

**LE PRINCIPALI LINEE DI TENDENZA  
DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'  
DELLA CORTE DI CASSAZIONE**

**ANNO 2010**

# GIURISPRUDENZA PENALE

## Sommario.

### Sezione I – I diritti dell'uomo ed il giusto processo

#### 1. I DIRITTI DELL'UOMO.

- 1.1. Il divieto della tortura e di pene e trattamenti inumani o degradanti.
- 1.2. Il principio di irretroattività.
- 1.3. Gli effetti delle sentenze della Corte EDU nei confronti delle parti.

#### 2. IL GIUSTO PROCESSO.

- 2.1. Il diritto al contraddittorio.
- 2.2. La terzietà ed imparzialità del giudice.

### Sezione II – Cassazione e società

#### 3. I DIRITTI DELLE PERSONE E DELLE FORMAZIONI SOCIALI.

- 3.1. Il diritto alla salute ed alle cure mediche.
- 3.2. Il diritto all'istruzione.
- 3.3. La tutela della famiglia e degli anziani.
- 3.4. Gli atti persecutori (c.d. *stalking*).
- 3.5. Molestie "tecnologiche" e diffamazione "on line".
- 3.6. Il divieto di discriminazioni razziali.
- 3.7. La riduzione in schiavitù.

#### 4. I DIRITTI SOCIALI.

- 4.1. La tutela della sicurezza pubblica. **(A)** Misure antimafia. **(B)** La diffusione delle sostanze stupefacenti. **(C)** La sicurezza della circolazione stradale. **(D)** I fenomeni di violenza collegati a manifestazioni sportive. **(E)** I reati sessuali.
- 4.2. La tutela penale del lavoro.
- 4.3. La tutela dell'ambiente e del territorio.

#### 5. IMPRESA E MERCATO.

- 5.1. La responsabilità degli enti giuridici.
- 5.2. I reati fallimentari e la tutela del credito.

- 5.3. La tutela del sistema finanziario.
- 5.4. Diritto d'autore, marchi e brevetti.
- 5.5. Produzione, commercio e consumo.
- 5.6. Finanze e tributi.

## Sezione I – I diritti dell'uomo ed il giusto processo

### 1. I diritti dell'uomo.

Può ritenersi ormai generalizzata la consapevolezza che le norme della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (d'ora in poi, Convenzione EDU) – nell'interpretazione ad esse attribuita dalla Corte europea per i diritti dell'uomo (d'ora in poi, Corte EDU) – integrano, quali "norme interposte", il parametro dell'art. 117 Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, condizionando la legittimità costituzionale delle norme interne (poiché, nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna ed una norma della Convenzione EDU, il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la possibilità di interpretare la prima conformemente alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali parametri di ermeneutica giuridica, e, nel caso in cui tale opzione interpretativa risulti impraticabile, egli, nell'impossibilità di disapplicare la norma interna contrastante, deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento al parametro sopra indicato<sup>1</sup>). Resta devoluta al solo giudizio della Corte costituzionale la verifica di eventuali aspetti di conflitto delle norme convenzionali con altri principi della Costituzione.

È, conseguentemente, sempre maggiore l'attenzione dedicata alle possibili ricadute applicative dei principi sanciti dalla Convenzione EDU sull'interpretazione delle norme interne.

#### 1.1. Il divieto della tortura e di pene e trattamenti inumani o degradanti.

La Convenzione EDU (resa esecutiva con L. n. 848/1955), la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (resa esecutiva con L. n. 489 del 1988) ed il Patto Internazionale sui diritti civili e politici (reso esecutivo con L. n. 881 del 1977) proibiscono la tortura ed i trattamenti inumani e degradanti, e prescrivono il divieto di *refoulement*, ovvero di rimpatrio a rischio di persecuzione: il divieto di *refoulement* è assoluto e si applica ad ogni persona, senza considerazione né del suo *status* né del tipo d'imputazione o di condanna, ed indipendentemente dalla natura del trasferimento (comprese, quindi, l'extradizione o l'espulsione).

---

<sup>1</sup> Corte costituzionale, sentenze nn. 39 del 2008, 239, 311 e 317 del 2009, 93 del 2010; per una applicazione di tali principi, cfr. sez. 2, ordinanza n. 22357 del 27/5/2010, dep. 11/6/2010, Micciché, che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, per i processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione, in relazione all'art. 117 della Costituzione ed all'art.7 della Convenzione EDU, rilevando che, per effetto di tale ultima norma, dovrebbe, nell'interpretazione della Corte EDU, operare non solo il principio della irretroattività della legge penale più severa, ma anche, implicitamente, il principio di retroattività della legge penale meno severa (in essa inclusi - stante quanto a suo tempo affermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 393 del 2006 - i profili inerenti alla riduzione dei termini di prescrizione).

Con riguardo alla suddetta garanzia, si è ritenuto che, nei casi in cui la Corte EDU abbia stabilito che l'esecuzione di provvedimenti di espulsione o comunque di trasferimento forzoso verso un determinato Paese violi l'art. 3 della Convenzione EDU, in considerazione del rischio di attuazione di pene o trattamenti inumani o degradanti, sorge, *"per ogni articolazione istituzionale della Repubblica, la necessità di verificare il rigoroso rispetto dell'art. 3 della Convenzione e, specificamente, per ogni organo giurisdizionale competente a deliberare decisioni che comportano trasferimenti di persone verso [quel paese], il dovere di individuare ed adottare, in caso di ritenuta pericolosità della persona, un'appropriate misura di sicurezza, diversa dall'espulsione, alla luce dei principi vigenti in materia ed in considerazione della particolare situazione dei prevenuti. E ciò fino a quando non sopravvengano in [quel paese] fatti innovativi idonei a mutare la situazione d'allarme descritta nell'indicata decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, sì da offrire affidabile e concreta dimostrazione di garanzia di pieno rispetto dell'art. 3 della Convenzione. Trattandosi di vicende suscettibili di evoluzione e di sviluppo, tale verifica va fatta nel momento in cui deve eseguirsi l'espulsione, con eventuale sostituzione di essa con altra misura di sicurezza"*<sup>2</sup>.

