

Feb/2016



CAMMINO DIRITTO

Articoli Divulgativi

ISSN 2421-7123
Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE DIVULGATIVO -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico: Alessio LO GIUDICE, Antonio LAS CASAS, Emanuele CERSOSIMO, Francesca VESSIA, Francesco ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

Comitato dei Revisori: Angela CUOFANO, Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Ilaria TACCOLA, Ilaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA

Redazione: Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista: **Cammino Diritto**

ISSN: 2421-7123

Codice CINECA: E243140

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)

Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it

Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it/index.asp>

Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it

Recapito telefonico: 02 87188451

Indice dei contenuti

1 - LA PROTEZIONE DEL DESIGN INDUSTRIALE TRA MARCHIO DI FORMA E DISEGNI E MODELLI

autore: **Concetta Pecora**, pubblicazione martedì 2 febbraio 2016

2 - LE MISURE CAUTELARI NEL PROCESSO PENALE: PRESUPPOSTI DI APPLICAZIONE E VALUTAZIONE DELLE PROVE EMERSE NELL'ISTRUTTORIA DIBATTIMENTALE.

autore: **Gemma Occhipinti**, pubblicazione mercoledì 3 febbraio 2016

3 - IL POTERE FEMMINILE. QUANDO UN UOMO DIVENTA SUCCUBE DI UNA DONNA SI TRATTA DI CIRCONVENZIONE D'INCAPACE.

autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione giovedì 4 febbraio 2016

4 - IL TERRORISMO POLITICO E IL DIRITTO PENALE PREMIALE: NUOVE MODALITÀ ATTRAVERSO CUI PERCORRERE LA STRADA DELLA DEMOCRAZIA.

autore: **Paola Gennaro**, pubblicazione giovedì 4 febbraio 2016

5 - PRADA CHIUDE UN SITO CONTRAFFATTO

autore: **Ivan Allegranti**, pubblicazione venerdì 5 febbraio 2016

6 - ANCHE LA MOGLIE STRANIERA PUÒ MANTENERE IL COGNOME DEL MARITO DOPO IL DIVORZIO

autore: **Giovanni Mascolo**, pubblicazione domenica 7 febbraio 2016

7 - CESSIONE DEL CONTRATTO DI LOCAZIONE IMMOBILIARE AD USO NON ABITATIVO E TUTELA DEL LOCATORE CEDUTO

autore: **Arianna Landolfi**, pubblicazione lunedì 8 febbraio 2016

8 - FORME DI LAVORO FLESSIBILI: IL JOB ON CALL

autore: **Francesca Angotti**, pubblicazione martedì 9 febbraio 2016

9 - GUIDA IN STATO DI EBBREZZA: RICONOSCIUTA LA VALENZA GENERALE DELLA TENUITÀ DEL FATTO

autore: **Giuseppe Ferlisi**, pubblicazione mercoledì 10 febbraio 2016

10 - LA GELOSIA OSSESSIVA INTEGRA IL REATO DI MALTRATTAMENTI

autore: **Fabio Zambuto**, pubblicazione giovedì 11 febbraio 2016

11 - GRAFFIARE LA PROPRIA RIVALE IN AMORE INTEGRA IL REATO DI LESIONI

autore: **Fabio Zambuto**, pubblicazione venerdì 12 febbraio 2016

12 - LA DEPENALIZZAZIONE DEL DELITTO DI "ATTI OSCENI"

autore: **Fabio Zambuto**, pubblicazione venerdì 12 febbraio 2016

13 - L'AMANTE CHE RIVELA ALLA MOGLIE IL TRADIMENTO DEL MARITO PUÒ INTEGRARE IL REATO DI MOLESTIE

autore: **Fabio Zambuto**, pubblicazione sabato 13 febbraio 2016

14 - LEGGERE I MESSAGGI PRIVATI NEL CELLULARE DEL PARTNER PUÒ CONCORRERE AD INTEGRARE IL DELITTO DI RAPINA

autore: **Fabio Zambuto**, pubblicazione sabato 13 febbraio 2016

15 - IL DIRITTO A NON NASCERE

autore: **Eva Aurilia**, pubblicazione lunedì 15 febbraio 2016

16 - CYBERTERRORISMO: COSTITUISCE APOLOGIA PUBBLICARE UN DOCUMENTO CHE INNEGGIA ALL'ISIS

autore: **Simone Luca**, pubblicazione martedì 16 febbraio 2016

17 - RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA OSPEDALIERA NEL CASO DI CATTIVA GESTIONE DI UN'EMERGENZA SANITARIA

autore: **Fabio Zambuto**, pubblicazione mercoledì 17 febbraio 2016

18 - I "FRINGE BENEFITS": DEFINIZIONE, TIPOLOGIE E TRATTAMENTO FISCALE

autore: **Francesca Angotti**, pubblicazione venerdì 19 febbraio 2016

19 - COLLOQUIO TRA IL DIFENSORE E L'IMPUTATO: DIVIETO DI INTERCETTAZIONE.

autore: **Massimiliano Pace**, pubblicazione sabato 20 febbraio 2016

20 - ALCOL TEST ESEGUITO IN RITARDO: CONDUCENTE ASSOLTO.

autore: **Giuseppe Ortolani**, pubblicazione domenica 21 febbraio 2016

21 - NEGATA LA SESSUALITÀ IN CARCERE.

autore: **Veronica Manca**, pubblicazione lunedì 22 febbraio 2016

22 - TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE: LIMITI AL CONTROLLO GIURISDIZIONALE, ALLA LUCE DELLA SENTENZA N. 1608/2016 DELLA CORTE DI CASSAZIONE

autore: **Stefania Tirella**, pubblicazione martedì 23 febbraio 2016

23 - CHE COSA ACCADE SE IL BANCOMAT TRATTIENE LA CARTA DI CREDITO?

autore: **Emmanuel Luciano**, pubblicazione mercoledì 24 febbraio 2016

24 - IL CASO WEST TANKERS: L'ARBITRATO E LA NORMATIVA EUROPEA

autore: **Dario La Marchesina**, pubblicazione giovedì 25 febbraio 2016

LA PROTEZIONE DEL DESIGN INDUSTRIALE TRA MARCHIO DI FORMA E DISEGNI E MODELLI

Quando una forma è registrabile come marchio? Quando è proteggibile come disegno o modello? Un focus sui principali orientamenti di dottrina e giurisprudenza, tra cumulo e alternatività delle tutele.

Concetta Pecora - Pubblicazione, martedì 2 febbraio 2016
Redattore: Angela Cuofano

1. La valenza multipla della forma e il problema della sua corretta qualificazione giuridica.

La pluralità di strumenti di tutela offerti dalla disciplina industrialistica, unitamente alla proliferazione, nell'economia contemporanea, di prodotti in cui componente estetica e funzionale risultano sempre più saldamente compenstrate, ha reso progressivamente più incerto il confine tra i diversi titoli di privativa previsti dall'ordinamento.

Tale incertezza, com'è agevole comprendere, riguarda anzitutto la protezione della *forma* del prodotto, e ciò in ragione della molteplicità di esigenze dalla stessa potenzialmente assolte.

Invero, se in alcuni casi la forma si esaurisce in un attributo estetico del prodotto, in altri assume una valenza funzionale, in quanto strumentale alla soluzione di un problema tecnico, ovvero risponde ad una finalità distintiva, consentendo al consumatore di **individuare il prodotto sul mercato** e di reiterare nel tempo la medesima scelta di consumo.

Come si vedrà più diffusamente in seguito, il *discrimen* tra le varie tipologie di tutela industrialistica non risiede dunque tanto nella *natura* della forma, quanto nella sua *percezione* da parte del pubblico di riferimento, ovvero nella prevalenza di una funzione rispetto ad un'altra.

Si tratta di valutazioni complesse, tanto più delicate se si considera che dalla qualificazione di una forma come disegno o come marchio discende l'applicazione di regimi giuridici fortemente eterogenei, specialmente sotto il profilo della durata della protezione.

In questo senso, l'esigenza legata alla corretta individuazione delle discipline invocabili non si esaurisce nel solo interesse individuale del titolare del marchio o del disegno, ma si configura nel contempo come interesse collettivo ad evitare la creazione di monopoli ingiustificati.

Più segnatamente, l'accento si pone anzitutto sulla necessità di una rigorosa delimitazione della sfera applicativa della protezione del marchio di forma, al fine di evitare che tali interferenze tra discipline si traducano nell'accesso indiscriminato – e artificioso – ad una protezione potenzialmente illimitata del segno.

2. La disciplina anteriore al D.lgs 95/2001. La nozione di “speciale ornamento” e la sua equiparazione concettuale a quella di “forma sostanziale”.

L’evoluzione dei rapporti tra disciplina dei disegni e modelli, da un lato, e disciplina dei marchi di forma, dall’altro, risulta profondamente segnata dalla riforma del 2001, con la quale il legislatore nazionale ha recepito la Direttiva 71/98/CE, operando una radicale risistemizzazione della materia.

Difatti, vale la pena evidenziare che anteriormente all’entrata in vigore del D.lgs 95/01, emanato in recepimento della direttiva comunitaria, la tutela dei disegni e dei modelli risultava saldamente ancorata nell’alveo della disciplina brevettuale, in ossequio a un approccio sistematico definito come di *patent approach*.

Più precisamente, ai sensi dell’art. 5 del R.D. 25 agosto 1940, n. 1411, erano definiti disegni o modelli industriali “*i nuovi modelli o disegni atti a dare, a determinati prodotti industriali, uno speciale ornamento, sia per la forma, sia per una particolare combinazione di linee di colori o di altri elementi*”.

Tale “*speciale ornamento*” era stato variamente interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la quale aveva inizialmente aderito a una lettura ermeneutica legata ad un criterio prettamente “qualitativo”, basato sulla equazione tra ornamento e pregio estetico della creazione.

In altre parole, secondo l’orientamento maggioritario, l’accesso alla tutela del disegno ornamentale doveva ritenersi subordinato alla sussistenza di un sufficiente livello di gradevolezza estetica, in assenza del quale la forma sarebbe stata registrabile come marchio, ove chiaramente dotata di capacità distintiva^[1].

Tale interpretazione, giova precisare, si fondava su una lettura sistematica dell’art. 5 della vecchia Legge Disegni e dell’art. 18 della Legge Marchi, il quale escludeva – analogamente a quanto ancora oggi previsto – la registrazione come marchio “*della forma che dà un valore sostanziale al prodotto*”.

In altre parole, la nozione di *speciale ornamento* veniva concettualmente equiparata a quella di *forma sostanziale*, così che il criterio discrezionale tra marchio di forma e disegno ornamentale era rappresentato dal possesso o meno di una qualificata funzionalità estetica, quale tratto identificativo del disegno o modello.

3. La riforma del 2001. L’avvicinamento della disciplina dei disegni e modelli a quella del marchio di forma tra “capacità distintiva” e “carattere individuale”.

L’entrata in vigore del D.lgs 75/2001, segnando la definitiva fuoriuscita della disciplina dei disegni e modelli da quella dei brevetti, ha determinato una inevitabile ridefinizione dei confini tra disegni e marchi di forma, rendendo il discrimen tra le due forme di protezione, un tempo relativamente nitido, estremamente fumoso.

Più segnatamente, ai sensi del nuovo art. 31, comma 1 CPI^[2], “*Possono costituire oggetto di registrazione come disegni e modelli l’aspetto dell’intero prodotto o di una sua parte quale risulta, in particolare, dalle caratteristiche delle linee, dei contorni, dei colori, della forma, della struttura superficiale ovvero dei materiali del prodotto stesso ovvero del suo ornamento, a condizione che siano nuovi ed abbiano carattere individuale.*”

La nuova legge ha dunque inciso in misura radicale sulla vecchia disciplina, assoggettando i disegni e modelli alla procedura di registrazione – anziché di brevettazione – e subordinandone la tutela come titolo di privativa industriale al diverso requisito del “*carattere individuale*”, il quale è venuto così a sostituirsi all’antico criterio dello “*speciale ornamento*”.

Invero, a mente dell’art. 33 CPI, comma 2 : “*Un disegno o modello ha carattere individuale se l'impressione generale che suscita nell'utilizzatore informato differisce dall'impressione generale suscitata in tale utilizzatore da qualsiasi disegno o modello che sia stato divulgato prima della data di presentazione della domanda di registrazione o, qualora si rivendichi la priorità, prima della data di quest'ultima.*”

Ebbene, proprio il passaggio al nuovo criterio del carattere individuale è alla base del progressivo assottigliamento del confine tra disegni e modelli, attesa la forte aderenza concettuale tra il suddetto requisito e quello della capacità distintiva al quale si informa la disciplina in materia di marchi[3].

Più segnatamente, si è osservato come il superamento del criterio dello speciale ornamento abbia spostato il perno della tutela dei disegni e modelli dal piano della pura estetica a quello “esterno” della forza distintiva della forma, intesa come attitudine della stessa a rivelare l’origine imprenditoriale del bene e dunque a orientare le scelte dei consumatori.

Nel contempo, è stato tuttavia rilevato come il legislatore del 2001 non abbia inteso determinare il totale svilimento della forma estetica quale requisito di accesso alla tutela del disegno, ma abbia piuttosto voluto ancorare la protezione del segno a un criterio più neutro e oggettivo rispetto a quello della meritevolezza estetica[4], per definizione soggettivo e arbitrario.

Indipendentemente dagli obiettivi perseguiti dalla riforma, il risultato finale di tale opera di ammodernamento della disciplina industrialistica è stata una semi-sovrapposizione tra la disciplina dei disegni e modelli e quella dei marchi di forma, attesa la comunanza del criterio qualificativo, per entrambi rappresentato dalla capacità identificativa dell’imprenditore[5].

Più precisamente, la nozione di “carattere individuale” intorno alla quale gravita la disciplina dei disegni e modelli è stata interpretata dalla giurisprudenza maggioritaria come idoneità della forma a instaurare un “*contatto privilegiato*” tra il prodotto e il c.d. *utilizzatore informato*, ossia a produrre una impressione diversa da quella generata da forme precedentemente divulgate, esercitando così una particolare forza attrattiva.

Ebbene, chiarito ciò, resta da analizzare il problema legato alla progressiva erosione dello spazio di tutela del marchio di forma - originariamente nettamente separato da quello dei disegni e modelli ornamentali - e al conseguente venir meno dell’antica equazione tra forma ornamentale e valore sostanziale.

A tal fine, essenziale è pervenire a una corretta interpretazione dell’art. 9 CPI, con particolare riferimento alla previsione in forza della quale è esclusa la registrazione come marchio della “*forma che dà un valore sostanziale al prodotto*”.

E’ infatti in tale definizione che va colta la sottile linea di demarcazione tra sistema dei marchi e sistema dei disegni e modelli.

In particolare, secondo l'orientamento ormai prevalente il riferimento al “valore sostanziale” deve essere inteso nell'accezione di capacità della forma di incidere in misura rilevante – se non addirittura determinante - sulla scelta d'acquisto del consumatore, ovvero nella “*attivazione della propensione all'atto d'acquisto*”^[6].

A tal fine, secondo la giurisprudenza maggioritaria, risulta dunque irrilevante il livello di gradevolezza della forma, intesa come possesso di un particolare gradiente estetico, ben potendo considerarsi sostanziale anche una forma sprovvista di particolare pregio ornamentale, benchè attrattiva per il pubblico.

In tal senso, decisiva ai fini della qualificazione della forma come disegno/modello o come marchio è la percezione che il consumatore ha della forma stessa, vale a dire se quest'ultimo è determinato all'acquisto dalla forma quale elemento intrinseco del prodotto – sia essa esteticamente gradevole o meno- ovvero quale indicatore di provenienza imprenditoriale del bene.

Al riguardo, emblematica è la decisione relativa al caso “*Crocs*” (Trib. Venezia, 15 febbraio 2012), con la quale il Giudice di prime cure ha escluso la registrabilità del noto sandalo come marchio tridimensionale, evidenziando come la peculiare forma della calzatura – “*buffa e trendy*” – dovesse qualificarsi come “*forma che dà valore sostanziale al prodotto*” ai sensi dell'art. 9 CPI, “*tale essendo quella idonea ad influenzare o anche a determinare la scelta d'acquisto dei consumatori, non solo per la sua particolare gradevolezza estetica, ma anche perché comunque è in grado di esercitare una particolare attrattiva*”.

4. Il rapporto tra le tutele. Il c.d. secondary meaning come strumento di coordinamento tra disciplina dei disegni e modelli e disciplina del marchio di forma.

Chiarite le nozioni di “*valore sostanziale*” e “*carattere individuale*” di cui agli art. 9 e 31 CPI, resta da chiedersi se la parziale sovrapposizione degli istituti realizzata dal D.lgs 75/2001 lasci o meno spazio per un cumulo tra la tutela dei disegni e modelli e quella dei marchi di forma.

Argomento invocato dai sostenitori dell'alternatività delle due tutele è quello che fa leva sulla assenza di una esplicita previsione normativa in tal senso.

Invero, il CPI, pur ammettendo esplicitamente il cumulo tra la protezione dei disegni e modelli e quello dei modelli di utilità^[7] (art. 40 CPI), nulla dice in merito alla possibilità di giovare contemporaneamente della tutela dei disegni e modelli e di quella del marchio di forma.

A ciò si aggiungano le perplessità legate alla difficile conciliabilità tra una tutela potenzialmente perpetua, quale è quella dei marchi, con una temporalmente limitata, atteso che ai sensi dell'art. 37 CPI la durata della protezione dei disegni e modelli è di cinque anni, rinnovabili per un massimo di venticinque, a decorrere dalla presentazione della domanda di registrazione.

Di diverso avviso è quella parte della dottrina e della giurisprudenza la quale – negando che le argomentazioni sopra esposte costituiscano un impedimento all'attivazione congiunta delle due tutele – ritiene ammissibile il cumulo, sebbene limitatamente a quei casi in cui la forma non attribuisca *valore sostanziale* al prodotto.

A tal fine, occorre che la forma appaia distintiva, oltre che per l'utilizzatore informato di cui all'art. 33 CPI, anche per l'utilizzatore medio^[8].

Infine, una terza, suggestiva tesi, è quella che individua nella secondarizzazione del segno (c.d. *secondary meaning*), ovvero nella successiva acquisizione di una capacità distintiva originariamente assente, il punto di contatto tra la protezione del marchio di forma e quella dei disegni e modelli.

Tale impostazione, valorizzando al massimo la capacità distintiva quale funzione centrale e ineludibile del marchio d'impresa, ritiene configurabile il cumulo esclusivamente allorquando la forma, oltre ad avere carattere individuale, sia percepita dal consumatore come elemento rivelatore della provenienza imprenditoriale del bene.

La nozione di distintività che viene in rilievo nel caso di *secondary meaning* è dunque necessariamente quella di una distintività *sopravvenuta*, in quanto acquisita per effetto della pubblicizzazione e della diffusione sul mercato del prodotto.

Ne discende che la forma – ove dotata dei requisiti di cui agli art 32 e ss. CPI – potrà eventualmente essere registrata come disegno o modello e, successivamente, una volta affermata sul mercato come indicatore dell'origine del bene, ottenere la registrazione come marchio di forma ai sensi dell'art. 9 CPI^[9].

Note e riferimenti bibliografici

[1] CASABURI G., Convegno Indicam “Disegno europeo, marchio tridimensionale e recepimento della direttiva europea Disegni e Modelli”, Milano, 29 ottobre 2002.

[2] Il contenuto dell'art. 31, D.lgs 10 febbraio 2005 n. 30 riproduce l'art. 5 della Legge Modelli.

[3] CASABURI G., Convegno Indicam “Disegno europeo, marchio tridimensionale e recepimento della direttiva europea Disegni e Modelli”, cit. p. 16.

[4] M. PANUCCI, *La nuova disciplina italiana dell'Industrial Design*, in *Riv. Dir. Ind.* 2001, p. 313; L. LIUZZO, *Modelli, disegni, forme, marchi tridimensionali e la loro tutelabilità alla luce della nuova disciplina*, in *Dir. ind.*, 2002, p. 213 ss.

[5] G. CASABURI, *La tutela della forma tra marchi e modelli*, in G. PITRAZ (a cura di), *La Protezione della forma*, Milano, 2007, p. 70 e ss.

[6] S. SANDRI, *La forma che dà valore sostanziale al prodotto, sintesi della relazione tenuta al convegno “Forma design prodotti”*, Università di Parma, 24 ottobre 2008, disponibile alla pagina

<http://www.filodiritto.com/articoli/2008/11/la-forma-che-da-valore-sostanziale-al-prodotto/>

[7] v. sent. Trib. Milano, Sez. Specializzata in Materia d'Impresa, 11 agosto 2014, *Ferrero SpA c. Sanges e Associati SpA*.

[8] FITTANTE A., *Il nuovo diritto industriale e d'autore – Profili sostanziali e processuali dell'industrial design*, Bari, 2009, p. 45 ss.

[9] G. CASABURI, *La tutela della forma tra marchi e modelli*, cit. p. 83.

LE MISURE CAUTELARI NEL PROCESSO PENALE: PRESUPPOSTI DI APPLICAZIONE E VALUTAZIONE DELLE PROVE EMERSE NELL'ISTRUTTORIA DIBATTIMENTALE.

In sede di valutazione della richiesta di revoca o sostituzione della custodia cautelare, il giudizio sulla attualità del pericolo ex art. 274 co. 1 lett. c) c.p.p. richiede di tener presenti anche gli elementi di prova emersi successivamente nel corso dell'istruttoria dibattimentale.

Gemma Occhipinti - Pubblicazione, mercoledì 3 febbraio 2016
Redattore: Angela Cuofano

Il codice di procedura penale disciplina ampiamente, agli artt. 272 e ss., l'utilizzo dello strumento delle misure cautelari: mediante la loro applicazione (richiesta dal p.m. e disposta dal giudice procedente con ordinanza motivata) si consente infatti la salvaguardia di varie esigenze sottese al corretto svolgimento del procedimento penale. Poiché si tratta di misure che comportano una evidente compressione della libertà personale tutelata all'art. 13 Cost., è fondamentale che il giudice valuti preventivamente l'esistenza di talune condizioni di applicazione, valevoli sia per le misure custodiali che per quelle non custodiali. E' necessario, *in primis*, che ricorrano **gravi indizi di colpevolezza** a carico del destinatario e, *in secundis*, che sussista una delle **esigenze cautelari** indicate dall'art. 274 cpp – pericolo concreto ed attuale di inquinamento delle indagini, pericolo di fuga o pericolo di commissione di delitti diversi o uguali a rispetto a quello per cui si procede. Il giudice dovrà poi effettuare la scelta tenendo presenti due criteri essenziali: **adeguatezza** della misura alle esigenze cautelari e **proporzionalità della stessa** rispetto al fatto di reato. Sulla base delle condizioni e delle “linee guida” indicate dal legislatore, viene emessa l'ordinanza che dispone la misura cautelare scelta; tale ordinanza può essere successivamente revocata o modificata, qualora vengano meno o mutino le condizioni che ne stanno alla base. Sulla richiesta di revoca e modifica deve pronunciarsi lo stesso giudice che ha emesso la misura; la sua decisione potrà essere impugnata in sede di appello ai sensi dell'art. 310 cpp e parimenti la decisione del tribunale del Riesame potrà essere impugnata con ricorso in Cassazione ex art. 311 cpp.

Di recente, i giudici di ultima istanza sono stati chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di un'ordinanza del Tribunale del Riesame con cui è stato confermato il rigetto della richiesta di revoca o modifica della misura carceraria, in un procedimento penale avente ad oggetto i reati di cui agli artt. 73, 74 e 80 del t.u. Stupefacenti.

La Corte ha ritenuto parzialmente fondato il ricorso proposto dall'imputato; questi aveva **rilevato la carenza di motivazione circa la necessità di disporre la misura carceraria in luogo di altre misure coercitive meno invasive**. Come è noto, l'art. 275 cpp considera la misura carceraria come *extrema ratio*, cioè come via percorribile solo qualora nessun'altra misura sia in grado di soddisfare le comprovate esigenze cautelari. La seconda parte della norma è stata modificata con l. 47/2015 che ne ha alterato il “regime delle presunzioni”. In particolare, con riferimento ai procedimenti relativi ai reati di cui agli artt.

270, 270 bis e 416 bis cp è adesso previsto un doppio regime di presunzione, “relativa” quanto alla sussistenza delle esigenze cautelari ed “assoluta” circa l’adeguatezza della misura carceraria. Invece, per i delitti previsti dall’art. 51 co. 3 bis e 3 quater cpp (tra i quali rientrano i reati in esame) vige un regime di “doppia presunzione relativa” in merito alle esigenze cautelari ed alla adeguatezza della misura carceraria. Nel caso in cui si proceda per tali reati, **se sussistono gravi indizi di colpevolezza è applicata la custodia in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti la mancanza di esigenze cautelari o che esse possano essere ugualmente soddisfatte applicando altre misure.** Sotto tal profilo, i giudici di appello avevano confermato il rigetto della richiesta di revoca o modifica della custodia in carcere sulla base dell’esistenza di un pericolo di fuga che rendeva - a loro dire - inidonea la misura degli arresti domiciliari. Per la Cassazione però, i giudici di merito avevano ancorato il pericolo soltanto ad alcune condotte disciplinarmente rilevanti tenute all’interno del carcere, senza indicare nello specifico le modalità delle stesse né il perché potessero ritenersi sintomatiche di un pericolo di fuga.

Erroneamente, poi, la misura carceraria era stata agganciata al pericolo di recidiva indicato dall’art. 274 co. 1 lett. c). Il giudice di appello non aveva motivato l’esistenza di tale pericolo né aveva tenuto conto del notevole arco di tempo intercorso tra la verifica del fatto e l’esecuzione della misura cautelare. Al fine di formulare correttamente il giudizio prognostico circa la possibilità di reiterazione del reato, avrebbe dovuto considerarsi l’esito dell’istruttoria dibattimentale in corso, nella quale era emerso come il soggetto non avesse commesso altri reati dello stesso genere e successivi rispetto quello per cui si procede, né avesse mantenuto contatti con altri soggetti pregiudicati.

Rigettando in parte l’ordinanza impugnata, la Cassazione afferma come **il giudizio sulla attualità del pericolo ex art. 274 co. 1 lett. c) c.p.p. richiede la valutazione anche degli elementi di prova emersi successivamente nel corso dell’istruttoria dibattimentale.**

IL POTERE FEMMINILE. QUANDO UN UOMO DIVENTA SUCCUBE DI UNA DONNA SI TRATTA DI CIRCONVENZIONE D'INCAPACE.

*Con la sentenza n. 1923/2016, la seconda sezione della Cassazione Penale si è pronunciata su di un caso alquanto curioso. Ha infatti etichettato come **pregna di conseguenze giudiziarie la classica malizia femminile. Vediamo come.***

Angela Cuofano - Pubblicazione, giovedì 4 febbraio 2016
Redattore: Fabio Zambuto

"Tira di più il sorriso di una donna che un rinoceronte." In questo modo Checco Zalone ha riassunto lo straordinario potere del gentil sesso nei confronti dello sventurato di turno. Non di rado, infatti, ci si imbatte in uomini che, perso completamente il senno per la bella del momento, finiscono non solo per mandare all'aria la loro famiglia e i loro affetti, quanto - e soprattutto - per dilapidare tutto il loro patrimonio in favore della donzella in questione.

Ebbene, la Cassazione, con sentenza della II sezione penale n. 1923/2016, ha ritenuto opportuno considerare che, qualora l'uomo, affetto da un decadimento fisico e psichico dovuto all'età, elargisca alla sua amante regali ed ingenti somme di denaro che le consentano di mantenere un elevato tenore di vita, si tratta, nella specie, di circonvenzione d'incapace ex 643 c.p.

Il caso in esame.

Con sentenza del 03/10/2011, il giudice monocratico del Tribunale di Cuneo aveva ritenuto una donna colpevole del reato di cui all'art. 643 c.p. nei confronti del suo compagno. Decisione, tra l'altro, confermata dalla Corte d'Appello di Torino in data 06/06/2014.

Contro la suddetta sentenza, l'imputata proponeva ricorso in Cassazione, deducendo la violazione della norma sopra citata. La difesa afferma, innanzitutto, che entrambi i gradi di giudizio abbiano errato nel considerare la vicenda nella giusta dimensione.

