la violazione sia stata riscontrata come avvenuta nel corso del giudizio di cassazione consenta di confinare problema e possibile soluzione in un ambito ristretto, in qualche misura maggiormente "gestibile" a livello interpretativo. In tale prospettiva ci si deve chiedere se il sistema consenta il ricorso a doti di coraggio e immaginazione in una vicenda che evidenzia problematiche meritevoli di essere attentamente prese in considerazione; naturalmente nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento e del suo sistema complessivo. La sostanza della decisione della Corte europea è che c'è stata violazione perché la diversa qualificazione del fatto è intervenuta *ex abrupto* e l'interessato non ha potuto interloquire.

L'appunto non è infondato ed anzi è pienamente condivisibile né abbisogna di ulteriore elaborazione. Può peraltro ricordarsi che nella *Relazione al Progetto preliminare* del nuovo codice di procedura penale (p. 119) *sub* art. 514 (ora, appunto, art. 521) si legge, con riferimento alla considerazione che la possibilità di modificare in sentenza la qualificazione del fatto avrebbe potuto sacrificare le esigenze della difesa, che una soluzione avrebbe potuto essere quella di inserire "la previsione di un dovere del giudice di rendere nota preventivamente la decisione di modificare la qualificazione giuridica, consentendo la discussione sul punto": ciò avrebbe, "però comportato un dispendio di attività probabilmente eccessivo, e il rischio, in pratica, di indurre il giudice a conformarsi in ogni caso al *nomen iuris* contestato". Dal che

è testimonianza che i redattori del codice del 1988 si sono posti il problema del rispetto del contraddittorio, ritenendo tuttavia di risolverlo nel modo detto. Alla luce della giurisprudenza europea enunciata nel caso *Drassich*, si può dire, a posteriori, che la soluzione adottata risulta obbiettivamente non in linea con il principio indicato dal legislatore delegante che all'art. 2 della legge delega (n. 81/1987) ha imposto l'adeguamento alle norme delle convenzioni internazionali relative ai diritti della persona e al processo penale e l'attuazione del giusto processo.

Ci sono strumenti per rimediare a questa ingiustizia? Sicuramente non pare applicabile il rimedio della revisione, peraltro non attivato nel caso di specie, e comunque non prospettabile neppure in caso di rigetto o di declaratoria di abnormità con riferimento al presente procedimento, e ciò con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale citata. Neppure sembra possibile fare riferimento al disposto dell'art. 619 del codice di procedura penale. Resta da valutare la percorribilità del 625*bis*. Credo non possa essere messo in dubbio che con questa norma è stata introdotto un caso di "rimessa in discussione" della decisione della cassazione, con possibile revoca di parte del relativo dispositivo. E' vero che si fa riferimento all'errore di fatto, cioè di un errore "di percezione"; ma è anche vero che nella sentenza Corte cost. n. 395/2000 -che appunto ha suggerito la modifica introdotta con la novella del 2001- il quadro di riferimento era dato dalla compromissione del diritto del cittadino, costituzionalmente garantito, a fruire del controllo di legittimità. Quello, però, che qui viene contestata (dalla Corte europea) è una giurisprudenza che ammette la possibilità di diversamente riqualificare il fatto anche nel giudizio di legittimità e che è stata ritenuta in violazione del giusto processo nella misura in cui non viene data all'interessato la possibilità di interloquire (il che accade, appunto, nel giudizio in cassazione). Si ritiene pertanto che il caso di specie possa essere ricondotto all'ipotesi disciplinata dall'art. 625*bis*. Si tratterebbe di un'interpretazione espansa, e tuttavia diretta alla rimozione di incompatibilità o contrasto tra giudicati emessi da una corte suprema nazionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la quale ultima, per quanto concerne l'interpretazione della convenzione (nel caso di specie: il principio del giusto processo) è stata individuata come quella originariamente e autoritativamente assegnataria del relativo compito interpretativo (v. sentenze Corte cost. nn. 348 e 349). Tant'è che in caso di contrasto, pur non essendo il giudice nazionale abilitato a disapplicare la legge in contrasto con la Cedu, deve tuttavia sollevare questione di legittimità costi-

tuzionale; il giudice delle leggi ha poi precisato che il quadro di riferimento sarà la convenzione europea “così come interpretata dalla Corte europea”.

Sembra perciò a questo requirente di dovere chiedere alla Corte di cassazione di disporre, ai sensi dell'art. 625*bis* del codice di procedura penale, così intendendo il disposto dell'ordinanza della Corte di appello di Venezia che ha dato ingresso al presente procedimento, essendo applicabili limiti e termini indicati nel comma 2 dell'art. in questione solo quando siano le parti a chiedere la correzione, correggersi il dispositivo della sentenza emessa dalla Corte di cassazione in data 4 febbraio 2004 sul ricorso proposto dal Drassich con conseguente declaratoria di prescrizione del reato di corruzione in atti contrari ai doveri di ufficio. Ad analoga conclusione si dovrebbe pervenire ove si ritenesse versarsi in questione attinente all'esecuzione (quindi all'interno dell'incidente di esecuzione proposto davanti alla Corte di appello di Venezia): la corte territoriale ben avrebbe potuto decidere sul punto, senza trasmettere il “vecchio” ricorso alla Corte di cassazione per “un nuovo giudizio”, alla luce del *decisum* della Corte europea. Il non averlo fatto non impone alla Corte di cassazione di rinviare il procedimento alla corte territoriale, essendo possibile provvedere direttamente, secondo i principi generali, alla declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

In subordine, ove la Corte di cassazione non intenda accogliere le richieste appena fatte, si chiede che voglia sollevare questione di legittimità costituzionale che viene qui di seguito esposta. Si osserva preliminarmente che, con le sentenze nn. 348 e 349/del 2007, la Corte costituzionale ha fatto propria una posizione (che, tra quelle che ricostruiscono il sistema delle fonti, può essere definita intermedia) che individua nella Cedu norme interposte (attraverso il richiamo dell'art.117) ai fini del giudizio di costituzionalità. Da ciò deriva che: a) il giudice non può disapplicare la norma interna pretesamente in contrasto con quella convenzionale; b) il giudice deve sollevare la questione di legittimità costituzionale; c) la norma di riferimento non è né l'art.10 né l'art.11 Cost, bensì l'art.117, come risulta dalla modifica del 2001; la Cedu, però, entra *sostanzialmente* a fare parte del parametro di costituzionalità delle norme interne (“come interpretata dalla Corte europea”, dice la Corte costituzionale con espressione assai impegnativa, posto che in altri ordinamenti, come quello del Regno Unito che con l'*Human Rights Act* del 2003 ha recepito la Cedu al proprio interno, tale obbligo di adesione è reso da quella, più generica -e ragionevole-, “tenuto conto”). La disposizione da impugnare è quella dell'art.

521 del codice di procedura penale nella misura in cui è ritenuto applicabile, secondo la giurisprudenza della cassazione, anche al giudizio di legittimità (quindi con possibilità di procedere a una diversa qualificazione giuridica del fatto nel giudizio davanti alla corte di cassazione). Può dubitarsi della legittimità costituzionale di tale disposizione, così come interpretata, atteso che, a differenza di quanto avviene nel giudizio di merito, all'esito del quale all'imputato è riservato il diritto di proporre impugnazione, il giudizio di cassazione costituisce l'ultima istanza mentre la diversa qualificazione del fatto può intervenire -come è stato nel caso di specie- "a sorpresa", senza che l'interessato abbia potuto interloquire e senza che alla relativa decisione possa interporre impugnazione. Ebbene, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza *Drassich* (ma non solo: v. anche I.H. c. Austria, 20 aprile 2006, in *Cass. Pen.* 2006, p. 3832), ha affermato appunto che tale sistema non è conforme al principio del giusto processo, così come interpretato dalla stessa Corte europea. Da qui un contrasto delle norme interne prima citate con la Cedu, art. 6 (quale norma interposta) e, direttamente, con l'art. 117 della costituzione. Quanto alle norme costituzionali risultano vulnerate anche quelle di cui agli artt. 3 (discriminandosi tra imputati, a seconda che la diversa qualificazione sia operata in una fase che contempra fasi o gradi successivi nei quali il diritto di difesa possa essere efficacemente esercitato), 24 (diritto di difesa) e 111 (giusto processo) della Carta fondamentale. Evidente appare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. Sembra anche sussistere la rilevanza della questione stessa: se la Corte europea ha ritenuto che "un nuovo procedimento o la riapertura del procedimento su richiesta dell'interessato rappresenta in linea di massima un modo adeguato di porre rimedio alla violazione contestata"; se dal sistema convenzionale nasce l'obbligo per lo Stato di uniformarsi alle decisioni della Corte europea; se dall'omesso adeguamento deriva una nuova violazione della convenzione; se, come nel caso di specie, la violazione è stata accertata per il fatto che si è proceduto a una diversa qualificazione giuridica del fatto senza avere dato all'imputato un'adeguata occasione per confrontarsi con tale modificazione dell'originaria contestazione e tale negativa conseguenza deriva dalla ritenuta possibilità -conformemente alla giurisprudenza di legittimità- di operare tale diversa qualificazione per effetto della ritenuta applicabilità dell'art. 521 del codice di procedura penale anche nel giudizio di legittimità, sembra di potere concludere nel senso della rilevanza della questione relativa all'interpretazione che poggia sulla disposizione citata e che ammette la possibilità di una diversa qualifi-

cazione giuridica del fatto anche in una fase o in un momento nei quali nessun contraddittorio è possibile. Si conclude pertanto nei sensi di cui sopra.⁶⁴

Va dato atto che questo Ufficio aveva già avuto modo di occuparsi abbastanza di recente della tematica in questione escludendo *una prima volta*⁶⁵ che la sentenza della Corte Europea di Strasburgo che aveva rilevato la violazione, da parte del giudice italiano, dei principi CEDU producesse effetti sul giudicato; ma modificando tale sua impostazione con la *successiva requisitoria*⁶⁶ con la quale si richiedeva l'accoglimento del ricorso, sia pure per motivi in parte diversi da quelli prospettati. Infatti il procuratore Generale osservava: Va innanzitutto sottolineato e ribadito come correttamente, e in conformità di una giurisprudenza costante sin dalla prima sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo nel lontano 1° luglio 1961 (sentenza *Lawless contro Irlanda*, § 14), codesta Corte Suprema nella sua decisione di annullamento abbia impostato la soluzione del *thema decidendum* – che si sostanzia nell'accertare la legittimità e regolarità dello stato di detenzione del ricorrente (*cfr., infra*, punto 7.1.) – con riferimento anche all'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che, come è noto, *mira a proteggere la libertà e la sicurezza della persona contro arresti o detenzioni arbitrarie o abusive* (Corte europea, sentenza *Engel e altri contro Olanda*, § 58 dell'8 giugno 1976; sentenza *Winterwerp contro Olanda*, § 37 del 27 novembre 1981; sentenza *Bozano contro la Francia*, § 54 del 18 dicembre 1986 etc.). Così operando, codesta Corte ha adempiuto il dovere, proprio di ogni giudice, di verificare se la particolare situazione di fatto sottoposta al suo esame sia suscettibile di porre in discussione o addirittura di violare il canone della Convenzione, che regola il settore di volta in volta interessato. Tale dovere costituisce manifestazione concreta di quella nozione di *obbligo positivo* (di attuazione e di tutela dei diritti fondamentali), elaborata dalla

⁶⁴ Non essendo stata depositata la decisione, si riporta il dispositivo "Revoca la sentenza della Corte di cassazione del 4/2/2004, n. 23024 nei confronti di Drassich, limitatamente ai fatti corruttivi qualificati come reati di corruzione in atti giudiziari ex art. 319ter c.p., e dispone che si proceda a una nuova trattazione del ricorso contro la sentenza della Corte di appello di Venezia in data 12/6/2002".

⁶⁵ In procedimento 6449/2005, Cat Berro, P.G. Cetrangolo, definito con sentenza 35616/2005.

⁶⁶ In procedimento 11464/2006, Cat Berro, P.G. Esposito, definito con sentenza 4395/2007 che si esprimeva in senso contrario alla conclusioni del P.G.