In tema di estradizione per l'estero, si è anche ritenuto che, ai fini dell'accertamento della condizione ostativa prevista dall'art. 698, comma primo, cod. proc. pen., la Corte d'appello può fondare la propria decisione in ordine all'esistenza di violazioni dei diritti umani nel Paese richiedente anche sulla base di documenti e rapporti elaborati da organizzazioni non governative (quali, ad es., *Amnesty International* ed *Human Rights Watch*), la cui affidabilità sia generalmente riconosciuta sul piano internazionale<sup>3</sup>.

## **1.2. Il principio di irretroattività.**

Le Sezioni Unite, chiamate a decidere *<<se il mutamento di giurisprudenza intervenuto medio tempore con decisione delle Sezioni Unite, renda ammissibile la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata>>*, hanno ritenuto che *<<il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata>>*, precisando che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione EDU, il cui art. 7, come interpretato dalla Corte

---

<sup>2</sup> Sez. 6, sentenza n. 20515 del 28/4/2010, dep. 28/5/2010, Arman Ahmed, rv. 247347.

<sup>3</sup> Sez. 6, sentenza n. 32685 dell'8/7/2010, dep. 3/9/2010, P.G. in proc. Seven, rv. 248002: la fattispecie riguardava una istanza di estradizione che la Corte distrettuale ha rigettato, desumendo il concreto pericolo di pratiche di tortura nei confronti dell'estradando anche sulla base dei più recenti rapporti di *Amnesty International*.

EDU, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale<sup>4</sup>.

Con specifico riferimento alla questione controversa, che imponeva di stabilire se il mutamento di giurisprudenza ad opera del Supremo Collegio di nomofilachia possa costituire quell'elemento di novità idoneo a superare la preclusione del c.d. <<giudicato esecutivo>>, a parere delle Sezioni Unite la soluzione positiva *"è imposta dall'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo"*<sup>5</sup>. Si è, in proposito, ricordato che l'art. 7 della Convenzione EDU, pur enunciando formalmente il solo principio di irretroattività, è stato interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso che esso delinea, nell'ambito del sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, i due fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*: *"la richiamata norma, apparentemente <<debole>> e scarsamente <<incisiva>> rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali (riserva di legge, irretroattività, determinatezza, divieto di analogia), presenta, in realtà, contenuti particolarmente qualificanti, resi progressivamente espliciti dalla giurisprudenza della Corte europea, che ha esteso la portata della disposizione, includendovi il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia in malam partem<sup>6</sup>, il principio implicito della retroattività della legge meno severa<sup>7</sup>, ed ha enucleato dal sistema della Convenzione un concetto di <<legalità materiale>>, in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione"*.

Secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, *"una relazione di tipo concorrenziale"* tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa.

E la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività *"concretizzatrice"* della giurisprudenza: *"in definitiva, il sistema convenzionale, pur dando grande risalto al principio di legalità, non ne assolutizza l'ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato formale su quello propriamente giurisprudenziale, ma, nella prospettiva di salvaguardare la specificità delle tradizioni costituzionali all'interno di un sistema di diritto comune tendenziale, ritiene complementari i due dati, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma <<vivente>>, risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici"*.

<sup>4</sup> Sez. U., sentenza n. 18288 del 21/1/2010, dep. 13/5/2010, P.G. in proc. Beschi, rv. 246651.

<sup>5</sup> Corte cost., sentenze n. 349 del 2007, e n. 239 del 2009.

<sup>6</sup> Corte EDU, sentenza n. 32492 del 1996, Coeme ed altri c/ Belgio.

<sup>7</sup> Corte EDU, *Grande Chambre*, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c/ Italia.

Le posizioni della Corte EDU sulla portata e sui margini di legittimità del c.d. <<diritto vivente>> risultano in armonia con la giurisprudenza costituzionale<sup>8</sup>.

Le considerazioni sin qui svolte *"legittimano la conclusione che l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo <<elemento di diritto>>, idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità ed integra il <<diritto vivente>>. Tale operazione ermeneutica si rende necessaria ed è doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione, che – come si è detto – ha natura e funzione diverse dal giudicato, non può che essere recessiva"*.

In realtà, *"l'intervento delle Sezioni Unite, chiarendo il contenuto del messaggio normativo ed offrendo stabilità al medesimo, legittimamente può essere evocato a fondamento di una nuova richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata. La fase esecutiva di una condanna, invero, è disciplinata da regole, per così dire, flessibili, che tengono conto della dinamica connessa alla funzione rieducativa della pena ed alla risocializzazione del condannato (si pensi all'accesso alle misure alternative alla detenzione), con l'effetto che deve escludersi qualunque preclusione in una situazione in cui una precedente decisione negativa di applicazione dell'indulto, non coperta da giudicato in senso proprio, riposi su una lettura della corrispondente normativa, riconosciuta, in seguito, non in linea con norme internazionali pattizie, nonché lesiva – come nella specie – del diritto fondamentale della persona alla libertà. In tale ipotesi s'impone, alla luce del novum interpretativo, diventato <<diritto vivente>>, la rivalutazione della posizione del condannato."*

L'opposta conclusione violerebbe il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., perché comporterebbe una irragionevole disparità di trattamento tra condannati per reati dello stesso tipo, commessi tutti prima della data di operatività dell'indulto.

---

<sup>8</sup> Il sintagma <<diritto vivente>> era apparso per la prima volta nella sentenza n. 276 del 1974 della Corte costituzionale, per focalizzare la figura - già elaborata in precedenti decisioni - della *"norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici"* (Corte cost., sentenza n. 3 del 1956), e *"come vive nella realtà concreta"* (Corte cost., sentenza n. 198 del 1972); è al *"diritto vivente"*, infatti, che il Giudice delle leggi fa riferimento, per definire propriamente l'oggetto del sindacato di costituzionalità, rinunciando ad imporre la propria libertà interpretativa e ritenendosi vincolato all'esegesi dei giudici ordinari. La nozione di <<diritto vivente>> è correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario: tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire *"quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini"*. Per le decisioni di legittimità predomina sul *"criterio quantitativo"* quello *"qualitativo del grado"* e della funzione rivestiti dall'Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente *"anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite"*, posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (Corte cost., sentenze n. 317 del 2009, n. 260 del 1992, n. 292 del 1985, n. 34 del 1977).