A parere della ricorrente, invero, i giudici avevano mancato di valutare che **la stessa aveva intrecciato con la presunta vittima una relazione quarantennale, durante la quale la donna era solita accettare notevoli somme di denaro e regali costosi**, circostanze che le permettevano, di fatto, di condurre un tenore di vita elevato. Tali rapporti, di cui erano a conoscenza anche le figlie dell'uomo, proseguivano anche quando lo stesso invecchiava.

Secondo la difesa, dunque, non vi è motivo di ritenere la sussistenza del reato di circonvenzione d'incapace, posto che, prima di tutto, l'uomo aveva continuato a comportarsi come suo solito e, inoltre, la ricorrente aveva rifiutato di sposarlo, così non adottando la soluzione più semplice.

Concludeva, quindi, per la mancanza di prova dell'induzione.

La circonvenzione d'incapace.

L'art. 643 c.p. risponde all'esigenza di tutelare le persone in situazioni d'inferiorità mentale contro gli sfruttamenti compiuti in loro danno. Si tratta di un reato plurioffensivo, lesivo tanto della libertà personale e dell'interesse patrimoniale.

La condotta incriminata consiste nell'indurre una persona a compiere un atto ad effetti dannosi abusando delle suddette condizioni d'inferiorità. Le condotte sono integrate rispettivamente da qualsiasi pressione morale idonea al risultato avuto di mira dall'agente ed in tutte le attività di sollecitazione e suggestione capaci di far sì che il soggetto passivo presti il suo consenso al compimento dell'atto dannoso. E' sufficiente che il soggetto passivo versi in uno stato di minorazione della sfera intellettuale e volitiva, tale da **privarlo del normale discernimento e potere critico/volitivo**, così da essere indotto a compiere atti che una persona di media capacità critica non si sarebbe determinata a fare.

Il dolo è specifico e consiste nella consapevolezza di indurre, mediante abuso della condizione di inferiorità, il minore o l'infermo mentale al compimento di un atto produttivo di effetti giuridici dannosi e nel fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto.

Il ragionamento della Corte di Cassazione.

La Suprema Corte di Cassazione, nel pronunciarsi sulla questione, evidenzia come i giudici del secondo grado di giudizio abbiano correttamente ragionato.

Infatti, a discapito di quanto sostenuto da parte ricorrente, secondo gli Ermellini, se regali e donazioni di varia entità possono risultare circostanze ordinarie, nel momento in cui interviene un'amministrazione di sostegno, il discorso cambia.

Ergo, **chi riceve le donazioni potrà essere accusato di circonvenzione d'incapace se venga provato l'abuso dello stato di infermità e l'induzione al compimento di atti dannosi.** Ne consegue che, ai fini della decisione, diventa del tutto irrilevante il comportamento della vittima quando era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali. Proprio per il suo delicato equilibrio mentale, diventa invero impossibile stabilire se egli avrebbe o meno continuato a tener quel determinato comportamento, ove fosse stato capace di autodeterminarsi.

Nel caso di specie. l'uomo era protagonista di un lento ma costante decadimento fisico e psichico, inteso quale "completa incapacità d'intendere e di volere, ravvisabile a terzi" che, dapprima rendeva necessaria la misura dell'amministrazione di sostegno e successivamente si manifestava apertamente in una serie di comportamenti anomali, quali il prelievo di una spropositata somma di denaro (circa 250000,00 €) di cui risultò beneficiaria la donna, tale che il funzionario di banca, allarmato, ritenne opportuno avvisare la famiglia.

A nulla valgono le doglianze di parte ricorrente, posta la circostanza che in un solo quinquennio (1998/2002) l'uomo aveva versato all'amante una somma pari a 260000,00 €, circa 50000,00 € annui; nel 2005, quando già versava in menomate condizioni tanto psichiche quanto fisiche, **egli continuava ad elargire in favore della sua protetta una somma non di molto inferiore** a complessivi prelievi effettuati tra il primo e il secondo semestre di tale anno, circa 185000,00 €.

Tale circostanza, quindi, opportunamente considerata, **consente di disattendere la tesi**

della mancanza di prova in ordine all'elemento dell'induzione, dovendo, sul punto, ribadirsi il consolidato principio di diritto secondo il quale *"l'induzione può essere desunta in via presuntiva potendo consistere anche in un qualsiasi comportamento o attività da parte dell'agente (come ad es. una semplice richiesta) alla quale la vittima, per le sue minorate condizioni, non sia capace di opporsi e la porti, quindi, a compiere, su indicazione dell'agente, atti che, privi di alcuna causale, in condizioni normali non avrebbe compiuto e che siano a sé pregiudizievoli e a lui favorevoli, atteso che l'attività di induzione dev'essere diversamente valutata e graduata a seconda dello stato psichico in cui versò la vittima"* (1).

Riflessioni critiche.

L'aspetto senz'altro più rilevante della pronuncia in commento riguarda un dato oggettivo. Infatti, la legge fa discernere dalla dichiarazione di deficienza psichica del soggetto una sorta di "**cordone sanitario**", volto ad impedire che chiunque possa approfittarne, secondo cui il comportamento tenuto dall'interdetto quando nel pieno delle facoltà non può essere tenuto in considerazione, in quanto non vi sono prove concrete della sua costanza.

Va tuttavia precisato che il suddetto meccanismo legislativo non è assoluto in quanto è **richiesta la prova dell'abuso**, da parte dell'agente, dello stato di infermità e dell'induzione al compimento di atti dannosi.

Prova che, nel caso di specie, l'accusa ha ampiamente fornito e a fronte della quale la ricorrente si è limitata ad allegare un irrilevante comportamento pregresso, peraltro smentito, dai precedenti gradi di giudizio.

Conclusioni.

In base a quanto fin qui argomentato, si può evidenziare il seguente principio di diritto: *"In tema di circonvenzione di persone incapaci - una volta che la pubblica accusa, abbia provato l'abuso, da parte dell'agente, dello stato di infermità o deficienza psichica e l'induzione al compimento di atti dannosi - diventa del tutto irrilevante il comportamento tenuto dal circuito quando era compus sui, proprio perchè, stante la sua condizione patologica, diventa impossibile stabilire se - ove fosse stato compus sui - avrebbe tenuto o continuato a tenere, quel determinato comportamento: di conseguenza, quegli stessi atti che prima dello stato di incapacità erano normali ed incensurabili (nella specie: atti di donazione di notevole valore), diventano anomali e punibili penalmente, se compiuti in uno stato d'incapacità"*

Il ricorso veniva dichiarato inammissibile.

FONTI E BIBLOGRAFIA

(1) Cass. n. 18583/2009; Cass. n. 4816/2010

- R, GAROFOLI Manuale di Diritto Penale - Parte Generale, XI Edizione, 2015, Nel Diritto Editore.

IL TERRORISMO POLITICO E IL DIRITTO PENALE PREMIALE: NUOVE MODALITÀ ATTRAVERSO CUI PERCORRERE LA STRADA DELLA DEMOCRAZIA.

La legislazione premiale, volta ad incoraggiare l'attuazione di comportamenti collaborativi, mediante l'offerta di ricompense in grado di incidere sul trattamento sanzionatorio, sia a livello commisurativo sia esecutivo, o di spezzare il tipico legame tra reato e pena attraverso le c.d. cause di non punibilità, quale solido fondamento e concreto incentivo per il riconoscimento della giurisdizione statale.

Paola Gennaro - Pubblicazione, giovedì 4 febbraio 2016
Redattore: Natale Pietrafitta

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La legislazione premiale e il terrorismo politico. – 3. Le misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica.– 4. Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale.– 5. Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

Nel corso degli anni ottanta al tradizionale diritto penale di carattere repressivo e fondato sul disincentivo delle condotte per mezzo della minaccia della pena, si affiancavano disposizioni appartenenti al cosiddetto diritto “premile” volte ad incoraggiare l'attuazione di comportamenti collaborativi, mediante l'offerta di ricompense in grado di incidere sul trattamento sanzionatorio, sia a livello commisurativo sia esecutivo, o di spezzare il tipico legame tra reato e pena attraverso le c.d. cause di non punibilità.

In ordine all'ambito della giustizia penale, pare opportuno rilevare l'esistenza di un numero non trascurabile di disposizioni che riconosce e premia la scelta volontaria di chi, dopo aver posto in essere una mera condotta criminosa, scelga di operare il proprio ravvedimento attuando un comportamento antitetico a quello punito e provocando, dunque, un risultato positivo in grado di eliminare (rectius: riparare) l'offesa realizzata.

In tale ambito, tipico esempio è quello del *recesso attivo* o del *pentimento operoso* (art. 56 c.4 c.p.).

Particolare modello di causa di non punibilità può, invece, ravvisarsi rispetto all'ipotesi del testimone che ritratti una falsa testimonianza antecedentemente resa.

Ne consegue, pertanto, che diverse condotte sono premiate rispettivamente in forma di circostanze attenuanti, cause sopravvenute di non punibilità, cause di non procedibilità o sconti di pena connessi al rito alternativo adottato in relazione al caso di specie e benefici in caso di esecuzione della pena^[1].

Oltre alle disposizioni inerenti alla criminalità comune, la legislazione premiale ha delineato in merito ai reati contro lo Stato e più specificamente ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine pubblico, un particolare sottosistema improntato su forme di pentimento susseguenti al reato e caratterizzate da condotte di collaborazione con le autorità volte ad arrecare, a seconda dei casi, la diminuzione della pena ovvero la non punibilità dell'autore del reato.

2. La legislazione premiale e il terrorismo politico.

Nella seconda metà degli anni settanta il nostro Paese si caratterizzava per la presenza di un elevato numero di atti di terrorismo politico.

Ed infatti, quello che era iniziato come un conflitto a bassa intensità diventava una guerra dichiarata alle istituzioni democratiche. Basta pensare che dai sette episodi registrati nel 1975 si passava ai circa 180 del 1976, che divenivano oltre 300 nel corso dell'anno successivo, mantenendosi, poi, ben oltre la media di 175 episodi per anno fino al 1981.^[2]

Ciò induceva, da un lato, numerosi magistrati a sviluppare forme di coordinamento spontaneo tra gli uffici giudiziari impegnati in indagini attinenti reati di terrorismo e, dall'altro, spingeva il Governo e il Parlamento ad adottare soluzioni giuridiche destinate a favorire la dissociazione e la collaborazione dei soggetti indagati, imputati o condannati per i predetti crimini.

Nell'ambito della legislazione premiale assumeva, peraltro, rilevanza la circostanza secondo la quale alcuni detenuti "politici", iniziavano a prendere le distanze dalla lotta armata.

I provvedimenti legislativi influenzati da una logica prettamente premiale possono essere individuati, rispettivamente, nel decreto legge n. 625 del 1979, nella legge n. 304 del 1982 e nella legge n. 34 del 1987.

3. Le misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica.

L'espressione "dissociazione" viene introdotta per la prima volta nell'ambito nell'ordinamento interno a opera della legge n. 15 del 6 febbraio 1980 (tutt'oggi in vigore), che convertiva con alcune modifiche il decreto legge n. 626 del 15 dicembre 1979^[3], il quale prevedeva una combinazione di punizioni e ricompense al fine di influenzare il risultato di un determinato comportamento.

In tal modo, dunque, il legislatore accostava alle tradizionali misure repressive, tecniche finalizzate alla scomposizione dell'associazione per delinquere.

Occorre precisare che la suddetta legge, operando sul piano tradizionale del diritto penale, introduceva la circostanza aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, applicabile a tutti i reati commessi con dolo. Venivano, poi, inseriti nell'ordinamento interno due nuove fattispecie penalmente rilevanti, rispettivamente previste agli artt. 270 bis c.p. (associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico) e 280 c.p. (attentato per finalità terroristiche o di eversione).

Inoltre, accanto a queste disposizioni dal carattere repressivo, il Parlamento introduceva una speciale circostanza attenuante, intesa quale premio nell'ipotesi di collaborazione con

la giustizia. Ed invero, l'art. 4 della legge sancisce sconti di pena nei confronti del soggetto che, pur avendo in precedenza preso parte alla realizzazione di delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, si dissocia successivamente dagli altri concorrenti e si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, oppure aiuti in modo concreto l'autorità giudiziaria a raccogliere prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti.

Infine, l'art. 5 contiene una causa di non punibilità nella forma del recesso attivo in virtù del quale, fuori dalle ipotesi di pentimento operoso, non risulta punibile la condotta del colpevole di un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico che volontariamente impedisce la realizzazione dell'evento e procura determinanti elementi di prova per una corretta ricostruzione del fatto e il riconoscimento dei concorrenti.

4. Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale.

La legge n. 304 del 29 maggio 1982 rappresenta il provvedimento più rilevante all'interno di quella fase oggi definita con la nota espressione : “stagione dei pentiti”[\[4\]](#).

Partendo dalla effettiva volontà di collaborazione con le autorità promanata da parte di coloro che avevano avuto contatto diretto con le diverse esistenti formazioni terroristiche, il legislatore interveniva con un effettivo corpus organico di norme destinato, rispetto al già citato decreto del 1979, a rafforzare la tendenza degli stessi ad abbandonare le pregresse esperienze di lotta armata di natura politica.

La legge in commento introduceva al suo interno sia ipotesi di non punibilità sia circostanze attenuanti, applicabili a terroristi che avessero scelto di ripudiare le proprie scelte passate e di collaborare alle indagini.

Più precisamente, l'art. 1 sancisce la non punibilità per chi, in seguito alla commissione di un reato di tipo associativo, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale (artt. 270, 270 bis, 304, 305 e 306 del codice penale), e non avendo concorso alla concreta attuazione di un reato collegato all'accordo, all'associazione, alla banda, prima della sentenza definitiva di condanna, disciolga o comunque determini lo scioglimento della relativa associazione o della banda; oppure receda dall'accordo, si ritiri dall'associazione o dalla banda; si consegna senza opporre alcuna resistenza o abbandonando le armi fornisca, in tutti i casi, tutte le necessarie informazioni della struttura e sull'organizzazione dell'associazione o della banda.

La causa di non punibilità veniva estesa, altresì, nei confronti di chi avesse fornito assistenza o aiutato, secondo le più svariate condotte, i membri di un gruppo caratterizzato, appunto, dal perseguimento di finalità terroristiche.

Poi, non erano punibili neppure coloro che avessero contribuito ad impedire la realizzazione dei reati per i quali la stessa associazione o la banda era stata creata e, per coloro che avessero efficacemente collaborato al fine di evitare l'evento lesivo riconducibile ai delitti di attentato[\[5\]](#).

Relativamente ai reati connessi a un'associazione o a un accordo criminoso, ma attuati con finalità di terrorismo e di eversione diversi da quelli associativi, gli artt. 2 e 3 della legge del 1982 prevedono circostanze attenuanti, distinguendo tra l'ipotesi della dissociazione e quella della collaborazione. E' opportuno precisare che al fine di ottenere uno sconto di

pena, in entrambi i casi, il soggetto non doveva semplicemente realizzare una delle condotte di ravvedimento.

Peraltro, con riferimento alla dissociazione, veniva richiesta anche la piena confessione di tutti i reati commessi da parte del soggetto che doveva attuare un comportamento idoneo ad eliminare o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o impedire la commissione di reati connessi, ai sensi dell'art. 61, n. 2 del cod. pen.

Con riguardo, poi, alle ipotesi in cui il soggetto non avesse particolari rivelazioni da fare, la giurisprudenza riteneva comunque sufficienti condotte di mera dissociazione ideologica, realizzatesi mediante pubblici appelli alla diserzione o difese dibattimentali della posizione dei cosiddetti pentiti^[6].

Per la concessione della attenuante della collaborazione processuale si chiedeva, invero, al reo non soltanto la confessione dei reati dallo stesso posti in essere, ma anche un contributo sostanziale all'attività delle forze dell'ordine o della magistratura. In particolare, questi doveva aiutare gli inquirenti a raccogliere prove decisive per la individuazione o la cattura di uno o più autori di reati compiuti con finalità terroristica, oppure fornire indicazioni comunque rilevanti per giungere a un'esatta ricostruzione di quanto accaduto e alla scoperta dei colpevoli^[7].

Giova precisare che alla legge del 1982 furono posti dei limiti circa la sua stessa applicabilità; ed infatti, le disposizioni ivi contenute venivano applicate esclusivamente ai reati commessi, o la cui permanenza fosse iniziata, entro il 31 gennaio 1982, (purché i comportamenti cui era condizionata la loro applicazione fossero stati tenuti entro centoventi giorni dall'entrata in vigore del provvedimento stesso). Il suddetto termine venne poi prorogato di ulteriori centoventi giorni a opera del decreto n. 695 del 1 ottobre 1982.

5. Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo.

Il terzo intervento premiale è, infine, rappresentato dal provvedimento normativo di carattere temporaneo, la legge n. 34 del 18 febbraio 1987.

Quest'ultima, al fine della concessione dei benefici, prevedeva la semplice dissociazione dal terrorismo, senza che al contempo fosse resa necessaria la collaborazione con gli inquirenti. L'art. 1, infatti, considerava "dissociato" chi, essendo imputato o condannato per reati commessi con finalità di terrorismo o di eversione, e avendo abbandonato il movimento al quale apparteneva, avesse posto in essere comportamenti oggettivamente incompatibili con la permanenza del vincolo associativo, nonché ripudiato il ricorso alla violenza come metodo di lotta politica.

La legge del 1987 elaborava una posizione intermedia, quella del dissociato "ammittente", che si collocava tra i cosiddetti "pentiti" e gli "irriducibili" (soggetti, cioè, che non si erano né pentiti né dissociati). In altri termini, il citato provvedimento normativo contribuì all'abbandono delle organizzazioni clandestine da parte di appartenenti a una lotta armata in crisi, offrendo loro la possibilità di rompere il patto associativo senza al contempo dover tradire gli altri membri.

Inoltre, anche la legge n. 34 del 1987, così come quella del 1982, è classificabile come "legge a tempo"; la sua applicazione veniva, infatti, limitata ai delitti di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale la cui commissione fosse avvenuta entro e non

oltre il 31 dicembre 1983, sempre che gli atti fossero stati compiuti entro trenta giorni dall'entrata in vigore del provvedimento.

6. Conclusioni.

L'emanazione della legislazione premiale ha rappresentato il tentativo da parte dello Stato di fronteggiare i segnali di cedimento che, dopo la grande ascesa degli anni settanta, iniziavano a svilupparsi all'interno dell'assetto caratterizzato dalle organizzazioni della lotta armata, mediante le informazioni dei soggetti che ne avevano fatto precedentemente parte.

In realtà lo Stato non richiedeva il pentimento, inteso quale rimorso per avere agito in contrasto con il codice morale o giuridico, al terrorista che sceglieva di abbandonare una determinata formazione o di collaborare con le autorità inquirenti. Interessa, dunque, poco al legislatore che le motivazioni scaturiscano da un sincero ravvedimento interiore, da orrore per il male la volontà di vedere ridotta la proprio pena.

Ciò che conta è il comportamento esterno, inequivoco, fattivo, che consenta di vincere la lotta al terrorismo.

[1] C. RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento premiale*, in Aa. Vv. Saggi in ricordo di Aristide Tanzi, Giuffrè, Milano, 2009, p. 520.

[2] G. BRUNETTA, *Atti di terrorismo in Italia (1968/1982)*, in *Aggiornamenti sociali*, 1983, n.6, p. 455.

[3] D. PULITANO', *Le misure del Governo per l'ordine pubblico*, in *Democrazia e diritto*, 1980, n. I, p. 19.

[4] M. LAUDI, *I casi di non punibilità dei terroristi "pentiti"*, Giuffrè, Milano, 1983, p.4.

[5] Era il giudice del dibattimento a dichiarare la non punibilità con sentenza, previo accertamento della non equivocità e attualità della condotta.

[6] M. MADDALENA, *Le circostanze attenuanti per i terroristi "pentiti"*, Giuffrè, Milano 1984, p. 141.

[7] M. LAUDI, *I casi di non punibilità dei terroristi "pentiti"*, cit., p.33.

PRADA CHIUDE UN SITO CONTRAFFATTO

È di pochi giorni fa la notizia che vede impegnata la griffe italiana nella chiusura di un sito che vendeva merce contraffatta. Ma il consumatore finale può essere inteso come reo per aver acquistato un articolo falso?

Ivan Allegranti - Pubblicazione, venerdì 5 febbraio 2016
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Da anni il fenomeno della vendita di merci contraffatte dilaga in Italia e soprattutto all'estero, danneggiando (a volte molto pesantemente) marchi di moda e tutto il settore del made in Italy, fiore all'occhiello dell'economia nazionale.

Secondo Coldiretti infatti, il giro di affari del mercato di prodotti contraffatti è di circa 6,5 miliardi di euro e, nel segmento moda, la vendita di abbigliamento ed accessori non originali si aggirerebbe ad un valore pari a 2,2 miliardi di euro.

Pochi giorni fa, ad essere colpito dalla questa "piaga", è stato il marchio Prada, celebre in tutto il mondo per i suoi accessori di altissima qualità e dall'altissimo tasso di "fashion".

L'operazione di ricettazione scoperta dalla Guardia di Finanza di Pordenone riguardava la vendita online da un sito, perfetto clone di quello originale Prada.com, in cui era possibile acquistare prodotti della griffe. Una volta appurato il pagamento da parte del cliente su un conto corrente acceso nella Cina meridionale, nella regione del Guandong, i prodotti venivano consegnati internazionalmente da un corriere che, però, partiva da Hong Kong, sovraccaricando così il consumatore di ulteriori costi visti gli altissimi dazi doganali della città cinese.

Ma poco importava all'utente finale, perché anche a fronte di queste spese successive, comunque costui aveva acquistato il prodotto agli stessi prezzi presenti negli outlet Prada in giro per il mondo e quindi aveva risparmiato molto rispetto a quanto avrebbe speso se avesse comprato in un negozio monomarca della griffe.

Secondo quanto riportato dalla stessa Guardia di Finanza, questa operazione fraudolenta era talmente perfetta che anche con l'attenzione di un occhio esperto era difficile scovare le intricate imperfezioni che rendono un prodotto non originale.

A livello giuridico ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di **ricettazione**, disciplinata dall'art. 648 c.p., per cui si prevede che "Fuori dei casi di concorso nel reato, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da due ad otto anni e con la multa da 516 euro a 10.329 euro. La pena è della reclusione sino a sei anni e della multa sino a 516 euro, se il fatto è di particolare tenuità.

Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando l'autore del delitto, da cui il denaro o le cose provengono, non è imputabile o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto."

Da notare è che il reato ex art. 648 c.p. viene integrato, producendo i suoi effetti se e solo se non vi è concorso di reato e, a monte di tali operazioni commerciali, è stato compiuto un ulteriore delitto. Nel nostro caso, è proprio la Corte di Cassazione (Cass. Sez. Un. del 09/05/2001, n. 23427) a prevedere che nel caso di vendita di merce contraffatta si integri il reato di cui sopra, poiché accanto a questo si va ad aggiungere, perché compiuto precedentemente, il delitto disciplinato dall'art. 474 c.p. rubricato "Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi".

L'articolo 474 c.p. prevede che "chiunque, fuori dei casi di concorso nei delitti preveduti dall'articolo precedente, introduce nel territorio dello Stato per farne commercio, detiene per vendere, o pone in vendita, o mette altrimenti in circolazione opere dell'ingegno o prodotti industriali, con marchi o segni distintivi, nazionali o esteri, contraffatti o alterati, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a lire quattro milioni. Si applica la disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo precedente".

Importante è sottolineare il fatto che la fattispecie ex 648 c.p. si perfeziona solo qualora il ricettatore non abbia partecipato al delitto precedentemente compiuto che, a sua volta, deve essere un veicolo affinché il bene entri nella disponibilità del dante causa (consumatore finale). L'art. 474 c.p. invece, inteso come reato di pericolo, mira a tutelare la pubblica fede. Ergo, secondo quanto dichiarato dalla Cassazione, non è necessario che vi siano si tragga in inganno il consumatore, ma il reato sussiste ogniqualvolta lo svolgimento del commercio con marchio contraffatto (Cass. Sez. 5, sent. 15 gennaio - 5 marzo 1999, n. 3028, Derretti).

Da notare poi che le sanzioni per il reato di ricettazione che, in questo caso, in un aula di tribunale, si troverebbe a subire l'aggravante dell'art. 474cp, non sono affatto lievi per il reo.

Nella seconda parte del primo comma del 474 infatti, viene sancito che la sanzione per colui che introduce nello Stato italiano (anche per mezzo telematico come è questo caso) incorre in una pena da "uno a quattro anni e con la multa da euro 3.500 a euro 35.000.", mentre l'art. 648 c.p. "la reclusione da due ad otto anni e con la multa da 516 euro a 10.329 euro".

Tutto questo dal lato del reo, e cioè di coloro che macchinano queste operazioni fraudolente per ingannare il consumatore finale e la pubblica fede. **Ma il consumatore che si trova ad acquistare merce contraffatta per uso personale è da ritenersi colpevole?**

Prima del 2012, anche il consumatore era ritenuto complice del reato, in quanto, acquistando prodotti contraffatti dava àdito al fenomeno del commercio di merce falsa ex 473 c.p.. È solo da tre anni quindi che le Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione, con la sentenza dell'8 giugno 2012 n. 22225, hanno distinto la fattispecie della ricettazione ex 648 c.p. dalla contravvenzione dell'acquisto di cose di sospetta provenienza ex art. 712 c.p.

La differenza delineata dalla Corte si concentra sull'aspetto psicologico del soggetto agente che, per l'articolo 648 è certo sulla provenienza delittuosa della cosa ricevuta, acquistata o occultata, mentre per l'articolo 712 è sufficiente il colposo mancato accertamento di quella provenienza così come disciplinato dall'articolo stesso.

In pratica, l'art. 648 c.p. si configura come delitto *tout court*, mentre l'art. 712, anche se penalmente rilevante, può essere riferito anche alle contravvenzioni, non essendo la norma

riferita esclusivamente ai delitti.

ANCHE LA MOGLIE STRANIERA PUÒ MANTENERE IL COGNOME DEL MARITO DOPO IL DIVORZIO

La Prima Sezione civile della Suprema Corte di Cassazione ha precisato, nella sentenza n. 23291/2015, il principio secondo cui la moglie, conseguentemente al divorzio, può continuare ad utilizzare il cognome del marito, anche se straniera. Del resto, le situazioni da cui dipendono i cognomi e i nomi devono essere considerati secondo la Convenzione di Monaco, ratificata dall'Italia, la quale è suscettibile di applicazione anche in seno agli Stati non contraenti.

Giovanni Mascolo - Pubblicazione, domenica 7 febbraio 2016
Redattore: Alessio Giaquinto

Nel caso specifico a cui la sentenza in epigrafe fa riferimento, un cittadino italiano impugnava la sentenza pronunciata della Corte d'Appello che, in riforma della sentenza di primo grado, aveva consentito oltre all'aumento dell'assegno divorzile anche alla ex moglie (di nazionalità svedese) di poter mantenere il cognome dell'ex coniuge, poichè l'art. 156 bis c.c. è conferita al giudice la sola **possibilità** di vietare alla moglie l'uso del cognome del marito, e non già quindi un obbligo.

La Corte di Cassazione ha stabilito, di talché, che le norme cui fare riferimento per la fattispecie dedotta in giudizio, non sono solo quelle degli artt. 143 bis c.c. e l'art. 5, commi 2, 3, 4, della l. n. 898/1970, ma anche quelle contenute nella **Convenzione di Monaco**, resa esecutiva dall'Italia con la L. 950/1984. Ricordando la regola che il diritto internazionale prevale sul diritto interno risulta evidente, allora, l'applicazione dell'art.1 della Convenzione summenzionata. Detto articolo enuncia: "*i cognomi e i nomi di una persona vadano determinati dalla legge dello Stato di cui il titolare è cittadino anche laddove costui appartenga ad uno Stato non contraente*". Sempre secondo il dettato della Convenzione, "*le cd. questioni preliminari, cioè i rapporti da cui dipende l'attribuzione del nome e del cognome, sono soggette alla stessa legge che regola l'attribuzione del nome*".