Corte europea per assicurare il *principio di effettività* dei diritti riconosciuti. Al riguardo la Corte ha ripetutamente ammonito che *la finalità della Convenzione consiste nel proteggere diritti non già teorici o illusori, ma concreti ed effettivi* e che, in materia di diritti dell'uomo, lo Stato – e per esso l'organo che ha la disponibilità del procedimento – *non deve rimanere passivo di fronte agli obblighi assunti, ma deve adottare le misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti riconosciuti* (cfr., tra le tante, Corte europea, sentenza Airey del 9 ottobre 1979; sentenza Lopez Ostra del 9 dicembre 1994). Questo *obbligo positivo* costituisce, unitamente al *principio di effettività* (cui esso è finalizzato), il più rilevante degli *effetti giuridici* che si sono verificati nel nostro sistema in conseguenza dell'inserimento nell'ordinamento italiano delle disposizioni della Convenzione, posto che, a tacer d'altro, il *giudice nazionale, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo*, come hanno di recente definitivamente chiarito le Sezioni Unite civili di codesta Corte (sentenza n. 28507 del 23 dicembre 2005), sviluppando e dando carattere di organicità a quell'orientamento giurisprudenziale che, iniziato con la sentenza del 17 dicembre 1981 della Prima sezione penale (in c. *Iaglietti*, mass. uff. 154.630-154.636), ha trovato i suoi momenti più significativi nelle decisioni delle Sezioni Unite penali del 23 novembre 1988 (in c. *Polo Castro*) e civili del 26 gennaio 2004 (nn. 1339, 1340 e 1341), nonché nella sentenza n. 10 del 1993 della Corte costituzionale.

In particolare, le Sezioni Unite, effettuata una accurata ricognizione giurisprudenziale, hanno ricostruito il sistema di tutela, chiarendo che: **I) le norme convenzionali hanno natura immediatamente precettiva** (Cass., Sezioni Unite civili, 10 luglio 1991, n. 7662), ossia – come avevano già chiarito le Sezioni Unite penali sin dal 1988 – tali norme sono di *immediata applicazione nel nostro Paese e vanno valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano*, con l'ulteriore considerazione che la Convenzione *ha inteso rafforzare all'interno la tutela dei diritti riconosciuti e ha, al contempo, previsto la possibilità di un controllo sul modo con il quale le autorità giudiziarie nazionali assicurano il controllo dei diritti stessi* (Cass., Sezioni Unite penali, 23 novembre 1988, *Polo Castro*); **II) i diritti convenzionali hanno il carattere di diritto soggettivo fondamentale, insopprimibile anche dal legislatore ordinario** (Cass., 26 marzo 2002, n. 4297) e previgenti anche rispetto a una normativa nazionale di regolamentazione (fattispecie concernente la legge n. 89 del 2001, oggetto del contrasto di giurisprudenza); **III) le norme convenzionali hanno natu-**

ra sovraordinata o, forse meglio, un particolare grado di resistenza rispetto a quella nazionale, anche successiva, nel senso che il giudice italiano può ritenere abrogata (Cass., Sezioni Unite civili, 10 luglio 1991, n. 7662) o disapplicare la normativa interna contraria alla Convenzione (Cass., 19 luglio 2002, n. 10542), in piena sintonia con la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione (Cass., sez. I, 18 maggio 1993, *Medrano*) e della Corte costituzionale (sentenza n. 10 del 1993); **IV**) le norme convenzionali devono essere applicate secondo l'interpretazione che di esse ha dato la Corte di Strasburgo (Cass., Sezioni Unite civili, 26 gennaio 2004, nn. 1339, 1340 e 1341); **V**) il giudice nazionale, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo (Cass., Sezioni Unite, 26 gennaio 2004, n. 1340) in ordine a tutti i diritti riconosciuti dalla Convenzione e, va ovviamente aggiunto, dai suoi protocolli aggiuntivi (Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 28507).

In sostanza, conformandosi alla dottrina straniera, le Sezioni Unite hanno riconosciuto sia l'istituto dell'*applicabilità diretta* sia quello dell'*effetto diretto* della Convenzione e hanno attribuito valore di *cosa interpretata* ai principi enunciati nelle sentenze della Corte europea: *applicabilità diretta* significa che la norma convenzionale produce degli effetti giuridici senza che altre norme di altra natura debbano preventivamente intervenire per precisare il suo contenuto o per assicurare, in qualsiasi altra maniera, la sua applicazione effettiva; l'*effetto diretto* implica l'idoneità della norma convenzionale a creare dei diritti e/o delle obbligazioni nei confronti dei privati nel diritto interno e, per conseguenza, l'invocabilità delle norme convenzionali davanti al giudice nazionale;⁶⁷ il valore di *cosa interpretata* significa che il principio dalla Corte affermato ha valore *erga omnes*, nel senso che vincola, nei casi futuri, non solo il giudice del Paese nei cui confronti la decisione è stata adottata, ma anche il giudice degli altri Paesi aderenti alla Convenzione.⁶⁸

⁶⁷ Cfr. E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 1999, pag. 198; R. KOVAR, *Ordre juridique communautaire, Immediateté du droit communautaire*, in *Jurisclasseur*, Europe, fasc. 431, 1991; J.A. WINTER, *Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in community law*, CMLR, 1972, pagg. 424-438, p. 9; VAN WELKENHUISEN, *L'application directe e l'effet indirect de normes constitutionnelles, Rapport belges au XI congrès international de droit comparé*, Bruylant, pag. 95 e ss.

⁶⁸ Cfr. sentenza *Irlanda contro Regno Unito* del 18 gennaio 1978; sentenza *Vermeire contro Belgio* del 29 settembre 1991; sentenza *Modinos contro Cipro* del 22 aprile 1993.

Stabilito, quindi, alla luce della giurisprudenza di legittimità, il valore e la forza delle norme convenzionali, va ora posta in evidenza, tornando al problema dell'obbligo positivo,⁶⁹ che è stata proprio la mancata osservanza di quest'obbligo (che si è risolta nella violazione del principio di effettività) la causa della maggior parte della constatazione, nelle sentenze di Strasburgo, dell'avvenuta violazione da parte delle autorità giudiziarie italiane delle disposizioni della convenzione, quali esse vivono nell'interpretazione resa dalla Corte europea. E ciò a partire dal lontano 13 maggio 1980 e sino al 26 aprile 2006, date della prima e della più recente sentenza adottata nei confronti del nostro Paese (sentenza *Artico*, §§ 33, 36; sentenza *Sannino*, § 51), passando – per la parte che in questa sede interessa attraverso la serie di decisioni rese in tema di giudizio *in absentia* del prevenuto (dalle storiche sentenze nei casi *Colozza* e *Rubinat* del 12 febbraio 1985, *Brozicek* del 19 dicembre 1989, *F.B.C.* – ossia proprio l'attuale ricorrente *Franco Cat Berro* – del 28 agosto 1991, sino alle più recenti nei casi *Somogyi* del 18 aprile 2004 e *Sejdovic* del 10 novembre 2004, confermata dalla Grande Camera il 1° marzo 2006).

Orbene, nella indicata sentenza di annullamento, codesta Corte – in adempimento di tale dovere e con pertinente riferimento alla sentenza della Corte europea del 3 marzo 2005, *Stoichkov contro Bulgaria* – ha demandato al giudice del merito (il quale aveva dichiarato *de plano* inammissibile l'istanza dell'interessato) di *stabilire se la disposizione di cui all'articolo 5, comma 2, lett. a) della Convenzione (“nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente”)* precluda l'esecuzione nell'ordinamen-

⁶⁹ L'obbligo positivo è stato definito come l'*arma* di cui la Corte europea si è dotata per rendere in concreto effettivi i diritti riconosciuti. Sovente la Corte europea nelle sue sentenze esplicita questo concetto con riferimento alla *diligenza* o alla *particolare diligenza* che richiede al giudice nel controllo sul rispetto effettivo dei canoni del giusto processo (o, più in generale, del diritto del soggetto interessato). L'obbligo positivo (o diligenza che dir si voglia), costituisce espressione di quel concetto della *fairness*, ossia di quel generale sentimento del giusto e dell'equo, assunto a cardine della struttura processuale dei Paesi di *common law* ed inserito, per il tramite della Convenzione europea, nel sistema normativo degli ordinamenti di *civil law*, tradizionalmente caratterizzati da una concezione garantista avente contenuto esclusivamente formale ed astratto. La Corte di cassazione – con decisioni che risalgono agli anni '80 – ha rifiutato una concezione meramente formale e non già sostanziale del procedimento (cfr., Cass. Sez. I, 3 giugno 1986, *Greco*, § 2.1.; Cass., sez. I, 27 ottobre 1984, *Venditti*, mass. uff. 168.406 ed ivi citate).

to italiano di una sentenza di condanna emessa a conclusione di un processo giudicato “non equo” dalla Corte di giustizia a norma dell’articolo 6 della Convenzione, ovvero se, in assenza di un apposito rimedio interno previsto dall’ordinamento, debba comunque prevalere il giudicato.

6.1. Il giudice del merito ha posto in discussione – sin dalla premessa del suo iter argomentativo (punto 4.1., fol. 8) – l’impostazione alla soluzione del problema data dalla Corte, ritenendo *evidente che il primo dei due passaggi logico-giuridici – indicati come da seguire dalla Cassazione – non risolve il problema posto dal secondo di tali passaggi e con ciò, polarizzando la sua attenzione sul dogma del giudicato, ha dato per pacifico quel che doveva verificare (esecutività del titolo in diritto interno pur dopo la sentenza della Corte europea) e in sostanza ha anticipato l’inevitabile conclusione cui è poi pervenuto, stimando che nella specie, una volta intervenuta sentenza di rigetto della Cassazione, la condanna sia divenuta irrevocabile e non sia previsto, “de iure condito”, alcuno strumento giuridico che consenta a questo giudice di incidere sulla sua esecutività e sulla conseguente detenzione del condannato nonché, nel contempo di provocare la riapertura del procedimento in modo che si possa procedere alla celebrazione di un nuovo processo secondo le regole del giusto processo (fol. 15).*

Ed è pervenuto a tale conclusione dopo aver modificato l’originaria impostazione del problema, stimando *evidente come occorra tenere ben distinti i due diversi piani in cui vengono a trovarsi: a) da una parte, lo Stato Italiano, in ordine all’obbligo che si è assunto, a norma dell’articolo 46 della CEDU, di “conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Giustizia (id est.: Corte europea); b) dall’altra, il giudice dell’esecuzione che, sottoposto a sua volta all’obbligo di applicare le disposizioni della Convenzione, deve: preliminarmente accertare se e in che modo possa – in base al disposto del ricordato, articolo 5 comma 2, lett. a) – non dare esecuzione a una sentenza irrevocabile di condanna emessa a conclusione di un processo giudicato non equo dalla predetta Corte di Giustizia a norma dell’articolo 6 della Convenzione, in assenza di un apposito rimedio previsto nell’ordinamento interno; in caso di esito negativo, verificare l’eventuale possibilità di “provocare” l’introduzione di tale rimedio nell’ordinamento attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale punto 4.1., foll. 8-9).*

Seguendo tale nuova impostazione, il giudice del merito ha quindi esaminato: **I)** il primo tema (obbligo dello Stato), ed è pervenuto alla conclusione che *va ribadita da un verso la discrezionalità dello Stato nella scelta del rimedio sia generale sia individuale per riparare le conseguenze della violazione accertata e, per altro verso, che nel caso in*

cui quest'ultima riguardi – come nella specie – il diritto dell'imputato a presenziare al processo conclusosi con la condanna in espiatione, la forma di riparazione più appropriata va individuata nella riapertura del procedimento e in un nuovo giudizio che rispetti le regole del "giusto processo", con l'avvertenza che, solo ove il Governo non garantisca tale forma di riparazione, l'imputato dovrà essere scarcerato (punto 4.2., foll. 9-11); II) il secondo tema (obbligo del giudice dell'esecuzione), ed è pervenuto alla conclusione che – come ritenuto anche dalla Corte di Cassazione nella sua sentenza di rinvio – sarebbe del tutto pacifico sia che ci si trovi di fronte a una condanna passata in giudicato, sia che il nostro ordinamento non preveda un "apposito rimedio" che permetta di "precludere l'esecuzione" di una tale sentenza di condanna, ancorché sia stata emessa a conclusione di un processo giudicato "non equo" dalla Corte di Giustizia, a norma dell'articolo 6 della Convenzione (punto 4.3., foll. 11-12).

Disattendendo inoltre le argomentazioni prospettate oralmente in sede di discussione dalla difesa – che lo invitava a interpretare l'articolo 670 del Codice di rito alla luce della disposizione convenzionale in conformità delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella sua sentenza interpretativa di rigetto n. 10 del 1993 (che aveva riconosciuto una forza *espansiva* alla disposizione di cui all'articolo 143 del cod. proc. pen.) – ha ritenuto il giudice del merito, come si è visto (*supra*, punto 2), che una analoga operazione gli sarebbe preclusa, trattandosi di incidere *non solo sull'articolo 670 del Codice, ma sull'intero sistema dell'esecuzione, sostituendosi al legislatore nello scegliere tra l'una o l'altra delle varie opzioni ipotizzabili*. E sostanzialmente per quest'ultima ragione ha ritenuto non rilevante la questione di legittimità costituzionale – sollevata dal locale rappresentante del pubblico ministero – degli articoli 630 e 631 del Codice di rito per violazione degli articoli 11, 24 e 111 della Costituzione.