Le Sezioni Unite hanno, peraltro, precisato che, alla luce dei principi generali che ispirano il sistema penale, "*non qualsiasi mutamento giurisprudenziale, che attribuisce carattere di novità ad una determinata quaestio iuris, legittima, (...), il superamento della preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p. Non lo consente certamente una diversa e nuova interpretazione contra reum di norme sostanziali, considerato che tanto la legge nazionale (artt. 25 Cost. e 2 c.p.) quanto l'art. 7 della Convenzione europea sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli al reo (e, per quanto detto, della mutata interpretazione più sfavorevole)*".

### **1.3. Gli effetti delle sentenze della Corte EDU nei confronti delle parti.**

Assume rilievo sempre crescente, in difetto di una norma *ad hoc*, il tema delle possibili conseguenze delle decisioni della Corte EDU che abbiano ritenuto la <<ingiustizia>> del processo penale per violazione del diritto al contraddittorio nel giudizio di legittimità.

La V sezione<sup>9</sup>, con riguardo ad un caso nel quale era passata in giudicato la sentenza d'appello che aveva modificato *in peius* (su appello del P.M.) la pena di anni trenta di reclusione inflitta (a seguito di giudizio abbreviato) all'imputato, irrogando l'ergastolo, in conseguenza dell'entrata in vigore dell'art. 7, comma secondo, D.L. n. 341 del 2000, conv. con modif. in L. n. 4 del 2001 (che aveva modificato l'art. 442, comma secondo, ultimo periodo, cod. proc. pen.), con applicazione ritenuta dalla Corte EDU non equa (in violazione dell'art. 6 della Convenzione EDU) e retroattiva (in violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU), ha ritenuto ammissibile il ricorso straordinario *ex art. 625-bis* cod. proc. pen., preordinato ad ottenere, in esecuzione della sentenza della Corte EDU, la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella (di anni trenta di reclusione) ritenuta equa dalla Corte EDU, riconoscendo la sussistenza del diritto del ricorrente ad ottenere una modifica della pena in attuazione della Convenzione EDU, nonché del corrispondente obbligo positivo del giudice (che, investito del ricorso, abbia preso atto dell'iniquità e dell'ineseguibilità del giudicato, per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte EDU) di determinare la quantificazione della stessa in misura rispondente alla Convenzione EDU; in applicazione del principio, è stata revocata *in parte qua* la sentenza della Corte di Cassazione originariamente passata in giudicato, ed è stata annullata senza rinvio, limitatamente al trattamento sanzionatorio, la sentenza resa dal giudice di merito in grado d'appello.

A sostegno della decisione si è osservato che l'art. 46 della Convenzione EDU "*stabilisce una precisa ed inequivoca <<obbligazione giuridica>> per gli Stati contraenti, di conformarsi - sotto il controllo del Comitato dei Ministri - alle sentenze definitive della Corte pronunciate nelle controversie in cui sono parti. L'indirizzo del nostro ordinamento di recepire le decisioni della Corte di Strasburgo e di uniformarsi ad esse può dirsi stabilmente confermato dal legislatore, attraverso a) il D.P.R. n. 289 del 2005, che, ad integrazione del T.u. sul casellario giudiziale, ha inserito il D.P.R. n. 313 del 2002, art. 19, commi 2-bis e 2-ter, prevedendo l'iscrizione dell'*

<sup>9</sup> Sentenza n. 16507 dell'11/2/2010, dep. 28/4/2010, Scoppola, rv. 247244.

*<<estratto delle decisioni adottate dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano, concernenti i provvedimenti giudiziari ed amministrativi definitivi delle autorità nazionali già iscritti...>>; b) la L. n. 12 del 2006, recante <<Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo>>; l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU "è da considerare di risultato, nel senso che è riservata agli Stati la scelta dei mezzi per adeguarsi ai principi in essa formulati, come ha ribadito il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la raccomandazione R (2000) 2, secondo cui <<spetta alle competenti autorità dello Stato condannato decidere quali misure siano più appropriate per assicurare una restitutio in integrum, tenendo conto dei mezzi disponibili nell'ordinamento interno>>".*

Preso atto che, nella legislazione interna, manca una procedura *ad hoc*, si è evidenziato, nel valutare in qual modo fosse possibile addivenire alla sostituzione della pena, che, nel caso di specie (diversamente da quanto avvenuto negli altri casi nei quali la Corte di legittimità aveva dovuto risolvere analogo interrogativo), l'iniquità della decisione non atteneva al profilo della formazione della prova in contraddittorio, dell'accertamento della responsabilità penale o della qualificazione giuridica dei fatti (non avendo la Corte EDU sostenuto che il giudice avrebbe dovuto giudicare in maniera differente o che l'imputato avrebbe potuto difendersi diversamente, se fossero state rispettate le garanzie processuali fondamentali) bensì unicamente al trattamento sanzionatorio: *"nel caso in esame, quindi, sussiste, da un lato, per [l'interessato], il diritto ad una modifica della pena, da determinare secondo la legalità della Convenzione; dall'altro, per lo Stato e, specificamente, per gli organi investiti del potere giudiziario, l'obbligo positivo di determinare una pena rispondente alla legalità sancita dalla Convenzione, allo specifico fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli scaturite dalla violazione accertata"*.

All'uopo, risultava sufficiente la mera modifica della pena; si è, quindi, ritenuto che, pur potendo essere affidato al giudice dell'esecuzione il compito di sostituire la pena dell'ergastolo, tuttavia, *"in ossequio al principio dell'economia dei mezzi processuali ed allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del procedimento, si possa evitare questa ulteriore fase, a fronte dell'estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee"*. Pertanto, preso atto dell'iniquità e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte EDU, che ha accertato che la sua formazione è avvenuta in violazione dei principi sanciti dagli artt. 6 e 7 della Convenzione EDU, nonché della conseguente esigenza di provvedere all'immediata caducazione della decisione viziata ed all'immediata modifica della pena inflitta, è stata revocata *in parte qua* la sentenza passata in giudicato, ed è stata annullata senza rinvio la sentenza della Corte di assise di appello limitatamente al trattamento sanzionatorio, che è stato conclusivamente rideterminato in anni trenta di reclusione.