Da quanto sopra riportato ne consegue che, se un determinato nome viene fatto proprio per ragioni familiari come nella fattispecie oggetto della pronuncia, la legge che deve essere applicata è sempre quella dello Stato di cui il soggetto è cittadino, ossia la Svezia, non essendo stata contestata la cittadinanza dell'ex moglie in nessun grado di giudizio. In questo caso non assume importanza il fatto che la conclusione del rapporto sia stata dichiarata e regolata dalle legge italiana vista la convenzione indirizza all'ordinamento svedese. Inoltre, i giudici mettono in evidenza che **la legge svedese consente al coniuge divorziato la facoltà unilaterale** di mantenere il cognome del marito poichè sostituito con il matrimonio al proprio nativo assumendo un carattere distintivo dell'identità personale. Precisano, altresì, che si tratta di qualcosa che è compatibile con i principi del nostro ordinamento (anche se nell'ordinamento italiano il cognome del marito integra ma non

sostituisce quello della moglie, pertanto solitamente la sua eliminazione non determina alcuna necessità di continuità in ordine alla prevalenza dei segni distintivi che compongono il nome) e che rappresenta anche la soluzione che più si uniforma ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia UE.

Si può, quindi, concludere affermando che **la moglie straniera può conservare il cognome del coniuge italiano anche dopo il divorzio.**

CESSIONE DEL CONTRATTO DI LOCAZIONE IMMOBILIARE AD USO NON ABITATIVO E TUTELA DEL LOCATORE CEDUTO

Come può tutelarsi il locatore nel caso in cui il conduttore ceda il contratto ad un terzo?

Arianna Landolfi - Pubblicazione, lunedì 8 febbraio 2016
Redattore: **Alessio Giaquinto**

In tema di locazioni immobiliari ad uso non abitativo, la legge 392/1978 prevede una disciplina distinta rispetto al regime ordinario per la cessione del contratto, di cui all'art. 1460 c.c. e a quello specifico per i contratti di locazione, di cui all'art. 1594 c.c. La cessione del contratto di locazione ad uso non abitativo da parte del conduttore è infatti valida e pienamente efficace tra il conduttore cedente e il cessionario anche senza il previo consenso del locatore ceduto. Ai sensi dell'art. 36, primo comma, della legge summenzionata, ciò si verifica nel caso in cui, congiuntamente alla cessione del contratto di locazione, venga effettuata altresì la cessione o la locazione dell'azienda.

Come ipotesi speculare, nel caso di cessione o di locazione dell'azienda occorre prevedere espressamente la cessione del contratto di locazione dell'immobile in cui si svolge l'attività imprenditoriale. La cessione o l'affitto di azienda non producono infatti l'automatica successione del cessionario dell'azienda in tale contratto, che deve essere, pertanto, oggetto di apposito negozio tra il cedente e cessionario (Cass. Civ. Sez. III, n. 3597/2015, Cass. Civ. Sez. III, n. 15700/2010).

Nei due casi summenzionati la cessione del contratto di locazione immobiliare ad uso non abitativo ha natura bilaterale: contrariamente a quella prevista dagli artt. 1406 e 1594 c.c., trilaterale, il consenso del locatore non incide sul perfezionamento della stessa tra cedente e cessionario.

Atteso quanto sinora esposto, quali sono i rimedi esperibili da parte del locatore ceduto per tutelarsi di fronte ad un possibile inadempimento del cessionario?

In primo luogo, la cessione non risulta efficace nei confronti del locatore, che potrà continuare a richiedere l'adempimento al conduttore originario, fin quando non gli venga formalmente comunicata mediante lettera raccomandata A/R o altri mezzi equiparati che attestino l'effettiva conoscenza della modificazione soggettiva del rapporto. Tale comunicazione deve essere effettuata dal cedente al locatore; nel caso che vi siano più locatori, la comunicazione deve essere effettuata nei confronti di tutti.

L'eventuale mero conoscimento informale non si considera comunicazione, al fine di rendere opponibile la cessione al locatore, salvo il caso in cui:

- quest'ultimo abbia già accettato in un momento anteriore (ad esempio con un'apposita clausola contrattuale) possibili cessioni del contratto. In questo caso il conduttore cedente potrà informare il locatore dell'avvenuta cessione, ma questi non

potrà opporsi;

- avendone conoscenza per vie informali, il locatore abbia comunque accettato la cessione secondo le modalità ordinarie (art. 1407 c.c.), inclusi comportamenti concludenti, quali ad esempio la richiesta di pagamento del canone al nuovo conduttore (Cass. Civ. Sez. III, n. 4067/2014).

Ad esclusione delle ipotesi summenzionate, la mancata comunicazione formale della cessione implica l'inopponibilità della stessa nei confronti del locatore. Quest'ultimo non può però richiedere la risoluzione per inadempimento per omessa comunicazione da parte del conduttore cedente, ma unicamente notificargli i gravi motivi per cui si oppone, al fine, una volta che siano stati accertati (perché riconosciuti in sede giudiziale o perché il conduttore cedente li ha riconosciuti espressamente), di poter chiedere in via subordinata la risoluzione.

Nel caso di comunicazione formale da parte del cedente, il locatore ceduto ha tre possibilità:

- accettare la cessione del contratto, liberando contestualmente il conduttore cedente. Parti effettive del contratto diventano quindi il locatore ceduto e il conduttore cessionario;
- accettare la cessione senza liberare il conduttore cedente, che diventa pertanto garante dell'adempimento del cessionario con il proprio patrimonio (articolo 36, comma 1, legge 392/1978). Il locatore potrà però agire solo in via sussidiaria nei confronti del conduttore originario, in quanto «tra il cedente e il cessionario divenuto successivo conduttore dell'immobile esiste un vincolo di responsabilità sussidiaria, caratterizzata dal mero *beneficium ordinis*, che consente, perciò, al locatore di rivolgersi al cedente, con l'esperimento delle relative azioni giudiziali per il soddisfacimento delle obbligazioni inerenti il suddetto contratto, solo dopo che si sia consumato l'inadempimento di detto nuovo conduttore» (Cass. Civ., Sez. III, n.15700/2010, Cass. Civ., ord. Sez. VI n. 23111/2015);
- opporsi alla cessione entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione, indicando espressamente i gravi motivi per cui si oppone. Per gravi motivi si intendono quelli riguardanti la persona del nuovo conduttore, la sua affidabilità e posizione economica ovvero il complesso dell'operazione progettata, con esclusione dei motivi che attengano alle esigenze e alla situazione del locatore (Cass. Civ. Sez. III, n.2386/1991). In caso di opposizione, la cessione non ha effetto nei confronti del locatore, che potrà eventualmente risolvere il contratto nei confronti del conduttore cedente. Occorre inoltre che il locatore non ponga in atto comportamenti che implicino la revoca di detta opposizione (ad esempio, accettare il pagamento da parte del cessionario).

FORME DI LAVORO FLESSIBILI: IL JOB ON CALL

Disciplina e aspetti applicativi del Job on call (o contratto di lavoro intermittente o a chiamata), alla luce del D.lgs. 15 Giugno 2015 n. 81 sul riordino dei contratti di lavoro.

Francesca Angotti - Pubblicazione, martedì 9 febbraio 2016
Redattore: Lucio Orlando

Con l'intento di assecondare i mutamenti socio-economici, incrementare i livelli di produttività e contrastare la disoccupazione, soprattutto tra le fasce deboli del mercato (donne, giovani e anziani), il legislatore italiano ha introdotto, nei primi anni del decennio passato, alcune forme contrattuali flessibili.

Il *job on call* (o contratto di lavoro intermittente o a chiamata) nasce con la Legge Biagi (d.lgs. n. 276/2003), sulla falsariga dell'esperienza anglosassone e con l'obiettivo precipuo di contrastare le crescenti preoccupazioni occupazionali.

Servendosi di questo particolare strumento contrattuale, infatti, il datore di lavoro può rivolgersi al lavoratore ed esigerne la prestazione "all'occorrenza", modulando la richiesta in base alle proprie esigenze.

Che il contratto in esame abbia natura subordinata, si evince dal fatto che l'organizzazione e la direzione della prestazione lavorativa rientrano nella piena disponibilità del datore.

Non solo. La Giurisprudenza di legittimità ha ricordato, in svariate occasioni, che i caratteri di discontinuità, saltuarietà ed occasionalità della prestazione non escludono la natura subordinata della stessa quando connessi allo svolgimento di mansioni per le quali rileva il coordinamento con gli altri dipendenti e l'assoggettamento del lavoratore alle direttive specifiche del datore di lavoro (Cassazione Civile sent. n. 58/2009), come avviene, difatti, nel lavoro a chiamata.

La legge prevede *due distinte forme di lavoro intermittente*.

Può, infatti, aversi un contratto tra le parti **con obbligo di disponibilità**, in base al quale, mediante l'apposizione di una clausola accessoria, il lavoratore è obbligato a restare a disposizione del datore di lavoro se e quando quest'ultimo lo richiede; in tali casi è riconosciuta al lavoratore una indennità mensile di disponibilità.

Qualora, invece, si opti per un contratto a chiamata **senza obbligo di disponibilità**, il lavoratore non ha il dovere di rispondere alla chiamata del datore di lavoro, essendo libero di rifiutare la prestazione offerta.

L'attuale disciplina del *job on call* si rinviene negli artt. 13 – 18 del Decreto Legislativo n. 81/2015 attuativo del Jobs Act, il quale ha confermato integralmente quanto disposto in materia dalla Legge Biagi.

Invero, il decreto legislativo suddetto reca la disciplina organica di riordino dei contratti di

lavoro e, mantiene inalterato, nel caso che ci occupa, l'impianto originario del lavoro intermittente, introducendo ben poche modifiche significative.

L'art. 13 definisce il contratto di lavoro intermittente come **“il contratto, anche a tempo determinato, mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno. In mancanza di contratto collettivo, i casi di utilizzo del lavoro intermittente sono individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.”**

Il contratto in esame può essere stipulato per l'utilizzo con giovani di età inferiore a 24 anni, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, ovvero con lavoratori con più di 55 anni.

Ad eccezione dei settori del turismo, dei pubblici esercizi, dello spettacolo e della moda (settori in cui, peraltro, è più frequente il ricorso a questa tipologia contrattuale) il contratto di lavoro intermittente è ammesso, per ciascun lavoratore con lo stesso datore di lavoro, per un periodo complessivamente non superiore a 400 giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari. In caso di superamento del predetto periodo il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato.

Nei periodi in cui non ne viene utilizzata la prestazione, il lavoratore intermittente non matura alcun trattamento economico e normativo, salvo che abbia garantito al datore di lavoro la propria disponibilità a rispondere alle chiamate. Solo in quest'ultimo caso, al lavoratore spetta l'indennità di disponibilità di cui all'articolo 16 dello stesso decreto.

Il **job on call** non è utilizzabile per i lavoratori alle dipendenze della P.A. ed è, altresì, vietato il ricorso allo stesso, in alcune ipotesi espressamente previste dall'art. 14 del decreto, ossia:

1. per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
2. presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi a norma degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente, ovvero presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente;
3. ai datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Per quanto attiene ai requisiti formali, il contratto di lavoro intermittente deve essere stipulato in forma scritta solo ai fini della prova di alcuni elementi quali:

- durata ed ipotesi, oggettive o soggettive, che consentono la stipulazione del contratto a norma dell'articolo 13;
- luogo e modalità della disponibilità, eventualmente garantita dal lavoratore, e del relativo preavviso di chiamata del lavoratore, che non può essere inferiore ad un giorno lavorativo;
- trattamento economico e normativo spettante al lavoratore per la prestazione

- eseguita e relativa indennità di disponibilità, ove prevista;
- forme e modalità, con cui il datore di lavoro è legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione di lavoro, nonché modalità di rilevazione della prestazione;
- tempi e modalità di pagamento della retribuzione e della indennità di disponibilità;
- misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto.

Fatte salve le previsioni più favorevoli dei contratti collettivi, il datore di lavoro è tenuto a informare con cadenza annuale le RSA e le RSU sull'andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente.

Quanto invece all'**indennità mensile di disponibilità** - che trova un riferimento normativo nell'art. 16 del D.lgs *de quo* -, la misura della stessa, divisibile in quote orarie, è determinata dai contratti collettivi e non è comunque inferiore all'importo fissato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentite le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Resta chiaro che in caso di malattia o di altro evento che gli renda temporaneamente impossibile rispondere alla chiamata il lavoratore è tenuto a informarne tempestivamente il datore di lavoro, specificando la durata dell'impedimento, durante il quale non matura il diritto all'indennità di disponibilità.

Qualora non provveda alla comunicazione immediata, il lavoratore perde il diritto all'indennità per un periodo di quindici giorni, salvo diversa previsione del contratto individuale.

Il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata può costituire motivo di licenziamento e comportare la restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo al rifiuto.

L'indennità di disponibilità non rileva ai fini del calcolo per il TFR, né per la determinazione della tredicesima o degli altri emolumenti assimilati.

La Suprema Corte di Cassazione, circa la disponibilità del lavoratore, ha chiarito, con un recente arresto, che "a fronte del potere unilaterale del datore di lavoro di fissare le modalità temporali della prestazione pattuita, la disponibilità alla chiamata del datore di lavoro, pur non potendosi equiparare a lavoro effettivo, deve, comunque, trovare adeguato compenso, tenendo conto di un complesso di circostanze a tal fine significative, quali l'incidenza sulla possibilità di attendere ad altre attività, il tempo di preavviso previsto o di fatto osservato per la richiesta di lavoro "a comando", l'eventuale quantità di lavoro predeterminata in misura fissa, la convenienza dello stesso lavoratore a concordare di volta in volta le modalità della prestazione. (Cassazione civile, sez. lav., 05/11/2014, n. 23600)

Come avviene per le altre forme di lavoro flessibile, anche in questa ipotesi il legislatore ribadisce il **principio di non discriminazione**, nella variante di "riproporzionamento" in relazione al trattamento economico e normativo.

Il lavoratore intermittente, infatti, non deve ricevere, per i periodi lavorati e a parità di mansioni svolte, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello. Il trattamento economico, normativo e

previdenziale del lavoratore intermittente, è riproporzionato in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa, nonché delle ferie e dei trattamenti per malattia e infortunio, congedo di maternità e parentale.

Infine, per concludere l'analisi sugli aspetti tecnici del *job on call*, il datore di lavoro deve effettuare, oltre alla comunicazione obbligatoria pre-assuntiva, anche una comunicazione amministrativa prima di ogni chiamata del lavoratore. Sulla scorta di quanto disposto dal Decreto ministeriale D.M.27/03/2013 entrato in vigore in data 3.7.2013), infatti, prima dell'inizio della prestazione lavorativa o di un ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a 30 giorni, il datore di lavoro è tenuto a comunicarne la durata mediante il nuovo modello "**UNI-Intermittente**" da compilarsi esclusivamente tramite strumenti informatici.

In concreto, il modello in questione può essere trasmesso:

- via e-mail all'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) appositamente creato;
- tramite il servizio informatico reso disponibile sul portale www.cliclavoro.gov.it;
- con un SMS contenente almeno il codice fiscale del lavoratore: tale modalità, tuttavia, è utilizzabile solamente in caso di prestazione da rendersi entro le 12 ore dalla comunicazione;
- tramite FAX indirizzato alla DTL competente ma solamente in caso di malfunzionamento dei sistemi informatici; in tal caso il datore o il suo consulente devono conservare, ai fini della prova, la comunicazione di malfunzionamento del sistema. La comunicazione a mezzo fax è valida alle condizioni sopra descritte, anche qualora la ricezione non sia stata possibile per cause imputabili alla DTL (previa esibizione della relativa ricevuta di trasmissione).

GUIDA IN STATO DI EBBREZZA: RICONOSCIUTA LA VALENZA GENERALE DELLA TENUITÀ DEL FATTO

Il conducente cui sia applicabile la sanzione penale può chiedere l'archiviazione del procedimento per "particolare tenuità del fatto". Resta la sospensione della patente.

Giuseppe Ferlisi - Pubblicazione, mercoledì 10 febbraio 2016
Redattore: Ilaria Ferrara

In un [precedente articolo](#) è stata affrontata la recente riforma in ambito di **tenuità del fatto**, intervenuta con il **D. Lgs. 28/2015**, il quale ha investito moltissimi reati fine del nostro ordinamento, con riflessi sia processuali che sostanziali nel nostro panorama giuridico.

Ebbene, recentemente, è stato oggetto di tale revisione anche la norma sulla **guida in stato di ebbrezza**.

La **Corte di Cassazione**, quarta sezione penale, infatti, ha precisato nella **sentenza 44132/2015** (qui in allegato) che la **causa di non punibilità prevista all'art. 131 bis c.p. può applicarsi anche al reato di cui all'art. 186, comma 2, lett. b) del Codice della strada**.

La pronuncia prende posizione decidendo favorevolmente sul ricorso di un automobilista condannato alla pena, con l'aggravante di aver guidato tra le ore 22 e le ore 7.

Secondo gli Ermellini, il legislatore ponendo l'istituto in parola nel contesto della parte generale del codice penale, ha dato ad esso una valenza generale e non limitata solo ad alcune fattispecie di reato, dovendosi pertanto applicare a tutti i reati, compresi quelli tradizionalmente indicati come "senza offesa".

La stessa Cassazione, si ricorda in sentenza, ha richiamato la propria giurisprudenza costante in cui affermava che la particolare tenuità del fatto trovasse applicazione anche nei cosiddetti reati di pericolo astratto o presunto e segnatamente anche al reato di guida in stato di ebbrezza.

Per questi reati, secondo i massimi togati, **occorre verificare se la manifestazione reale e concreta** (ossia il fatto unico e irripetibile descritto dall'imputazione) **presenti un ridottissimo grado di offensività rispetto alla cornice astratta**.

Non solo: la previsione di "soglie" non è incompatibile con il giudizio di particolare tenuità, poiché *"la soglia svolge le proprie funzioni sul piano della selezione categoriale, mentre la particolare tenuità conduce ad un vaglio tra le epifanie nella dimensione effettuale secondo il paradigma della sussidiarietà in concreto"*.

Ciò che deve essere indagato è quindi l'entità dello stato di ebbrezza unitamente alle modalità della condotta, alla entità del pericolo ed al danno cagionato.

Nel caso di specie, il tasso alcolemico dell'imputato è stato rilevato in 0.82 g/l alla prima prova e in 0.85 g/l alla seconda, valori estremante prossimi al limite inferiore del range

normativo. A ciò si aggiungono le attenuanti generiche riconosciute all'uomo. Ricordiamo infatti che:

- da 0,51 a 0,8 g/l (grammi di alcol per litro di sangue) non ci sono sanzioni penali ma solo di carattere amministrativo (sanzione pecuniaria di 531 euro oltre alla decurtazione di 10 punti dalla patente, con sospensione della stessa patente da 3 a 6 mesi);
- da 0,81 a 1,5 g/l si passa al penale, ma la sanzione è più lieve: ammenda da 800 a 3.200 euro, decurtazione di 10 punti e sospensione della patente da 6 mesi a un anno;
- da 1,5 g/l in su scatta la sanzione penale più severa: ammenda da 1.500 a 6mila euro, decurtazione di 10 punti, sospensione della patente da 1 a 2 anni, confisca dell'auto.

Paradossalmente, **il beneficio della non punibilità per “tenuità” del fatto non si applica all’ipotesi più lieve**, quella cioè colpita solo da sanzioni amministrative, atteso che **la nuova norma, riguarda solo le ipotesi in cui si configuri un reato.**

Ciò comporta che la condotta più grave, quella penale, lascerebbe il colpevole privo di pena, mentre chi resta colpito dalla sola sanzione amministrativa incorre in sanzioni. Una situazione del tutto anomala, che tuttavia, secondo la Cassazione, è del tutto lecita e **giustificata dalla autonomia delle violazioni amministrative da quelle penali**, smentendo sul nascere ogni profilo di irragionevolezza, prosegue la sentenza.

Ad ogni modo, si evidenzia, il beneficio della "non punibilità" non scatta in automatico, ma viene sempre rimesso alla valutazione del giudice che deve accertarsi dei tre diversi profili su esposti.

Ciò, in linea teorica, potrebbe addirittura implicare la possibilità di applicare il beneficio della “*particolare tenuità*” anche in presenza di tassi alcolemici più alti, ossia quelli rientranti nella terza e più grave soglia (da 1,5 g/l in su).

Si pensi, prosegue la decisione, “*al reato che si sia concretizzato nel guidare per pochi metri in stato di ebbrezza, con valore superiore a 1,5 g/l, una bicicletta in una strada poco o nulla interessata dal traffico*”.

Tuttavia, nonostante l'applicazione della causa di non punibilità, il giudice deve ugualmente comminare la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente, disponendola direttamente.

LA GELOSIA OSSESSIVA INTEGRA IL REATO DI MALTRATTAMENTI

In taluni casi, ed in contesti particolari, la gelosia ossessiva nei confronti del proprio partner può portare a commettere un reato, quello di maltrattamenti, posto a presidio dell'incolumità fisica e psichica delle persone più facilmente aggredibili. Nota a Corte di Cassazione, Sezione VI Penale, Sentenza del 14 maggio 2015, n. 20126

Fabio Zambuto - Pubblicazione, giovedì 11 febbraio 2016
Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario: 1. Il caso – 2. Il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi – 3. La decisione – 4. Conclusioni

Le gelosia è quella assillante e tormentosa ansietà provata da chi teme di perdere, anche ad opera di altri, la persona amata. Ancora più nello specifico, non è tanto il “sentimento” in sé ad essere importante nel quadro generale d'insieme, quanto più le conseguenze pratiche cui può portare l'eccessiva *rabbia ed il risentimento verso chi sia più considerato dalla persona amata*^[1]. Ecco che in taluni casi, ed in contesti particolari, la gelosia ossessiva nei confronti del proprio partner può portare a commettere un reato, quello di maltrattamenti, posto a presidio dell'incolumità fisica e psichica delle persone più facilmente aggredibili.

1. Il caso

Con sentenza del Tribunale di Palermo un uomo veniva condannato per i reati di maltrattamenti (art. 572 c.p.) e atti persecutori (art. 612 bis c.p.) commessi in danno della moglie.

In parziale riforma della sentenza del Tribunale, la Corte d'appello di Palermo aveva invece assolto l'uomo dal reato di maltrattamenti e confermato la condanna per il reato di atti persecutori commesso in danno della medesima.

A sostegno del *decisum*, il giudice di secondo grado rilevava che, ferma la credibilità della persona offesa, dagli elementi probatori emergeva che effettivamente la vita di coppia era contrassegnata da una certa animosità e litigiosità, verosimilmente determinata dalla gelosia del marito, e tuttavia ha ritenuto mancanti i presupposti per ritenere provati tanto il requisito dell'abitualità, risultando accertato un unico episodio di intimidazione (di inusuale violenza, atteso che in quel caso l'imputato, alterato per aver assunto alcolici, aveva estratto una pistola e minacciato la moglie puntandole l'arma al volto, in presenza della figlia minore e della suocera), quanto l'elemento soggettivo, non essendo dimostrata la consapevolezza dell'imputato di cagionare alla moglie un turbamento psichico e morale.

Avverso la sentenza ha presentato ricorso il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Palermo e ne ha chiesto l'annullamento nella parte assolutoria per mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione nonché per erronea applicazione di legge penale. Il PG infatti ha evidenziato come la Corte d'appello abbia travisato le

risultanze processuali ed, in particolare, le dichiarazioni della persona offesa e dei testi escussi, i quali hanno concordemente riferito di plurime condotte violente ed intimidatorie poste in essere dall'imputato nei confronti delle moglie, derivanti dalla sua gelosia morbosa, integranti, in quanto ripetute e costanti nel tempo, il requisito dell'abitualità.

Ha evidenziato altresì come tali emergenze non possano ritenersi contraddette dalla circostanza che la donna abbia potuto sopportare le vessazioni e le violenze fisiche e psicologiche del marito per anni.

Alla luce di tale quadro, il P.G. ha chiaramente affermato che il reato di maltrattamenti può essere integrato anche da atti di disprezzo della persona offesa a nulla rilevando eventuali periodi di normalità e di accordo tra la coppia nonché il grado di tollerabilità della donna.

2. Il delitto di Maltrattamenti contro familiari e conviventi

Per meglio comprendere la portata della sentenza in commento è opportuno accennare alla disciplina del reato di maltrattamenti in famiglia, di cui all'art. 572 c.p.

La norma summenzionata punisce, chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 571, *maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte.*

Tale norma è collocata in un autonomo titolo XI "Dei delitti contro la famiglia", in particolare nel Capo IV "Dei delitti contro l'assistenza familiare". Questa scelta riflette la prevalenza di concezioni politiche e morali che auspicano una tutela particolare della famiglia come ente autonomo L'art. 572 c.p. non si rivolge solo alle persone legate da vincolo familiare, ma anche a persone legate da altri rapporti, nei casi in cui la degenerazione dell'uso dei mezzi di correzione colpisca persone collegate all'agente da un rapporto di dipendenza o per lo svolgimento di una professione o di un'arte. Tuttavia, appare preminente l'interesse alla salvaguardia dell'ordine delle famiglie.

Il reato in parola presuppone, necessariamente l'esistenza, tra le parti, di un rapporto stabile e di comunità familiare, anche se naturale o di fatto, con legami di reciproca assistenza e protezione che il legislatore ha ritenuto di dover tutelare. Pur essendo necessaria l'esistenza di relazioni continuative tra delinquente e vittima, la convivenza e la coabitazione non sono presupposti imprescindibili del delitto di maltrattamenti.

L'oggetto giuridico del reato di cui all'art. 572 c.p., consiste quindi nell'interesse dello Stato alla tutela della famiglia da quelle azioni vessatorie e violente e nella difesa dell'incolumità fisica e psichica dei soggetti indicati nella norma in esame.

L'**elemento oggettivo** del reato consiste nella condotta vessatoria, posta in essere, per quanto qui interessa, nei confronti di un familiare, tale da mortificare la persona, sottoponendola ad atti di disprezzo e di offesa abituali, idonei a determinare nella persona offesa l'insorgere ed il permanere di uno stato di sofferenza morale e di umiliazione, incompatibile con le normali condizioni di vita.

Si fratta, peraltro, di **reato necessariamente abituale** che si caratterizza per la sussistenza di una serie di condotte le quali, anche laddove non siano tali, di per sé stesse, da concretizzare singole ipotesi delittuose, assumono rilevanza penale per effetto della loro reiterazione nel tempo.

Si caratterizza per la sussistenza di una serie di fatti, commissivi od omissivi, i quali isolatamente considerati potrebbero anche essere non punibili (atti di infedeltà, di umiliazione generica, etc.) ovvero non perseguibili (ingiurie, percosse o minacce lievi, procedibili solo a querela), ma acquistano rilevanza penale per effetto della loro reiterazione nel tempo.

Il reato di maltrattamenti in famiglia si perfeziona qualora si realizzi allora un minimo di tali condotte, delittuose o meno, che siano collegate da un nesso di abitudine ed esso può formare oggetto anche di continuazione ex art. 81 cpv. c.p., come nel caso in cui la serie reiterativa sia interrotta da una sentenza di condanna ovvero da un notevole intervallo di tempo tra una serie di ipotesi e l'altra. La "ratio" dell'antigiuridicità penale risiede nella reiterazione delle condotte protrattasi in un arco di tempo che può essere anche limitato e nella persistenza dell'elemento intenzionale[2].

Ai fini della sussistenza dell'**elemento psicologico** del reato è sufficiente il dolo generico, quale coscienza e volontà di sottoporre il soggetto passivo alla condotta offensiva, non essendo necessario che l'agente sia animato dalla specifica intenzione di maltrattarlo.

E' di per sé sufficiente la consapevolezza dell'agente di persistere in un'attività vessatoria nei confronti del partner[3].

L'elemento soggettivo unificatore dei singoli episodi è costituito da un dolo unitario ed uniforme che denota una grave intenzione di avvilire e sopraffare la vittima e ricollega ad unità i vari episodi di aggressione alla sfera morale e materiale del soggetto passivo.

Il dolo del delitto di maltrattamenti in famiglia non richiede la rappresentazione e la programmazione di una pluralità di atti tali da cagionare sofferenze fisiche e morali alla vittima, essendo, invece, sufficiente la coscienza e la volontà di persistere in un'attività vessatoria, già posta in essere in precedenza, idonea a ledere la personalità della vittima[4].

Il legislatore individua l'azione tipica attraverso la locuzione "**maltrattare**". Tale espressione è stata criticata per la sua indeterminatezza e non univocità di significato. Si tratta, infatti, di una parola che già nel linguaggio comune indica un comportamento protratto nel tempo: inoltre il titolo del reato è al plurale, quando altrove (art. 727 c.p.) il legislatore ha usato il medesimo termine al singolare, dimostrando così di aver effettuato nei due casi una scelta consapevole.