Tutto ciò premesso, il requirente osserva che l'impostazione che il giudice del merito ha ritenuto di dare per la soluzione del caso ha certamente fuorviato l'analisi, pur scrupolosa, che lo stesso ha compiuto. Tale giudice ha infatti esaminato, in via principale, una questione – quella concernente l'obbligo dello Stato di conformarsi alla sentenza della Corte a norma dell'articolo 46 della Convenzione – che avrebbe dovuto, come meglio ora si vedrà, valutare solo in via incidentale (*cf. infra*, punto 8), mentre, come giustamente deduce il ricorrente, ha completamente eluso di esaminare quella questione – concernente il problema della concreta applicabilità della disposizione dell'articolo 5 § 1 lett. (a) della Convenzione – che era la principale e la sola attribui-

ta alla sua diretta cognizione, quale giudice investito dello specifico procedimento di cui all'articolo 670 cod. proc. pen..

Come si è già detto, il giudice del promosso incidente di esecuzione era chiamato a giudicare della legittimità e *regolarità* della detenzione del ricorrente e come aveva chiarito codesta Corte – al di là delle sfumature terminologiche più volte riprese dal giudice del merito tale situazione doveva essere verificata non solo alla stregua delle disposizioni che regolano la materia nel nostro diritto interno e su tale piano la sussistenza del giudicato non veniva messa in discussione ma anche alla luce del principio fondamentale sancito dall'articolo 5 § 1 lett. (a), e su tale piano il **perdurante** valore del giudicato doveva essere verificato con riferimento alla finalità di tale norma, tenuto conto dell'intervenuta sentenza di Strasburgo, dell'omesso adempimento dell'obbligo sancito dall'articolo 46 della Convenzione (a nulla importando a chi tale inadempimento fosse addebitabile) e dell'instaurando nuovo giudizio di merito, che lo stesso giudice ritiene inevitabile. Il giudice del merito – libero da *dogmi* che, invece, nella specie si sono trasformati in preconcetti e pregiudiz⁷⁰ – avrebbe dovuto, in particolare, impostare la soluzione del problema con esclusivo riferimento alla predetta disposizione (e alla finalità dell'articolo 5 nel suo complesso) *accentrando la sua attenzione non solo sul testo convenzionale, ma sull'interpretazione data dalla Corte europea, che va ben al di là del suo significato letterale*;⁷¹ interpretazione che – costituendo il diritto vivente della Convenzione – è obbligatoria per il giudice nazionale, il quale, come si è visto, è tenuto a conformarsi a essa.⁷²

⁷⁰ Quando il giudice del merito ha ritenuto di non poter provvedere alla scarcerazione o, comunque, alla sospensione dell'esecuzione, *perché sino a oggi si è sempre ritenuto che, una volta rigettato dalla Cassazione il ricorso avverso una sentenza di condanna, non potesse più farsi questione sull'esecutività di quest'ultima, avendo l'intervenuto giudicato coperto le questioni procedurali sia deducibili sia – a maggior ragione – quelle in concreto dedotte e risolte dalla Suprema Corte*, ha attribuito al giudicato interno lo stesso valore che gli veniva assegnato dal noto brocardo *facit de albo nigrum, aequat quadrata rotundis*. E non ha considerato che il compito che codesta Corte gli aveva demandato consisteva proprio nell'accertare la persistente validità del contenuto del brocardo, nel momento in cui il giudicato interno era stato sottoposto al controllo della Corte di Strasburgo, che aveva constatato la violazione dell'articolo 6 della Convenzione. Il problema che si poneva – e che non è stato affrontato – era quindi proprio quello della coesistenza del giudicato interno con gli effetti della sentenza di Strasburgo nel diritto interno.

⁷¹ Corte europea, dec. *Perre contro Italia* del 21 settembre 1999.

⁷² Sezioni Unite civili, sentenze n. 1340 del 2004 e n. 28507 del 2005, cit.; Corte europea, sentenza, *Marckx*, § 41 del 13 giugno 1979.

Invero, secondo la Corte di Strasburgo, ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione, *la privazione della libertà, per essere conforme alla Convenzione, deve aver rispettato le vois légales ed essere régulière*.⁷³ Il rispetto delle *vie legali* rinvia formalmente alla legislazione nazionale e implica *la conformità della detenzione alle norme interne, sostanziali e processuali, sull'osservanza delle quali, peraltro, la Corte si riserva il diritto di esercitare un controllo*;⁷⁴ la *regolarità* della detenzione reclama la conformità della privazione della libertà allo scopo delle restrizioni autorizzate dall'articolo 5 § 1, *perché in una società democratica ispirata al primato del diritto, una detenzione arbitraria non può mai passare per regolare*.⁷⁵

In sostanza, con riferimento alla nozione di *regolarità* della detenzione (in tale nozione compresa anche quella delle *vie legali*), la Corte di Strasburgo ha ripetutamente insegnato che *in materia, la Convenzione rinvia per l'essenziale alla legislazione nazionale e consacra la necessità di applicarne le regole, ma ella esige, in più, la conformità di ogni misura privativa di libertà allo scopo dell'articolo 5: proteggere l'individuo contro l'arbitrio. E ciò per il rispetto dovuto non solo al diritto alla libertà, ma anche al diritto alla sicurezza*.⁷⁶

Come si è visto, nel caso in esame, però, il giudice del merito – che pur aveva affermato, nella premessa della sua complessa motivazione e con puntuale riferimento alla giurisprudenza di codesta

⁷³ Sentenza *Winterwerp*, cit., § 38, 39.

⁷⁴ Specie per quel che concerne la *qualità* delle norme giuridiche applicabili, dato che, per il *principio generale di sicurezza giuridica* – il quale esige che *le condizioni della privazione della libertà in virtù del diritto interno siano chiaramente definite e che la legge si sia prevedibile nella sua applicazione* – la legge nazionale deve essere sufficientemente accessibile e precisa al fine di evitare ogni rischio di arbitrio (sentenza *Baranowski contro Polonia*, § 50, 52 del 28 marzo 2000; sentenza del 25 giugno 1996, sentenza *Amuur contro Francia*, § 50; sentenza, *Scott contro Regno Unito*, § 56, 57 del 18 dicembre 1996 etc.).

⁷⁵ Sentenza *Winterwerp*, cit., § 39; inoltre – ad avviso della Corte – occorre verificare tale conformità tanto al momento dell'adozione della misura coercitiva quanto a quello della sua esecuzione: *in molti casi, infatti, una detenzione regolare all'origine si risolve in una privazione di libertà arbitraria e perciò incompatibile con l'articolo 5* (sentenza *Van Droogenbroeck contro Belgio*, § 40 del 24 giugno 1982; sentenza *X contro Regno Unito*, § 43 del 5 novembre 1981; sentenza, *Weeks contro Regno Unito*, § 49 del 2 marzo 1987 etc.).

⁷⁶ Sentenza *Bozano contro Francia*, § 54 del 18 dicembre 1986; sentenza *Bouamar contro Belgio*, § 47 del 29 febbraio 1988; sentenza *Van der Leer contro Olanda*, § 22; sentenza *Wassink contro Olanda*, § 24 del 27 settembre 1990; sentenza *Ashingdane contro Regno Unito*, § 44 del 28 maggio 1985 etc.

Corte, *l'indiscutibile obbligo del giudice italiano di applicare le disposizioni della Convenzione* – non ha esaminato, con riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo, il problema di stabilire se, in base all'articolo 5 § 1 lett. (a) della Convenzione la detenzione del ricorrente fosse regolare (in tale termine ricompreso l'esame della sua legittimità) o se la stessa non si risolvesse in una privazione arbitraria della libertà. Era infatti questo il compito che codesta Corte aveva demandato al giudice del merito chiedendogli, sostanzialmente, di stabilire se *l'esecuzione nell'ordinamento italiano di una sentenza di condanna emessa a conclusione di un processo giudicato "non equo" dalla Corte europea sia compatibile con la disposizione dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione.*

Ora è ben vero che proprio nella sentenza *Stoichkov* (indicata da codesta Corte e tenuta presente dal giudice del merito) la Corte europea ha chiarito che non è normalmente necessario, al fine di accertare la regolarità della detenzione, esaminare se nel procedimento principale di cognizione, che ha condotto alla sentenza da eseguire, siano stati minuziosamente rispettati i canoni di un giusto processo ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione.⁷⁷ Ma è altrettanto vero che proprio nella sentenza *Stoichkov* la Corte abbia *tuttavia ritenuto che se una "condanna" è il risultato di un procedimento che è stato un "flagrante diniego di giustizia"*⁷⁸ – cioè che è stato manifestamente contrario alle disposizioni dell'articolo 6 o dei principi in esso contenuti – la conseguente privazione della libertà non sarebbe giustificata ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a) (vedere *Drotz e Janousek*, succitata, *ibid.* e, più recentemente, *Ila-*

⁷⁷ Il ragionamento della Corte europea è sostanzialmente analogo a quello della Corte di Cassazione, che ha sempre insegnato che il giudice dell'esecuzione non può attribuire rilievo alle nullità eventualmente verificatesi nel corso del processo di cognizione in epoca precedente a quella del passaggio in giudicato della sentenza. La Corte europea ha infatti chiarito che *il requisito previsto dall'articolo 5 § 1 (a) – secondo cui una persona è regolarmente detenuta "dopo una condanna da parte del tribunale competente" – non comporta che la Corte debba sottoporre il procedimento che conduce a tale condanna a un esame minuzioso e che debba verificare se siano stati completamente soddisfatti i requisiti di cui all'articolo 6 della Convenzione (vedere sentenza Drotz e Janousek contro Francia e Spagna del 28 giugno 1992, serie A n. 240 § 110; e sentenza Iridarne Pérez contro Francia, n. 16462, decisione della Commissione del 19 gennaio 1994, Decisioni e rapporti 76, pag. 18) e che proprio nella citata sentenza Drotz la Corte abbia ritenuto che a tale esame non fosse tenuto il giudice francese nel procedimento poi portato al giudizio della Corte europea (§ 51).*

⁷⁸ *"flagrant denial of justice"*, nel testo della sentenza e *"dénî de justice flagrant"*, nel testo francese della sentenza *Ilascu*, successivamente richiamata dalla Corte.

scu e altri contro Moldova e Russia (GC), n. 48787/99, § 461, ECHR, 2004-VII) (51).⁷⁹

Ed ecco quindi apparire nella sua giusta luce il vizio che, a giudizio di questo Ufficio, inficia la motivazione del giudice del merito. Lo stesso, infatti, per stabilire il carattere *regolare* o non (ossia arbitrario) della detenzione avrebbe dovuto accertare, in via incidentale, se la “condanna” – o meglio, il titolo esecutivo sulla base della sentenza emesso (legittimamente alla stregua del nostro ordinamento interno, tradizionalmente inteso) – fosse o non il risultato di una situazione di “flagrante diniego di giustizia”.

A ben vedere, il caso oggi all’esame di codesta Corte è ben diverso e molto più grave del caso *Stoichkov* e, per altro verso, non influenza – se non per la sola impostazione della tematica e per riflesso – la soluzione dei molteplici casi *in itinere* concernenti persone che, giudicate *in absentia*, richiedono un nuovo giudizio o si oppongono all’esecuzione sulla falsariga delle indicazioni che, ai sensi dell’articolo 46 della Convenzione, la Grande camera della Corte europea ha fornito nella sentenza *Sejdovic*.⁸⁰

In realtà, nel caso *Stoichkov* – che giudicato *in absentia* con sentenza del 30 ottobre 1989, non è riuscito a ottenere (per essere strato distrutto il fascicolo processuale) la riapertura del procedimento, pur prevista dalla normativa bulgara e che risulta detenuto, in esecuzione di tale sentenza, dal 18 febbraio 2000 – la Corte europea, con senten-

⁷⁹ E nella citata sentenza *Ilascu e altri*, la Corte aveva ben chiarito che *l’esigenza di “regolarità” posta dall’articolo 5 § 1 (a) (“detenzione regolare” ordinata “secondo le vie legali”) non è soddisfatta dal semplice rispetto del pertinente diritto interno; è necessario che il diritto interno si conformi esso stesso alla Convenzione, ivi compresi ai principi generali enunciati o in essa impliciti, con particolare riferimento a quello del primato del diritto, menzionato nel preambolo della Convenzione. All’origine dell’espressione “secondo le vie legali”, si trova la nozione di procedura equa e adeguata, l’idea che ogni misura privativa della libertà debba emanare da un’autorità qualificata, essere eseguita da una tale autorità e non rivestire un carattere arbitrario (vedere soprattutto la sentenza *Winterwerp contro Olanda* del 24 ottobre 1979, serie A, n. 33, pp. 19-20, § 45). Inoltre, dato che lo scopo dell’articolo 5 è quello di proteggere l’individuo contro l’arbitrio, la “condanna” non dovrebbe essere il risultato di un flagrante diniego di giustizia (vedi, “*mutatis mutandis*”, la sentenza *Drozd e Janousek contro Francia e Spagna* del 26 giugno 1992).*