In tema, la III sezione<sup>10</sup>, con riguardo al medesimo problema, in un caso nel quale il giudice dell'esecuzione, investito di richiesta di revoca della confisca disposta con sentenza irrevocabile, ritenuta dalla Corte EDU in contrasto con l'art. 7 della Convenzione EDU, ne aveva pronunciato il rigetto motivando, tra l'altro, nel senso che la sentenza della Corte EDU imponeva allo Stato unicamente il risarcimento dei danni, ha riconosciuto che le sentenze della Corte EDU che dichiarano l'intervenuta violazione della Convenzione EDU, pur non avendo effetti precettivi immediati, sono produttive di diritti ed obblighi nei confronti delle parti del giudizio, perché, da un lato, lo Stato è tenuto a conformarsi ad esse eliminando la violazione accertata e, dall'altro, il cittadino coinvolto dalla violazione stessa ha diritto alla riparazione non soltanto nella forma pecuniaria, ma anche in quella specifica della *restitutio in integrum*.

Si è, in proposito, ricordato che l'art. 19 della Convenzione EDU prevede l'istituzione della Corte EDU <<per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla Convenzione e dai suoi protocolli>>, e che l'art. 46 (recante la rubrica <<Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze>>), già nella formulazione di cui all'undicesimo Protocollo, stabilisce una precisa obbligazione giuridica per gli Stati contraenti di conformarsi, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, alle decisioni definitive della Corte per le controversie nelle quali sono parti: tale obbligazione è stata resa ancora più vincolante dal quattordicesimo Protocollo (ratificato con L. n. 280 del 2005 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010), che introduce una revisione alla verifica sull'esecuzione delle sentenze e, tra l'altro, prevede un meccanismo di infrazione accettato senza riserve dall'Italia. La volontà dello Stato di recepire le decisioni di Strasburgo e di uniformarsi alle stesse, accettandone la <<forza>> vincolante, è desumibile anche dall'emanazione della L. n. 12 del 2006 (recante <<Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo>>) che ha introdotto una norma, inserita nella L. n. 400 del 1998 (art. 5) che individua nel Presidente del Consiglio l'organo governativo deputato agli adempimenti di competenza, e del d.P.R. n. 289 del 2005, in virtù del quale le decisioni definitive dei Giudici europei sono inserite nel casellario giudiziario.

In questo contesto, *"i precisi obblighi nascenti dalla Convenzione e la normativa interna portano necessariamente a concludere che le sentenze della Corte che dichiarano l'intervenuta violazione della Convenzione, pur non avendo effetti precettivi immediati, hanno valenza non limitata alla sfera sopranazionale, ma sono produttive di diritti e di obblighi nei confronti delle parti; ciò nel senso che lo Stato è tenuto a conformarsi al dettato della Corte, eliminando le conseguenze pregiudizievoli della violazione, ed il cittadino ha il diritto alla riparazione nella forma pecuniaria e/o specifica della restitutio in integrum. Sul tema, la carenza di un potere di immediata disapplicazione della norma interna contrastante con la Convenzione (..) non rileva: nel caso concreto, non si tratta di disapplicare un atto legislativo o di farne valere una illegittimità costituzionale, ma di adempiere all'obbligo, indiscusso, di dare esecuzione delle condanne della Corte di Strasburgo dopo avere individuato il più idoneo strumento giuridico"*.

---

<sup>10</sup> Sentenza n. 23761 dell'11/5/2010, dep. 21/6/2010, Presidenza del Consiglio dei ministri, rv. 247280-1.

Nel caso di specie, si è anche ritenuto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri, organo deputato per legge a curare l'esecuzione delle pronunce della Corte EDU, fosse legittimata a richiedere al giudice dell'esecuzione la revoca della confisca, già considerata dai giudici europei in contrasto con l'art. 7 della Convenzione EDU: *"nella prospettiva della Corte europea, la responsabilità dello Stato-soggetto di fonte alla Convenzione si pone in termini indifferenziati rispetto all'articolazione interna dell'ordinamento e, quindi, dell'organo che, in concreto, ha causato la violazione. In questo senso, si può sostenere che la Presidenza del Consiglio ha agito in una sorta di <<autotutela>> per rimuovere gli effetti dell'atto convenzionalmente illegittimo <<rappresentando>> lo Stato- soggetto (nonché gli originari titolari del bene confiscato a prescindere dall'interesse concreto di costoro). La titolarità ad agire in capo alla Presidenza del Consiglio è reperibile in una fonte positiva, la L. n. 400 del 1998, art. 5, comma 3, lett. a-bis (che dispone che il Presidente del Consiglio promuove gli adempimenti governativi conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano).*

*L'art. 5 altro non è che la norma di attuazione del generale obbligo sancito, a livello intenzionale, dall'art. 46 Convenzione EDU. Ai sensi dell'art. 666 c.p.p., comma 1, non può negarsi al ricorrente la qualifica di soggetto <<interessato>>, la cui nozione, nella relativa applicazione giurisprudenziale, è molto ampia e comprende chiunque vanti una posizione giuridicamente tutelata sulla quale incide l'esecuzione della sentenza. La considerazione del Giudice sulla non partecipazione del Presidente del Consiglio nei precedenti procedimenti è superabile: questa Corte ha reiteratamente ammesso che terzi estranei al giudizio di cognizione - e, pertanto impossibilitati ad impugnare la relativa sentenza - siano facoltizzati, assumendo di essere titolari di diritto sul bene confiscato, a chiederne la restituzione proponendo ricorso ai sensi dell'art. 665 c.p.p."*

Conclusivamente, preso atto che nella procedura camerale culminata nell'emissione dell'ordinanza impugnata non era stato rispettato il principio del contraddittorio, quest'ultima è stata annullata e gli atti sono stati trasmessi al Tribunale *a quo* per una nuova decisione - da emanarsi in contraddittorio dei soggetti interessati<sup>11</sup> - sulla richiesta della Presidenza del Consiglio di revoca della confisca, invocata ai sensi dell'art. 4, comma 4-ter, D.L. n. 78 del 2009, conv. in L. n. 102 del 2009.