Da sottolineare, come di recente, la l. 1 ottobre 2012, n. 17, abbia riformato l'art. 572 c.p., apportando alla fattispecie penale considerata le seguenti modifiche:

- in primo luogo ha esteso l'applicazione della fattispecie de qua al caso di convivenza e, conseguentemente, ha modificato anche la rubrica dell'articolo da maltrattamenti in famiglia, in "*maltrattamenti contro familiari e conviventi*";
- in secondo luogo ha previsto che la commissione del fatto in danno di un minore di anni quattordici costituisca un'aggravante del reato;
- in terzo luogo ha innalzato le pene attualmente previste (comma I: reclusione da due a sei anni; comma 3: da quattro a nove anni per le lesioni personali gravi, reclusione da sette a anni per le lesioni gravissime, reclusione da dodici a ventiquattro anni se ne deriva la morte).

Il reato in questione è procedibile di ufficio e rientra nella competenza del Tribunale in composizione monocratica.

Ebbene, proprio il carattere dell'abitudine, come si è visto imprescindibile per integrare la fattispecie di reato, è stato ritenuto insussistente dalla Corte d'Appello che, al contrario, ha ritenuto vi fosse un solo (ed insufficiente) episodio.

3. La decisione

A parere dei giudici di legittimità, la decisione della Corte d'Appello che ha ritenuto non ravvisabili i presupposti del delitto di maltrattamenti sulla base dell'assunto per il quale la "vita di coppia" era "contrassegnata dalla gelosia del marito e dalle liti scaturenti per tale ragioni", almeno nei termini nei quali è stata espressa, si pone secondo una linea di discontinuità rispetto al consolidato insegnamento della Corte di Cassazione.

Difatti, non può non considerarsi il principio per il quale il reato di maltrattamenti è integrato non soltanto dalle percosse, lesioni, ingiurie, minacce o privazioni, ma anche dagli atti di vessazione psicologica che si risolvano in una vera e propria, durevole, sofferenza morale^[5].

Peraltro, Integra l'elemento oggettivo del delitto di maltrattamenti in famiglia (art. 572 cod. pen.) il compimento di più atti, delittuosi o meno, di natura vessatoria che determinano sofferenze fisiche o morali, realizzati in momenti successivi, senza che sia necessario che essi vengano posti in essere per un tempo prolungato, essendo, invece, sufficiente la loro ripetizione, anche se per un limitato periodo di tempo^[6].

Correttamente, quindi, il Tribunale aveva rilevato come l'assillare costantemente la congiunta con continui comportamenti ossessivi e maniacali, ispirati da una gelosia morbosa, e tali da provocare in modo diretto importanti limitazioni e condizionamenti nella vita quotidiana e nelle scelte lavorative, nonché un intollerabile stato d'ansia certamente sostanzia la situazione di abituale vessazione psicologica sanzionata dalla fattispecie incriminatrice dell'articolo 572 c.p., in quanto espressione di un evidente spirito di prevaricazione e fonte di un'intensa e perdurante sofferenza morale.

I comportamenti ritenuti censurabili, a parere della corte, sono, ad esempio:

- La perseverante contestazione di tradimenti insistenti, la ricerca incessante di tracce di relazioni extra-coniugali con ispezione costante del telefono del partner per verificarne le comunicazioni;
- La verifica degli orari di rientro a casa ed il controllo degli spostamenti;
- I ripetuti insulti con uso di parole scurrili facenti esplicito riferimento alle ipotizzata infedeltà (nel caso di specie, "bottana, troia");
- I più volte prospettati dubbi circa l'effettiva paternità dei figli con conseguenti reiterate richieste di test diagnostici per la verifica del DNA;
- Le pressioni affinché la persona offesa abbandoni il proprio mestiere (nel caso di specie, il mestiere di assistente di volo ritenuto dal marito non adatto a "donne per bene");

A nulla poi valgono le ipotetiche affermazioni relative al riavvicinamento tra i congiunti o

ai periodi di “normalità” vissuti dalla coppia.

Recentemente la Suprema Corte di Cassazione ha altresì chiarito che "*ai fini della configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia non assume rilievo il fatto che gli atti lesivi si siano alternati con periodi di normalità nella condotta dell'agente e di accordo con i familiari, poiché, data la natura abituale del delitto in oggetto, l'intervallo di tempo tra una serie e l'altra di episodi lesivi non fa venir meno l'esistenza dell'illecito. La condotta ben può comprendere, dunque, momenti di pausa*"^[7].

4. Conclusioni

Nella logica garantista del legislatore, alla luce della *ratio* della norma incriminatrice, non può non essere così. La tutela apprestata al partner, che sia coniuge o convivente, certamente deve potere trovare riscontro in un sistema che miri non solo alla protezione fisica, ma anche a quella morale e psicologica. Comportamenti ossessivi e maniacali, quindi, risultanti da una gelosia morbosa, tali da stravolgere la vita del partner, certamente sostanziano la situazione di abituale vessazione psicologica sanzionata dalla fattispecie incriminatrice dell'articolo 572 c.p., in quanto espressione di un evidente spirito di prevaricazione e fonte di un'intensa e perdurante sofferenza morale.

Note e riferimenti bibliografici

[1] E. Giusti, M. Frandina, *Terapia della gelosia e dell'invidia*, Sovera Edizioni, 2007.

[2] Cass. Pen., Sez. 6, Sentenza n. 9923 del 05/12/2011 Ud. (dep. 14/03/2012) Rv. 252350, in www.italgiure.it.

[3] Cass. Pen., Sez. 6, Sentenza n. 16836 del 18/02/2010 Ud. (dep. 04/05/2010) Rv. 246915, in www.italgiure.it.

[4] Cass. Pen., Sez. 6, Sentenza n. 25183 del 19/06/2012 Ud. (dep. 25/06/2012) Rv. 253042, in www.italgiure.it.

[5] Cfr. Cass. Pen., Sez. 6, n. 44700 del 08/10/2013 (dep. 06/11/2013), Rv. 256962; Cass. Pen., Sez. 2, Sentenza n. 10994 del 06/12/2012 Ud. (dep. 08/03/2013), Rv. 255175, in www.italgiure.it.

[6] Cass. Pen., Sez. 6, Sentenza n. 25183 del 19/06/2012 Ud. (dep. 25/06/2012) Rv. 253041, in www.italgiure.it

[7] Cass. Pen., Sentenza del 11 aprile 2014, n. 19514, in www.italgiure.it.

GRAFFIARE LA PROPRIA RIVALE IN AMORE INTEGRA IL REATO DI LESIONI

Non di rado accade che la gelosia possa portare uno dei due partner a compiere azioni inconsulte, impulsive e sconsiderate. E' appunto il caso dell'aggressione compiuta in danno del rivale d'amore. Proprio così. Non si badi, certamente, ai casi eclatanti in cui le lesioni riportate dalla persona "attaccata" siano gravissime. Quello affrontato dalla Suprema Corte di Cassazione è uno dei casi più semplici e, se vogliamo, banali che possano capitare in un litigio. Nota a Corte di Cassazione, sezione V, Sentenza del 19 dicembre 2013, n. 51393.

Fabio Zambuto - Pubblicazione, venerdì 12 febbraio 2016
Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario: 1. Il Caso – 2. Cenni sul reato di lesioni - 3. La decisione

1. Il Caso

Durante un alterco intercorso tra due donne (moglie e amante) per motivi di gelosia sentimentale, la prima cagionava alla seconda un graffio al viso procurandole una prognosi di dieci giorni.

Tanto il giudice di pace, quanto il Tribunale in funzione di giudice d'appello, assumendo per fondata la versione fornita dall'imputata e dal marito, hanno ritenuto che quel graffio non fosse idoneo ad integrare il reato di lesioni. La Suprema Corte di Cassazione, investita del ricorso proposto dalla costituita parte civile, ovvero sia l'amante, ha invece privilegiato una decisione ben differente.

2. Cenni sul reato di Lesioni

Il reato che in questo particolare caso ci occupa, è quello di cui all'**art. 582 c.p.** il quale prescrive che *chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni*. Al secondo comma, poi, la norma incriminatrice afferma che *se la malattia ha una durata non superiore a venti giorni, e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti di cui agli artt. 583 e 585 c.p., ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'art. 577 c.p., il delitto è punibile a querela della persona offesa*.

Proprio all'interno della cornice descritta nel secondo comma si inserisce il caso sottoposto all'attenzione della Corte, essendo la prognosi inferiore a venti giorni e non essendo stata contestata né ritenuta sussistente alcuna delle circostanze aggravanti sopra menzionate.

La norma sanziona penalmente la **lesione personale lieve**, da cui deriva una malattia di durata tra i ventuno ed i quaranta giorni, e **lievissima**, da cui deriva una malattia di durata non superiore ai venti giorni.

La norma *de qua* è posta a tutela dell'integrità fisica dell'individuo. Trattasi di reato comune che richiede, ai fini della sua configurabilità, sotto il **profilo oggettivo**, una condotta idonea a cagionare, nella persona offesa, una malattia, intendendosi tale una qualsiasi alterazione, anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali.

Per **malattia**^[1] si intende qualsiasi processo patologico acuto o cronico, localizzato o diffuso, idoneo a determinare un apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo fisico (malattia nel corpo) o psichico (malattia nella mente).

In altri termini, la condotta richiesta dalla norma in esame consiste, trattandosi di un reato a forma libera, in qualsivoglia manomissione fisica dell'altrui persona. Sotto il **profilo soggettivo**, è necessario che il soggetto agente sia animato dal dolo generico, ovvero dalla consapevolezza e volontà di realizzare la condotta richiesta dalla norma incriminatrice. Se il fatto è stato commesso con il dolo che è proprio del delitto di omicidio, come nel caso frequentissimo della ferita inferta *animo necandi*, il soggetto risponderà di omicidio tentato. Il reato di lesione personale resterà in tal caso assorbito nel reato maggiore, essendo necessariamente contenuto in esso.

Il verificarsi della malattia che è il vero evento naturalistico della lesione personale, segna il momento consumativo del reato. Nessun dubbio sulla configurabilità del tentativo.

Il reato di lesione personale viene meno ove la condotta lesiva sia scriminata dal fatto di essere stata posta in essere nell'esercizio di attività inclusa in competizioni sportive ovvero di attività medico chirurgica (ove sussistano i presupposti elaborati dalla giurisprudenza).

3. La decisione

A parere della Suprema Corte, incongrua – oltre che giuridicamente erronea – è l'affermazione del Tribunale in funzione di giudice d'appello, secondo la quale il graffio riportato dall'amante non fosse qualificabile lesione, nell'accezione penalistica.

La Corte infatti richiama il pacifico insegnamento giurisprudenziale di legittimità^[2] secondo cui, *ai fini della configurazione della nozione di "malattia", rilevante ai fini della sussistenza del reato di lesione personale di cui all'articolo 582 c.p., è sufficiente qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, onde lo stato di malattia perdura fino a quando sia in atto il suddetto processo di alterazione.*

In tale nozione rientrano, certamente, ad esempio, le escoriazioni, in quanto significative – ed apprezzabili - alterazioni anatomiche.

Allo stesso modo, anche la contusione giudicata guaribile in tre giorni, in quanto alterazione anatomica e funzionale all'organismo, è stata ritenuta una malattia idonea ad integrare gli estremi di cui all'art. 582 c.p.^[3]

Ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali costituisce poi malattia la lesione cutanea consistente in un taglio all'avambraccio guaribile in tre giorni, in quanto anche una modesta soluzione di continuo dell'epidermide, con soffiatura ematica, non può comportare una sia pur minima, ma comunque apprezzabile compromissione locale della funzione propria dell'epidermide che non è solo quella di carattere estetico-sensoriale ma anche e soprattutto quella di protezione dell'intero organismo, in ogni sua parte, da contatti

potenzialmente nocivi con agenti esterni qualsivoglia natura^[4].

Ecco che, seguendo tale logica, la Suprema Corte è giunta ad affermare che anche il mero graffio, in quanto idoneo ad alterare l'organismo anatomicamente e funzionalmente, è idoneo ad essere inserito nel concetto di "malattia" di cui all'art. 582 c.p.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto di dovere annullare con rinvio la sentenza di assoluzione della moglie gelosa, dando quindi ragione all'amante ferita.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Pare opportuno richiamare la giurisprudenza che ha ricondotto nella nozione di malattia, conseguente a lesione, l'*ecchimosi*, Cass. Pen., sez. IV, 19 dicembre 2005 (dep. 20 gennaio 2006), n. 2433; l'*ematoma*, Cass. Pen., sez. V, 5 dicembre 2008 (dep. 20 gennaio 2009), n. 2081; la *contusione*, Cass. Pen., sez. V, 3 dicembre 2009 (dep. 24 febbraio 2010) n. 7422.

[2] Cfr., tra le altre, Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 43763 del 29/09/2010, Rv. 248778, in www.italggiure.it.

[3] Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 22781 del 26/04/2010, Rv. 247518, in www.italggiure.it.

[4] Cfr. Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 16271 del 16/03/2010, Rv. 247259, in www.italggiure.it. -

LA DEPENALIZZAZIONE DEL DELITTO DI “ATTI OSCENI”

A seguito del recente intervento di depenalizzazione, il reato di cui all’art. 527 c.p. è stato degradato ad illecito amministrativo, con ciò rendendo lecite, dal punto di vista penale, condotte precedentemente ritenute penalmente rilevanti, come ad esempio compiere atti di natura sessuale in automobile.

Fabio Zambuto - Pubblicazione, venerdì 12 febbraio 2016
Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario: 1. Premessa: intrattenere rapporti di natura sessuale in automobile non è (più) reato – 2. Il delitto di “atti osceni” – 3. Casi particolari di “atti osceni in luogo pubblico” – 4. Quale sanzione adesso?

1. Premessa: intrattenere rapporti di natura sessuale in automobile non è (più) reato

Alla luce del nuovo intervento di depenalizzazione, appare interessante affrontare una di quelle che, nel 2016, promette essere una felice novità per le coppie di giovani (e non solo) fidanzati.

Il delitto di *atti osceni* di cui all’art. 527 c.p. è difatti stato recentemente depenalizzato^[1] (eccezion fatta per il secondo comma della citata disposizione).

Si badi bene, ciò non significa che adesso sarà possibile intrattenere determinate tipologie di rapporti in piena libertà in quanto la fattispecie *de qua* è adesso stata “degradata” ad illecito amministrativo per il quale è adesso prevista una sanzione di natura pecuniaria (incredibilmente elevata, come si vedrà). Ma cosa prevede(va) questa fattispecie delittuosa di reato?

2. Il delitto di “atti osceni”

“Chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti osceni è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni”. Così esordisce il primo comma dell’art. 527 del codice penale^[2].

Essere colti in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza aver predisposto le misure idonee per evitare lo scandalo e l’offesa al pudore comporta, adesso, una sanzione pecuniaria, eccetto per i casi in cui (secondo comma) il fatto venga commesso all’interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano.

In ordine alla **natura giuridica** il reato di atti osceni si configura come reato di pericolo, con la conseguenza che la visibilità da parte di terzi degli atti posti in essere deve essere valutata “ex ante”, in relazione al luogo e all’ora in cui la condotta antiggiuridica viene posta in essere^[3].

Ma cosa si intende per **atti osceni**?

A fornire un aiuto, seppur insufficiente, per determinare il significato della nozione di atti osceni, interviene l'art. 529 c.p. per il quale “agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore”.

La norma in oggetto tende a chiarire la correlatività delle nozioni di osceno e di pudore. A tale osservazione va premesso come il pudore cui fa riferimento l'articolo in esame è pudore sessuale; che tale pudore sessuale rileva in quanto sentimento pubblico, e dunque espressione del sentire comune della collettività.

Quanto al concetto di **atti osceni**, la giurisprudenza intende qualsiasi *manifestazione di concupiscenza, di sensualità, di inverecondia sessuale che offenda così intensamente il sentimento della moralità sessuale ed il pudore da destare, in chi vi assiste, disgusto e repulsione.*

3. Casi particolari di “atti osceni in luogo pubblico”

Il reato previsto dall'art. 527 c.p., è integrato anche quando la condotta è commessa all'interno di un'autovettura parcheggiata in orario notturno lungo una strada secondaria o anche buia, in quanto tali circostanze non eliminano in modo assoluto l'eventualità che i comportamenti osceni possano essere percepiti da occasionali passanti[4]. Fattispecie nella quale è stata ritenuta penalmente rilevante la commissione di atti osceni in un luogo attraversato da pedoni per la presenza di un supermercato.

In altri termini, è osceno ciò che, avendo connotazione sessuale, tenuto conto della sensibilità dei consociati di normale levatura morale, intellettuale e sociale nell'attuale momento storico, suscita nell'osservatore rappresentazioni e desideri erotici ovvero cagiona una reazione emotiva immediata di disagio, turbamento e repulsione in ordine a organi del corpo o comportamenti sessuali che, per continuità pedagogica e stratificazione di costumi ed esigenze morali, tendono a svolgersi nell'intimità e nel riserbo.

Ad esempio, è stato affermato che *il carattere osceno del tocco delle parti anatomiche del corpo altrui dipende dal contesto in cui avviene il contatto fisico, tale che ne va accertata caso per caso la potenziale lesione per il pudore, tenendo conto della situazione complessiva e delle modalità con le quali il comportamento si sia estrinsecato tra la coppia.*

Integra il delitto di cui all'art. 527 cod. pen. *il tocco lascivo di parti intime del corpo, sia pure al di sopra degli abiti, in quanto la nozione di atti osceni non si limita alla sola rappresentazione di un atto sessuale, comprendendo anche l'oscenità insita in azioni e comportamenti che richiamino tale atto, come nel caso di atteggiamenti licenziosi che offendono ugualmente in modo grave il senso di riservatezza che deve presiedere alle manifestazioni in luogo pubblico (fattispecie di abbassamento della chiusura lampo dei pantaloni e di tocco dei genitali dall'esterno)[5].*

Mostrare il proprio organo genitale in pubblico abbassandosi i pantaloni può integrare la fattispecie di atti osceni in luogo pubblico o quella di atti contrari alla pubblica decenza, e, decisivo, per l'integrazione dell'uno o dell'altro reato, è accertare il contesto nel quale si è verificato l'atto[6].

Nel caso di specie, trattandosi di un uomo che aveva inseguito in più occasioni una ragazza minorenni e che in una di queste le aveva detto di andare in bagno con lui, l'atto di mostrare i genitali in strada non può che integrare il reato di atti osceni in luogo pubblico.

Ad ogni modo, la nozione *de qua* non è stata sempre oggetto di univoco apprezzamento. Ad una considerazione più estensiva della nozione, quale attività in grado di offendere il sentimento della morale sessuale e del pudore così da destare in chi possa assistervi disgusto e repulsione, fa riscontro una visione restrittiva che considera offensiva del pudore sessuale solo quell'attività che di per se stessa ne sia gravemente lesiva.

A prescindere dalla nozione accolta, la giurisprudenza concordemente ha ritenuto che non sussiste in ogni caso alcuna lesione di tale bene giuridico (con ciò affermandosi l'insussistenza di tale delitto) allorché *l'oscenità* sia posta in essere nell'ambito di uno spettacolo destinato alla visione di persone adulte che abbiano richiesto di assistervi previa conoscenza della natura dello spettacolo, in locale pubblico destinato allo svolgimento di tale tipo di esibizione ed al quale si accede previo pagamento di un biglietto di ingresso.

4. Quale sanzione adesso?

Orbene, nulla (o quasi) di tutto ciò assume più rilevanza dal punto di vista penale.

Una delle domande che sorge spontanea all'interprete, certamente, è quella relativa alla natura della circostanza aggravante di cui al secondo comma dell'art. 527 c.p. che, per espressa previsione, rimane cogente. Essendo venuta meno la natura penale della fattispecie criminosa, la circostanza aggravante di cui al secondo comma pare essere divenuta un vero e proprio reato autonomo.

Il citato intervento di depenalizzazione^[7], ad ogni modo, ha “colpito” certamente il primo comma dell'art. 527, essendo oggi prevista la “mera” sanzione amministrativa in luogo di quella penale.

Ciò che comunque desta non poche perplessità, è l'ammontare della sanzione suddetta: le nuove sanzioni amministrative partono da un **minimo di 5.000 euro ed arrivano a un massimo di 50.000 euro**.

Ed invero, a giovarne maggiormente potrebbero essere a questo punto i gestori di strutture recettizie, gli albergatori e gli affittacamere. Non v'è chi non pensa infatti che a questo prezzo è meglio affittare una stanza d'albergo piuttosto che rischiare di pagare una sanzione così salata.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cfr. **A. Inchingolo**, *Depenalizzazioni: cosa cambia con le nuove sanzioni?*, in Riv. CamminoDiritto, 21 Gennaio 2016, <http://www.camminodiritto.it/articolosingolo.asp?indexpage=1095>

[2] **E. Mazzanti**, *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, in Cass. Pen. 2012, 7-8, 2751 b.

[3] Cass. Pen. 14 luglio 2011 n.30242, in **R. Garofoli**, *Codice penale e delle leggi penali speciali annotato con la giurisprudenza*, , sub art. 527, p.1755; Cfr. anche Cass. Pen., 24

ottobre 2012 n. 44214. http://www.camminodiritto.it/ebook/shop_single.asp?codex=77

[4] Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 16456 del 17/10/2012 Ud. (dep. 11/04/2013) Rv. 255283, in www.italgiure.it.

[5] Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 19178 del 13/01/2015 Ud. (dep. 08/05/2015) Rv. 263374, in www.italgiure.it.

[6] Ufficio Gip Rovereto, del 18 ottobre 2013, in **R. Garofoli**, *Codice penale e delle leggi penali speciali annotato con la giurisprudenza*, , sub art. 527, p.1756. http://www.camminodiritto.it/ebook/shop_single.asp?codex=77

[7] **A. Inchingolo**, *Depenalizzazioni: cosa cambia con le nuove sanzioni?*, cit.

L'AMANTE CHE RIVELA ALLA MOGLIE IL TRADIMENTO DEL MARITO PUÒ INTEGRARE IL REATO DI MOLESTIE

Non di rado accade che l'amante, stufo delle promesse dell'uomo o della donna di "lasciare" il proprio partner per vivere una vita insieme, decida o minacci di rivelare la relazione extra coniugale. In taluni casi, e a determinate condizioni, come si vedrà, rivelare alla moglie di un ex amante la propria relazione extraconiugale può far scattare una condanna per molestie. Nota a Cassazione penale, sez. I, del 21/05/2015 (data dep. 03 luglio 2015) n. 28493

Fabio Zambuto - Pubblicazione, sabato 13 febbraio 2016
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. Il caso – 2. Il reato di molestie e le differenze con il delitto di atti persecutori – 3. La decisione

1. Il Caso

Una donna era stata dichiarata colpevole del reato di cui all'art. 660 c.p. e condannata alla pena di Euro 400,00 di ammenda.

Secondo l'imputazione, la donna aveva effettuato tre chiamate telefoniche in forma anonima verso l'utenza fissa della moglie del suo amante, parlandole di presunte relazioni extraconiugali intrattenute dal di lei marito con la stessa e con altre donne, recandole disturbo e molestia.

Nel corso del dibattimento, la prova era stata tratta dalla testimonianza della persona offesa (la moglie), che aveva presentato querela, e dall'acquisizione dei tabulati telefonici.

La difesa dell'amante, quindi, proponeva ricorso per Cassazione deducendo violazione dell'art. 660 c.p. e vizio di motivazione.

La difesa, in particolare, si chiedeva se due telefonate potessero dar luogo ad un'intromissione continua e ritenersi abituali. Contestava altresì che il connotato minatorio della telefonata, non risultasse affatto dalle parole che la persona offesa aveva riferito.

A parere della difesa, poi, le conversazioni erano state di una certa durata, a dimostrazione che la persona offesa era disposta ad ascoltare e non aveva affatto posto fine ad esse. Logicamente, quindi, la mancata interruzione della conversazione era un dato significativo e dimostrava che la persona offesa voleva avere ulteriori informazioni del comportamento adulterino del marito. Le telefonate non erano state affatto assillanti e l'importanza delle rivelazioni aveva indotto la moglie a proseguire nella conversazione. Del tutto illogicamente, quindi, secondo la difesa, il giudice aveva ritenuto che tale atteggiamento non incidesse sul dolo dell'imputata, mentre faceva dubitare della consapevolezza

dell'amante di turbare la sua interlocutrice.

Peraltro, in un secondo motivo di ricorso veniva dedotto vizio di motivazione con riferimento alla attribuita credibilità alla persona offesa che non poteva che provare rancore nei confronti delle donne che le avevano telefonato.

In sintesi, secondo la difesa dell'amante le telefonate non erano state affatto assillanti e l'importanza delle rivelazioni aveva indotto la moglie a proseguire nella conversazione, dimostrando quindi di non sentirsi molestata in alcun modo.

Orbene, la questione sottoposta al vaglio della Suprema Corte risulta essere quella di valutare se le telefonate effettuate da una donna alla moglie dell'ex amante possano integrare il reato di molestie di cui all'art. 660 c.p.

2. Il reato di molestie e le differenze con il delitto di atti persecutori

Prima di analizzare la decisione della Suprema Corte, appare utile compiere alcune preliminari considerazioni in merito alla disciplina di cui all'**art. 660 c.p.**, il quale, punendo il soggetto che in luogo pubblico o aperto al pubblico, o col mezzo del telefono, reca molestia o disturbo per petulanza o altro biasimevole motivo, mira a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità^[1] attuato mediante l'offesa alla quiete privata^[2].

Nella fattispecie, l'interesse privato individuale riceve una protezione riflessa per l'incidenza che il turbamento della tranquillità pubblica ha sull'ordine pubblico, data la possibilità astratta di reazione.

Sotto il **profilo oggettivo** occorre rilevare una condotta idonea ad importunare e a determinare la produzione di disturbo e fastidio, derivante dall'interferenza nell'altrui sfera privata o nell'altrui vita di relazione^[3], accompagnata da petulanza o da altro biasimevole motivo.

Per **petulanza** si intende un modo di agire pressante, ripetitivo, insistente, indiscreto e impertinente^[4], di arrogante invadenza e di intromissione continua e inopportuna nell'altrui sfera^[5].

Per **biasimevole motivo**, invece, deve intendersi ogni motivo diverso dalla petulanza che sia del pari riprovevole, in se stesso o in relazione alla qualità della persona molestata, e che abbia su quest'ultima gli stessi effetti della petulanza^[6].

Ciò premesso è possibile distinguere dal reato contravvenzionale in analisi la fattispecie delittuosa prevista dall'**art. 612 bis c.p.**, ovvero gli atti persecutori (*stalking*), che presuppone condotte reiterate di molestia, che determinano un perdurante stato d'ansia, un fondato timore per sé e per i prossimi congiunti ovvero l'alterazione delle proprie abitudini di vita.

Per cui nell'art. 612 bis c.p. la molestia contiene già il disvalore giuridico della previsione di cui all'art. 660 c.p. in una sorta di rapporto causa – effetto.

Occorre, poi, sottolineare che mentre nella previsione di cui all'art. 660 c.p. viene genericamente tutelato l'ordine pubblico, invece, con l'art. 612 bis c.p. i beni giuridici tutelati sono la libertà morale del consociato e la sua integrità psicofisica. Circa il requisito della pubblicità del luogo di commissione del reato di cui all'art. 660 c.p. è sufficiente che,

indifferentemente, o il soggetto attivo, oppure quello passivo, si trovi in luogo pubblico o aperto al pubblico[7], mentre in relazione al requisito concernente il mezzo telefonico si ritiene che il suddetto reato sia configurabile non solo quando si effettuano in modo ripetuto chiamate, o chiamate mute[8], ma anche quando sia posto in essere mediante l'invio di sms.

Sotto il **profilo soggettivo** il reato contravvenzionale di cui si discute richiede la sussistenza di un dolo specifico, ovverosia la coscienza e volontà della condotta di agire consapevolmente al fine di molestare o disturbare il soggetto passivo[9] e, quindi, di interferire inopportuna mente nell'altrui sfera di libertà[10].

3. La decisione

Preliminarmente la Suprema Corte afferma che l'amante, in sede di ricorso, ha proposto censure in fatto concernenti il contenuto delle telefonate che il Giudice di prime cure ha adeguatamente valutato o comunque, censure non valutabili dalla Corte di legittimità, come nel caso della contestazione dell'attendibilità della persona offesa.