⁸⁰ Il riferimento è ai casi in cui non sia intervenuta una sentenza di Strasburgo. Come è noto, la Corte europea ha individuato, quale regola generale, in un nuovo processo o nella riapertura del procedimento la misura da adottare, ai sensi dell’articolo 46 della Convenzione, nell’ipotesi di giudizio in contumacia svolto nei confronti di una persona di cui non è stato provato che avesse cercato di sottrarsi alla giustizia o che non abbia rinunciato, in maniera non equivoca, al suo diritto di comparire all’udienza.

za del 24 marzo 2005, ha ritenuto sussistere violazione dell'articolo 5 § 1 (a), a partire dal 19 luglio 2001, data in cui la Suprema Corte di Cassazione bulgara ha rigettato la sua istanza di riapertura del procedimento, mentre ha ritenuto legittima secondo la normativa bulgara e non arbitraria ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a) la detenzione per il periodo dal 18 febbraio 2000 al 18 luglio 2001 (*cfr.*, §§ 58 e 52). Per pervenire a tale soluzione la Corte europea – che era stata investita del ricorso con cui lo *Stoichkov* lamentava che la sua incarcerazione fosse illegittima e arbitraria (§ 44), – impostata la soluzione del problema ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione (§ 45) – si è posta preliminarmente la *questione* di chiarire *se il requisito, previsto dall'articolo 6 per garantire il diritto dell'imputato a essere presente durante il procedimento contro di lui o di lei, sia così basilare da rendere il procedimento condotto in "absentia" e la cui riapertura sia stata rifiutata un "flagrante diniego di giustizia", cioè "manifestamente contrario alle disposizioni dell'articolo 6 o ai principi in esso racchiusi"* (§ 54). In tale prospettiva essa ha riaffermato il principio che un *diniego di giustizia si verifica indubbiamente nel caso in cui un soggetto condannato in "absentia" non può successivamente ottenere che un giudice⁸¹ statuisca di nuovo, dopo averlo sentito, sul fondamento dell'accusa, in fatto come in diritto, quando non è stato stabilito in maniera non equivoca che egli ha rinunciato al suo diritto di comparire e di difendersi* (Corte europea, dec. *Einhorn contro Francia*, § 33 del 16 ottobre 2001; sentenza *Poitrimol contro Francia*, § 31 del 26 ottobre 1993 etc.) (§ 55). La Corte ha infatti osservato che *questa conclusione è in linea con la sua costante giurisprudenza – tra cui ha indicato anche quella resa nel caso concernente l'attuale ricorrente – secondo cui il diritto di un imputato a partecipare di persona al processo è elemento fondamentale di un giusto processo, essendo di capitale importanza che un imputato compaia, sia per il suo diritto a una udienza, sia per la necessità di verificare l'accuratezza delle sue dichiarazioni e confrontarle con quelle della vittima – i cui interessi è necessario proteggere – e dei testimoni* (§ 55).

In sostanza, la Corte europea investita in via principale della questione della *regolarità* della detenzione ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a), ha esaminato in via incidentale – sotto l'angolo dell'articolo 6 – l'equità del procedimento principale di cognizione bulgaro, scandito dalla sentenza di condanna e da quella di diniego di riapertura del procedimento, e dopo aver rilevato: **D**) che *l'imputato è stato dichiarato colpe-*

⁸¹ "Cour", nel testo inglese, "jurisdiction", in quello francese.

vole in “*absentia*”; **II**) che non vi è alcuna indicazione che lo stesso abbia rinunciato, espressamente o tacitamente, al suo diritto di comparire e di difendersi; **III**) che affinché il procedimento che ha portato alla sua condanna non rappresenti un “*diniego di giustizia*” avrebbe dovuto avere l’opportunità di farlo riaprire e di far decidere, in sua presenza, sul merito delle accuse contro di lui; ha constatato che il diniego della Corte suprema – che ha reso in pratica impossibile un nuovo dibattimento – lo ha privato della possibilità di ottenere che un giudice, dopo averlo sentito, pronunciasse una nuova decisione sul merito delle accuse in relazione alle quali è stato condannato (§ 58). In tale situazione, la Corte ha ritenuto che il procedimento penale contro il ricorrente, associato all’impossibilità di ottenere una nuova decisione sulle accuse contro di lui da parte di un giudice dopo averlo sentito, è stato manifestamente contrario ai principi contenuti nell’articolo 6 (§ 58). Da tale affermazione – effettuata, come si è visto, in via incidentale in ordine all’articolo 6 della Convenzione – la Corte ha tratto la *conclusione inevitabile* (§§ 53, 58) della constatazione della violazione, nel caso al suo esame, dell’articolo 5 § 1 (a) della Convenzione in ordine alla privazione della libertà personale per il periodo successivo alla decisione della Corte Suprema di Bulgaria (19 luglio 2001).

Da quanto sinora esposto emerge chiaramente come, secondo la Corte europea, una decisione resa *in absentia*, ove non sia accertato che l’imputato abbia rinunciato al suo diritto di comparire o che egli abbia inteso sottrarsi alla giustizia,⁸² deve necessariamente essere legata a un nuovo giudizio (*un nouveau procès ou une réouverture de la procédure*⁸³). Occorre, cioè, attraverso questo nuovo giudizio, *purgare la contumacia*, come in effetti già avveniva nel nostro ordinamento nella vigenza del Codice *Finocchiaro-Aprile* del 1913.⁸⁴ La decisione

⁸² Quest’ultima condizione è stata inserita nella sentenza *Sejdovic* della Grande camera del 1° marzo 2006 (§ 82) sulla falsariga della sentenza *Medenica* (§ 55). La fonte di ispirazione della Corte resta la famosa Risoluzione n. 11 del 1975 del Comitato dei Ministri.

⁸³ Come è stato specificato nella sentenza della Grande camera, nel caso *Sejdovic*, § 126.

⁸⁴ Come ancor oggi avviene in Francia e in negli altri Paesi che si ricollegano al Codice napoleonico. Il Codice *Finocchiaro-Aprile*, come è noto, restò in vigore dal 1914 al 1930 e fu sostituito perché ritenuto troppo liberale. Il testo dell’articolo 475 è del seguente tenore: *Il condannato in contumacia dalla Corte di assise alla pena dell’ergastolo, o ad altra pena restrittiva della libertà personale di durata superiore a cinque anni, ovvero all’interdizione perpetua dai pubblici uffici, in qualunque tempo si presenti volontariamente, o si costituisca in carcere, o pervenga in potere della giustizia, prima che l’a-*

resa *in absentia* – ove non sia accertato che l'imputato abbia rinunciato al suo diritto di comparire o che egli abbia inteso sottrarsi alla giustizia – viola l'articolo 6 della Convenzione e deve essere *purgata*, per evitare l'insorgere della ben più grave violazione del diniego di giustizia (articolo 6 della Convenzione). Quindi, secondo la Corte di Strasburgo – e, sembra opportuno ricordarlo, secondo il sistema nel nostro ordinamento vigente fino al Codice *Rocco* – una decisione resa *in absentia* nelle predette condizioni non può mai essere messa in esecuzione perché, occorrendo procedere a un nuovo giudizio, il procedimento principale di cognizione non è definitivo.⁸⁵ Con l'ulteriore conseguenza che l'esecuzione di una decisione resa *in absentia e non purgata* viola l'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione.

Ciò premesso, le *conclusioni* tratte dalla Corte nel caso *Stoichkov* appaiono, nel caso in esame, a maggior ragione, *inevitabili* per il giudice italiano. Innanzitutto quell'accertamento sulla violazione dell'articolo 6 della Convenzione, che la Corte europea ha condotto in via incidentale nel caso *Stoichkov*, è stato già condotto, e in via principale, dalla stessa Corte nella sua sentenza 28 agosto 1991, con la quale ha constatato l'avvenuta violazione di tale disposizione, dopo aver ricordato che il *Cat Berro*, *assente all'udienza davanti alla Corte di assise di appello di Milano, benché accusato di reati molto gravi, non aveva manifestato la sua volontà di rinunciare a comparire o, comunque* – contrariamente a quel che deduceva il Governo italiano – *che non risultava dal fascicolo processuale che lo stesso avesse inteso rinunciare a comparire e a difendersi, espressamente o, quanto meno, di maniera non equivoca* (§ 33). Da tale data per lo Stato italiano sussisteva l'obbligo di conformarsi alla sentenza ai sensi dell'articolo 46 (all'epoca 53) della Convenzione, come in effetti riconosce il giudice del merito, che individua, come si è visto, la modalità di adempimento (quella che definisce *la forma di riparazione più appropriata*) *nella riapertura del procedi-*

zione penale sia prescritta, è sottoposto a nuovo giudizio con le forme ordinarie e la sentenza si ha come non avvenuta. La purgazione si determinava automaticamente e senza bisogno di alcuna iniziativa del condannato in contumacia. Per le sentenze non soggette a purgazione, il Codice prevedeva, all'articolo 497, il rimedio dell'opposizione, che richiedeva invece un'attività di impulso della parte, e, più precisamente, di un'esplícita anche se immotivata dichiarazione di opposizione. Le conseguenze dell'opposizione erano le medesime della purgazione, facendosi luogo al giudizio in contraddittorio, previa totale caducazione degli effetti del precedente giudizio contumaciale.

⁸⁵ E in effetti, nella vigenza del Codice *Finocchiaro-Aprile*, la sentenza contumaciale non poteva essere messa in esecuzione. Si parlava al riguardo di sentenza *imperfetta o provvisoria*, proprio per la sua inidoneità alla formazione del giudicato.

mento e in un nuovo giudizio che rispetti le regole del “giusto processo”. Quindi, per evitare che l'accertata violazione dell'articolo 6 della Convenzione trasmodasse in un *flagrante diniego di giustizia* – ossia in una delle violazioni più gravi del diritto internazionale⁸⁶ – occorre procedere alla *purgazione della contumacia*, con la conseguenza che, non essendosi sino a oggi a ciò provveduto, il procedimento principale di cognizione non è definitivo. Invero, non diversamente da quel che avveniva nella vigenza del Codice *Finocchiaro-Aprile* – in cui la sentenza contumaciale non poteva essere posta in esecuzione – la sentenza della Corte di assise di appello di Milano del 9 aprile 1984 non è idonea alla formazione del giudicato, proprio perché si tratta di una sentenza *imperfetta* o, se si vuole, *provvisoria*, che deve essere *purgata*.

Della necessità di un nuovo giudizio è ben conscio il giudice del merito il quale, però, anziché trarre in ordine al procedimento sulla libertà personale (il solo di cui era formalmente investito) le conseguenze del perdurante inadempimento dello Stato e pervenire alla *conclusione inevitabile* – della violazione dell'articolo 5 § 1 e alla susseguente scarcerazione dell'imputato, ritiene di dover *avvertire, che solo ove il Governo non garantisca il nuovo giudizio (intesa quale forma di riparazione), l'imputato dovrà essere scarcerato* (ordinanza, punto 4.2., fol. 11).

In altri termini, anziché provvedere alla immediata scarcerazione – per essere stata messa in esecuzione una sentenza non irrevocabile⁸⁷ – il giudice del merito ha condizionato la scarcerazione a un evento futuro e incerto (*incertus an et incertus quando*), rimesso alla volontà potestativa del Governo che dovrebbe *garantire* (a non chiaro destinatario) la *riapertura del procedimento e un nuovo giudizio*. Le ragioni di tale soluzione sono indicate dal giudice del merito allorché, nell'esaminare quella che definisce la *posizione del giudice italiano*, effettua una ricognizione del diritto interno con riferimento, da un lato, al valore del giudicato penale e, dall'altro, alla ritenuta carenza di un rime-

⁸⁶ La Corte europea, nella storica sentenza *Golder contro Regno Unito* del 21 febbraio 1975, ha ritenuto che il diniego di giustizia è *proibito dal diritto internazionale*, rientrando tra i *principi fondamentali di diritto universalmente riconosciuti* (§ 35).