Appare opportuno ricordare che la direttiva 106.8. dello Schema di disegno di legge delega per la riforma del Codice di procedura penale elaborato, nel corso della precedente Legislatura, dalla <<Commissione Riccio>>, aveva proposto di colmare l'evidenziata lacuna normativa, apprestando, per il caso in cui sia accertata la violazione di uno dei diritti riconosciuti dalla Convenzione EDU, un apposito rimedio processuale, condivisibilmente tenuto distinto dalla revisione, ed aveva all'uopo predisposto una sorta di "filtro", volto a verificare se la violazione

<sup>11</sup> Non essendo in precedenza stati citati il Comune che in esito alla confisca aveva acquisito i terreni al suo patrimonio, e le tre società alle quali i beni *de quibus* avrebbero dovuti essere restituiti.

avesse effettivamente inciso sulla decisione, se ne avesse cioè determinato la sostanziale ingiustizia, rendendola meritevole di essere caducata attraverso il rimedio impugnatorio straordinario *ad hoc*.

## 2. Il giusto processo.

I principi del cd. "giusto processo" (*due process of law*) risultano garantiti dall'art. 111 della Costituzione, il cui testo, modificato con L. costituzionale n. 2 del 1999, ha recepito il contenuto dell'art. 14, comma terzo, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e dell'art. 6, comma terzo, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ai quali peraltro l'emanando codice di procedura penale già doveva ispirarsi, in forza dell'espressa disposizione contenuta nell'art. 2, comma primo, della Legge delega n. 81 del 1987.

Le relative tematiche, ormai non più "nuove", sono state esaminate in più occasioni, anche nel corso dell'anno 2010, dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che generalmente è pervenuta a soluzioni coerenti con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cui in materia va riconosciuta particolare rilevanza, sia per le appena sottolineate analogie fra i testi di legge di riferimento, sia perché le sentenze definitive della Corte di Strasburgo hanno "forza vincolante" nell'ordinamento interno, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione.

### 2.1. Il diritto al contraddittorio.

Il principio del contraddittorio può essere inteso in duplice accezione:

- nella sua dimensione oggettiva, esso costituisce metodo di accertamento della verità;
- nella sua dimensione soggettiva, esso si sostanzia nel diritto a confrontarsi, in ogni fase del processo, con il proprio accusatore, e costituisce estrinsecazione del diritto di difesa.

Non vi è dubbio che il principio sia stato recepito dall'art. 111 della Costituzione principalmente nella sua dimensione oggettiva: in tal senso depone la collocazione sistematica della garanzia, concepita non quale corollario del diritto di difesa (nel qual caso la sua enunciazione avrebbe dovuto seguire la garanzia del diritto di difesa: cfr. art. 24, comma secondo, della Costituzione), bensì quale fondamentale «norma sulla giurisdizione», inserita (l'interprete deve ritenere non casualmente) nell'art. 111 della Costituzione, che apre la sezione dedicata alle «Norme sulla giurisdizione» (Sezione II del Titolo IV).

L'attenzione dei Costituenti non si è, pertanto, incentrata sul diritto dell'imputato a confrontarsi con il proprio accusatore (sempre rinunciabile, senza che il giudice possa interferire, e quindi di rilievo costituzionale inferiore), bensì sul contraddittorio inteso come metodo privilegiato per l'attuazione della giurisdizione (art. 111, comma primo, della Costituzione) da parte dei magistrati (Titolo IV), perché ritenuto il più affidabile ai fini della ricerca della verità: in tale accezione, esso non è mai in assoluto disponibile dalle parti, e postula logicamente che il dichiarante abbia l'obbligo di dire la verità, poiché in caso contrario l'attuazione della giurisdizione potrebbe risultare falsata.

Il contraddittorio costituisce, pertanto, uno strumento processuale funzionale ad assicurare la genuinità della prova, garantendo la completezza e quindi la maggiore corrispondenza a verità dei dati acquisiti (per la necessaria attività della parte pubblica, non necessariamente elisa, ma, nelle intenzioni dei novelli costituenti, completata dall'intervento delle parti private).

Una conferma in tal senso giunge da quelle che impropriamente vengono definite «deroghe al principio del contraddittorio» (art. 111, comma quinto, della Costituzione), laddove, a ben vedere, ne costituiscono fulgida riaffermazione, nell'accezione oggettiva:

- per ragioni di economia processuale (onde evitare il rischio che l'opzione prioritaria per la formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale *inter partes* possa allungare a dismisura i tempi di definizione dei processi penali anche aventi ad oggetto vicende minori), si è dato rilievo al «consenso dell'imputato», che peraltro, se vincola il giudice in quanto rinuncia al diritto di confrontarsi con il proprio accusatore, non lo vincola in quanto rinuncia al contraddittorio quale metodo più affidabile di ricerca della verità: il giudice può, ad esempio, assumere d'ufficio gli elementi necessari ai fini della decisione (art. 441, comma quinto, cod. proc. pen.) nel rito abbreviato<sup>12</sup>, e non condividere, nel giudizio, gli accordi istruttori *inter partes* (art. 507, comma primo-bis, cod. proc. pen.);

- si è logicamente dovuto prendere atto che in date situazioni, per accertata impossibilità di natura oggettiva, l'assunzione delle prove dichiarative in contraddittorio non può aver luogo (*ad impossibilia nemo tenetur*);

- è stata, infine, attribuita rilevanza alla «provata condotta illecita» che abbia alterato i possibili esiti della prova, se assunta in contraddittorio (onde evitare che la criminalità – soprattutto quella organizzata – potesse ricorrere all'intimidazione sistematica dei testimoni): ma questa non costituisce deroga, bensì estrema riaffermazione del principio del contraddittorio quale metodo privilegiato di attuazione della giurisdizione, alla cui tutela risulta necessario ripristinare la corretta situazione, turbata dall'indebita pressione esterna, senza la quale la formazione della prova avrebbe avuto esiti diversi.

Con riferimento al contraddittorio inteso nella sua più ampia accezione di **diritto di partecipazione al procedimento** vanno segnalati due interventi delle Sezioni unite.