Peraltro, l'addebito all'imputata delle telefonate è fondato sull'affermazione della persona offesa di avere riconosciuto la voce della donna, che era la stessa nelle tre occasioni.

La Suprema Corte condivide quindi l'assunto del Tribunale in ordine al numero delle chiamate.

Ed infatti il giudice ha affrontato la questione del numero ridotto delle telefonate effettuate, esattamente sottolineando che non si tratta di un dato essenziale per l'integrazione del reato, se non quando è proprio la reiterazione a determinare l'effetto pregiudizievole e aggiungendo che *l'idoneità lesiva delle chiamate, nel caso in esame, risiede nel loro contenuto assai grave* (rivelazione ad una moglie di ripetute relazioni extraconiugali del marito).

E' il caso di ricordare poi che il reato di molestia o disturbo alle persone, non configurabile in caso di reciprocità o ritorsione[11], non ha natura di reato necessariamente abituale, giacché può essere realizzato anche con una sola azione idonea a recare molestia[12], non escludendosi, tuttavia, la possibilità che possa assumere tale forma, incompatibile con la continuazione, quando è la reiterazione delle condotte a creare disturbo[13].

In ordine all'osservazione posta in essere dalla difesa secondo cui la mancata interruzione delle conversazioni da parte della moglie dimostrerebbe che essa non era disturbata dalle chiamate perché voleva avere ulteriori informazioni, la Suprema Corte afferma *che logicamente il giudice di merito ha affermato che l'atteggiamento della moglie non poteva essere interpretato come acquiescenza, tenuto conto della importanza delle rivelazioni che le erano state fatte.*

In altri termini, il fatto che la moglie non abbia troncato la conversazione sin da subito non significa affermare che la stessa non fosse turbata dal contenuto della telefonata.

A parere della Corte, del tutto congetturale è l'affermazione secondo cui la durata delle conversazioni farebbe dubitare della consapevolezza dell'amante di turbare la sua interlocutrice: l'imputata non ha reso dichiarazioni in tal senso e l'ipotesi, del resto, è esposta in termini possibilistici.

Ciò che rileva ancor di più, sarebbero le chiamate effettuate appositamente in **forma anonima**:

La natura molesta e petulante delle chiamate viene giustamente ricavata dalla forma anonima delle stesse, dal contenuto delle informazioni riferite (che l'amante, nei motivi aggiunti, sostiene incidentalmente essere veritiere: dato che non emerge affatto dagli atti del procedimento e dalla sentenza impugnata che esistesse una relazione extra-coniugale, cosicché resta del tutto indimostrato) e da alcuni passaggi ritenuti - con una motivazione in fatto ritenuta insindacabile - velatamente minatori o comunque tali da prospettare alla moglie futuri inconvenienti.

Che i motivi della condotta fossero biasimevoli è dato insito nello stesso contenuto delle rivelazioni (la presunta amante interveniva pesantemente sulla presunta moglie tradita nel momento in cui il marito aveva – a suo dire - intrapreso altra relazione).

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, è possibile quindi affermare che qualora l'amante decida di rivelare alla moglie della relazione extra-coniugale intrapresa dal marito mediante telefonate anonime, potrà essere imputata del reato di molestie di cui all'art. 660 c.p.

Ciò in quanto la telefonata, pur in forma anonima, ha contenuto particolarmente "importante", riguardando le informazioni riferite una relazione extra-coniugale ed avendo contenuto anche velatamente minatorio o comunque tale da prospettare alla moglie futuri inconvenienti di natura personale.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 30 ottobre 2007, n. 43704, in www.italgiure.it.
- [2] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 9 maggio 2002, n. 25045, in www.italgiure.it.
- [3] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 19 gennaio 2006, n. 8198, in www.italgiure.it.
- [4] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 26 novembre 1998, n. 13555, in www.italgiure.it.
- [5] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 13 febbraio 1998, n. 7044, in www.italgiure.it.
- [6] Cass. Pen., Sentenza del 15 giugno 1982, in www.italgiure.it.
- [7] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 15 luglio 2009, n. 28853, in www.italgiure.it.
- [8] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 1 marzo 2010, n. 8068, in www.italgiure.it.
- [9] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 19 maggio 2006, n. 8198; Cass. pen., Sez. I, 12 dicembre 2003, n. 4053, in www.italgiure.it.
- [10] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 8 maggio 2012, n. 25033, in www.italgiure.it.
- [11] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 6 maggio 2004, n. 26303, in www.italgiure.it.
- [12] Cass. Pen., Sez. VI, Sentenza del 23 novembre 2010, n. 43439; Cass. pen., Sez. I, 9 marzo 2009, n. 10409, in www.italgiure.it.
- [13] Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 16 marzo 2010, n. 11514, in www.italgiure.it.

LEGGERE I MESSAGGI PRIVATI NEL CELLULARE DEL PARTNER PUÒ CONCORRERE AD INTEGRARE IL DELITTO DI RAPINA

La suprema Corte di Cassazione, ribadendo alcuni dei fondamentali principi espressi dalla Corte di legittimità, ha affermato che Impossessarsi del cellulare del proprio partner con il fine di “perquisirlo” per leggere i messaggi integra il delitto di cui all’art. 628 c.p. Nota a Cass. Pen., Sez. 2, Sentenza n. 11467 del 10/03/2015 Ud. (dep. 19/03/2015) Rv. 263163.

Fabio Zambuto - Pubblicazione, sabato 13 febbraio 2016
Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario: 1. Premessa – 2. Il Caso – 3. “Pillole” sul delitto di rapina – 4. La decisione – 5. Il principio di diritto

1. Premessa

Sarà capitato a chiunque, almeno una volta nella vita, di volere curiosare tra i messaggi del proprio *partner* per scoprire con chi parla, cosa scrive o per le più disparate ragioni. A maggior ragione in un periodo come questo, in cui i social network sembrano essere diventati gli “unici” strumenti di comunicazione, le relazioni sono messe a dura prova. Sia per sospetto, che per mera curiosità, si rischia infatti di scoprire delle “scomode” verità, o dei semplici fraintendimenti che inevitabilmente portano la coppia a litigare.

Dal punto di vista pratico, cosa accade se, ad esempio, il compagno, sottrae alla propria compagna il cellulare per leggere le conversazioni contenute nelle chat?

2. Il Caso

In un caso sottoposto recentemente all’attenzione della Suprema Corte, un uomo decise di impossessarsi del telefono cellulare della ex fidanzata al solo fine di far conoscere al padre di costei i messaggi che la stessa riceveva da un altro uomo.

Nel caso di specie, è bene precisarlo, l’uomo ha riconosciuto di aver agito per perseguire un’utilità di carattere morale (non patrimoniale), sottraendo il telefono cellulare alla ex fidanzata. Ciò che invece ha contestato per il tramite della sua difesa è il carattere “ingiusto” di tale utilità, osservando che la sua azione è stata finalizzata esclusivamente a dimostrare al padre della sua (ex) fidanzata, attraverso i messaggi telefonici, i tradimenti perpetrati dalla figlia, e, dunque, l’esistenza di una relazione con un altro uomo sicché il suo intento è stato quello non già di conseguire un profitto ingiusto, bensì di dimostrare al genitore della sua ragazza l’ingiustizia e la scorrettezza del comportamento tenuto dalla figlia.

Ebbene, con sentenza del 10 marzo 2015 n. 11467, la Suprema Corte di Cassazione ha

stabilito che impossessarsi del telefonino altrui, leggendone i messaggi e la corrispondenza privata, qualifica l'ingiusto profitto morale idoneo a ritenere sussistente il delitto di rapina^[1].

Ciò che la Corte ritiene possa essere violata è la libertà di autodeterminazione del partner che di per sé comporta la libertà tanto di intraprendere relazioni sentimentali quanto di porvi fine.

3. “Pillole” sul delitto di rapina

Per meglio comprendere i fondamenti logici posti alla base della decisione in commento, appare utile una breve ricostruzione del delitto di cui all'art. 628 c.p.

Commette tale delitto chiunque per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, mediante violenza alla persona o minaccia, si impossessa della cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene.

La fattispecie in questione è indicata come ipotesi classica di reato composto o complesso in senso stretto (art. 84 c.p.), che fonde in un'unica figura criminosa fatti costituenti reati autonomi: ossia il reato di cui agli articoli 624, 624 bis e 610 c.p..

Altri autori ritengono che le fattispecie unifichi in quella di furto quella di reato corrispondente al tipo di violenza fisica o psichica usata di volta in volta, dal momento che è già la rapina un'ipotesi speciale del *genus* violenza privata. Viene, infine, osservato che la rapina è reato solo eventualmente complesso o complesso in senso lato, appunto perché al furto si accompagna una violenza non necessariamente idonea, in sé stessa, ad integrare il reato di violenza privata, ma comunque diretta al perseguimento dei fini indicati dall'articolo 628 c.p..

Soggetto attivo può essere chiunque non abbia il possesso attuale della cosa, anche chi, avendo la mera detenzione temporanea del bene, eserciti violenza o minaccia per impossessarsi.

Il richiamo all'autorità della cosa induce parte della dottrina ad escludere che possa rispondere di rapina il proprietario il quale, nel caso di violenza o minaccia esercitata per conseguire il possesso della cosa, semmai risponde di violenza privata ex articolo 610 c.p., ovvero di esercizio arbitrario delle proprie ragioni ex articolo 393 c.p.. Comunque può essere autore del reato il comproprietario, poiché l'articolo 627 c.p. esaurisce la propria operatività nel furto. I vincoli di parentela o affinità e intercorrenti tra il soggetto attivo e passivo del reato non hanno influenza alcuna ai sensi dell'articolo 649 c.p. per le ipotesi di rapina consumata.

Oggetto materiale della condotta è la cosa mobile altrui^[2]. Per la dottrina prevalente può definirsi altrui non solo una cosa che non sia di proprietà della gente; altra dottrina invece definisce tale anche la cosa mobile sulla quale una persona diversa dall'autore del reato abbia un diritto di godimento o di garanzia, con la conseguenza che può essere responsabile del delitto di rapina anche il proprietario della cosa posseduta da altri a titolo di diritto reale od obbligatorio. A questa tesi si obietta che l'articolo 627 c.p. punisce più lievemente il furto del comproprietario, socio, coerente; ed ancora nell'articolo 334 c.p. punisce con la pena lieve, che può essere solo pecuniaria, il proprietario che sottrae o distrugge una cosa propria sottoposta pignoramento sequestro: dunque l'espressione cosa altrui deve essere inteso in senso rigoroso, in modo tale da escludere la configurabilità del

delitto di rapina per il proprietario[3]. La rapina è reato di danno, il carattere omissivo - salvo che non ricorra un'ipotesi di concorso di persone ai sensi dell'articolo 40 cpv.

Nella rapina propria, **violenza o minaccia**[4] precedono l'impossessamento al quale sono finalizzati, non sono contestuali adesso; possono essere esercitate anche contro una persona diversa dal detentore, purché l'effetto intimidatorio o coercitivo sia da quest'ultimo avvertito: si pensi al caso di violenza o minaccia esercitate nei confronti di terze persone che si oppongono alla sottrazione.

La violenza non deve necessariamente presentare particolare intensità, potendo anche consistere in una spinta o uno strattone, purché sortiscono l'effetto di coartare la libertà del soggetto passivo. Nel concetto di violenza personale rientra anche ogni attività insidiosa che, senza compromettere l'incolumità, pone soggetto passivo nell'impossibilità di volere o di agire, come ad esempio nella narcotizzazione, ipnosi o somministrazione di sostanze stupefacenti.

La consumazione si verifica non appena l'agente si impossessa della cosa, ovverosia quando la cosa sottratta passa nella esclusiva detenzione e nella sua disponibilità, con conseguente privazione per la vittima del relativo potere di vigilanza sul bene.

L'impossessamento comporta un primo momento *dell'iter criminis* consistente nella sottrazione della cosa a chi la detiene, che comporta lo spoglio e con esso l'eliminazione del possesso in capo al possessore dissenziente, ma si compie con l'instaurazione di un autonomo potere di disposizione sulla res.

Si precisa che il delitto si perfeziona nel momento e nel luogo dell'impossessamento, e si consuma quando raggiunge la massima concreta gravità, momenti che possono non coincidere, giacché l'impossessamento può seguire immediatamente la sottrazione, ma può anche realizzarsi in un momento successivo, come nel caso di cosa sottratta al possessore ma recuperata dalla gente, in un secondo momento, in una sfera di diretto controllo.

Per la sussistenza del **tentativo**[5] è sufficiente che l'attività dell'agente sia potenzialmente idonea a produrre lo spossessamento, non conseguito, della cosa mobile altrui mediante violenza o minaccia che la direzione univoca degli atti rende manifesta la volontà di conseguire l'intento criminoso. Si versa sempre in ipotesi di tentativo, e non di reato impossibile, dando la mancata realizzazione sia comunque dovuta ad un fattore estraneo ai mezzi impiegati in sé idonei ed all'azione del colpevole, come nel caso di un dispositivo antirapina presso la banca ai cui danni la condotta era diretta.

Il dolo, richiede con la coscienza è volontà di impossessarsi della cosa mobile altrui con violenza alla persona o minaccia, anche il fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, che non è necessario venga effettivamente conseguito (dolo specifico).

Il profitto[6], di rapina consiste in un'utilità economica, tuttavia, secondo una tesi sostenuta con riguardo a tutti i reati contro il patrimonio, può consistere in qualsiasi utilità, **anche solo morale sentimentale**, o in qualsiasi vantaggio con soddisfazione che la gente si ripromette di trarre per sé o per altri anche non immediatamente all'azione violenta; tale concezione si obietta di essere condizionata di malintese ragioni di prevenzione generale.

Il profitto deve essere *ingiusto*, dunque, non deve ricevere tutela diretta o indiretta dall'ordinamento giuridico, pertanto, se il soggetto agisce allo scopo di realizzare una pretesa comunque tutelata dal diritto non si versa in ipotesi di rapina, ma può essere

integrata, per il ricorso strumentale alla violenza o alla minaccia, altre ipotesi delittuose, come ad esempio la violenza privata di cui all'articolo 610 c.p.

4. La decisione

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che *impossessarsi del telefonino altrui, leggendone i messaggi e la corrispondenza privata, qualifica il reato di ingiusto profitto morale e delitto di rapina*^[7].

Secondo la Corte, infatti, nel delitto di rapina *il profitto può concretarsi in ogni utilità, anche solo morale, nonché in qualsiasi soddisfazione o godimento che l'agente si riprometta di ritrarre, anche non immediatamente, dalla propria azione, purché questa sia attuata impossessandosi con violenza o minaccia della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene.*

Già in passato^[8], la Suprema Corte, aveva affermato ad esempio che il fine di ottenere "un bacio" in cambio della restituzione di un monile sottratto integrasse l'utilità, anche solo morale, che qualifica il dolo specifico del reato di rapina^[9].

Nel caso di specie, come sopra evidenziato, l'uomo ha riconosciuto di aver agito per perseguire un'utilità di carattere morale (non patrimoniale), sottraendo il telefono cellulare alla ex fidanzata.

Ciò che invece ha contestato per il tramite della sua difesa è il carattere "ingiusto" di tale utilità, osservando che la sua azione è stata finalizzata esclusivamente a dimostrare al padre della sua (ex) fidanzata, attraverso i messaggi telefonici, i tradimenti perpetrati dalla figlia, e, dunque, l'esistenza di una relazione con un altro uomo sicché il suo intento è stato quello non già di conseguire un profitto ingiusto, bensì di dimostrare al genitore della sua ragazza l'ingiustizia e la scorrettezza del comportamento tenuto dalla figlia.

A parere della Suprema Corte, proprio tale riconosciuta finalità è idonea ad integrare pienamente il requisito dell'ingiustizia del profitto morale che l'agente voleva ricavare dall'impossessamento del telefono cellulare della sua ex fidanzata.

L'instaurazione di una relazione sentimentale fra due persone appartiene alla sfera della libertà e rientra nel diritto inviolabile all'autodeterminazione fondato sull'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo (e della donna) senza che sia rispettata la sua libertà di autodeterminazione. Tale libertà, nella sfera sessuale, comporta la libertà di intraprendere relazioni sentimentali e di porvi termine.

Nel caso di specie, sostiene il Collegio, **la pretesa dell'agente di "perquisire" il telefono della ex fidanzata alla ricerca di messaggi □ dal suo punto di vista □ compromettenti, assume i caratteri dell'ingiustizia manifesta proprio perché, violando il diritto alla riservatezza, tende a comprimere la libertà di autodeterminazione della donna e si pone in prosecuzione ideale con il reato di tentata violenza privata, avente ad oggetto il tentativo dell'uomo di costringere la sua ex fidanzata a riallacciare il rapporto di fidanzamento dalla stessa troncato.** Non può dubitarsi, pertanto, del requisito dell'ingiustizia del profitto (solo morale) perseguito dall'agente mediante l'impossessamento del telefono della sua ex fidanzata.

5. Il principio di diritto

Alla luce di tali considerazioni la Suprema Corte ha quindi affermato che *nel delitto di rapina sussiste l'ingiustizia del profitto quando l'agente, impossessandosi della cosa altrui (nella specie un telefono cellulare), persegue esclusivamente un'utilità morale, consistente nel prendere cognizione dei messaggi che la persona offesa abbia ricevuto da altro soggetto, trattandosi di finalità antiggiuridica in quanto, violando il diritto alla riservatezza, incide sul bene primario dell'autodeterminazione della persona nella sfera delle relazioni umane.*

La Suprema Corte, seppur in un caso certamente particolare, non ha fatto altro che applicare principi pienamente consolidati in ambito giurisprudenziale.

Già da parecchi anni non è più contestato infatti il principio per il quale il profitto, oggetto del dolo specifico, può concretarsi in qualsiasi utilità, anche solo morale, in qualsiasi soddisfazione o godimento che l'agente si riprometta di ritrarre, anche non immediatamente, dalla propria azione. Né è contestata la circostanza per la quale, per la configurabilità del reato, è sufficiente che il colpevole abbia operato per il soddisfacimento di qualsiasi fine o bisogno, anche di carattere psichico, e quindi pure per uno scopo di ritorsione o di vendetta.

Ecco che, stante tali consolidati principi, ed alla luce della tutela del diritto alla riservatezza e all'autodeterminazione, la Corte non sarebbe potuta addivenire ad una conclusione differente.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cass. Pen., Sez. 2, Sentenza n. 11467 del 10/03/2015 Ud. (dep. 19/03/2015) Rv. 263163, in *Foro Italiano*, 2015, 4, 205.

[2] Cass. Pen., Sez. 2, Sentenza n. 2542 del 16/10/2014 Ud. (dep. 21/01/2015) Rv. 261854, in www.italggiure.it.

[3] Per un approfondimento in tema di “*res nullius*” Cfr. Cass. Pen., Sez. 2, Sentenza n. 1426 del 14/12/2012 Ud. (dep. 11/01/2013) Rv. 254128, in www.italggiure.it.

[4] Cfr. Cass. Pen. Sez. Un., Sentenza n. 34952 del 19/04/2012 Cc. (dep. 12/09/2012) Rv. 253153, in www.italggiure.it, per una differenza tra rapina propria e rapina impropria.

[5] Tra le più recenti in tema di concorso in tentata rapina Cfr. Cass. Pen., Sez. 2, Sentenza n. 40912 del 24/09/2015 Cc. (dep. 12/10/2015) Rv. 264589, in www.italggiure.it.

[6] Cass. Pen., Sez. 2, Sentenza n. 12800 del 06/03/2009 Ud. (dep. 23/03/2009) Rv. 243953, in www.italggiure.it.

[7] Cass. Pen., Sez. 2, Sentenza n. 11467 cit.

[8] Cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 7778 del 14/02/1990 Ud. (dep. 31/05/1990) Rv. 184507; Sez. 2, Sentenza n. 12800 del 06/03/2009 Ud. (dep. 23/03/2009) Rv. 243953, in www.italggiure.it.

[9] Cass. Pen., Sez. 2, Sentenza n. 49265 del 07/12/2012 Ud. (dep. 19/12/2012) Rv. 253848, in www.italggiure.it.

IL DIRITTO A NON NASCERE

Ripartizione dell'onere probatorio e “diritto a non nascere se non sani”. Sono questi alcuni dei temi affrontati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 22 dicembre 2015, n. 25767.

Eva Aurilia - Pubblicazione, lunedì 15 febbraio 2016
Redattore: **Alessio Giaquinto**

*“Dinnanzi alla malattia, al dolore, l'uomo ricorre alla scienza e chiede a questa quegli interventi necessari che gli consentano di recuperare una condizione di benessere. La razionalizzazione dei processi conoscitivi genera, così, il convincimento che tutto si svolga sotto il controllo di una scienza che, nel momento in cui traduce in pratica ciò che è stato oggetto di analisi formale, si trasforma in tecnica. Ma in questo capovolgimento dell'imperativo morale, quale conseguenza delle possibilità offerte dalla scienza, l'uomo si accorge che per ottenere ciò che desidera è costretto a mettere costantemente in discussione la sua libertà: e allora si rivolge al diritto e gli chiede di fissare le condizioni di questo atto di disposizione”. (Pasquale Stanzone, *Itinerari di Diritto privato*, 2012; Limone, *La scienza contemporanea al confronto con le generazioni future*, Torino, 2000)*

Premessa

Sempre aperti i dibattiti giurisprudenziali su un tema figlio della bioetica e della morale che, tuttavia, necessita dell'intervento del Legislatore. In un contesto, infatti, nel quale non può più dirsi esistente la dicotomia pubblico/privato, nel quale nulla si sottrae alla necessità della *regulation*, il “diritto alla vita”, in tutte le sue sfaccettature, diventa banco di prova.

In un Paese che si professa tendenzialmente laico, ma che non è libero dalla morale e dall'influenza religiosa, ciò che può sembrare “normale” diventa in un attimo momento di frattura o di coesione. Le difficoltà si riscontrano nel tentare di coordinare i principi fondamentali del nostro ordinamento con la morale, la religione, il progresso scientifico che non può essere tale senza un Diritto che glielo consenta e che lo limiti, la globalizzazione, la libertà del singolo di autodeterminarsi, di scegliere se e come vivere, o quando e perché morire.

La necessità di avere un consenso, di individuare un responsabile, di riconoscere un risarcimento. Qui il Diritto che non esce dallo schema contrattuale. Si pensi al “contatto sociale”.

La libertà, il proprio credo, il bilanciamento. Qui il Diritto che si fa etica. Si pensi all'“obiezione di coscienza”.

Sul tema non sorprenderà, dunque, trovarsi di fronte ad un Legislatore timido e non di rado volontariamente impreciso.

Ancor meno sorprende una giurisprudenza contrastante, a volte precipitosa, a volte severa.

Senza pretesa di esaustività, si cercherà di illustrare l'attuale arresto delle SS.UU. sul "diritto a non nascere se non sani", richiamando anche la giurisprudenza precedente.

La vicenda trae origine dal ricorso presentato dai genitori di una minore affetta da sindrome di down, con il quale si imputava tale menomazione al medico che, colposamente, ometteva di compiere indagini che gli avrebbero consentito di diagnosticare la suddetta sindrome. Il medico, a sua volta, negava la propria responsabilità in quanto gli accertamenti medici eseguiti non suggerivano ulteriori approfondimenti. La domanda veniva rigettata dal Giudice di primo grado. Il successivo gravame veniva respinto dalla Corte d'Appello. Da qui il ricorso in Cassazione.

I motivi del ricorso

I ricorrenti deducevano:

1. la violazione degli artt. 1176 e 2236 c.c. e della L. 22 maggio 1978, n. 194, art. 6.

In particolare i ricorrenti ritenevano che non fossero state correttamente applicate le norme relative al riparto dell'**onere della prova** circa il grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre cagionato dalle rilevanti malformazioni del nascituro.

La Corte d'Appello di Firenze, avverso la cui sentenza si ricorreva, ha, infatti, ritenuto che, affinché si possa praticare l'aborto, è necessario che la presenza di gravi anomalie nel feto comporti un grave danno per la salute fisica e psichica della gestante sulla quale incombe anche il relativo onere probatorio. In particolare ha anche escluso la possibilità che la prova potesse essere raggiunta, in mancanza, mediante consulenza tecnica d'ufficio.

Seguendo l'iter logico – motivazionale del Giudice di secondo grado non si può, dunque, ritenere che la mancata informazione sanitaria, tradottasi in impedimento ad interrompere volontariamente la gravidanza, sia di per sé sufficiente ad integrare la responsabilità del medico facendo sorgere a suo carico l'obbligo risarcitorio.

2. la violazione degli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost. e della L. 29 luglio 1975, n. 405 per aver negato, alla figlia minore, il diritto ad un'esistenza sana e dignitosa, compromesso proprio dalle gravi malformazioni scoperte al momento della nascita.

La Corte d'Appello, infatti, ha negato l'esistenza nel nostro ordinamento giuridico di un "diritto a non nascere se non sani" e, conseguentemente, la legittimazione attiva della figlia minore ad ottenere il relativo risarcimento del danno.

La giurisprudenza contrastante

In relazione al primo motivo di ricorso il Collegio ravvisava un contrasto giurisprudenziale.

Secondo un più datato orientamento, infatti, "*corrisponde a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto*": in questo modo si dava spazio ad una presunzione semplice passibile di essere vinta da prova contraria, posta a carico del sanitario(ex multis Cass. 6735/2002). In particolare, in quella circostanza la Corte affermava che era sufficiente che la donna provasse la mancata informazione e, dunque, di non essersi potuta autodeterminare favorevolmente all'aborto laddove spettava, invece, al medico provare che nel momento in cui si era concretizzato il

suo inadempimento, con la mancata informazione, il feto non sarebbe stato comunque “idoneo” all’aborto, per carenza dei requisiti di legge che l’avrebbero consentito;

Secondo un orientamento più recente, invece, incombe sulla gestante l’onere di allegare e dimostrare che avrebbe interrotto la gravidanza se fosse stata a conoscenza delle gravi malformazioni del feto (ex multis Cass. 16754/2012).

In ordine al secondo motivo di ricorso, rilevava un contrasto ancora più marcato sulla questione della legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno da parte del medico e della struttura sanitaria: in particolare secondo un precedente arresto “*la mancanza di un consenso informato non può dar luogo a risarcimento anche nei confronti del nascituro, poi nato con malformazioni, oltre che nei confronti della gestante – madre. Ciò perché in base alla condivisibile Giurisprudenza di questa Corte, non è configurabile nel nostro ordinamento un diritto a “non nascere se non sano”, perché la legge n.194 del 1978 consente l’interruzione volontaria della gravidanza, nei soli casi in cui la sua prosecuzione o il parto comportino un grave pericolo per la salute o per la vita della donna. Deve, pertanto, escludersi nel nostro ordinamento il cd. aborto eugenetico*”. (Cass. III sez. civ. 10741/2009). Il concepito, quindi, non potrà avvalersi del risarcimento del danno sul presupposto che la madre non sia stata posta nelle condizioni di praticare l’aborto perché il nostro ordinamento non accorda la possibilità di praticare l’aborto in presenza di pericolo per la salute del bambino. Diverso è il caso in cui, invece, la mancanza del consenso informato riguarda la somministrazione, a fini terapeutici, di un farmaco poi rilevatosi dannoso per il concepito che, invece, legittima quest’ultimo al risarcimento del danno.

A questa tesi faceva riscontro la contraria opinione che “*riconosce al neonato/soggetto di diritto /giuridicamente capace (art. 1 c.c.) il diritto a chiedere il risarcimento dal momento in cui è nato*”(Cass. III sez. civ. 16754/2012). Secondo quest’ultimo arresto, infatti, nulla diversificherebbe la situazione soggettiva dell’avente diritto al risarcimento conseguente alla nascita malformata, da quelle tradizionali pratiche testamentarie di diritto comune attraverso le quali vengono riconosciuti e attribuiti diritti ad una “persona” che ancora deve nascere. Si tratterebbe di un soggetto che “*al momento della sua nascita istituisce retroattivamente se stesso, divenendo così titolare di un diritto soggettivo nuovo, il cui esercizio non richiede, peraltro, la finzione di un soggetto di diritto prenatale*”. Secondo la citata Corte in questo modo si farebbe salva una sorta di continuità tra la vita pre – natale e la nascita senza che “*la sua pretesa risarcitoria appaia una mostruosità senza passato, confondendo il tempo della vita con il tempo della costruzione (e della finzione) giuridica*”.