⁸⁷ In realtà la violazione dell'articolo 5 § 1 (a) – in conseguenza dell'esecuzione di una decisione resa *in absentia*, in cui è rimasto accertato che l'imputato non ha volontariamente rinunciato a comparire e non *purgata* – si risolve nella violazione delle disposizioni interne che regolano la definitività della sentenza, posto che la stessa non può ritenersi irrevocabile ai sensi dell'articolo 648 cod. proc. pen. Si tratta di applicare il diritto interno alla luce della Convenzione.

dio interno, attribuita all'inerzia del legislatore, cui ritiene *di non potersi "sostituire"*, pur nella consapevolezza – aggiunge – che, qualora la presente decisione divenga definitiva, un prevedibile nuovo ricorso del Cat Berro dinanzi alla Corte europea di Strasburgo possa portare a un'altrettanto prevedibile decisione di quest'ultima, con accertamento di ulteriore violazione delle norme della CEDU, questa volta ai sensi dell'articolo 5 § 1 lett. (a) in relazione alla detenzione conseguente alla condanna irrevocabile intervenuta all'esito di un processo già ritenuto non equo dalla stessa Corte (cfr., pag. 16 dell'ordinanza impugnata, con riferimento anche alla nota 25). Con tale affermazione il giudice del merito – che sembra ignorare il carattere prioritario della garanzia interna rispetto a quella fornita dagli organi di tutela di Strasburgo – scardina completamente il sistema di controllo stabilito dalla Convenzione (la *garanzia collettiva dei diritti dell'uomo*, solennemente proclamata nel suo Preambolo). Tale sistema è fondato sul principio di sussidiarietà,⁸⁸ dato che la Corte europea può essere adita solo dopo l'esperimento delle vie di ricorso interne e quest'ultima ha sempre ammonito che *appartiene in primo luogo alle autorità nazionali di riparare una denunciata violazione della Convenzione* e che il relativo ricorso interno deve avere carattere effettivo (cfr., da ultimo, Corte europea, sentenza *Scordino (1), contro Italia* §§ 173, 176 e ss. del 29 marzo 2006).⁸⁹ Ma soprattutto con tale affermazione – correlata con quelle concernenti il previsto epilogo dell'ipotetico nuovo procedimento e con i corollari

⁸⁸ Quale emerge dalla semplice lettura in prosieguo degli articoli: 1 – riconoscimento a tutte le persone sottoposte alla giurisdizione dell'Italia dei diritti enunciati nella Carta, tra i quali, appunto, nel caso in esame, quello dell'articolo 5 § 1 (a); articolo 13 – esistenza di un giudice nazionale per la tutela di quel diritto, garantito, nel caso in esame, dal procedimento ex articolo 670 cod. proc. pen.; articoli 19, 34, 35 – possibilità di un ricorso a Strasburgo, previo esaurimento delle vie di ricorso interne, ossia proprio del presente procedimento.

⁸⁹ Se fosse vero che il giudice italiano può, in un procedimento di sua competenza, rimanere inerte (e attendere che l'interessato si rivolga alla Corte europea) dinanzi a una questione – riguardante l'oggetto del giudizio e avente in esso rilevanza – concernente una pretesa violazione di un diritto fondamentale che egli ritenga sussistere, occorrerebbe porsi il problema della permanenza delle condizioni per l'adesione dell'Italia al Consiglio d'Europa, il cui Statuto, all'articolo 3, impone a ogni Stato *di riconoscere il principio del primato del diritto e quello in virtù del quale ogni persona sottoposta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* e, all'articolo 8 dà facoltà al Comitato dei ministri di sospendere o espellere dall'organismo gli Stati colpevoli di gravi violazioni a tali diritti. Lo Statuto del Consiglio d'Europa fu firmato a Londra il 5 maggio 1949 e fu ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 23 luglio 1949, n. 433, in G.U. n. 168 del 25 luglio 1949.

che da esso vengono tratti (obbligo per lo Stato di riaprire il procedimento e, in mancanza di garanzie da parte del Governo, procedere alla scarcerazione dell'imputato), sulla base di un non pertinente richiamo alla sentenza *Stoichkov*⁹⁰ – la perplessa motivazione del giudice del merito ha reso una questione estremamente semplice – e di immediata soluzione – di una complessità tale da apparire a prima vista inestricabile.

Solo per completezza di esposizione e, se del caso, per un eventuale utile orientamento metodologico, va dipanata la massa complessa ed eterogenea di temi e questioni trattate dal giudice del merito. Ed in tale prospettiva, occorre tener distinto, pur considerando le interconnessioni esistenti: a) da una lato, il procedimento incidentale sulla libertà personale, nel quale il giudice dell'esecuzione – investito come si è visto della *regolarità* della detenzione nei termini sopra indicati e nel ristretto ambito di operatività dello specifico procedimento ex articolo 670 cod. proc. pen. di cui era investito – doveva risolvere il problema della perdurante validità del titolo esecutivo ed in tale prospettiva doveva esaminare, *incidenter tantum*, se la perdurante inerzia dello Stato nell'adempire il suo obbligo integrasse un diniego di giustizia tale da incidere sul diritto alla libertà e alla sicurezza del detenuto e doveva, quindi, adottare i provvedimenti consequenziali di sua competenza, così come indicato dalla sentenza di Strasburgo nel caso *Stoichkov*. B) d'altro lato, il procedimento principale di cognizione che, concluso a livello interno con la sentenza della Corte di Cassazione e proseguito, nel rispetto dei termini per la ricevibilità del ricorso,⁹¹

⁹⁰ Il richiamo si trova alle pagg. 10 e 15 dell'ordinanza (*cf.* anche nota 26), con riferimento ai §§ 80-82 della sentenza della Corte europea, che, pur constatando l'avvenuta violazione dell'articolo 5 § 1 (a), non ha indicato, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, quale misura idonea quella della scarcerazione, ritenendo in quel caso sufficiente la riapertura del procedimento. Giustamente la Corte ha ritenuto *di non speculare su un processo che non è manifestamente contrario ai principi contenuti nell'articolo 6*. In realtà in quel caso l'unico accertamento sulla violazione dell'articolo 6 – sulla volontarietà o meno della rinuncia a comparire – è stato quello condotto in via incidentale dalla Corte europea ed è proprio questo accertamento quello che la Corte richiede nel nuovo giudizio (nel quale si dovrà, se del caso, procedere ad un giudizio anche di merito), mentre nel caso *Cat Berro* l'accertamento della Corte europea è avvenuto in via principale proprio sull'inesistenza della rinuncia e nel nuovo giudizio si dovrà discutere solo sul merito.

⁹¹ Solo per inciso va detto che ove il termine previsto dalla Convenzione non fosse stato rispettato, nessuna autorità né sopranazionale né nazionale avrebbe più potuto discutere, in nessuna sede, se volontariamente o meno il *Cat Berro* avesse rinunciato alla garanzia fornitagli dall'articolo 6 della Convenzione.

a livello sovranazionale con la sentenza della Corte europea, si trova ora dinanzi al Comitato dei ministri del Consiglio ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione e, come pure riconosce il giudice del merito, dovrà trovare il suo epilogo in un nuovo giudizio;⁹² questo procedimento poteva formare oggetto di esame da parte del giudice dell'esecuzione – come in effetti è avvenuto – nell'ambito delle generali attribuzioni sul controllo dell'intera esecuzione del provvedimento giurisdizionale (e, quindi, nel caso in esame, della sentenza della Corte di assise di appello nei suoi sviluppi sovranazionali) ai sensi dell'articolo 666 cod. proc. pen.

Orbene, occorre riconoscere che, nel procedimento di sua competenza ex articolo 670 cod. proc. pen., il giudice del merito, sia pur trattando congiuntamente questioni diverse, ha adempiuto al suo compito perché ha in sostanza riconosciuto sussistere, come si è visto, la violazione dell'articolo 5 § 1 (a). Ma ha ritenuto di non poter provvedere alla scarcerazione o comunque alla sospensione dell'esecuzione, *perché sino a oggi si è sempre ritenuto che, una volta rigettato dalla Cassazione il ricorso avverso una sentenza di condanna, non potesse più farsi questione sull'esecutività di quest'ultima, avendo l'intervenuto giudicato coperto le questioni procedurali sia deducibili sia – a maggior ragione – quelle in concreto dedotte e risolte dalla Suprema Corte*. E, nel caso in esame – ha concluso il giudicante – non solo a suo avviso, ma anche secondo la stessa sentenza di annullamento con rinvio della Cassazione deve ritenersi pacifico: *sia che ci si trovi di fronte a una condanna passata in giudicato; sia che il nostro ordinamento non preveda un "apposito rimedio" che permetta di "precludere l'esecuzione" di una tale sentenza irrevocabile di condanna ancorché sia stata emessa a conclusione di un processo giudicato non "equo" dalla Corte di Giustizia a norma dell'articolo 6 della Convenzione* (ord. punto 4.3. – posizione del giudice italiano – fol. 12).

Con tale conclusione il giudice del merito si ricollega in una sorta di motivazione circolare – alla premessa del suo *iter* argomentativo e riafferma il *dogma* del giudicato e dei suoi effetti, senza rendersi conto che proprio in tale *dogma* (in uno ai pregiudizi e preconetti che lo sorreggono) si annida la causa di quell'autentico blocco della giurisdizione che si è verificato, di quel totale diniego di giustizia che è stato

⁹² Allo stato, però, il giudice del nuovo procedimento sembra costituire un'autentica *araba fenice*, dal momento che non si conosce neppure per quale via lo stesso debba individuarsi.

perpetrato, se è vero che tale giudice, pur facendosi generosamente carico di due procedimenti, non è stato in grado di rendere alcuna decisione⁹³. E con ciò mentre viene perpetuata *sine die* una detenzione – che viola il diritto alla *sicurezza* della persona sottoposta alla giurisdizione italiana ed è perciò arbitraria (articoli 1, 5 § 1 [a]) – si esclude che per la tutela di tale diritto sussisterebbe nel nostro ordinamento un procedimento di *habeas corpus*, ossia non esisterebbe un *giudice che decida, in breve tempo, sul ricorso di un detenuto in ordine alla legalità della sua detenzione e che, se la detenzione è illegale, ordini la sua liberazione* (articolo 5 § 4 della Convenzione).

Non occorrono ulteriori considerazioni per disattendere tali conclusioni, mentre appare opportuno fissare le scansioni delle proposizioni argomentative, considerando: **I**) che l'articolo 5 della Convenzione – che pur il giudice del merito ammette di dover applicare – riconosce al ricorrente un diritto soggettivo perfetto, azionabile dinanzi al giudice italiano e da esso tutelabile;⁹⁴ **II**) che, nel caso di specie, tale diritto si sostanzia, come si è visto, nel controllo sulla *regolarità* della detenzione; **III**) che per la tutela di tale diritto il detenuto ha – in uno alla garanzia generale prevista dall'articolo 13 della Convenzione del *diritto a un ricorso effettivo* – lo specifico *diritto*, previsto dall'articolo 5 § 4 della Convenzione, *di presentare un ricorso davanti a un giudice, affinché decida, in breve tempo, sulla legalità della sua detenzione e ordini la sua liberazione se la detenzione è illegale*;⁹⁵ **IV**) che tale ricorso

⁹³ Il giudice del merito giudice dell'intera esecuzione della sentenza di condanna (ex artt. 665 e 666 cod. proc. pen.) si è, infatti, giustamente fatto carico non solo della eventuale liberazione dell'interessato (sola questione di cui era stato formalmente investito con l'incidente di esecuzione ex art. 670 cod. proc. pen.) ma anche della eventuale riapertura del procedimento di cognizione (problema che – sia pure connesso con l'altro si è sostanzialmente posto di ufficio e in via principale). Tale giudice, pur risolvendo con corrette motivazioni entrambe le questioni, ha di fatto allontanato il calice della delibazione del merito, invocando carenze normative.

⁹⁴ Si tratta, invero, non solo di un diritto immediatamente *giustiziabile*, ma di una pretesa al rispetto di tale diritto da parte del giudice italiano, posto che, in caso di ritenuta perdurante violazione, l'interessato può direttamente adire la Corte di Strasburgo, che controlla la motivazione del giudice nazionale.

⁹⁵ Con la conseguenza che se l'ordinamento interno non prevedesse tale ricorso effettivo – come in sostanza sostiene il giudice del merito – sussisterebbe, nel caso in esame, l'ulteriore violazione dell'articolo 5 § 4 della Convenzione, come la Corte europea ha tra l'altro sancito proprio nel caso *Stoichkov* (§§ 60-67). Normalmente, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, la garanzia dell'*habeas corpus*, prevista dall'articolo 5 § 4 non si dovrebbe applicare alla detenzione ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione, *in quanto il controllo giudiziario sulla privazione della libertà sarebbe già contenuto nella condanna giudiziaria e nella pena. Tuttavia*, ha chiarito la Corte europea,

(ossia quell'*apposito rimedio* interno che viene invocato dal giudice del merito *per poter precludere l'esecuzione della sentenza di condanna*) è già previsto nel nostro ordinamento e si identifica proprio con il procedimento di cui quel giudice è investito, ossia con il procedimento previsto dall'articolo 670 cod. proc. pen.; **V**) che è in tale procedimento che nel nostro ordinamento deve trovare tutela il diritto sancito dall'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione, quale esso vive nella giurisprudenza di Strasburgo;⁹⁶ **VI**) che, come si è visto, secondo tale giurisprudenza, per essere *regolare* – ossia *giustificata ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione* – la condanna posta in esecuzione non deve essere *il risultato di un procedimento che è stato un "flagrante diniego" di giustizia, cioè che è stato manifestamente contrario alle disposizioni dell'articolo 6 o dei principi in esso contenuti*; **VII**) che, in particolare, secondo la citata giurisprudenza, un *diniego di giustizia si verifica indubbiamente nel caso in cui un soggetto condannato in "absentia" non può successivamente ottenere che un giudice statuisca di nuovo, dopo averlo sentito, sul fondamento dell'accusa in fatto come in diritto, quando non sia stato stabilito in maniera non equivoca che egli ha rinunciato al suo diritto di comparire e di difendersi*; **VIII**) che, nel caso in esame, la contrarietà del procedimento di cognizione – e in particola-

l'articolo 5 § 4 torna il gioco quando sorgono nuove questioni di fatto riguardanti la legittimità della privazione della libertà (cfr., §§ 65-65 della sentenza Stoichkov e giurisprudenza ivi citata). Come si vede, l'ordinamento italiano, con l'incidente di esecuzione, offre garanzie maggiori di quelle, minime, richieste dalla Convenzione.