Chiamate a decidere una diversa questione controversa<sup>13</sup>, le Sezioni unite<sup>14</sup> hanno preliminarmente osservato che **l'imputato detenuto** o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza, **ha diritto di presenziare al giudizio camerale** (nella specie: d'appello avverso la sentenza pronunciata in giudizio abbreviato), anche se ristretto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice precedente; nell'escludere che la predetta richiesta debba

<sup>12</sup> Le Sezioni unite (sentenza n. 16 del 21/6/2000, dep. 30/6/2000, Tammaro, rv. 216246-9) hanno precisato «deve».

<sup>13</sup> <<Se l'imputato, per ottenere nel giudizio di cognizione il riconoscimento del vincolo della continuazione tra il reato in imputazione ed altro già giudicato, debba produrre copia della sentenza rilevante o possa limitarsi all'indicazione degli estremi della stessa>>.

<sup>14</sup> Sentenza n. 35399 del 24/6/2010, dep. 1°/10/2010, F., rv. 247835-6.

rispettare il termine di cinque giorni indicato dall'art. 127, comma secondo, cod. proc. pen., si è precisato che questa interpretazione, *"proprio perché garantisce maggiormente la partecipazione al giudizio di merito dell'imputato appellante, che abbia manifestato una volontà in tal senso, è più conforme ai principi del giusto processo e del contraddittorio, sanciti dall'art. 111 Cost., il quale riconosce la piena espansione del diritto di autodifesa e l'esercizio di facoltà, che solo la presenza dell'imputato nel processo è in grado di assicurare. La detta interpretazione trova anche conferma sia nelle norme e principi posti dall'art. 6, comma 3, lett. c), d), e), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i quali, nel prevedere il diritto di ogni accusato di difendersi personalmente, di esaminare o far esaminare i testimoni e di farsi assistere gratuitamente da un interprete, implicano necessariamente la presenza dell'imputato; sia nell'art. 14, comma 3, lett. d), e), f), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a Nuova York il 16 dicembre 1966, e reso esecutivo in Italia con L. 25 ottobre 1977, n. 881, che riconosce esplicitamente il diritto di ogni individuo accusato di un reato di essere presente al processo, oltre che di difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta, di interrogare e fare interrogare testimoni, di farsi assistere gratuitamente da un interprete"*<sup>15</sup>.

La decisione ha evidenziato che, nel giudizio ordinario, va sempre assicurata la presenza dell'imputato, salvo che questi inequivocamente vi rinunci, mentre nel giudizio camerale di appello la presenza dell'imputato non è necessaria e va quindi assicurata soltanto se questi manifesti la volontà di voler comparire, potendo altrimenti presumersi la sua rinuncia ad essere presente<sup>16</sup>: ne consegue che, nel giudizio camerale, il legittimo impedimento, ivi compreso quello costituito dallo stato di detenzione, è irrilevante e non produce effetti se l'imputato non adempia l'onere legislativamente impostogli di comunicare al giudice il suo impedimento e la sua volontà di essere presente: *"il codice di rito dunque, in considerazione del particolare giudizio adottato, impone a carico dell'imputato detenuto un vero e proprio onere di comunicare la sua volontà di partecipare all'udienza camerale d'appello. Ciò però implica, per far sorgere il diritto, la regolarità e la tempestività dell'adempimento dell'onere, ossia che la comunicazione sia fatta con modalità tali da permettere la traduzione dell'imputato per l'udienza. Ed invero - tralasciando le ipotesi in cui non ricorre un inadempimento dell'onere per impossibilità di rispettarlo - se si consentisse che l'imputato, pur avendolo potuto fare in precedenza, possa validamente adempiere l'onere e comunicare l'impedimento e la volontà di comparire anche soltanto all'ultimo istante, quando ormai non vi sia più una corretta possibilità di effettuare la traduzione per l'udienza, allora l'adempimento dell'onere si potrebbe trasformare in realtà in un*

---

<sup>15</sup> L'interpretazione accolta dalle Sezioni unite trova il conforto della giurisprudenza costituzionale, la quale (con riferimento al procedimento di riesame) ha chiarito l'assoluta importanza dell'instaurazione del contraddittorio di fronte al giudice che dovrà assumere la decisione, ed ha riconosciuto che l'imputato detenuto è certamente titolare di un interesse ad essere presente all'udienza per contrastare, se lo voglia, le risultanze probatorie ed indicare eventualmente altre circostanze a lui favorevoli. D'altra parte, il diritto-dovere del giudice di sentire personalmente l'imputato, e il diritto di quest'ultimo di essere ascoltato dal giudice che dovrà giudicarlo, rientrano nei principi generali d'immediatezza e di oralità cui s'informa l'attuale sistema processuale (Corte cost., sentenza n. 45 del 1991).

<sup>16</sup> In tal senso, cfr. anche Corte EDU, *Grande Chambre*, sentenza 18.10.2006, Hermi c. Italia.

*malizioso o doloso mezzo per rinviare, senza necessità, l'udienza stessa e prolungare indebitamente la durata del processo. Il che darebbe luogo ad una interpretazione certamente non rispettosa del buon andamento processuale e non conforme al principio costituzionale della ragionevole durata del processo".*