L'arresto delle Sezioni Unite

In ordine al primo motivo le SS. UU. compiono un’analisi di quelle che sono le condizioni che consentono l’interruzione della gravidanza in un momento successivo al novantesimo giorno secondo la L. 22 maggio 1978, n. 194. Ai sensi dell’articolo 6, l’interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata:

- quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna;
- quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

È necessario, quindi, che l’aborto sia **legalmente consentito**, affinché possa parlarsi di

omissione.

Ma è anche necessario che si dimostri che la donna si sarebbe autodeterminata in senso favorevole all'aborto, laddove avesse conosciuto le suddette condizioni.

Le Sezioni Unite, in particolare, convenendo con le conclusioni della Corte d'Appello circa l'incombenza dell'onere probatorio sulla gestante, in merito ai presupposti e alle condizioni previste dalla legge, non hanno, però, omesso di articolare in ordine alla difficoltà della dimostrazione dell'elemento psichico della donna del quale non può essere fornita rappresentazione immediata e diretta.

Proprio tale difficoltà non giustifica, per i Giudici Supremi, l'esclusione della **prova presuntiva**, con la precisazione che non si tratta di presunzione legale ma di *“praesumptio hominis che consiste nell'inferenza del fatto ignoto da un fatto noto, sulla base non solo di correlazioni statisticamente ricorrenti, secondo l'id quod plerumque accidit ma anche di circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche, emergenti dai dati istruttori raccolti”*, quali, ad esempio, le precarie condizioni psico – fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero sintomatiche di una propensione all'aborto in caso di malformazioni, ecc.

È possibile, cioè, ricavare da un dato certo un dato sconosciuto secondo un criterio di regolarità causale, facendo salve circostanze eccezionali *“al fine di attribuire gradi variabili di conferma delle ipotesi vertenti sui fatti che si tratta di accertare”*, gravando poi sul medico la prova per la quale la gestante non si sarebbe comunque determinata all'aborto, per qualunque ragione a lei personale. Ciò significa anche che non è la mera sussistenza delle condizioni legislative a dar vita alla presunzione, essendo necessario provare o desumere dalla risultanze istruttorie l'elemento psicologico. Di conseguenza il *“danno potenziale”* deve essersi poi tradotto in *“danno effettivo”* che dovrà essere, parimenti, oggetto di prova.

In ordine al secondo motivo le SS.UU. hanno incentrato le loro argomentazioni sulla possibilità di configurare la legittimazione ad agire in capo a chi non è ancora soggetto di diritto perché non nato, in virtù del principio sancito all'articolo 1 c.c. per il quale la *“capacità giuridica si acquista al momento della nascita”*.

Tuttavia la Giurisprudenza è pacifica nel riconoscere che si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica ai sensi dell'articolo 1 c.c.. Ed in particolare, nel caso di specie, riconoscere la titolarità di un diritto e della legittimazione attiva ad un soggetto nato disabile, non troverebbe il suo ostacolo nel fatto che si tratti di un diritto sorto in virtù di un fatto illecito precedente all'evento nascita. Piuttosto occorre individuare il **contenuto** del diritto che si assume come lesa e il **rapporto di causalità** tra condotta del medico ed evento di danno.

Partendo quindi dal concetto di **danno – conseguenza**, previsto dall'articolo 1223 c.c., è necessario che, **a seguito dell'illecito** si abbia di meno rispetto a quanto si sarebbe avuto in assenza di esso.

Nel caso di specie le alternative possibili sono due:

se non si verifica l'illecito (e dunque il medico informa la madre circa la malformazione) si verifica la morte da aborto, e pertanto, nessun danno si sarebbe verificato;

se si verifica l'illecito (mancata informazione) si avrebbe la vita, anche malformata, e dunque il diritto al risarcimento sul presupposto di un danno che, invece, si sarebbe verificato.

Tuttavia questa conclusione è in linea con il concetto di danno – conseguenza: la vita malformata, infatti, non può essere considerata un *minus* rispetto alla non vita e, pertanto, nessun danno è risarcibile. In altri termini, la situazione che si realizza a seguito dell'illecito non è “minore” rispetto a quella che si sarebbe verificata in assenza di esso.

A dire diversamente si riconoscerebbe al nato un risarcimento per essere nato malformato rispetto all'unica alternativa rappresentata dal non nascere affatto. In tal modo la “non vita” diventerebbe un bene della vita stessa.

Conclusioni

Le SS.UU. accoglievano il primo motivo del ricorso e rinviavano la causa alla Corte d'Appello di Firenze, affinché questa possa rivedere la sua pronuncia laddove omette di prendere in considerazione la possibilità di una prova presuntiva desumibile, in concreto, dai fatti allegati.

Sulla legittimazione al risarcimento del danno in capo al soggetto nato malformato queste SS.UU. si sono discostate dal precedente arresto che sottende, sicuramente, una propensione alla “giustizia sostanziale”. Tuttavia, a parere della Corte, si assegnerebbe al risarcimento del danno una funzione suppletiva di misure di previdenza e assistenza sociale e si finirebbe con l'equiparare l'errore medico che non ha evitato la nascita malformata con l'errore medico che l'ha direttamente cagionata.

CYBERTERRORISMO: COSTITUISCE APOLOGIA PUBBLICARE UN DOCUMENTO CHE INNEGGIA ALL'ISIS

Con la sentenza n. 47489/2015, la Cassazione ha stabilito che costituisce apologia pubblicare su internet un documento che appoggia apertamente l'ISIS. Ma vediamo i dettagli della pronuncia.

Simone Luca - Pubblicazione, martedì 16 febbraio 2016
Redattore: Angela Cuofano

La decisione della Corte di Cassazione n. 47489/2015

La Corte di Cassazione, con la sentenza 1 dicembre 2015, n. 47489, ha statuito che la diffusione sulla rete internet di un documento di propaganda dell'organizzazione terroristica denominata Stato Islamico, costituisce apologia di associazione con finalità di terrorismo (art. 414, comma 4, c.p., in relazione all'art. 270 bis c.p.).

In particolare, la vicenda in questione riguardava la pubblicazione su due siti internet di un documento in italiano (circostanza che non era mai avvenuta in precedenza) che invitava a supportare il "Califfato islamico", esaltandone la sua diffusione ed espansione: *"Vi prometto che, con il permesso di Allah, questa sarà la ultima vostra campagna. Verrà annientata e sconfitta come successe con tutte le vostre ultime campagne. Eccetto per cui questa volta saremo noi ad assaltarvi e non ci assalterete mai più. Se non saremo noi a raggiungervi saranno i nostri figli o i nostri nipoti"*.

La Cassazione ha ritenuto che siffatto documento non si limitava a sollecitare una mera adesione ideologica allo Stato islamico, la cui natura terroristica è stata comunque riconosciuta da diversi provvedimenti internazionali, ma inneggiava concretamente *"la natura combattente e di conquista violenta da parte dell'organizzazione (cioè l'esecuzione di atti di terrorismo)"* ed *"esaltava la sua diffusione ed espansione, anche con l'uso delle armi"*.

In particolare, nel documento si legge, non solo che l'adesione al Califfato è obbligatoria in base ad un'interpretazione "corretta" della religione (*"sappi che non hai diritto di opporre l'autorità di un Califfo scelto su una metodologia corretta"*), ma anche un esplicito invito ad aderirvi: *"fratello e sorella in Allah, non è forse giunto il momento di supportare l'Ummah? Non è forse giunto il momento di supportare il loro Califfato? Accorri al supporto del Califfato Islamico!"*.

Si aggiunge, inoltre, che tale scritto in italiano era diretto a coinvolgere ed a suscitare interesse a soggetti radicati sul territorio nazionale e la pericolosità della diffusione era insita nella pubblicazione sul web, in grado quindi di raggiungere un numero indeterminato di persone.

Il reato di apologia, breve analisi e spunti di riflessione sull'incidenza dei reati c.d. di sospetto nella libertà di manifestazione del pensiero.

Il reato di istigazione e di apologia, tutela l'ordine pubblico da quelle condotte che, per la loro forza di eccitazione e di rafforzamento di propositi criminosi, possano stimolare nel pubblico la commissione di delitti.

Si ritiene che trattasi di reato di pericolo concreto, così come affermato dalla **Corte Costituzionale con la sentenza n. 65 del 1970**[\[1\]](#). Pertanto, è necessario verificare in ogni singola fattispecie concreta che la condotta di istigazione o l'attività dell'apologeta sia idonea, attraverso un giudizio *ex ante*, a provocare delitti[\[2\]](#).

In particolare, parte della giurisprudenza afferma che non è sufficiente, ai fini dell'integrazione del reato in questione, "*l'esternazione di un giudizio positivo su un episodio criminoso, per quanto odioso e riprovevole possa apparire alla generalità delle persone*"; infatti, è necessario che dall'attività dell'apologeta derivi il "*rischio non teorico, ma effettivo, della consumazione di altri reati*"[\[3\]](#), o ancora che la condotta sia idonea a provocare "*attualmente e concretamente [...] il pericolo di adesione al programma illecito*"[\[4\]](#).

La sentenza in commento aderisce a siffatto orientamento e, stante il particolare momento storico, ha ritenuto che il documento in questione avesse tale attitudine.

Tuttavia, occorre specificare che la giurisprudenza tradizionale sosteneva che la natura del reato fosse di pericolo presunto, non essendo richiesta una concreta situazione di pericolo della commissione di ulteriori delitti[\[5\]](#).

La maggiore preoccupazione di questo secondo orientamento, era quella di riuscire a provare la concretezza del pericolo. Eppure, considerare tali fattispecie come reati di pericolo presunto potrebbe far sorgere il rischio di punire condotte che non superano quel livello minimo di offensività e che si estrinsecherebbero in mere manifestazioni del pensiero, tutelate invece dall'art. 21 della Costituzione.

Entrambe le condotte devono avvenire pubblicamente, requisito assolutamente indispensabile affinché possa considerarsi realizzata la fattispecie in questione. D'altronde, se così non fosse non potrebbe dirsi verificato quell'allarme sociale in grado di incidere e pregiudicare l'ordine pubblico.

Occorre, tuttavia, specificare che la condotta di istigazione si differenzia da quella di apologia. Quest'ultima, che ha ad oggetto esclusivamente un delitto con esclusione delle contravvenzioni, si estrinseca nell'apprezzamento generale di un fatto delittuoso, in grado di turbare la sicurezza e la tranquillità sociale; mentre, la condotta istigatrice (nella quale rientrano anche le contravvenzioni) si configura quando si incita altri a compiere determinati fatti delittuosi[\[6\]](#).

Sotto tale punto di vista, la dottrina non ha mancato di rilevare che l'apologia, affinché rientri nei canoni di legalità, deve avere le concrete possibilità che il fatto elogiato venga reiterato, tenuto conto delle caratteristiche dei destinatari nonché del particolare momento storico e politico. In tali termini, si è parlato di apologia come una forma di istigazione indiretta[\[7\]](#).

Tuttavia, non è mancato chi ha rilevato che parlare di istigazione indiretta per il delitto di apologia non è del tutto corretto. Infatti, se si prende a riferimento la differenza che sussiste tra la condotta di apologia e quella di istigazione, ovvero la prima consistente

nell'esaltare o giustificare un determinato fatto o azione, mentre la seconda si estrinseca nel voler generare in altri un proposito criminoso, ne deriva che configurando l'elemento soggettivo dell'apologia nell'alveo del dolo istigatorio, si raffigura il reato di apologia come un doppione del delitto di istigazione[8].

La giurisprudenza prevalente, dal canto suo, afferma che nel delitto di apologia il dolo è generico, consistente nella coscienza e volontà del soggetto di fare l'apologia di uno o più delitti[9]. Mentre, altra parte della dottrina[10] e della giurisprudenza[11] ritiene che si è innanzi ad una particolare forma di dolo specifico, definitivo "dolo istigatorio".

Dunque, se la distinzione tra la condotta di istigazione e quella di apologia è di facile individuazione, difficilmente è possibile tracciare la linea di demarcazione che sussiste tra l'apologia e la propaganda, consistente in una manifestazione del pensiero quale diritto costituzionalmente tutelato.

La giurisprudenza ha già, comunque, avuto modo di precisare che la libertà di manifestazione del pensiero non può di certo ritenersi assoluta, ma essa trova il limite nella necessità di proteggere ulteriori beni costituzionalmente protetti, nonché nell'esigenza di tutelare la pace sociale e la sicurezza pubblica[12].

A ben vedere, è proprio l'uso della manifestazione del pensiero che può integrare il reato di istigazione o di apologia, che si concretizza rispettivamente nel far sorgere un proposito criminoso o nel dare un giudizio di valore positivo.

Da un punto di vista comparatistico, il **Tribunale Costituzionale spagnolo (sentenza n. 235/2007)**, nel verificare la portata del diritto di poter manifestare liberamente il proprio pensiero, afferma che tale libertà non garantisce "*un diritto a esprimere e diffondere una determinata concezione della storia o del mondo con il deliberato convincimento di disprezzare o discriminare persone o gruppi in ragione di quale circostanza personale, etnica o sociale*"[13].

In tal senso è difficile scindere giudizi di valore da dati obiettivi dai quali dovrebbe ricavarsi la sussistenza di un pericolo concreto, secondo l'interpretazione maggiormente accolta dalla nostra giurisprudenza.

Se nel documento oggetto della sentenza in commento vi è un chiaro invito all'adesione al Califfato Islamico, e dunque in effetti si rintraccia una condotta consistente in quella esaltazione suggestiva richiesta dalla norma penale, tuttavia il rischio che nei reati c.d. di opinione (come quello di apologia) possano essere comprese libertà costituzionalmente garantite è sempre presente.

Non si dimentichi, che tali fattispecie incriminatrici provengono da quella ideologia repressiva degli anni '30, volta a contrastare ogni possibile dissenso ideologico o manifestazione critica del pensiero, soprattutto in sede politica. Proprio per tale ragione si è reso necessario l'intervento della Consulta, la quale ha cercato di dare un'interpretazione costituzionalmente orientata al delitto di apologia, seppur con tutti i limiti e le criticità ancora presenti.

Note e riferimenti bibliografici

[1] In particolare, la Corte Costituzionale rifiuta l'interpretazione dettata dalle Sezioni Unite del 18 novembre 1958, la quale perveniva ad una lettura così severa del reato di apologia che consentiva, non solo la punibilità di mere rievocazioni storiche, ma anche un possibile "controllo politico delle opposizioni". Cfr., Fiore Carlo, *i reati di opinione*, CEDAM, 1972.

[2] In tal senso, si è espressa recentemente Cass., 23 aprile 2012, n. 25833.

[3] Cass., 5 maggio 1999, n. 8779.

[4] Cass., 3 novembre 1997, n. 10641.

[5] Cfr., Cass., 18 novembre 1975, n. 10804, Cass., 27 ottobre 1994, n. 2997.

[6] Cfr., Cass., 6 aprile 1971, n. 1981.

[7] Cfr. MANZINI, Trattato di diritto penale, vol. IV, Utet, p. 305; ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, vol. II, Giuffrè, p. 233; NUVOLONE, I reati della stampa, Giuffrè; OLIVIERO, Apologia e istigazione (reati di), cit., p. 30. Anche nei lavori preparatori del Codice si trovano riferimenti in tal senso, cfr. Relazione Ministeriale al progetto definitivo.

[8] Napoleoni, "Horror vacui" e false interpretazioni in tema di apologia di delitto, in Giurisprudenza di merito, 1981, Fronza, Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia, in Giurisprudenza di merito, 2003.

[9] Cfr. Cass., 11 giugno 1986 n. 13534; Cass., 5 luglio 1985, n. 2252.

[10] Fiandaca-Musco.

[11] Cass., 23 gennaio 1979, n. 5380.

[12] Cass., 18 marzo 1983.

[13] Sulla scorta di siffatta interpretazione, il Tribunale Penale numero 23 di Barcellona, il 17 giugno 2010, ha condannato un ventitreenne per il delitto di apologia al nazismo, avendo diffuso via web contenuti di stampo nazista e xenofobo.

RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA OSPEDALIERA NEL CASO DI CATTIVA GESTIONE DI UN'EMERGENZA SANITARIA

Nell'ambito del contratto di ospitalità, il nosocomio può essere ritenuto responsabile qualora, in concreto, si accerti che i sanitari avrebbero potuto tenere condotte prudenti, seppur la struttura rispetti tutti gli standard imposti dalla legge. Nota a Cass. Civ., sez. III, del 19 ottobre 2015 n. 21090.

Fabio Zambuto - Pubblicazione, mercoledì 17 febbraio 2016
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. Il caso – 2. La questione giuridica – 3. Premesse sul contratto di ospitalità – 4. La decisione – 5. Principio di diritto

1. Il Caso

La vicenda che ha dato luogo a tale pronuncia è vedeva coinvolto un paziente giunto in ospedale a causa di un infortunio sul lavoro e deceduto durante il ricovero per le gravi lesioni riportate.

Tanto il giudice di primo grado quanto la Corte di Appello precedente, hanno ritenuto la vicenda collegata eziologicamente alle condotte inadeguate dei sanitari. Difatti, a parere dei giudici di merito, l'inadeguatezza dei soccorsi la si ravvisava nell'ingente ritardo fra l'ingresso nel pronto soccorso e quello in sala di chirurgia, nel ritardo nella trasmissione dei dati delle analisi di laboratorio nonché nell'aggravamento delle condizioni del paziente determinato dalla manipolazione dello stesso in seguito alle indagini radiografiche.

In entrambi i gradi di giudizio, quindi, si è ritenuto che *“la morte avrebbe potuto essere scongiurata o ritardata con tempestivi esami svolti nei locali del pronto soccorso, senza effettuare due trasferimenti nello stesso nosocomio, attraverso un intervento chirurgico immediato”*.

2. La questione giuridica

La questione giuridica sottesa al caso affrontato dalla Suprema Corte concerne il *quantum* sufficiente, nell'ambito del contratto di ospitalità, ad escludere la responsabilità della struttura sanitaria.

Più in particolare, riguarda la possibilità di escludere la responsabilità di un nosocomio nel caso in cui questo, sotto il profilo dell'organizzazione, si sia pienamente attenuto alla normativa prevista.

3. Premesse sul contratto di ospitalità

Secondo prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale, la natura del rapporto che

si instaura tra medico e paziente all'atto dell'accettazione presso una struttura ospedaliera, e dunque della corrispondente responsabilità, è **contrattuale**.

L'accettazione del paziente in una struttura ospedaliera ai fini di un intervento chirurgico, comporta infatti la conclusione di un contratto di prestazione d'opera *atipico di speditività*, in forza del quale la stessa è tenuta ad una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e quelle chirurgiche (generali e specialistiche) ma si estende ad una serie di prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *lato sensu* alberghiere.

L'obbligazione del medico e quella della struttura ospedaliera nei confronti del paziente non devono necessariamente essere fondate su una stipulazione negoziale di tipo ordinario, in quanto la natura contrattuale di tali obbligazioni si fonda su un mero **"contatto sociale"**, al quale si ricollegano specifici obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

Assume rilevanza, in particolare, la tutela del diritto alla salute sancito dall'art. 32 della Costituzione. Dalla natura contrattuale del predetto consegue l'applicabilità delle norme generali in materia di adempimento delle obbligazioni.

4. La decisione

Non si tratta, secondo la Corte, di sindacare le modalità di organizzazione delle strutture erogatrici dell'assistenza sanitaria di emergenza, né le regole, sovente di rango legislativo, che ne stabiliscono le dotazioni.

Piuttosto, a parere della S.C., *anche il pieno rispetto della normativa vigente al riguardo non esime affatto da responsabilità la struttura ospedaliera se, in relazione proprio a quelle condizioni di partenza pur non ottimali, le condotte degli operatori siano valutate comunque inadeguate.*

Affermatosi in altro campo, il principio secondo cui vi è la necessità di rispettare anche le regole comuni di diligenza e prudenza, se del caso anche ulteriori e diverse rispetto a quelle sull'organizzazione minima o sui requisiti di sicurezza, e senza che tanto possa comportare un'ingerenza – tanto meno diretta – del giudice ordinario nelle scelte organizzative o di struttura, assume una valenza generale: non basta osservare le norme espressamente previste, dinanzi a regole generali e sussidiarie di obbligo di diligenza immanenti nell'ordinamento e soprattutto in ambito contrattuale.

In generale quindi, non basta che una struttura ospedaliera – pubblica o meno – rispetti la dotazione o le istruzioni, anche manifestamente insufficienti rispetto alle emergenze maggiori, previste dalla normativa vigente per andare esente da responsabilità.

Da ciò si ricava che il ritardo nella comunicazione dei decisivi dati degli esami di laboratorio e nell'effettivo avvio dell'intervento chirurgico, come pure le modalità di manipolazione di alcuni organi del paziente, sono correttamente individuate quali potenziali cause dell'esito letale.

Anche un'eventuale conformità della non adeguata scorta di sangue alle previsioni

normative applicabili non avrebbe esentato l'azienda ospedaliera dall'onere dell'adozione di ogni misura conseguente, quale l'immediata richiesta di altro sangue presso strutture che ne fossero invece dotate, o, per ipotesi, il trasferimento immediato del paziente ad altra struttura più attrezzata.

Altro profilo di ordine partico affrontato dalla Suprema Corte concerne **la ripartizione dell'onere probatorio** in casi del genere.

Secondo un consolidato insegnamento della Corte, non è compito dei danneggiati provare che l'esito letale sarebbe stato comunque inevitabile, nonostante i ritardi: ma tanto incombe appunto sulla danneggiante, una volta provata la condotta colposa – astrattamente idonea a comportare la morte in una situazione di partenza assai grave – ed in base alla natura contrattuale del contratto di ospedalità, conformemente alla giurisprudenza consolidata della corte regolatrice (*a partire da Cass. 12 aprile 2007, n. 8826*).

In dipendenza di tanto, è la danneggiante onerata della prova di avere erogato tutte le prestazioni idonee in relazione alla fattispecie: ricadendo, in mancanza, su di essa debitrice le conseguenze dell'assenza o dell'incompletezza della prova stessa.

Come precisato dalla più recente giurisprudenza in tema di responsabilità civile derivante da attività medicochirurgica il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto ed allegare l'inadempimento del professionista, restando a carico dell'obbligato l'onere di provare l'esatto adempimento, con la conseguenza che la distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non vale come criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma rileva soltanto ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, spettando, al sanitario la prova della particolare difficoltà della prestazione, in conformità con il principio di generale favor per il creditore danneggiato cui l'ordinamento è informato” (*Cass. Civ. 20 ottobre 2014, n. 22222*).

Insomma, resta **a carico del debitore convenuto** – una volta riscontrato il nesso causale – l'onere di dimostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno (tra le più recenti: *Cass. 12 dicembre 2013, n. 27855; Cass. 30 settembre 2014, n. 20547*).

5. Principio di diritto

Dall'obbligo di erogare la propria prestazione, oggetto di obbligazione contrattuale nel contratto c.d. di ospedalità, con la massima diligenza e prudenza, deriva che un nosocomio, oltre ad osservare le normative di ogni rango in tema di dotazione e struttura delle organizzazioni di emergenza, tenga poi in concreto, per il tramite dei suoi operatori, condotte adeguate alle condizioni disperate del paziente ed in rapporto alle precarie o limitate disponibilità di mezzi o risorse, benché conformi alle dotazioni o alle istruzioni previste dalla normativa vigente, adottando di volta in volta le determinazioni più idonee a scongiurare l'impossibilità del salvataggio del lesso.

I “FRINGE BENEFITS”: DEFINIZIONE, TIPOLOGIE E TRATTAMENTO FISCALE

Guida all'analisi dei fringe benefits. In particolare: i tickets restaurant e l'automobile aziendale concessa al dipendente ad uso promiscuo

Francesca Angotti - Pubblicazione, venerdì 19 febbraio 2016
Redattore: Lucio Orlando

In linea con quanto disposto dall'art. 2099 del codice civile, non è infrequente che il datore di lavoro eroghi, in favore del lavoratore, prestazioni in natura diverse da quelle di tipo prettamente monetario.

La summenzionata norma, al comma 3, dispone infatti che *“il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazione agli utili o ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura”*.

Il fine perseguito dal legislatore è certamente quello di consentire al datore di lavoro di stimolare la produttività aziendale dei lavoratori. Non vi è dubbio alcuno, infatti, che un dipendente quanto più si sentirà coinvolto nella compagine sociale tanto più incrementerà e potenzierà il suo apporto.

I compensi in natura di cui trattasi, dunque, rappresentano forme di remunerazione complementari alla retribuzione principale, offerte in concessione dal datore di lavoro al dipendente, con lo scopo primario di incoraggiarlo positivamente e spingerlo ad un rendimento maggiore.

E nello specifico?

Il termine **“fringe benefits”**, di derivazione anglosassone, viene comunemente tradotto con “benefici marginali” o “vantaggi accessori”.

Essi consistono, in sostanza, in emolumenti remunerativi che si aggiungono alla retribuzione principale.

I fringe benefits, come compensi accessori, sono riconosciuti ai lavoratori dipendenti “in natura”, ad integrazione della loro remunerazione, sotto forma di beni e servizi. Si pensi alla concessione in uso di un'automobile aziendale, di uno smartphone, ai tickets restaurant, di cui si dirà ampiamente nel prosieguo della trattazione, ai prestiti ecc.

Trattandosi di reddito da lavoro dipendente, non può non farsi riferimento al **principio di onnicomprensività**.

L'art. 51 del DPR n.917/1986 o Testo unico delle imposte sui redditi (per comodità da ora in poi TUIR) contiene la regola madre di tale principio nella parte in cui stabilisce che *“il reddito di lavoro dipendente è costituito da tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo d'imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro”*.

Logico corollario di ciò è che qualunque provento che il lavoratore percepisce dall'azienda deve essere considerato come reddito e, in quanto tale, figurare in busta paga e confluire nel reddito imponibile fiscale al fine del computo delle imposte dovute.

Dall'applicazione del principio di onnicomprensività discende, pertanto, non soltanto che la retribuzione imponibile è costituita da tutti i compensi ma che sono tassabili non solo i redditi monetari, ma anche quelli in natura, tra cui i fringe benefits.

Ciononostante, lo stesso art. 51 del TUIR, al comma 3, prevede un limite di esenzione fiscale.

Al fine di verificare il raggio di azione del limite in questione appare opportuno operare un distinguo: se i compensi in natura rientrano nel limite di € 258,23 all'anno, tale cifra non deve essere assoggettata né ad Irpef né ad altri contributi.

Se, invece, il valore dei fringe benefits oltrepassa tale cifra, scatta l'imposizione fiscale e contributiva (non solo per la quota eccedente i € 258,23 euro di esenzione fiscale ma per l'intero, quindi per la complessiva somma di € 258,23).

In sintesi, se l'insieme dei beni e dei servizi ceduti e prestati supera il limite di € 258,23 complessivo nel periodo d'imposta, il valore di questi concorre a formare il reddito di lavoro dipendente, diversamente, ciò non accade.

In quest'ultima ipotesi, rientrano le erogazioni liberali di beni di modico valore. Si pensi, dunque, al classico pacco natalizio o ai doni elargiti in occasione di festività del dipendente come il matrimonio, i buoni rappresentativi di beni o servizi concessi dal datore di lavoro ai dipendenti e spendibili presso esercizi convenzionati od anche i "buoni-carburante".

Menzione particolare meritano le prestazioni sostitutive della mensa aziendale, erogate sotto forma di **tickets restaurant**.

Nel dettaglio, questi ultimi sono documenti emessi in forma cartacea o elettronica che conferiscono al possessore il diritto di ottenere, dagli esercizi convenzionati con la società di emissione dei buoni stessi, la somministrazione di alimenti e bevande e la cessione di prodotti di gastronomia pronti per il consumo, ad esclusione di ogni prestazione in denaro. L'erogazione del servizio sostitutivo della mensa può avvenire altresì mediante l'uso delle carte elettroniche o dei c.d. buoni pasto elettronici. Questi ultimi si caratterizzano, al pari dei tickets restaurant, per essere non cedibili, non cumulabili e non commerciabili e permettono, in aggiunta, di identificare il dipendente al fine di evitare abusi nella fruizione del servizio.

La legge prevede che le prestazioni sostitutive della mensa aziendale siano escluse dalla formazione del reddito di lavoro dipendente dei lavoratori assegnatari, fino al limite di € 5,29 per i *tickets restaurant* cartacei. Dall'1 luglio 2015, invece, il valore esentasse del buono pasto elettronico è passato da € 5,29 a € 7,00.