⁹⁶ L'errore in cui incorre il giudice del merito consiste nel ritenere che l'*apposito rimedio* giuridico che invoca debba essere lo stesso sia per la riapertura del procedimento principale di cognizione ex articolo 46 della Convenzione sia per la ineseguibilità della sentenza in sede di esecuzione ex articolo 670 cod. proc. pen. Tale errore risulta chiaramente nelle sue conclusioni finali, laddove afferma che non è previsto "*de iure condito*", *alcuno strumento giuridico che consenta a questo giudice di incidere sulla esecutività della sentenza divenuta irrevocabile e sulla conseguente detenzione del condannato, nonché, nel contempo, di provocare la riapertura del procedimento in modo che si possa procedere alla celebrazione di un nuovo processo secondo le regole del "giusto" processo (cfr., ord., fol. 15 e supra, punto 6.5.)*. Si esaminerà nel corso dell'esposizione se e quale *strumento* sia necessario per il procedimento ex articolo 46 della Convenzione, mentre dovrebbe apparire evidente che per il procedimento incidentale di esecuzione, lo strumento è quello previsto dagli articoli 670 cod. proc. pen., e 5 § 1 (a) della Convenzione, ossia valutando *l'incidenza* di quest'ultima *disposizione, nel più ampio contesto normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del suo inserimento nell'ordinamento italiano* (come chiari, sin dal 1981, la 1^a sezione penale della Corte di Cassazione, nell'orientamento poi confermato nel 1988 dalle Sezioni Unite; cfr., *supra*, punto 4.1.). Lo strumento giuridico, quindi, esiste, ed esso si presta per essere utilizzato.

re del giudizio svoltosi *in absentia* del prevenuto – alle disposizioni dell’articolo 6 della Convenzione è stata constatata addirittura dalla Corte europea, che ha escluso che lo stesso avesse inteso rinunciare al suo diritto di essere presente al processo;⁹⁷ **IX)** che sussiste un *diniego di giustizia*, essendo stato sino a oggi il ricorrente *privato della possibilità di ottenere che un giudice, dopo averlo sentito, pronunci una nuova decisione sul merito delle accuse in relazione alle quali è stato condannato*; **X)** che il *diniego di giustizia* costituisce una delle più gravi violazioni del diritto internazionale; **XI)** che tale *diniego di giustizia* assume carattere di particolare gravità non essendosi lo Stato conformato, ai sensi dell’articolo 46 della Convenzione, alla sentenza della Corte europea, in violazione della Raccomandazione n. 2 del 2000 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa e della Risoluzione interinale n. 30 del 2000 dello stesso Comitato, in sede di controllo sull’esecuzione della predetta sentenza, nel procedimento tuttora in corso a Strasburgo nei confronti dell’Italia, e in cui, nel corso della 966^a riunione dei Delegati del 6-7 giugno 2006, è stata adottata una *Decisione con effetto immediato* e l’esame del caso è stato rinviato alla riunione del 4-5 luglio p.v., per seguire l’epilogo del presente procedimento;⁹⁸

⁹⁷ E tale statuizione assumerà nel nuovo giudizio – che lo stesso giudice del merito riconosce che dovrà essere celebrato – acquisterà valore di cosa giudicata, limitatamente, al punto concernente la non volontarietà della rinuncia dell’imputato a partecipare all’udienza svoltasi dinanzi alla Corte di appello di Milano.

⁹⁸ Il procedimento nei confronti dell’Italia per il caso *Cat Berro* fu chiuso dinanzi al Comitato dei ministri, in sede di controllo sull’esecuzione delle sentenze della Corte nel marzo 2003, quando i Delegati dei ministri adottarono la Risoluzione DH(93)6, sulla base delle informazioni fornite dal Governo italiano. Secondo tali informazioni, *con l’entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale del 24 ottobre 1989, l’accusato assente non ha più l’obbligo, per evitare di essere giudicato in contumacia, di provare la realtà del suo impedimento a comparire. L’articolo 486, comma 2 del nuovo Codice dispone infatti che il giudice sospenderà o rinvierà il processo, anche di ufficio, quando appaia probabile che l’assenza dell’accusato è dovuta a una impossibilità assoluta di comparire*. Il caso fu riaperto il 2 ottobre 2000 nel corso della 721^a riunione del Comitato su impulso del Direttore dei diritti dell’uomo, che si era dichiarato sbalordito (*très étonné*) nell’apprendere che le autorità italiane avevano chiesto al Governo di Grecia l’extradizione del *Cat Berro* al fine dell’esecuzione della sentenza di condanna vulnerata a Strasburgo. La questione era sostanzialmente analoga a quella del caso *Bozano* (*il biondino dalla spider rossa* condannato per la morte di Milena Sutter) che determinò la prima constatazione di violazione della Convenzione da parte della Francia (proprio per violazione dell’articolo 5 § 1 [a]) e del caso *Hakkar contro Francia* (che determinò la precipitosa adozione della legge sulla revisione per gli effetti dell’articolo 46 della Convenzione) Successivamente vari Paesi europei (Francia, Belgio) rifiutarono l’extradizione del *Cat Berro* e il Ministro della giustizia revocò la domanda di estradizione,

XII) che, in tale situazione di perdurante grave *diniego di giustizia*, la sentenza resa *in absentia* (e vulnerata dalla decisione di Strasburgo) non può essere messa in esecuzione perché è necessario – in applicazione dell’articolo 6 della Convenzione⁹⁹ – procedere a un nuovo giudizio, con la conseguenza che finché tale decisione non sarà *purgata*, la stessa non potrà essere considerata, in diritto interno, né *irrevocabile*, né *definitiva*; **XIII)** che l’aver messo in esecuzione tale sentenza integra violazione dell’articolo 5 § 1 (a), perché la restrizione della libertà personale non è *regolare* e si risolve in una detenzione *arbitraria*; **XIV)** che, se vera, l’affermazione da parte del giudice del merito in ordine alla inesistenza, nel nostro ordinamento, di *un apposito rimedio* per poter procedere al dovuto nuovo giudizio, mentre proclama la manifesta e perdurante situazione di grave *diniego di giustizia*, rende se possibile ancor più grave l’*arbitrarietà della detenzione* e, in uno alla violazione dell’articolo 5 § 1 (a), integra violazione dell’articolo 5.4 della Convenzione; **XV)** che pertanto, in applicazione degli articoli 5 § 1 (a) e 5 § 4 della Convenzione,¹⁰⁰ si impone, a giudizio di questo Ufficio, l’immediata scarcerazione del *Cat Berro*, se non detenuto per altra causa;¹⁰¹ **XVI)** che, *si vera sunt exposita*, a tale scarcerazione dovrà provvedere codesta Corte Suprema, dovendo l’annullamento dell’ordinanza impugnata essere disposto senza rinvio, previa declaratoria di inesigibilità della sentenza della Corte di assise di Milano del 9 apr-

mentre non fu revocato l’ordine di carcerazione a suo tempo emesso. Nel corso della 783^a riunione dei Delegati (19 febbraio 2002) il Comitato dei ministri adottò la Risoluzione interinale DH(2002)30, con cui incoraggiava le autorità italiane ad assicurare l’adozione di una nuova legislazione conforme ai principi della Raccomandazione n. 2 del 2000 sulla riapertura dei procedimenti. Con la decisione adottata con effetto immediato, il Comitato dei ministri ha notato con interesse gli sforzi forniti sul piano giurisprudenziale per rimediare alle conseguenze della constatata violazione della convenzione e, in particolare, della recettività dimostrata dalla Corte di Cassazione sulla necessità di interpretare la legge tenendo conto della constatazione della violazione. I provvedimenti del Comitato dei ministri si possono cercare su Internet, sul sito del Consiglio d’Europa (www.coe.int) ove è possibile seguire anche le varie tappe e gli sviluppi del procedimento in corso nei confronti dell’Italia.

⁹⁹ Quale esso vive nella giurisprudenza della Corte cui il giudice italiano deve conformarsi. È infatti l’interpretazione dell’articolo 6 quella che impone che un processo non giusto non possa essere messo in esecuzione finché la violazione non sia stata eliminata.

¹⁰⁰ Il primo allo stato violato, il secondo *in itinere* ove non sopravvenga un intervento *riparatore* della Corte Suprema.

¹⁰¹ E ciò senza considerare che la sua perdurante arbitraria detenzione pone addirittura in discussione l’esistenza in Italia di uno Stato di diritto.

le 1984 e annullamento dell'ordine di carcerazione emesso dal locale Procuratore generale il 1° luglio 2004.

L'obbligo di attuazione e di tutela dei diritti fondamentali, che incombe sull'autorità che ha la disponibilità del procedimento in cui uno di tali diritti può venire in discussione, impone al rappresentante del Pubblico ministero, che tra l'altro, nel nostro ordinamento veglia alla esatta osservanza della legge, di esaminare l'altra faccia della medaglia del presente caso, costituito dall'individuazione dell'organo che deve adottare – ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione e quale suo preciso obbligo giuridico¹⁰² – la misura necessaria per conformarsi alla sentenza della Corte al fine di porre termine alla perdurante violazione dell'articolo 6 della Convenzione e alla susseguente situazione di *flagrante diniego di giustizia* in cui versa il nostro Paese. Tale analisi appare tanto più doverosa, ove si rifletta che, questo tema si inserisce – addirittura condizionandolo – in quello già esaminato concernente l'ordine di carcerazione emesso in esecuzione della sentenza della Corte di assise di appello di Milano.

L'importanza dell'analisi non è sfuggita al giudice del merito, il quale, inoltre, ha correttamente impostato la relativa questione con riferimento a una possibile interpretazione dell'articolo 670, comma 1, cod. proc. pen. alla luce dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione, ritenendo, *oltre che logica e coerente con il sistema, anche del tutto conforme alla disposizione convenzionale, la correlazione, prospettata dal ricorrente, tra la declaratoria di non esecutività del provvedimento e la possibilità di celebrazione del nuovo giudizio (ord.za, fol. 13)*.¹⁰³ E ha giustamente considerato che, proprio sulla base della predetta inter-

¹⁰² Sia il Comitato dei Ministri, nelle Risoluzioni interinali con cui invita gli Stati ad adottare le misure a tal fine necessarie sia la Corte nelle indicazioni che fornisce ai sensi dell'articolo 46, non mancano di sottolineare, *qu'un constat de violation de la Convention entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation e d'en effacer les conséquences de manière à rétablir, autant que faire se peut, la situation antérieure à celle-ci*. Al predetto obbligo giuridico derivante dalla Convenzione va aggiunto quello, con conseguenze politiche, derivante dall'adesione del nostro Paese al Consiglio d'Europa. L'articolo 3 dello Statuto stabilisce infatti che le condizioni per l'appartenenza a tale organismo sono quelle del rispetto dei diritti dell'uomo e del riconoscimento del principio del primato del diritto, mentre l'articolo 8 dello stesso dà facoltà al Comitato dei ministri di sospendere o espellere dall'organismo gli Stati colpevoli di gravi violazioni a tali diritti. E ciò senza considerare le conseguenze che da tale situazione possono derivare sulla partecipazione dell'Italia anche all'Unione europea (*cfr.*, articolo 7 Trattato di Amsterdam).