Occorre, dunque, pervenire ad una interpretazione che soddisfi il bilanciamento tra il diritto fondamentale dell'imputato di essere presente e la necessità di rispettare le caratteristiche di snellezza e celerità del rito prescelto dal medesimo imputato e di assicurare che la durata del processo non sia irragionevolmente e senza necessità prolungata per effetto di condotte dell'imputato maliziose o non giustificate: *"e tale bilanciamento sembra possa essere raggiunto ritenendo che la manifestazione di volontà dell'imputato detenuto non è soggetta ad alcun limite temporale rigido e prefissato, ma debba comunque essere considerata tardiva e non efficace quando sia stata fatta in un momento tale che, nel singolo caso concreto, non vi sia più possibilità di effettuare la traduzione per l'udienza. In tal caso, invero, può ritenersi che l'onere di comunicare la volontà di comparire non sia stato validamente adempiuto e che pertanto difetti il presupposto necessario perché abbia rilievo l'impedimento dell'imputato e perché il giudice abbia l'obbligo di assicurarne la presenza (ovvero può ritenersi ... che legittimamente il giudice può ravvisare nel comportamento dell'imputato una rinuncia a comparire). Non potrebbe invece riscontrarsi un inadempimento dell'onere (con le dette conseguenze) allorché vi sia stata una oggettiva impossibilità di effettuare prima la comunicazione (come, ad esempio, quando la detenzione intervenga nell'immediata prossimità dell'udienza). In questo caso, così come in quello in cui la traduzione, pur oggettivamente possibile, non è avvenuta per disguidi o ritardi dell'amministrazione, dovrà essere disposta la traduzione per una successiva udienza. Poiché, però, si tratta pur sempre del diritto fondamentale dell'imputato detenuto di essere presente nell'udienza in cui si decide della sua responsabilità e del trattamento sanzionatorio, il principio appena enunciato deve poi essere interpretato ed applicato in modo rigido, sia nel senso che la richiesta potrà ritenersi tardiva soltanto allorché in concreto non vi sia possibilità pratica di assicurare la presenza in udienza dell'appellante, sia nel senso che il giudice, qualora ritenga intempestiva la richiesta, deve dar conto, con adeguata e congrua motivazione, delle specifiche ragioni per le quali in quel determinato caso non era possibile effettuare la traduzione dell'imputato in udienza, prendendo in considerazione tutte le specifiche circostanze del caso concreto, quali, ad esempio, il tipo di limitazione della libertà personale, il luogo in cui l'imputato si trova ristretto, e così via".*

Si è anche evidenziato che i principi affermati si applicano non solo nel caso in cui l'imputato sia detenuto in un istituto penitenziario, ma anche quando si trovi agli arresti domiciliari o sia comunque soggetto ad altra misura restrittiva della libertà personale che non gli permetta di presentarsi liberamente all'udienza.

Ciò premesso, si è conclusivamente affermato che la mancata traduzione (non disposta o non eseguita) all'udienza camerale d'appello dell'imputato che abbia tempestivamente manifestato, in qualsiasi modo, la volontà di comparire, e che si trovi detenuto o comunque

soggetto a misure limitative della libertà personale, determina la nullità assoluta ed insanabile del giudizio camerale e della relativa sentenza.

Successivamente, chiamate a decidere, con riguardo all'**attuazione del diritto al contraddittorio nell'ambito del subprocedimento cautelare**, <<se il difensore della persona arrestata o fermata possa prendere visione delle richieste in ordine alla libertà personale, con gli elementi su cui le stesse si fondano, trasmesse dal pubblico ministero al giudice della udienza di convalida a norma dell'art. 390, comma 3-bis, cod. proc. pen.>>, le Sezioni unite<sup>17</sup> hanno osservato che *"la possibilità di conoscere <<direttamente>> da parte del difensore, l'integralità degli elementi e degli atti che formano oggetto della richiesta di convalida e di applicazione della misura, a prescindere dalla <<mediazione illustrativa>> del pubblico ministero o del giudice, rappresenta null'altro che la base ineludibile sulla quale poter configurare un contraddittorio <<effettivo>> e, con esso, un effettivo soddisfacimento della funzione difensiva che l'interrogatorio in sede di convalida è destinato a realizzare: giustificandone, per questa via, l'equipollenza normativa all'interrogatorio previsto dall'art. 294 cod. proc. pen."*.

Tale conclusione è, peraltro, necessitata dalla giurisprudenza della Corte EDU<sup>18</sup>: la Corte di Strasburgo, infatti, ha costantemente avuto modo di sottolineare che tutti i processi penali devono caratterizzarsi per l'attuazione del contraddittorio e garantire la parità delle armi tra accusa e difesa, poiché questo *"è uno degli aspetti fondamentali del diritto ad un processo equo. Il diritto a un processo penale in contraddittorio implica, per l'accusa come per la difesa, la facoltà di prendere conoscenza delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra parte">><sup>19</sup>. Per di più, l'articolo 6 § 1 [della Convenzione EDU] esige che le autorità procedenti comunichino alla difesa tutte le prove pertinenti in loro possesso, sia a carico che a discarico<sup>20</sup>. E' ben vero (...) che <<il diritto alla diffusione delle prove pertinenti non è assoluto>>, in quanto <<in un determinato processo penale vi possono essere interessi concorrenti – come la sicurezza nazionale o la necessità di proteggere i testimoni che rischiano rappresaglie, o di mantenere segreti dei metodi polizieschi di ricerca dei reati – che devono essere bilanciati con i diritti dell'imputato<sup>21</sup>>>. Sicché, in alcuni casi può essere necessario dissimulare alcune prove alla difesa, in modo da preservare i diritti fondamentali di un altro individuo o salvaguardare un interesse pubblico importante. Tuttavia – ha soggiunto la Corte – sono legittime rispetto all'art. 6 § 1 solo le misure che limitano i diritti della difesa che sono assolutamente necessarie<sup>22</sup>. Per di più, se si vuole garantire un processo equo all'imputato, tutte le difficoltà causate alla difesa da una limitazione dei suoi diritti devono essere sufficientemente compensate dalla procedura seguita dinanzi alle autorità giudiziarie".*

<sup>17</sup> Sentenza n. 36212 del 30/9/2010, dep. 11/10/2010, G.

<sup>18</sup> In particolare, Corte EDU, sentenza Previti c. Italia, 8 dicembre 2009, §§ 178 e 179.

<sup>19</sup> Corte EDU, sentenza Brandstetter c. Austria, 28 agosto 1991, §§ 66 e 67.

<sup>20</sup> Corte EDU, sentenza Edwards c. Regno Unito, 16 dicembre 1992, § 36.

<sup>21</sup> Corte EDU, sentenza Doorson c. Olanda 26 marzo 1996, § 70.

<sup>22</sup> Corte EDU, sentenza Van Mechelen ed altri c. Olanda, 23 aprile 1997, § 58.

E' stata, pertanto, conclusivamente riconosciuta *"l'esistenza di un diritto del difensore di prendere conoscenza degli atti che costituiscono la base tanto del giudizio di convalida che della decisione sulla eventuale richiesta di applicazione della misura cautelare nei confronti dell'arrestato o del fermato. Ove l'esercizio di tale diritto sia stato impedito, ne deriverà una nullità di ordine generale a regime intermedio tanto dell'interrogatorio che della decisione di convalida, la quale, peraltro, deve essere dedotta entro il termine previsto dall'art. 182, comma 2, cod. proc. pen."*.