Al fine di comprendere in che ammontare i fringe benefits concorrono alla formazione del reddito di lavoro dipendente del lavoratore, si deve far riferimento al "valore normale" di cui all'art.9 comma 3 del TUIR.

Il **valore c.d. normale** equivale al prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e

i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e ad un eguale stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi.

Se, per la cessione del bene o la prestazione del servizio, il dipendente corrisponde delle somme, sotto forma di versamento o di trattenuta, è necessario determinare il valore da assoggettare a tassazione, sottraendo tali somme dal valore normale del bene o del servizio.

Pertanto il reddito da assoggettare a tassazione è pari al valore normale soltanto se il bene è ceduto o il servizio è prestato gratuitamente. Di contro, se per la cessione del bene o la prestazione del servizio il dipendente corrisponde delle somme è necessario determinare il valore da assoggettare a tassazione sottraendo tali somme dal valore normale del bene o del servizio. Va precisato che delle somme in questione si potrà tener conto soltanto nel periodo d'imposta in cui sono effettivamente trattenute o versate dal dipendente.

Alcuni benefit sono tassati in maniera diversa rispetto al suddetto sistema.

In deroga al criterio del valore normale, sono previste regole specifiche di determinazione per i più diffusi fringe benefits, tramite l'applicazione di criteri forfetari di quantificazione del valore, relativamente a: a) autoveicoli assegnati dal datore di lavoro ad un proprio dipendente per lo svolgimento dell'attività lavorativa ed anche per uso personale (altrimenti detti, ad uso promiscuo), b) fabbricati concessi in locazione, oppure in uso o in comodato d'uso ai dipendenti con o senza dimora e c) prestiti concessi direttamente dal datore di lavoro al dipendente.

Per queste tipologie di fringe benefit non si fa riferimento al valore normale da sottoporre a tassazione in busta paga, ma si determina un **valore di tipo convenzionale**.

Sempre più diffusa, soprattutto nelle realtà aziendali maggiormente articolate, è la **concessione di autoveicoli, motocicli e ciclomotori per uso promiscuo ai dipendenti**.

Con l'espressione "uso promiscuo" si intende un utilizzo dell'autovettura, da parte del lavoratore, per esigenze non solo lavorative ma anche personali.

In questi casi si adotta un criterio forfetario che prescinde dalla effettiva percorrenza e dai costi effettivamente sostenuti dal dipendente e legati all'uso del mezzo.

Giova precisare che per il veicolo concesso ad **uso esclusivamente personale**, il valore del fringe benefit è determinato secondo la regola generale del valore normale, mentre l'**uso esclusivamente aziendale** non concorre a formare il reddito del dipendente.

Per i veicoli concessi ad uso promiscuo, il valore del fringe benefit è pari al 30% dell'importo relativo ad una percorrenza convenzionale di 15.000 km, determinata dal costo chilometrico stabilito dalle tabelle nazionali dell'Automobile club d'Italia (ACI).

Tali tabelle sono elaborate ogni anno entro il 30 novembre, pubblicate dal Ministero delle Finanze entro il 31 dicembre ed efficaci a partire dal successivo periodo d'imposta. L'importo, determinato in misura convenzionale, viene indicato in busta paga e concorre a formare l'imponibile fiscale sul quale si calcola l'Irpef, le addizionali regionali e comunali dovute dal dipendente.

Trattandosi di determinazione annuale del valore convenzionale del veicolo concesso al

dipendente come beneficio marginale, l'importo andrà ripartito per tutte le mensilità in cui viene concesso al dipendente.

Ne discende che, se l'auto aziendale è stata concessa al dipendente per l'intero anno, si divide l'importo del valore convenzionale per 365 giorni. Il risultato ottenuto, ossia il valore giornaliero del fringe benefit, deve essere poi moltiplicato per il numero di giorni nel mese in cui il bene è assegnato al dipendente. L'importo così ottenuto è la cifra che verrà indicata in busta paga e che farà parte della retribuzione imponibile.

Quanto alla deducibilità dei costi per l'azienda, in caso di utilizzo promiscuo dell'autovettura aziendale da parte del dipendente, il primo comma, lett. b-bis), dell'articolo 164 TUIR stabilisce che i relativi costi siano deducibili nella misura del 70%.

Non è necessario che l'utilizzo sia continuativo, tantomeno che il veicolo sia utilizzato dallo stesso dipendente.

Occorre, tuttavia, che l'uso del veicolo sia provato in base ad idonea documentazione che ne attesti con certezza l'utilizzo, come un'apposita clausola del contratto di lavoro del dipendente e che l'uso stesso rientri tra le mansioni del lavoratore.

In definitiva, in presenza delle suesposte condizioni, in capo al dipendente si avrà un fringe benefit tassato, determinato, in base all'articolo 51, comma 4, lett. a) del TUIR, assumendo una misura percentuale (30%) dell'importo corrispondente ad una percorrenza convenzionale di 15.000 chilometri, calcolato sulla base del costo chilometrico stabilito dalle tabelle ACI, al netto di quanto eventualmente trattenuto.

In capo all'impresa, la possibilità di dedurre il 70% dei costi relativi all'autovettura, a prescindere dal valore e dal tipo di veicolo.

COLLOQUIO TRA IL DIFENSORE E L'IMPUTATO: DIVIETO DI INTERCETTAZIONE.

Garanzie di libertà e diritto di difesa: la sanzione dell'inutilizzabilità delle captazioni vietate ai sensi dell'art. 103 comma 5, c.p.p.

Massimiliano Pace - Pubblicazione, sabato 20 febbraio 2016
Redattore: Ilaria Ferrara

Il colloquio tra difensore e detenuto non incontra i limiti quantitativi generalmente imposti nelle altre tipologie di colloqui fruibili dall'internato, costituendo infatti un diritto fondamentale di difesa dell'imputato, non suscettibile di restrizioni di alcuna sorta. **L'art. 18 della legge dell'Ordinamento Penitenziario**, e in senso più tecnico l'art. 37 del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, infatti, definisce le modalità attraverso le quali devono svolgersi i colloqui individuando, nello specifico, i soggetti con i quali il detenuto vi può essere ammesso; restano fuori dal novero di questi soggetti proprio i difensori, posto che il fondamento del diritto al colloquio con il proprio difensore è compiutamente sancito da una norma processualistica quale **l'art. 104 del Codice di procedura penale** che riconosce espressamente il diritto dell'imputato in custodia cautelare di conferire con il difensore "*fin dall'inizio dell'esecuzione della misura*". Si tratta di una disposizione specificamente dettata dal codice al fine di tutelare il soggetto detenuto non già in esecuzione di pena definitiva, ma in quanto sottoposto a misura di custodia cautelare in carcere. È con particolare riguardo a tali soggetti, infatti, che si esprime in misura maggiore la finalità della garanzia difensiva posta dalla norma citata.

Premesso il contesto normativo di riferimento, si vuole soffermare l'attenzione su un aspetto legato al concreto svolgimento di tali colloqui con il difensore, muovendo dal presupposto che **la legge ne garantisce l'assoluta riservatezza**, presidio di garanzia per il contenuto delle stesse conversazioni intrattenute; il diritto viene sancito da una disposizione processualistica avente portata generale come **l'art. 103 comma 5 c.p.p.**, che pone il divieto di sottoporre a intercettazioni le conversazioni e le comunicazioni tra detenuto e difensore, nonché consulenti tecnici e loro ausiliari, e quindi soggetti la cui attività è coperta dal segreto professionale. L'importanza pratica di questa disposizione è data dalla sanzione stabilita nel caso di violazione del divieto, che consiste appunto **nell'inutilizzabilità in giudizio delle intercettazioni eventualmente effettuate in contrasto con il diritto di difesa**. La disciplina del divieto di sottoporre a controllo auditivo le conversazioni, fisiche o telefoniche, tra detenuto e difensore, esprime un corollario con il diritto alla difesa, qui ulteriormente garantito dalla **segretezza del colloquio**, che appunto può essere sottoposto al solo controllo visivo per evidenti ragioni di sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario. La norma processuale intende salvaguardare in primo luogo le libertà del difensore che, in un processo di stampo accusatorio quale quello delineato nel nuovo codice, costituiscono presidio di tutela del diritto di difesa dell'imputato, al fine di operare quel necessario bilanciamento con le esigenze proprie delle indagini, che si realizza assicurando la segretezza delle conversazioni, e in generale delle comunicazioni, intercorrenti fra detenuto e difensore.

Si osserva sul punto che l'ampiezza della disposizione codicistica consente di considerare

come soggetti destinatari della garanzia di libertà del difensore gli “assistiti” in quanto tali, ma è chiaro che la rilevanza della segretezza di cui al quinto comma, dal punto di vista pratico, non può che esprimersi in maniera particolare con riferimento ai detenuti in custodia cautelare e quindi imputati o anche soltanto indagati, a seconda della fase in cui la misura restrittiva è stata disposta. L'imputato-indagato, infatti, conferisce con il difensore al fine di definire una strategia difensiva da seguire nel corso delle indagini (per esempio mediante la decisione di volere approfondire alcuni aspetti facendo ricorso alle indagini difensive) e quindi nella successiva fase processuale che potrà instaurarsi.

Volendo approfondire il tema dei colloqui intercorsi fra le mura del carcere, si deve ricordare la portata del divieto probatorio dell'art. 103 comma 5, che è esplicito rispetto ad ogni attività di captazione delle conversazioni tra imputato e difensore; la sanzione processuale prevista dall'ordinamento nel caso in cui tali intercettazioni dovessero essere state effettuate è, come già ricordato, l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni. Tale inutilizzabilità, che rileva in ambito probatorio, viene dichiarata dal giudice mediante un controllo ex ante sul contenuto delle conversazioni intercettate, e quindi un tipo di controllo che non comporta anche la previa visione del contenuto delle intercettazioni, alla luce del fatto che la conversazione attiene alla funzione difensiva. A questo risultato si giunge mediante la distruzione delle risultanze di tali intercettazioni, senza che il giudice possa subire, dall'esame di esse, alcuna suggestione. Trattandosi di intercettazioni di cui è vietata l'utilizzazione, i risultati delle stesse captazioni eventualmente disposte non potranno essere, quindi, utilizzati in quanto eseguite al di fuori dei casi consentiti dalla legge a norma dell'art. 271 c.p.p., e si dovrà procedere alla **distruzione dei verbali di intercettazione**, ai sensi dell'art. 268 del codice di rito che stabilisce, appunto, che il giudice dovrà disporre anche d'ufficio lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione.

La disciplina ricavabile dall'art. 103 comma 5 c.p.p., come già sottolineato, ha quindi una rilevanza ultronea rispetto ai colloqui *vis a vis* del detenuto con il proprio difensore, in quanto il diritto fondamentale di difesa che esprime, ha certamente una diretta incidenza in ambito prettamente penitenziario, ma si rivolge in quanto diritto sancito in via generale da una norma processualistica, a tutte le comunicazioni intercorse, a prescindere se avvenute nel consorzio libero o nella cella adibita ai colloqui di un penitenziario.

Per completezza di trattazione, infatti, è utile richiamare una recente pronuncia della **Corte di Cassazione** che ha avuto ad oggetto proprio la portata del divieto di intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori con i propri assistiti in relazione ad una vicenda in cui il soggetto assistito non era *in vinculis*, e quindi avente una diversa contestualizzazione rispetto ai colloqui avvenuti all'interno del carcere (o nel luogo in cui è stata disposta la misura cautelare degli arresti domiciliari). In questa occasione, e a prescindere dal fatto che ha dato origine al ricorso per Cassazione, la Suprema Corte ha ribadito che la ratio dell'art. 103 quinto comma, cod. proc. pen., nel vietare le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, è quella di **garantire l'esercizio del diritto di difesa**. In questa occasione, come del resto in precedenti analoghi che costituiscono ormai orientamento consolidato (v. in particolare Cass. Sez. 6[^], Sentenza n. 35656 del 16/06/2003, che ha ritenuto utilizzabile l'intercettazione della conversazione in cui l'avvocato aveva preavvertito il suo cliente delle iniziative assunte dalle forze di polizia, fornendo consigli su come evitare la cattura e commettendo così il reato di favoreggiamento), la seconda sezione penale ha ribadito che il divieto ha ad oggetto “*le sole conversazioni o comunicazioni relative agli affari nei quali i legali esercitano la loro attività difensiva, e non si estende, quindi, alle conversazioni che integrino esse stesse*”

reato”, Cassazione penale, sez. II, 06/10/2015, n. 43410 (dep. Il 28 ottobre 2015).

Nel quadro dei colloqui con il difensore, la tipologia dei **colloqui telefonici** deve essere presa in esame separatamente in quanto, se da un lato è riconducibile alla nozione di colloqui in senso lato, è altresì vero che il legislatore penitenziario ne ha fatto specifica menzione nelle disposizioni attuative del Codice di procedura penale, all’art. 35. Questa norma, in rubrica “**corrispondenza telefonica**”, definisce una serie di aspetti che pongono delicate problematiche in tema di organi deputati al rilascio dell’autorizzazione. Resta fermo che anche con riferimento ai colloqui telefonici intercorsi tra difensore e detenuto, il legislatore ha espressamente escluso l’utilizzazione ai fini probatori delle intercettazioni, eventualmente captate, di tali conversazioni telefoniche, e lo ha fatto mediante l’ampia formulazione dell’art. 103 comma 5 c.p.p.: un’interpretazione in senso diverso contrasterebbe con la stessa garanzia difensiva posta dall’art. 104.

A ciò si aggiunga che l’autorizzazione prescritta dalla legge (art. 35 comma 5 disp. att. c.p.p.) a proposito dei colloqui telefonici tra l’imputato e il difensore, rende diversa questa disciplina da quella riferita ai colloqui fisici, in quanto per le chiamate telefoniche in entrata e in uscita con il proprio difensore, l’imputato deve ottenere la preventiva autorizzazione rilasciata dall’autorità procedente, se il giudizio di primo grado non è ancora concluso, e dal magistrato di sorveglianza dopo la sentenza di primo grado. Si tratta quindi di una precisa regola dell’ordinamento penitenziario legata alle concrete modalità di esercizio delle conversazioni, che tuttavia non incide in senso negativo sulla tutela e sulle garanzie di libertà del difensore.

ALCOL TEST ESEGUITO IN RITARDO: CONDUCENTE ASSOLTO.

Non è certo lo stato di ubriachezza se la prova dell'etilometro è eseguita in ritardo rispetto l'ora del fermo. Per il Tribunale di Termini Imerese con la sentenza del 09 febbraio 2015, c'è incertezza della prova relativa all'entità concreta dell'intossicazione al momento della conduzione del mezzo.

Giuseppe Ortolani - Pubblicazione, domenica 21 febbraio 2016
Redattore: Angela Cuofano

1. La vicenda giudiziaria.

Un giovane alla guida della sua auto veniva fermato da una pattuglia dei Carabinieri alle ore 20:00. I militari, avvertito un forte odore di sostanze alcoliche, decisero di condurlo in caserma per accertare, tramite la prova strumentale dell'etilometro, lo stato di ebbrezza. Il risultato dell'alcol test fu schiacciante. Alla prima misurazione delle ore 20:57 il tasso alcolemico registrato era pari a 2,57g/l, nella seconda delle ore 21:14 era pari ad 2,78 g/l. Il giovane quindi venne denunciato per il reato di guida in stato di ebbrezza ai sensi dell'art. 186, comma 3, lett. C), Codice della Strada.

A conclusione di un elaborato dibattimento dinanzi il Tribunale di Termini Imerese il giovane è stato assolto per non aver commesso il fatto.

La sentenza assolutoria trova il suo fondamento nel fatto che tra il momento del fermo e quello dell'accertamento dell'alcolemia era trascorso molto tempo, tale da non poter provare **oltre ogni ragionevole dubbio** quale fosse l'esatta concentrazione alcolica al momento del fermo. In sede dibattimentale, infatti, gli agenti accertatori dichiararono che la prova dell'etilometro è stata eseguita con notevole ritardo ovvero 60/75 minuti dopo il fermo.

2. L'accertamento dell'alcolemia.

Come detto, l'istruzione dibattimentale ha dimostrato **in modo inconfutabile** il ritardo nell'accertamento strumentale dello stato di ebbrezza del conducente. La tempistica altamente dilazionata tra il fermo e l'accertamento rende evidente delle lacune probatorie, di cui non si può non tenere conto ai fini di un corretto inquadramento della vicenda, in ordine all'effettivo tasso di concentrazione alcolica al momento in cui l'imputato si trovava alla guida.

Come è noto, la presenza di alcol nel corpo segue un andamento a parabola, parte da valori di ingresso bassi per poi incrementare sino al livello di massima concentrazione e, da lì, scendere nuovamente sino all'annullamento. Si tratta della cosiddetta "curva alcolemica" (o curva di Widmark) che ricostruisce in modo certo l'andamento dell'alcol nel sangue, in quando esprime la concentrazione ematica dell'alcol in funzione del tempo di assunzione. Dopo l'ingestione di alcol, tra i 15/40 minuti dalla sua assunzione, l'etanolo passa nel

circolo ematico, poco dopo un'ora raggiunge il suo picco, che nelle quattro re successive decresce per ritornare a livello basale (G. Giusti (a cura di), Trattato di medicina legale e scienze affini - Vol. V, Padova, Cedam, 2014, p. 390 ss; G. Giusti, Manuale di medicina forense, Padova, Cedam, 2008, p. 482 ss).

Nella vicenda in esame, nella prima misurazione delle ore 20:57 era stato riscontrato un tasso pari a 2,57 e in quella delle ore 21:14 un tasso pari a 2,78, quindi è evidente che l'alcolemia era in aumento ovvero in fase di crescita. Ciò lascia presupporre che al momento della guida, vale a dire 60/75 minuti prima della prova dell'etilometro, la tossicocinetica era nella fase iniziale di assorbimento e quindi lontano dal tasso registrato al momento in cui è stato eseguito il test alcolemico.

3. La posizione della giurisprudenza.

Le sopra esposte considerazioni sono avallate anche da recente giurisprudenza di merito e di legittimità in forza del quale **la prova con l'etilometro deve essere eseguita il prima possibile, poiché è necessario dimostrare che gli effetti dell'alterazione** dovuta all'assunzione di alcool fosse presente al momento della guida (Cass. Pen., sez. IV, sent. n. 18572 del 24.04.2013). Ed ancora, ove l'accertamento del tasso alcolemico sia effettuato a distanza di tempo dal momento del fermo, non si è in grado di comprendere se al momento del controllo l'organismo si trovasse nella fase ascendente della curva alcolemica, ovvero in quella discendente, con conseguente incertezza della prova dell'entità concreta dell'intossicazione al momento della conduzione del mezzo (Corte d'Appello di Milano, sent. n. 594 del 29.03.2014; Tribunale di Brescia, sent. n. 173 del 10.12.2009, Tribunale di Rovigo, sent. del 22.10.2010).

Da ciò consegue che se l'accertamento del tasso alcolemico sia effettuato a distanza dal momento dal fermo come nella vicenda che ci occupa (60 minuti dopo la prima misurazione e 75 minuti dopo la seconda misurazione), non si è in grado di comprendere, verificare e provare l'effettiva concentrazione alcolica al momento della conduzione del mezzo. Per rimediare a tale ritardo, era (ed è sempre) necessario eseguire un particolare esame clinico, detto appunto "curva alcolemica".

Inoltre, per la rilevanza penale della condotta **non soccorre neppure il tradizionale metodo probatorio** basato sulle risultanze dei sintomi classici dell'ebbrezza, in quando lo stato di ebbrezza può essere accertato dal Giudice, anche sulla base delle sole circostanze sintomatiche riferite dagli agenti accertatori, ma unicamente con riguardo alla fattispecie meno grave priva di rilevanza penale di cui all'art. 186, comma 2, lett. A), Codice della Strada (Cass. Pen., sent. n. 48026 del 04.12.2009; Cass. Pen., sent. n. 18375 del 19.04.2013)

4. Conclusioni.

Per concludere, l'accertamento del tasso alcolemico avvenuto a distanza di tempo dal momento del fermo e la mancanza di prova dell'entità concreta dell'intossicazione alcolica al momento della conduzione del mezzo e del fermo, ha indotto il Tribunale di pronunciare una sentenza di assoluzione per non aver commesso il fatto.

Riferimenti bibliografici

Cass. Pen., sez. IV, sent. n. 18572 del del 24.04.2013;

Cass.Pen., sent. n. 48026 del 04.12.2009;

Cass. Pen., sent. n. 18375 del 19.04.2013;

Corte d'Appello di Milano, sent. 594 del 24.03.2014;

Tribunale di Brescia, sent. n. 173 del 10.12.2009;

Tribunale di Rovigo, sent. del 22.10.2010;

G. Giusti (a cura di), Trattato di medicina legale e scienze affini, Padova, Cedam, 2009;

G. Giusti, Manuale di medicina forense, Padova, Cedam. 2008.

NEGATA LA SESSUALITÀ IN CARCERE.

La Cassazione “boccia” la richiesta di permesso premio al detenuto per vivere l’intimità con la moglie. Nota a Cass. Pen., Sez. I, Ud. del 29 settembre 2015, (dep. 12 gennaio 2016), n. 882.

Veronica Manca - Pubblicazione, lunedì 22 febbraio 2016
Redattore: **Fabio Zambuto**

Lo scorso settembre la prima sezione della Cassazione ha emanato una curiosa ed interessante sentenza in relazione al caso di un detenuto a cui era stato negato il permesso di necessità, ai sensi dell’art. 30, co. 2 ord. pen., per potersi recare presso la casa di accoglienza “Piccoli Passi”, sita in Padova, per incontrare la moglie e vivere l’intimità matrimoniale.

Il detenuto, al momento delle richiesta, stava scontando una pena detentiva superiore ad anni 24 per la commissione di numerosi reati, tra cui associazione per delinquere, omicidio ed estorsione ed altri ancora, aggravati ai sensi dell’art. 7 della legge n. 203/1991 - ovverosia il ricorso al metodo mafioso -, con un fine pena previsto per ottobre 2034.

La situazione “criminale” del detenuto, così come fotografata in sentenza di condanna, gli precludeva l’accesso a qualsivoglia beneficio penitenziario, tra cui anche la possibilità di usufruire di permessi premio ai sensi del primo comma dell’art. 30 ord. pen.: come è noto, infatti, l’ammissione positiva ai permessi premio è subordinata, *in primis*, ai limiti di pena previsti dalla norma ed, in secondo luogo, dalla valutazione positiva della buona condotta tenuta dal detenuto in espiazione di pena, rientrando infatti tale misura all’interno del trattamento rieducativo che – almeno – potenzialmente dovrebbe attuarsi in carcere. Il detenuto, attesa la gravità dei reati commessi e l’ammontare complessivo di pena da scontare, non rientrava nelle categorie previste dalla norma: per di più, alcuni reati per cui era stato condannato (*id est*: art. 416 *bis* c.p.) vengono ricompresi nella disciplina *ex art. 4 bis* ord. pen., la quale – come è noto – limita fortemente l’accesso ai benefici penitenziari. Il detenuto, infatti, avrebbe potuto accedere alle misure premiali solamente – secondo quanto stabilisce l’art. 30 *ter* ord. pen. – dopo aver scontato almeno metà della pena, e, comunque, non oltre i dieci anni.

Dalla motivazione della sentenza emerge come il detenuto non avesse ancora maturato i

requisiti per accedere al permesso premio: ciononostante, la difesa del detenuto chiedeva la concessione del permesso *ex art. 30, co. 3 ord. pen.*, ossia il permesso motivato da esigenze familiari di particolare gravità per consentire al proprio assistito di “consumare” il matrimonio con la moglie ed avere con lei rapporti intimi. Sosteneva inoltre un profilo di illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui preclude a quei detenuti – che ancora non abbiano maturato i requisiti di accesso ai permessi premio - l’esercizio della propria libertà sessuale e la gestione della vita familiare, in relazione agli artt. 2,3, 27, 29, 117 Cost. e 2, 8 CEDU.

La Cassazione ha respinto le istanze difensive, argomentando come una simile richiesta non possa essere considerata un’esigenza di particolare gravità ai sensi dell’art. 30, co. 3 ord. pen., atteso come per tale espressione si intenda – per pacifica giurisprudenza^[1] – situazioni di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente “e, solo eccezionalmente, per eventi familiari di particolare gravità”: i giudici hanno ritenuto, inoltre, che la libertà sessuale del detenuto non sia priva di tutela e, per l’effetto, ha cassato qualsiasi dubbio riguardo alla legittimità costituzionale della norma, dal momento in cui esiste comunque la possibilità di esercitare tali esigenze all’interno dei permessi premio *standard*^[2].

Secondo la Corte, quindi, esigenze di sicurezza pubblica – gravità dei reati commessi, pena complessiva da scontare – giustificano il diniego del permesso di vivere l’intimità della moglie – o meglio di “consumare” il matrimonio, celebrato con rito civile nel 2009 in carcere e, mai vissuto a pieno. L’unica possibilità per il detenuto di vivere la propria intimità rimane ancora l’art. 30, co. 1 ord. pen., a cui potrà accedere solamente nel 2020, in ragione dell’espiazione di dieci anni di pena e in presenza di una positiva condotta di detenzione. Sempre che per il 2020, il detenuto o il coniuge non scelgano l’annullamento del matrimonio per mancata consumazione.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cfr. Cass. pen., sez. I, 26 novembre 2008, n. 48165.

[2] Rientra, infatti, “nella discrezionalità propria del legislatore la limitazione della possibilità di concedere ai condannati e agli internati il permesso cosiddetto di necessità, previsto dall’art. 30 legge n. 354 del 1975, ai soli casi di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente e, solo eccezionalmente, per eventi familiari di particolare gravità, in adesione alla struttura e finalità dell’istituto che non costituisce un beneficio premiale, supponente una soglia minima di pena già espia e la positiva valutazione della condotta in carcere, bensì una misura concedibile a qualsivoglia condannato proprio per il suo carattere emergenziale ed eccezionale e, quindi, coerentemente limitata a situazioni la cui gravità si ponga in termini di irreparabilità attuale (morte di un familiare o di un convivente) o concretamente probabile (imminente pericolo di vita degli stessi), o sia comunque connotata dall’incombere di eventi familiari particolarmente

pregiudizievoli”. Cfr. Cass. pen. , sez. I, 29 settembre 2016, n. 882.

TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE: LIMITI AL CONTROLLO GIURISDIZIONALE, ALLA LUCE DELLA SENTENZA N. 1608/2016 DELLA CORTE DI CASSAZIONE

La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sulla ricerca del delicato equilibrio tra le ragioni tecniche, organizzative e produttive del trasferimento e le ragioni di tutela del lavoratore, individuando nel principio della buona fede l'ago della bilancia

Stefania Tirella - Pubblicazione, martedì 23 febbraio 2016
Redattore: Lucio Orlando

Il potere del datore di lavoro di modificare il luogo della prestazione dovuta dal lavoratore subordinato viene regolato, in maniera alquanto laconica, dall'art. 2103 cc. All'atto dell'assunzione, la sede di lavoro viene individuata nel contratto e ne diviene una componente modificabile solo al ricorrere di determinati presupposti.

Tali condizioni, lungi dall'essere specificamente indicate in maniera tassativa, sono espresse nella clausola generale di cui all'art. 2103 cc, secondo la quale il lavoratore “*non può essere trasferito da un'unità produttiva all'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive*”. È di tutta evidenza come tale clausola si presti ad interpretazioni non sempre facili, con difficoltà applicative di non poco conto. Secondo giurisprudenza costante, il trasferimento geografico è comunque da ritenersi legittimo solo qualora la presenza di quel dipendente (dotato di quella particolare professionalità) nella sede di destinazione sia indispensabile, la sua presenza nella sede di provenienza sia superflua e le ragioni poste alla base della scelta di quel dipendente e non di altri siano fondate.

In difetto di tali condizioni, il trasferimento è illegittimo e può essere annullato.

La scelta del legislatore di porre un limite al potere del datore di lavoro di modificare in via unilaterale la sede di lavoro trova la propria ratio nella volontà di sottrarre il lavoratore ad un uso arbitrario e potenzialmente distorto dello stesso.

Il trasferimento potrebbe infatti essere utilizzato in maniera ritorsiva, per punire indebitamente un lavoratore che, pur non avendo posto in essere alcun inadempimento contrattuale, risulti “sgradito” al datore di lavoro, magari per ragioni di natura discriminatoria, a causa di rivendicazioni sindacali o per aver preteso il rispetto di diritti individuali non riconosciuti spontaneamente.