¹⁰³ Il riferimento, più precisamente, dovrebbe essere effettuato all'articolo 666 cod. proc. pen., che, come è noto, concerne in generale l'esecuzione della sentenza (*cfr.*,

pretazione, il giudice dell'esecuzione dovrebbe *dichiarare la non esecutività della sentenza di condanna passata in giudicato e dichiarare sospeso il conseguente ordine di esecuzione, stante la violazione dell'articolo 6 della Convenzione* (accertata a Strasburgo) nel procedimento di cognizione e *la conseguente illegittimità, per violazione dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione, della detenzione in espiatione della pena così inflitta* (ord.za, fol. 14 e nota 19). Ma ancora una volta il giudice del merito – pur enunciando esatte argomentazioni giuridiche (questa volta sia per quel che concerne le premesse sia per quel che riguarda le conclusioni) – si rifiuta di *jus dicere*, assumendo che *dall'interpretazione dell'articolo 670 cod. proc. pen. alla luce dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione, non discenderebbe per il giudice dell'esecuzione alcuna indicazione univoca sul come "riaprire il procedimento e garantire un nuovo giudizio"* e che, essendo troppe le opzioni in astratto ipotizzabili, è necessario un intervento del legislatore.¹⁰⁴

infra, punto 12). Comunque, il giudice del merito – che pur attribuisce responsabilità al Governo e appone condizioni e termini non dubita che *la forma di riparazione più appropriata, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione*, debba essere *individuata nella riapertura del procedimento e in un nuovo giudizio che rispetti le regole del giusto processo*, ma, come si è visto, ritiene di *non potersi sostituire al legislatore nell'introdurre lo strumento giuridico che gli consenta di provocare la riapertura del procedimento*.

¹⁰⁴ La richiesta di nuove leggi è una costante in occasione di nuove sentenze della Corte europea. Nel caso in esame, come si è visto, il giudice del merito invoca per lo meno due leggi. La necessità di una legge di adattamento è stata da illustri internazionalisti prospettata sin dall'entrata in vigore della legge n. 848 del 1955 di autorizzazione alla ratifica e di piena esecuzione della Convenzione e questa tesi è ancor oggi da molti sostenuta (e, a tacer d'altro, non è dato comprendere – se questa tesi è vera sulla base di quale disposizione di legge il Governo provveda al pagamento, a partire dalla sentenza Artico del 1980, delle somme liquidate dalla Corte europea a titolo di equa soddisfazione senza alcuna forma di *exequatur* da parte dell'autorità giudiziaria). Il granitico rifiuto opposto dalla giurisprudenza italiana al riconoscimento del diritto a una ragionevole durata dei procedimenti, per la asserita mancanza di una normativa interna, ha determinato l'adozione della legge n. 89 del 2001 (la cd. legge Pinto, approvata l'ultimo giorno della XIII Legislatura) che, come è noto, non prevede misure acceleratorie del procedimento interno, ma solo misure risarcitorie, mentre le Sezioni Unite civili (sentenza n. 28507 del 2005) oggi affermano che tale diritto preesisteva alla legge (la quale costituisce, quindi, una *superfetazione normativa*, come un'isolata dottrina aveva inutilmente denunciato, in uno ai danni irreparabili per l'erario e per il funzionamento della giustizia) mentre la Corte europea (sentenza *Scordino* 1 § 183) ci ammonisce della poca efficacia, se non dell'inutilità, delle misure risarcitorie (e suggerisce misure acceleratorie, come sosteneva quella isolata dottrina e come era previsto nell'originario disegno di legge *Conso*). Nella relazione della legge di riforma dell'articolo 175 cod. proc. pen., si ravvisa la finalità della modifica nell'esigenza di consentire l'esecuzione delle sentenze della Corte, con specifico riferimento ai casi *Somogyi* e *Sej-*

Va però sgombrato il campo da quest'ultima invocazione, dal momento che il nostro ordinamento – che è uno dei più completi e imitati al mondo – è in grado di reagire (tenuto anche conto del meccanismo di tutela previsto dalla Convenzione e degli effetti giuridici che il suo inserimento nell'ordinamento ha determinato) a ogni esigenza di diritto sostanziale o processuale per il tramite, tra l'altro, dell'interpretazione estensiva e dell'applicazione analogica. La necessità, nel nostro ordinamento, dell'intervento in materia del legislatore sorge come estrema *ratio*; sorge solo quando per carenze strutturali gravissime – significative della messa in discussione, se non del venir meno, delle condizioni per il riconoscimento di uno Stato di diritto – l'autorità che aveva il dovere di proteggere e attuare il bene tutelato non è in grado di adempiere ai suoi compiti e, per conseguenza, non è neanche in grado, pur con interventi di sostegno o sostitutivi, di eseguire le sentenze, facendo esplodere il caso dinanzi al Comitato dei ministri per la necessità dell'adozione di misure di carattere generale. Ciò ha indotto la Corte, con un approccio di tipo giurisdizionale, a indicare, anche nel dispositivo della sentenza, che misure appropriate si impongono per la tutela non solo del ricorrente, ma di tutti coloro che si trovano in situazioni analoghe. Tale situazione è quella che la Corte europea aveva ritenuto sussistere nel caso *Sejdovic* (sentenza del 10 novembre 2004), stimando che la constatata violazione dell'articolo 6 della Convenzione risultava da un problema strutturale, legato al disfunzionamento della legislazione e delle prassi interne, occasionato dall'assenza di un meccanismo effettivo che consentisse alle persone condannate in contumacia di ottenere un nuovo giudizio. La Corte europea è però ritornata sulla sua decisione, dopo che il Governo italia-

dovic, con risultati, a quel che risulta, finora pressoché nulli (come denunciato anche dalla Grande Camera). Non si comprende quali sarebbero le responsabilità del Governo, posto che lo stesso è solo la parte che rappresenta lo Stato nel giudizio dinanzi alla Corte (nella persona dell'Agente di Governo, nominato con decreto del Ministro per gli affari esteri), e interviene nel procedimento dinanzi al Comitato dei ministri (nella persona dell'Ambasciatore della Rappresentanza d'Italia presso il Consiglio d'Europa o di un suo delegato) prospettando, caso per caso, le soluzioni suggerite dai Dicasteri interessati. La recente legge n. 12 del 2006 – anch'essa quasi del tutto superflua – ha formalizzato quelle attività di coordinamento (ma, in materia, mai di decisione) che la Presidenza del Consiglio dei Ministri sinora espletava. Il D.P.R. n. 289 del 2005, che consente l'annotazione nel casellario delle decisioni della Corte europea concernenti provvedimenti interni già iscritti, dimostra l'unicità del sistema e presuppone che non siano necessarie altre disposizioni normative per dare esecuzione in Italia alle sentenze della Corte.

no aveva ottenuto che la questione fosse rimessa alla Grande camera (sentenza del 1° marzo 2006). La Corte non ha ritenuto più necessario indicare misure di carattere generale, stimando utile una riflessione, alla luce della legge di riforma dell'articolo 175 del Codice di rito e in attesa degli sviluppi della giurisprudenza (e tenuto anche conto, va aggiunto, della possibilità di applicazione dell'articolo 670). E nella stessa direzione si è orientato, proprio nel caso *Cat Berro*, anche il Comitato dei ministri, il quale, con la sua *Decisione ad effetto immediato* del 6-7 giugno u.s., sta seguendo – come si è visto – l'evolversi della situazione giudiziaria (*supra*, punto 10.1.XI).

Nel caso in esame, comunque, non vi è alcun bisogno di interventi legislativi, perché l'*indicazione univoca sul come riaprire un procedimento e come garantire un nuovo giudizio* proviene dal sistema stesso di garanzia attuato con l'adesione alla Convenzione.¹⁰⁵

Va al riguardo ricordato come la Corte europea abbia ripetutamente ammonito che *quando viene in discussione la responsabilità internazionale dello Stato per violazioni di diritti fondamentali, quest'ultimo si caratterizza, su tale piano, per la sua unità, sì che gli obblighi internazionali sottoscritti da un Paese legano tutti i poteri dello stesso, i quali devono, nei limiti delle loro attribuzioni, concorrere all'adempimento di tali obblighi*.¹⁰⁶ Da ciò consegue che lo Stato, inteso nel suo complesso e nelle sue varie articolazioni, è il garante degli impegni assunti con la Convenzione, mentre l'individuazione degli organi che devono in concreto concorrere all'adempimento degli obblighi deve es-

¹⁰⁵ Con la ratifica della Convenzione lo Stato non si è impegnato a riconoscere – come avviene in tutti gli altri trattati internazionali – ma ha espressamente riconosciuto, come è proclamato all'art. 1, i diritti enunciati nella Convenzione. Giustamente questa disposizione è stata definita la *Grundnorm* del sistema di garanzia collettivo previsto. I diritti sono riconosciuti come propri della persona umana (e come tali immediatamente azionabili a livello interno e, se del caso, a livello sopranazionale), ma la garanzia è collettiva, perché il controllo che il Comitato dei ministri (quale espressione di tutti i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa) compie, mira ad evitare perduranti violazioni dei diritti fondamentali ed esige una reazione, un intervento riparatore dell'ordinamento dello Stato tratto in causa, per perseguire l'obiettivo ritenuto di vitale interesse per la difesa della società umana e della civiltà, del consolidamento della pace fondata sulla giustizia e sulla cooperazione internazionale e perseguita per il tramite dell'accettazione, da parte degli Stati membri, del principio del primato del diritto e di quello in virtù del quale ogni persona posta sotto la loro giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (come è detto nel preambolo dello Statuto del Consiglio d'Europa).

¹⁰⁶ Corte europea, sentenza *Zimmermann e Steiner* del 13 luglio 1983; sentenza *Martins Moreira* del 26 ottobre 1988 etc.

sere effettuata alla stregua del diritto interno, in relazione al contenuto della singola sentenza.¹⁰⁷

In tale prospettiva, nel caso in esame, deve essere posto in evidenza: **I)** che la violazione dell'articolo 6 della Convenzione constatata dalla Corte europea nel procedimento di cognizione si sostanzia nel riconoscimento di una nullità – concernente l'intervento dell'imputato – che si è verificata nel giudizio svolto dinanzi alla Corte di assise di appello di Milano il 9 aprile 1984; **II)** che la tutela del canone violato del giusto processo (concernente i diritti minimi ed essenziali della dife-

¹⁰⁷ Fuor delle ipotesi in cui l'obbligo di attivarsi risultante dalla sentenza si risolve nell'esigenza dell'adozione di misure di carattere generico o di solo carattere disciplinare, nel nostro ordinamento il destinatario naturale dell'obbligo giuridico di conformarsi alla sentenza – o più precisamente l'organo competente in prima battuta per l'esecuzione della sentenza, per quel che concerne l'adozione della misura di carattere individuale – non è né il legislatore né il governo, come pure generalmente si afferma e come ritiene anche il giudice del merito (*cfr., supra*, nota 40), ma solo l'organo, giudiziario o amministrativo, che ha la materiale disponibilità di incidere sulla situazione di fatto da ripristinare in termini di diritti fondamentali, in esecuzione della sentenza della Corte. Tale organo è, in via generale, quello stesso organo che, nel caso di specie, aveva il dovere di proteggere il diritto fondamentale violato. Sussiste, in altri termini, una identificazione tra l'organo cui la Convenzione affida il compito di attuare e proteggere quel diritto fondamentale da essa riconosciuto e l'organo cui la stessa Convenzione affida il compito di ripristinare quel diritto di cui la Corte ha constatato l'avvenuta violazione. L'uno e l'altro compito costituiscono i più rilevanti effetti giuridici del riconoscimento dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno. Essi integrano manifestazione concreta di quell'obbligo positivo di attuazione e di tutela dei diritti fondamentali, su cui, a ben vedere si basa la *rivoluzione copernicana* operata, nella storia del diritto, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'articolato sistema di protezione di tali diritti che essa ha istituito, nell'ambito del Consiglio d'Europa. L'effetto giuridico che nel nostro sistema si è verificato – posto che le disposizioni della Convenzione hanno valore di legge e sono immediatamente applicabili nel nostro ordinamento – è quello secondo cui deve sempre sussistere, e deve sempre poter essere automaticamente individuato, l'organo cui, nel caso concreto, è affidata la tutela preventiva o successiva del bene protetto dalla singola disposizione convenzionale. L'individuazione dell'organo competente per l'esecuzione delle misure individuali – che, come si è visto, si identifica generalmente con quello stesso organo che, nel caso di specie, aveva il dovere di proteggere e attuare il diritto fondamentale violato è estremamente agevole per tutti i casi in cui la violazione sia riconducibile all'attività amministrativa dello Stato. In virtù del principio di autotutela, che regge tale attività, l'organo che non ha impedito o ha commesso la violazione, deve – revocato se del caso il precedente provvedimento vulnerato a Strasburgo – adottare la misura attuativa della volontà della Corte. E nell'ipotesi di inerzia dell'organo competente o di sua impossibilità, per la mutata situazione di fatto, a effettuare la *restitutio in integrum*, il nostro ordinamento prevede poteri di surrogazione e di controllo che consentono comunque di reagire positivamente o, se del caso, sanare la situazione patologica di specie accerta-

sa) era affidato – ai sensi dell’articolo 13 della Convenzione¹⁰⁸ – alla Corte di Cassazione che, con sentenza del 13 novembre 1985 nel rigettare il ricorso del *Cat Berro*, escluse la sussistenza della eccepita nullità, e ritenne che correttamente la Corte di assise di appello di Milano (sulle difformi conclusioni del Procuratore generale) avesse giudicato in contumacia il ricorrente (a quel momento ristretto in Olanda nelle carceri di Maastricht), assumendo in sostanza che i diritti minimi ed essenziali della difesa fossero stati rispettati, quanto meno sul piano formale (il ricorrente era a conoscenza dell’udienza e avrebbe potuto informare la Corte). È lapalissiano constatare che se la Corte di Cassazione avesse ritenuto – come avvenuto in casi analoghi – la sussistenza della nullità e quindi la violazione dei diritti minimi ed essenziali della difesa, la conclusione sarebbe stata quella dell’annullamento dell’impugnata sentenza con rinvio ad altra sezione della stessa Corte di assise di appello, ai sensi dell’articolo 543 del codice allora vigente (corrispondente all’articolo 623 di quello vigente); **III**) che la Corte europea – investita del ricorso proposto dal *Cat Berro* ai sensi degli articoli 19, 34, 35 e 40 della Convenzione¹⁰⁹ e riesaminando la

ta dalla Corte, o sanzionare disciplinarmente il comportamento abusivo che ha dato causa alla violazione, con ciò pienamente adempiendo agli obblighi derivanti dalla sentenza. Nell’uno e nell’altro caso, non sussiste alcuna possibilità di scelta sul mezzo in concreto da utilizzare, identificandosi lo stesso con quello in via generale previsto dall’ordinamento. Solo apparentemente più complessa è l’individuazione dell’organo competente per l’esecuzione delle misure individuali nei casi in cui la violazione sia stata commessa nell’esercizio delle funzioni giurisdizionali. Ove, invero, si tratti di procedimento di volontaria giurisdizione, lo stesso giudice che ha pronunciato il provvedimento vulnerato a Strasburgo deve, in applicazione della clausola *rebus sic stantibus* che regola la materia, esaminare la situazione di fatto e di diritto quale si presenta in conseguenza della sentenza della Corte e adottare, tenendo conto della statuizione ricavabile dalla relativa motivazione, la decisione che, nel processo di libera formazione del suo convincimento, reputa idoneo (come in effetti è avvenuto, sia pure con molte difficoltà nel caso *Scozzari*). Ove, invece, si tratti di procedimento contenzioso concluso con decisione definitiva, spetta al pubblico ministero – che *veglia all’osservanza delle leggi* promuovere la necessaria azione dinanzi al competente giudice. Tale ipotesi ricorre sia quando la Corte ha constatato violazione delle regole del giusto processo, sia quando la decisione del giudice interno sia basato su principi ritenuti dalla Corte incompatibili con quelli della Convenzione. Nell’una e nell’altra ipotesi le statuizioni della Corte europea hanno, per il giudice interno, valore di cosa giudicata.

¹⁰⁸ L’imputato aveva diritto al rispetto delle regole del giusto processo nel procedimento in corso dinanzi alla Corte di assise di appello di Milano (articoli 1 e 6 della Convenzione) e l’ordinamento italiano gli apprestava il rimedio del ricorso per cassazione, ai sensi dell’articolo 13 della Convenzione.

¹⁰⁹ Secondo la numerazione oggi vigente e corrispondente a quella del testo precedente alla riforma operata con il Protocollo n. 9.

stessa tematica dei giudici nazionali – è pervenuta alla constatazione dell'avvenuta violazione delle regole di un giusto processo, ritenendo che, in concreto, non fossero stati rispettati i diritti minimi ed essenziali della difesa; **IV**) che la constatazione della Corte si impone all'individuando giudice nazionale con autorità di cose giudicate, nel senso che la volontarietà o meno dell'assenza del *Cat Berro* all'udienza dinanzi alla Corte di assise di appello di Milano non potrà più essere messa in discussione.

Passando quindi a esaminare le conseguenze di tale situazione nel piano interno, occorre ricordare che la Corte di Cassazione, nei casi in cui, applicando la normativa processuale interna alla luce della Convenzione, ha ravvisato nel procedimento di merito violazione delle regole del giusto processo, ha pronunciato sentenza di annullamento con rinvio, ai sensi dell'articolo 623 cod. proc. pen.¹¹⁰

Se ciò è vero, è altrettanto vero che alla stessa conclusione – nullità del processo con necessità di nuovo giudizio, ai sensi dell'articolo 623 cod. proc. pen.¹¹¹ deve pervenirsi nell'ipotesi in cui la constatazione dell'avvenuta violazione di tali regole sia stata effettuata, come nel caso in esame, dalla Corte europea. Si tratta – parafrasando l'espressione dalla Corte costituzionale nella sua sentenza n. 10 del 1993 usata con riferimento alla disposizione dell'articolo 143 cod. proc. pen. – di riconoscere *la piena espansione della garanzia assicurata* dall'articolo 623 cod. proc. pen. *in conformità ai diritti dell'imputato riconosciuti dalle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e dall'articolo 24, secondo comma, della Convenzione.* È questa – a ben vedere – la conseguenza del meccanismo di tutela di carattere sussidiario previsto dalla Convenzione, che affida al giudice nazionale – con imposizione di un obbligo positivo – la vigilanza sul rispetto delle regole del giusto processo (e con diritto dell'imputato a vedere osservate tali regole con istanze e gravami) e dà la possibilità al condannato di chiedere alla Corte europea la verifica dell'avvenuto rispetto del suo diritto. Quindi, nell'ipotesi di constatazione sopranazionale di violazione, le conseguenze devono necessariamente essere quelle che si sarebbero verificate nel diritto interno nel caso in cui a tale constatazione avesse prov-

¹¹⁰ Cass, sez. I, 20 aprile 1982, *Bonfanti*, mass. uff. 155.005-155.012; Cass., sez. I, 27 ottobre 1984, *Venditti*, mass. uff. 168.405-168.410; nonché, in motivazione, Cass., sez. I, 22 aprile 1985, *Arslan*; Cass., sez. I, 3 giugno 1986, *Greco*, annullando con rinvio ai sensi dell'allora vigente articolo 543 cod. proc. pen.

¹¹¹ Nella specie si tratta dell'articolo 543 del vecchio codice.

veduto, come era suo dovere, il giudice nazionale. In sostanza, se in un procedimento vi è stata violazione dei diritti minimi ed essenziali dell'imputato (ossia in quello che la dottrina definisce *simulacro* o *parvenza* di giusto processo), diritti tutelati anche dall'articolo 111 della Costituzione, l'inevitabile conclusione è la necessità di un nuovo giudizio, ai sensi dell'articolo 623 cod. proc. pen., sia nell'ipotesi in cui la constatazione di violazione sia stata effettuata dal giudice nazionale, sia nell'ipotesi in cui abbia a ciò provveduto il giudice sopranazionale. E anche in questa ipotesi, *si vera sunt exposita*, al nuovo giudizio deve provvedere, nel caso in esame, altra sezione della Corte di assise di appello di Milano. Con l'avvertenza che il procedimento poteva essere avviato anche d'ufficio da tale Corte, tenuto conto dell'obbligo positivo che incombeva su quel giudice, che aveva ricevuto formale comunicazione dell'intervenuta sentenza della Corte europea.¹¹²

Ma non è questo il solo rimedio che l'ordinamento appresta per investire formalmente del nuovo giudizio la sezione della Corte di assise di appello di Milano. Quella *individuazione univoca sul come riaprire il procedimento* che il giudice dell'esecuzione normativamente richiede, si ricava, invero, proprio dalle disposizioni del codice di rito che concernono la competenza di quel giudice, la quale, come è ben noto, non è limitata – come avveniva nel sistema del codice Rocco – all'esistenza di un incidente di esecuzione (ex art. 628 di quel codice), ma è estesa all'intera esecuzione del provvedimento (ex articolo 665 del nuovo codice).

Nel procedimento di esecuzione ex articolo 666 del codice vigente, il giudice dell'esecuzione – autentico *dominus* dell'esecuzione della sentenza della Corte nazionale – come aveva il potere di dichiarare l'inesistenza di un effettivo titolo esecutivo e disporre la liberazione dell'interessato (ex art. 670 cod. proc. pen.), così poteva revocare la sentenza vulnerata dalla sentenza di Strasburgo (ex art. 669 cod. proc. pen.).

L'esecuzione penale – che nel nostro ordinamento ha funzione di garanzia e di controllo – inerisce, come si è visto, all'intera esecuzione del provvedimento giurisdizionale. Il controllo del giudice dell'esecuzione si estende, quindi, anche alla valutazione degli effetti che

¹¹² E' noto che nel corso del procedimento ex art. 46, il Comitato dei ministri chiede assicurazioni al rappresentante del governo sull'avvenuta comunicazione della sentenza della Corte all'autorità giudiziaria interna interessata. Il Ministero della giustizia ha sempre fornito al riguardo informazioni positive.

sulla, sentenza di condanna da eseguire, ha prodotto la decisione del giudice di Strasburgo che ha constatato la violazione di un fondamentale diritto, nel procedimento interno che a tale condanna ha condotto. L'enfasi attribuita dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione a una completa ed effettiva giurisdizionalizzazione della fase – rafforzata dalla non tollerabilità, in uno Stato democratico ispirato al principio del primato del diritto, del perdurare delle conseguenze di una riscontrata violazione dei diritti minimi ed essenziali della persona umana¹¹³ – mentre induce a optare per una visione *aperta* del giudicato, deve in concreto approdare a riconoscere l'estensione delle competenze del giudice dell'esecuzione a tutti i rapporti intercorrenti tra le sentenze di Strasburgo e i provvedimenti interni su cui si è positivamente esercitata la funzione di controllo della Corte europea. Il D.P.R. n. 289 del 2005 – concernente l'iscrizione nel casellario delle decisioni della Corte europea relative a provvedimenti nazionali già in esso iscritti – presuppone il carattere unitario dell'esecuzione ed appresta al giudice gli strumenti necessari per l'espletamento delle sue funzioni.

Non è, comunque, necessario, per le ragioni già esposte in precedenza, che per ogni esigenza da regolare sussista una norma *ad hoc*, (*supra*, punto 11.2.). La sentenza n. 10 del 1993 della Corte costituzionale e i principi in essa riconosciuti – e ricondotti, non diversamente da quanto ritenuto nella sentenza della Cassazione in c. *Medrano*, alla fondamentale disposizione dell'articolo 2 della Costituzione – consentono, comunque, di attribuire al procedimento di esecuzione previsto dall'articolo 666 del codice di rito, delineato dal legislatore quale rimedio di carattere generale con estensione dell'ambito di operatività del tradizionale istituto dell'incidente di esecuzione, una funzione di *clausola generale destinata a espandersi e a specificarsi, nell'ambito dei fini normativamente riconosciuti, di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete che lo richiedono*. Tale forza espansiva del procedimento, vivificando, se del caso, altre disposizioni del nostro Codice quali quelle degli articoli 175, 623, 669 cod. proc. pen., consente al giudice dell'esecuzione un ampio margine di manovra per ripristinare le condizioni dello Stato di diritto, eliminando ogni perdu-

¹¹³ Ai sensi dell'articolo 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa, *Ogni membro del Consiglio d'Europa deve accettare il principio del primato del diritto e quello in virtù del quale ogni persona, posta sotto la sua giurisdizione, deve godere dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali.*

rante situazione di riscontrata violazione dei diritti fondamentali. In tale ottica, si è già visto, come l'utilizzazione – tra le varie ipotesi rientranti nel campo di operatività del procedimento di esecuzione ex articolo 666 cod. proc. pen. – del tradizionale istituto dell'incidente di esecuzione, abbia consentito, nel caso in esame, di escludere la perdurante validità del titolo esecutivo. Allo stesso modo, il ricorso all'istituto del *pluries in idem*, disciplinato dall'articolo 669 cod. proc. pen., consente di revocare, come appunto nel caso in esame, la sentenza del giudice interno, che la Corte di Strasburgo – unica interprete delle disposizioni della Convenzione – ha ritenuto aver violato l'articolo 6 della Convenzione. Non avendo alla revoca provveduto il giudice dell'esecuzione, il relativo provvedimento può sostanzialmente essere adottato da codesta Corte, *sub specie* di annullamento della sentenza della Corte di assise di appello di Milano del 9 aprile 1984, ai sensi dell'art. 620.1. l) cod. proc. pen., essendo superfluo il rinvio.

*Stab. Tipolit. Ugo Quintily S.p.A.
Viale Enrico Ortolani, 149/151 - Roma - Tel. 06.52.16.92.99 r.a.
Finito di stampare nel mese di dicembre 2008*