Funzione primaria della disciplina di cui si discute è quindi quella di salvaguardare la dignità del lavoratore e di proteggere le relazioni interpersonali che ha instaurato in un determinato complesso produttivo, secondo quella logica di tutela del lavoratore (inteso come parte debole del rapporto contrattuale), che ritroviamo costantemente nel diritto del lavoro, che lo protegge ora da un licenziamento senza giustificato motivo, ora da un

demansionamento evitabile, ora da una sanzione disciplinare sproporzionata o inadeguata, ecc.

Chiarito questo aspetto, occorre tuttavia mettere in rilievo come, d'altra parte, una protezione eccessiva potrebbe cagionare un eccessivo irrigidimento del rapporto di lavoro e un'inammissibile compressione del potere direttivo.

Pertanto, il giudice davanti al quale il trasferimento venga impugnato, è tenuto a limitare il proprio margine di valutazione ad un controllo sulla veridicità e attendibilità delle ragioni addotte dal datore di lavoro (sul quale incombe l'onere della prova) e sul nesso di causalità tra le ragioni suddette e il trasferimento.

Il sindacato del giudice non può invece estendersi al merito delle scelte datoriali.

L'opportunità economica e organizzativa del trasferimento rimane oggetto di valutazione esclusiva del datore di lavoro, nel pieno rispetto del principio di libertà di iniziativa economica privata di cui all'art.41 Costituzione.

Si pone allora il problema di comprendere entro quali confini sia accettabile una scelta svantaggiosa per il dipendente, proprio in nome della libertà imprenditoriale, posto che un trasferimento geografico può rappresentare un fattore di destabilizzazione nella vita lavorativa, privata e familiare dello stesso.

La questione è stata affrontata anche recentemente dalla **Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1608/2016.**

Nel caso di specie, il lavoratore era stato licenziato in conseguenza del suo rifiuto di ottemperare al trasferimento. Tale trasferimento era stato disposto in seguito all'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, contenuto nella sentenza che aveva accertato un'illecita interposizione di manodopera.

Avverso il trasferimento e il licenziamento, il lavoratore aveva agito in giudizio, ma il Tribunale di primo grado, con una sentenza confermata anche dalla Corte d'Appello, aveva rigettato la domanda.

Veniva pertanto proposto ricorso per Cassazione.

Tra i motivi di ricorso, in particolare, il lavoratore lamentava che all'epoca del trasferimento sussisteva la possibilità per il datore di lavoro di impiegare in molte altre sedi più vicine a quella di provenienza e in modo altrettanto proficuo.

Il trasferimento era invece stato disposto in una sede distante 600 km da quella originaria, senza tener conto delle condizioni economiche disagiate nelle quali il lavoratore si trovava anche a causa della inadempienza dell'impresa, che non aveva ancora corrisposto allo stesso delle retribuzioni pregresse.

Lamentava poi il ricorrente che le ragioni **“tecniche, produttive e organizzative”** del trasferimento non erano state provate dall'impresa.

Si deduceva inoltre che la Corte di merito non si era espressa sulla congruità del termine di preavviso di 18 giorni concesso al lavoratore, considerato dal ricorrente inadeguato e noncurante delle esigenze familiari, essendo quest'ultimo unico percettore di reddito di un

nucleo familiare composto da moglie casalinga e quattro figli minori frequentanti la scuola dell'obbligo.

Il ricorrente sosteneva inoltre che la Corte di merito, violando il contratto collettivo di categoria, aveva errato nel ritenere che l'indennità di trasferimento potesse essere corrisposta anche dopo il trasferimento e che la sua mancata erogazione non potesse costituire eccezione d'inadempimento ex art. 1460 cc.

La Corte di Cassazione dichiara fondati tali motivi di impugnazione.

La Corte censura il mancato accertamento, da parte della Corte d'Appello, delle ragioni tecniche, organizzative e produttive alla base del trasferimento. In particolare, la Cassazione sottolinea che tale verifica deve essere svolta non solamente con riferimento alla sede di provenienza, ma anche con riferimento a quella di destinazione, comportando dunque la necessità di verificare che realmente non vi sia la possibilità di assegnare il lavoratore ad altra sede meno disagiata.

Il giudice deve pertanto verificare che vi sia una reale corrispondenza tra il provvedimento adottato e le finalità tipiche dell'impresa.

La Corte censura inoltre la sentenza di merito nella parte in cui non motiva adeguatamente sia in relazione alla reale congruità del termine di preavviso alla luce delle esigenze familiari, sia in ordine alla impossibilità per il ricorrente di sollevare eccezione di inadempimento per la mancata corresponsione dell'indennità di trasferimento.

L'aspetto più interessante della sentenza, tuttavia, è un altro.

La pronuncia in questione affronta infatti la tematica del difficile equilibrio tra contrapposti interessi e diritti nell'ambito del rapporto di lavoro: da un lato, quelli del lavoratore ad una stabilità lavorativa e personale, dall'altro quelli del datore di lavoro ad organizzare la propria attività imprenditoriale senza vincoli eccessivi.

La Suprema Corte, infatti, dopo aver ribadito (come da giurisprudenza costante) l'insindacabilità dell'opportunità del trasferimento, che può essere disposto non solamente quando sia inevitabile, ma anche quando rappresenti una delle possibili scelte concretamente adottabili, fa un'ulteriore precisazione.

In applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede (art. 1375 cc), afferma che nel caso in cui il datore di lavoro abbia di fronte più soluzioni organizzative possibili, sia tenuto a preferire quella meno gravosa per il dipendente.

Il giusto punto di equilibrio viene quindi individuato nel necessario rispetto del principio di buona fede, che nel suo significato oggettivo, obbliga le parti a tenere un comportamento che sia ispirato a regole di onestà, lealtà e correttezza.

Si tratta di regole non scritte alle quali le parti devono attenersi e che hanno assunto un valore giuridico di alto livello soprattutto in anni più recenti.

La buona fede, da semplice regola morale, sociale ed etica è divenuta infatti regola giuridica costituzionalmente tutelata, a seguito del riconoscimento operato dalle **Sezioni Unite con la sentenza del 15 novembre 2007 n. 23726**, a tenore della quale viene in rilievo *“l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del*

canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale".

La recente sentenza n. 1608/2016 conferma quindi l'importanza cruciale di questo principio, soprattutto nei casi, sempre molto frequenti, nei quali l'interprete si trovi ad applicare delle clausole generali.

CHE COSA ACCADE SE IL BANCOMAT TRATTIENE LA CARTA DI CREDITO?

Con sentenza del 22 gennaio 2016, n. 806 la Corte di Cassazione esamina l'ipotesi della sottrazione di una scheda bancomat mediante la manomissione del relativo sportello ad opera di un truffatore, con conseguente furto della tessera ed ampi prelievi sul conto del cliente, valutando i possibili profili di corresponsabilità della banca per l'accaduto.

Emmanuel Luciano - Pubblicazione, mercoledì 24 febbraio 2016
Redattore: **Alessio Giaquinto**

L'articolo odierno ha ad oggetto una sentenza emessa dalla Corte di Cassazione, relativa ad un episodio in cui potrebbe incorrere qualsiasi cittadino che sia in possesso di un bancomat e sia intenzionato ad utilizzarlo; in particolare, la Suprema Corte assume, contrariamente alle sentenze di merito dei primi due gradi di causa, una posizione molto favorevole al cliente e, di conseguenza, sfavorevole alla banca.

La fattispecie concreta è la seguente. Un cittadino comune, nell'atto di recarsi presso lo sportello bancomat relativo alla filiale della banca di appartenenza al fine di effettuare un prelievo, chiede soccorso, in maniera spontanea ma piuttosto ingenua, ad uno sconosciuto che staziona nei pressi, e che, offrendosi di assisterlo nell'operazione, approfitta per prendere nota del codice PIN. Il bancomat, apparentemente per un malfunzionamento, non restituisce la carta e non eroga la somma richiesta. Il mattino seguente il cliente si reca presso la banca di appartenenza, avvertendo verbalmente il vicedirettore dell'accaduto, ricevendo, tuttavia, l'invito dello stesso a tornare il giorno successivo; il bancomat, tuttavia, non viene rinvenuto, e, nel frattempo, ignoti lo utilizzano al fine di effettuare consistenti prelievi, per un valore superiore a 7000 Euro. In seguito a ciò, il malcapitato cittadino comunica per iscritto l'evento al vice direttore e sporge denuncia.

La soluzione alla intricata vicenda è fornita dalla sentenza del 22 gennaio 2016, n. 806, mediante la quale la Corte di Cassazione, I sezione civile, esamina l'ipotesi relativa alla sottrazione di una scheda bancomat mediante la manomissione del relativo sportello, con conseguente furto della tessera ed ampi prelievi sul conto del cliente, valutando i possibili profili di corresponsabilità della banca per l'accaduto.

L'autore, tuttavia, non può esimersi da una trattazione dell'istituto che viene in rilievo nel caso in esame e dell'*iter* processuale che porta alla decisione oggetto del presente articolo.

Con tutta evidenza, la fattispecie che viene in rilievo è una classica "**truffa del bancomat**": ignoti avevano applicato allo sportello bancomat una apparecchiatura (cd. "**skimmer**") idonea a trattenere le tessere, e, con la scusa di compiere una buona azione, avevano avvicinato il titolare al fine carpirne il PIN.

Il cliente, preso atto di quanto accaduto, intenta un'azione contro la banca di appartenenza

al fine di essere risarcito del danno subito; tuttavia, sia il Tribunale che la Corte d'Appello rigettano la domanda, rilevando che, in ossequio alle condizioni generali di contratto, risulta eseguita regolare comunicazione entro 48 ore dall'occorso, e che, in ogni caso, l'accaduto è da considerarsi ascrivibile in via esclusiva alla responsabilità del soggetto danneggiato, il quale, imprudentemente, aveva digitato il PIN sotto gli occhi dei truffatori, senza poi tempestivamente attivare il blocco mediante apposito numero verde, così come sollecitato dal funzionario, limitandosi, invece, ad allertare il direttore della filiale della mancata restituzione della carta, ma omettendo di far menzione della presenza di un terzo. Oltretutto, secondo il giudice di secondo grado, l'appellante è altresì responsabile per la violazione della disposizione contrattuale che impone la segretezza del PIN.

In sede di ricorso in Cassazione, il danneggiato osserva che le sentenze di merito avevano incentrato la loro attenzione solamente sulle sue inadempienze, non avendo minimamente preso in considerazione le **negligenze della banca**, la quale, nonostante fosse stata immediatamente avvisata di quanto accaduto, non aveva prestato alcuna assistenza al cliente, determinando un evidente aggravio del danno.

Inoltre, nonostante lo sportello fosse costantemente videosorvegliato, la banca non aveva prestato adeguata vigilanza al fine di evitare la manomissione dello stesso. Per di più, il truffatore aveva potuto effettuare prelievi per importi **superiori al plafond giornaliero contrattualmente previsto**, sempre senza alcun intervento da parte della banca.

La Suprema Corte accoglie l'impostazione del ricorrente e censura sotto molteplici profili la sentenza di merito, in particolare per non aver valutato il comportamento della banca secondo il parametro della diligenza professionale ex art. 1176, secondo comma, cod. civ..

A tale riguardo, gli Ermellini precisano che la Corte territoriale non aveva tenuto conto né della condotta del funzionario che aveva raccolto la denuncia di malfunzionamento del bancomat, senza prendere alcun provvedimento, né della manomissione di uno sportello teoricamente videosorvegliato ventiquattr'ore al giorno, alla stregua del parametro della "**diligenza specifica**" cui deve parametrarsi la condotta della banca. Viene richiamato, a riguardo, il precedente di Cass. n. 13777/07, relativa a fattispecie sostanzialmente analoga. Tale decisione imponeva di valutare, a prescindere dalla condotta del cliente, "*la verifica dell'adozione da parte dell'istituto bancario delle misure idonee a garantire la sicurezza del servizio da eventuali manomissioni*", in quanto "*la diligenza posta a carico del professionista ha natura tecnica e deve essere valutata tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento ed assumendo quindi come parametro la figura dell'accorto banchiere*".

Orbene, per quanto disattenta possa essere la condotta del cliente, che nella fattispecie è stato molto negligente, anche la condotta della banca va valutata, alla stregua del parametro della "**diligenza qualificata**" che si richiede ad un operatore professionale.

La Cassazione si sofferma, in particolare, sul contenuto degli obblighi derivanti dall'applicazione dell'art. 1176 c.c., evidenziando la sussistenza di un "*dovere di diligenza specifica derivante dal rapporto contrattuale*" a fronte della denuncia, pur irrituale, da parte del cliente, e la "*peculiarità degli obblighi di custodia dello sportello bancomat*".

Vero è che, come precisa la Cassazione, l'art. 1176 non specifica quale sia la misura della diligenza nelle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale: **è compito del Giudice verificare il grado di diligenza cui debba conformarsi la banca nell'esercizio dell'obbligo di custodia di uno strumento esposto al pubblico avente ad oggetto**

l'erogazione di danaro, e se sia rispondente al parametro stabilito dalla norma la condotta del funzionario notiziato del fatto, che si limita a rimandare il problema senza verificare se il Bancomat sia ancora nella macchina, e senza assumere, in generale, alcuna iniziativa a tutela del cliente.

La Corte valorizza anche la circostanza, del tutto ignorata dalla sentenza di merito, *“del prelievo in misura molto superiore al plafond contrattuale da ritenersi un ulteriore profilo di malfunzionamento del sistema da valutare ai fini di un esame complessivo della diligenza professionale posta a carico della banca”*.

La sentenza di merito, in definitiva, viene in più punti censurata per aver posto l'attenzione solamente sulla condotta del cliente, senza valutare in alcun modo l'operato della banca, il quale, a giudizio della Suprema Corte, pare connotato da evidenti errori ed inefficienze. Se da questo possa derivare una responsabilità, o corresponsabilità, della Banca, lo stabilirà il Giudice al quale è stata rinviata la causa.

Appare, tuttavia, evidente che la Suprema Corte non ha affermato la responsabilità della banca per la sottrazione e l'uso illecito della carta bancomat, limitandosi semplicemente ad evidenziare alcuni profili da cui può derivare una responsabilità della banca, ma la valutazione e la valorizzazione di tali profili spetterà alla Corte d'Appello in sede di rinvio.

Proviamo a trarre le conclusioni: la sentenza afferma principi che possono ritenersi del tutto condivisibili e si sforza, senza dubbio, di contemperare le regolamentazioni dei rapporti tra banche e clientela con le esigenze di protezione del danneggiato, stabilendo con chiarezza l'importanza dell'individuazione degli **obblighi di diligenza qualificata gravanti sulla banca**.

IL CASO WEST TANKERS: L'ARBITRATO E LA NORMATIVA EUROPEA

Con l'entrata in vigore del nuovo regolamento CE n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis) che sostituisce il precedente regolamento n. 44/2001 in materia di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ci si chiede attualmente quale sia il rapporto tra arbitrato e normativa comunitaria. La questione è ancora aperta in quanto il legislatore comunitario ha deciso di confermare l'esclusione della disciplina arbitrale dal campo di applicazione del regolamento; per questo è utile analizzare un caso pratico come il seguente che ha posto il problema del coordinamento tra la materia arbitrale e la normativa europea uniforme.

Dario La Marchesina - Pubblicazione, giovedì 25 febbraio 2016
Redattore: Alessio Giaquinto

I. Premessa

Originariamente la materia dell'arbitrato è stata esclusa dal campo di applicazione della disciplina europea in materia di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale prevista dal regolamento 44/2001, e oggi sostituita dal nuovo regolamento 1215/2012.

Il motivo di tale esclusione risiede nell'esigenza di non creare pregiudizi nell'applicazione della disciplina internazionale uniforme prevista dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere.

La mancanza di coordinamento tra i due sistemi normativi dell'arbitrato e della giustizia civile nello spazio giudiziario europeo ha generato una serie di inconvenienti nella prassi; infatti sono ormai noti alcuni casi clamorosi di conflitto di decisioni assunte in stati membri diversi sul riconoscimento degli effetti di un medesimo lodo arbitrale che, anche se annullato in alcuni stati membri, veniva eseguito in altri.

Una vicenda che ha avuto una certa risonanza negli ambienti europei è il caso West Tankers, dove il giudice inglese ha emesso un *antisuit injunction* al fine di inibire la continuazione di un procedimento instaurato davanti al giudice italiano perché in violazione di una clausola arbitrale che prevedeva lo svolgimento di un arbitrato in Inghilterra.

Tuttora il legislatore europeo ha deciso di lasciare l'arbitrato fuori dall'ambito di applicazione del nuovo regolamento CE n. 1215/2012, salvo alcune precisazioni fatte nel *considerando*, e quindi la questione in esame è ancora di estrema attualità.

II. Il caso West Tankers: la causa principale

Nell'agosto del 2000 la Front Comor, una nave appartenente alla West Tankers e noleggiata dalla Erg Petroli SpA, a Siracusa (Italia), urtava contro un molo di proprietà della Erg, causando danni; il contratto di noleggio sottostava al diritto inglese e conteneva una clausola che prevedeva un arbitrato a Londra (Regno Unito).

La Erg si rivolgeva ai suoi assicuratori, l'Allianz e la Generali, per ottenere un'indennità nei limiti della sua copertura assicurativa e avviava, a Londra, un procedimento arbitrale contro la West Tankers per la parte eccedente; la West Tankers contestava la sua responsabilità per i danni causati dall'urto.

Dopo aver versato alla Erg, in base alle polizze assicurative, l'indennità per il danno da essa subito, il 30 luglio 2003 l'Allianz e la Generali intentavano davanti al Tribunale di Siracusa un'azione contro la West Tankers per il recupero delle somme versate alla Erg.

Parallelamente la West Tankers dava inizio, il 10 settembre 2004, a un procedimento davanti alla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, chiedendo che fosse dichiarato che la controversia tra essa stessa, da un lato, e l'Allianz e la Generali, dall'altro, doveva essere sottoposta all'arbitrato sulla base dell'accordo arbitrale contenuto nel contratto di noleggio; la West Tankers chiedeva anche la pronuncia di un provvedimento inibitorio che vietasse all'Allianz e alla Generali di ricorrere ad un procedimento diverso da quello arbitrale e di proseguire il procedimento avviato davanti al Tribunale di Siracusa (c.d. anti-suit injunction).

Con decisione del 21 marzo 2005, la High Court of Justice, Queen's Bench Division accoglieva le domande della West Tankers e pronunciava l'anti-suit injunction chiesta nei confronti della Allianz e della Generali; queste ultime impugnavano tale pronuncia davanti alla House of Lords rilevando una violazione del regolamento n. 44/2001 (attualmente n. 1215/2012).

III. Il caso West Tankers: la questione pregiudiziale posta dalla House of Lords

La House of Lords ha fatto riferimento alle sentenze 9 dicembre 2003, causa C-116/02, Gasser, e 27 aprile 2004, causa C-159/02, Turner, che avrebbero dichiarato che un provvedimento inibitorio che vieti ad una parte di avviare o proseguire un procedimento davanti ad un giudice di uno Stato membro non può essere compatibile con il sistema previsto dal regolamento n. 44/2001; ciò sarebbe dovuto al fatto che detto regolamento fornisce un insieme di disposizioni uniformi sull'attribuzione di competenze agli organi giurisdizionali degli Stati membri, che devono avere reciproca fiducia nella corretta applicazione di dette regole.

Tuttavia, secondo la House of Lords, questo principio non potrebbe essere esteso all'arbitrato, che in base all'art. 1, n. 2, lett. d), del regolamento n. 44/2001 sarebbe completamente escluso dall'ambito di applicazione di quest'ultimo; in tale materia infatti non esisterebbe un insieme di regole comunitarie uniformi, condizione necessaria affinché la fiducia reciproca tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri possa instaurarsi ed operare.

Sulla base di altre due sentenze, 25 luglio 1991 (causa C-190/89, Rich) e 17 novembre 1998 (causa C-391/95, Van Uden), la House of Lords afferma che, poiché l'intera materia arbitrale si trova al di fuori dell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, l'ingiunzione indirizzata alla Allianz e alla Generali, che vieta loro di ricorrere ad un procedimento diverso dall'arbitrato e di proseguire il procedimento davanti al Tribunale di

Siracusa, non potrebbe violare detto regolamento.

Infine la House of Lords rileva che i giudici del Regno Unito emettono anti-suit injunctions da numerosi anni; tale prassi sarebbe secondo la stessa un mezzo efficace per il giudice della sede dell'arbitrato che esercita il suo controllo su quest'ultimo, in quanto favorisce la certezza giuridica riducendo le possibilità di conflitto tra il lodo arbitrale e la pronuncia di un giudice nazionale.

Per questo la House of Lords ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: se sia compatibile con il regolamento CE n. 44/2001 il fatto che il giudice di uno Stato membro emetta un divieto, indirizzato ad un soggetto, di intraprendere o continuare un procedimento in un altro Stato membro, dato che quest'ultimo procedimento viola un accordo arbitrale.

IV. Il caso West Tankers: l'analisi della Corte di Giustizia europea

Secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, una anti-suit injunction come quella di cui alla causa principale può essere indirizzata all'attore, attuale o potenziale, di un procedimento giudiziario all'estero.

Come ha sottolineato l'Avvocato Generale al paragrafo 14 delle sue conclusioni, nel caso in cui il destinatario di una ingiunzione come questa non vi ottemperi, egli si espone ad azioni giudiziarie per oltraggio alla Corte, sanzionabile con pene che vanno fino alla detenzione o alla confisca dei beni.

Sia la West Tankers sia il governo del Regno Unito ritengono che quest'ingiunzione non può essere incompatibile con il regolamento n. 44/2001, in quanto l'art. 1, n. 2, lett. d), di quest'ultimo esclude l'arbitrato dal suo ambito di applicazione; ciò significa che un procedimento, come quello del caso di specie, che si conclude con l'adozione di una anti-suit injunction, non può pertanto rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001.

La Corte esaminando tale problematica a fondo sostiene che:

"Tuttavia, pur non rientrando nell'ambito di applicazione di tale regolamento, un procedimento può avere conseguenze che ne pregiudicano l'effetto utile, vale a dire può impedire la realizzazione degli obiettivi di unificazione delle norme sui conflitti di competenza in materia civile e commerciale e la libera circolazione delle decisioni in questa stessa materia."

Ciò si verifica in particolare quando un tale procedimento impedisce ad un giudice di un altro Stato membro di esercitare le competenze che gli sono attribuite in forza del regolamento n. 44/2001.

Occorre dunque esaminare se il procedimento avviato dalla Allianz e dalla Generali contro la West Tankers dinanzi al Tribunale di Siracusa rientri esso stesso nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001 e, successivamente, quali siano gli effetti dell'anti-suit injunction su tale procedimento.

Al riguardo si deve considerare, come osserva l'avvocato generale ai paragrafi 53 e 54 delle sue conclusioni, che se in base all'oggetto della controversia, vale a dire in base alla

natura dei diritti da tutelare in un procedimento, quali quelli a fondamento di una domanda di risarcimento danni, tale procedimento rientra nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, altresì vi rientra una questione preliminare riguardante l'applicabilità e, in particolare, la validità di un accordo arbitrale.

Tale conclusione è avvalorata dal punto 35 della relazione in merito all'adesione della Repubblica ellenica alla convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'osservanza delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 1972, L 299, pag. 32; in prosieguo: la «Convenzione di Bruxelles»), presentata dai sigg. Evrigenis e Kerameus (JO 1986, C 298, pag. 1). Esso indica che il controllo incidentale della validità della clausola arbitrale, richiesto da una parte per contestare la competenza della giurisdizione dinanzi alla quale è intentata la causa conformemente alla Convenzione di Bruxelles, rientra nell'ambito di applicazione di quest'ultima.

Ne consegue che l'eccezione di incompetenza sollevata dalla West Tankers dinanzi al Tribunale di Siracusa, basata sull'esistenza di un accordo arbitrale e comprendente la questione della validità di quest'ultimo, rientra nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, e che quindi spetta esclusivamente a tale giudice statuire su tale eccezione e sulla propria competenza ai sensi degli artt. 1, n. 2, lett. d), e 5, punto 3, di tale regolamento.

Pertanto, il fatto di impedire, mediante una anti-suit injunction, ad un giudice di uno Stato membro, di regola competente per dirimere una controversia ai sensi dell'art. 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001, di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. d), di tale regolamento, sull'applicabilità stessa di quest'ultimo alla controversia dinanzi ad esso sottoposta equivale necessariamente a togliergli il potere di statuire sulla propria competenza in forza del regolamento n. 44/2001.

Ne consegue, anzitutto, che una anti-suit injunction, come quella di cui alla causa principale, non rispetta, come ha rilevato l'Avvocato Generale al paragrafo 57 delle sue conclusioni, il principio generale risultante dalla giurisprudenza della Corte relativa alla Convenzione di Bruxelles, secondo cui ciascun giudice adito accerta esso stesso, in forza delle disposizioni ad esso applicabili, la propria competenza a pronunciarsi sulla controversia ad esso sottoposta (v., in tal senso, sentenza Gasser, cit., punti 48 e 49). Al riguardo si deve ricordare che il regolamento n. 44/2001 non autorizza, salvo limitate eccezioni, senza pertinenza con la causa principale, il sindacato della competenza di un giudice di uno Stato membro da parte di un giudice di un altro Stato membro (sentenze 27 giugno 1991, causa C 351/89, Overseas Union Insurance e a., Racc. pag. 3317, punto 24, e Turner, cit., punto 26). Tale competenza è determinata direttamente dalle norme stabilite da detto regolamento, tra cui quelle riguardanti il suo ambito di applicazione. Un giudice di uno Stato membro non è quindi in nessun caso più qualificato a pronunciarsi sulla competenza rispetto a un giudice di un altro Stato membro (citate sentenze Overseas Union Insurance e a., punto 23, e Gasser, punto 48).

Inoltre, ostacolando un giudice di un altro Stato membro nell'esercizio dei poteri che il regolamento n. 44/2001 gli attribuisce, vale a dire nel decidere, in base alle norme che definiscono l'ambito di applicazione per materia del regolamento n. 44/2001, tra cui il suo art. 1, n. 2, lett. d), se il detto regolamento sia applicabile, una siffatta anti-suit injunction va, allo stesso tempo, in senso opposto alla fiducia che gli Stati membri accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie e sulla quale è fondato il sistema di competenze del regolamento n. 44/2001 (v., in tal senso, sentenza Turner, cit., punto 24).

Infine, se attraverso una anti-suit injunction fosse impedito al Tribunale di Siracusa di esaminare esso stesso la questione preliminare di validità o di applicabilità dell'accordo arbitrale, una parte potrebbe sottrarsi al procedimento limitandosi ad eccepire detto accordo e il ricorrente, che considerasse quest'ultimo caduco, inoperante o inapplicabile, si vedrebbe in tal modo impedire l'accesso al giudice nazionale da lui adito ai sensi dell'art. 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 e sarebbe pertanto privato di una forma di tutela giurisdizionale alla quale ha diritto.

Di conseguenza, una anti-suit injunction, quale quella di cui alla causa principale, è incompatibile con il regolamento n. 44/2001.

Tale conclusione è avvalorata dall'art. II, n. 3, della Convenzione di New York, secondo la quale spetta al tribunale di uno Stato contraente, investito di una controversia riguardante una questione rispetto alla quale le parti hanno concluso un accordo arbitrale, rimettere le parti, su domanda di una di esse, dinanzi al tribunale arbitrale, a meno che accerti che il detto accordo è caduco, inoperante o inapplicabile.

Tenuto conto delle considerazioni che precedono, la questione sollevata deve essere risolta nel senso che l'emissione, da parte di un giudice di uno Stato membro, di un provvedimento inibitorio diretto a vietare ad una persona di avviare o proseguire un procedimento dinanzi ai giudici di un altro Stato membro, per il motivo che tale procedimento violerebbe un accordo arbitrale, è incompatibile con il regolamento n. 44/2001".

Concludendo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito con sentenza che *“l'emissione, da parte di un giudice di uno Stato membro, di un provvedimento inibitorio diretto a vietare ad una persona di avviare o proseguire un procedimento dinanzi ai giudici di un altro Stato membro, per il motivo che tale procedimento violerebbe un accordo arbitrale, è incompatibile con il regolamento CE n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale”*.