La giurisprudenza delle sezioni, nel solco di un orientamento già consolidato, ha ribadito **l'esclusione della facoltà dell'imputato di interrogare personalmente il proprio accusatore**, affermando che l'esame testimoniale può essere condotto solo dal difensore, in quanto l'art. 111, comma terzo, della Costituzione (secondo cui la persona accusata di un reato ha facoltà di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico), *"esprime un principio di garanzia le cui modalità concrete di attuazione sono rimesse al legislatore ordinario, che è lasciato libero di scegliere tra le due possibilità in funzione del modello di difesa previsto nei diversi procedimenti. Ne consegue che nell'attuale ordinamento, riservando l'art. 498 cod. proc. pen. al solo difensore la suddetta facoltà, l'imputato non è autorizzato a condurre personalmente l'esame testimoniale"*<sup>23</sup>.

In relazione al **regime delle letture** ed al tema della **valutazione della prova testimoniale conseguentemente acquisita**, va registrata la netta affermazione che la dichiarazione accusatoria della persona offesa acquisita ai sensi dell'art. 512 cod. proc. pen. deve trovare conforto, per sostenere l'accusa, in ulteriori elementi individuati dal giudice, con doverosa disamina critica, nelle risultanze processuali<sup>24</sup>.

Premesso che la previsione dell'ipotesi di formazione della prova senza contraddittorio ammessa dall'art. 111, comma quinto, della Costituzione <<per accertata impossibilità di natura oggettiva>> va intesa nel senso che essa *"deve essere ammessa, pur in presenza di volontario allontanamento del denunciante, quando poi ne risulti oggettivamente impossibile il rintraccio, il rientro o la escussione"*, poiché il criterio rilevante ai fini dell'interpretazione della disposizione di cui all'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen. è quello della <<rimproverabilità>> del soggetto da escutere, in relazione all' <<essersi volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato>>, e non al semplice allontanamento volontario per altri motivi (*"come si desume dalla circostanza che tale rimproverabilità è stata esclusa quando è mancato l'atto della citazione a giudizio del teste"*), si è evidenziato che le dichiarazioni in tal modo acquisite non sfuggono *"al necessario vaglio sull'attendibilità soggettiva ed oggettiva che sempre è posto a carico del giudice del merito ma che, nel caso di specie, lo è con richiesta di*

<sup>23</sup> Sez. 3, sentenza n. 11534 del 24/2/2010, dep. 25/3/2010, Cao, rv. 246445; nel medesimo senso, in precedenza, sez. 6, sentenza n. 2595 del 17/12/2004, dep. 27/1/2005, Marietti, rv. 230880.

<sup>24</sup> Sez. 5, sentenza n. 21877 del 26/3/2010, dep. 8/6/2010, T., rv. 247445-6.

*massimi oculatezza e rigore, in ragione della peculiare natura delle dichiarazioni stesse, non dovendosi dimenticare che esse sono state pur sempre acquisite in assenza di contraddittorio, da una sola delle parti deputate alla ricerca degli elementi utili al processo. A tale conclusione porta, del resto, anche la giurisprudenza della Corte EDU la quale, nell'interpretare l'art. 6 della Convenzione EDU, ha formulato principi nei quali il giudice nazionale, nei limiti del portato normativo delle leggi statali, deve – nella ricorrenza dei relativi presupposti – tendere ad inquadrare, ed ai quali deve uniformare, i precetti cui è chiamato a dare applicazione, altrimenti esponendo i precetti stessi al sospetto di incostituzionalità per contrasto con gli obblighi internazionali (art. 117 Cost.)".*

In relazione alla corretta interpretazione della norma in oggetto, assume rilievo il principio sancito dall'art. 6, comma primo, e comma terzo, lett. d), della Convenzione EDU, secondo i quali, in particolare, ogni accusato ha diritto, tra l'altro, ad interrogare o fare interrogare i testimoni a carico: il principio che si ricava dalla giurisprudenza europea ad esso inerente, *"e che bene può integrare gli approdi interpretativi in materia di valutazione della prova ex art. 192 cod. proc. pen., è quello secondo cui la dichiarazione accusatoria della persona offesa, acquisita fuori dalla fase processuale vera e propria ed in assenza della possibilità presente o futura di contestazione del mezzo stesso in contraddittorio con la difesa, per sostenere l'impianto accusatorio deve trovare conforto in ulteriori elementi che il giudice, con la doverosa disamina critica che gli è richiesta dalle norme di rito, individui nelle emergenze di causa. Si tratta, come è evidente, di una regola di giudizio tutt'altro che estranea al sistema vigente così come già interpretato dalla giurisprudenza"*.

Alle medesime conclusioni, e per le medesime ragioni, è giunta anche altra decisione<sup>25</sup>, per la quale *"una sentenza di condanna che si fonda sulle sole dichiarazioni rese dai testi fuori del contraddittorio con la difesa ed acquisite a norma dell'art. 512 c.p.p., è in sintonia con i principi desumibili dal nostro assetto costituzionale, ma non con quelli derivanti dalla Convenzione EDU"*.

Si è in proposito evidenziato che il sistema normativo risultante dagli artt. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen. (che riproduce *in parte qua* l'art. 111 Cost.) e dall'art. 111, comma quinto, Cost. *"non è stato ritenuto conforme all'art. 6 della Convenzione EDU dai Giudici di Strasburgo che hanno in più occasioni affermato che l'impossibilità di reiterare un atto compiuto nel corso delle indagini preliminari non può privare l'imputato del diritto di esaminare o fare esaminare ogni elemento di prova decisivo a suo carico; le emergenze accusatorie sorte fuori del contraddittorio non sono inutilizzabili in assoluto, ma possono essere usate a condizione che non si attribuisca ad esse un peso determinante ai fini della decisione. Secondo la Corte di Strasburgo, i diritti dell'imputato sono limitati in modo incompatibile con le garanzie della Convenzione quando una condanna si basi, unicamente o in misura preponderante, su deposizioni rese da persone che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella*

---

<sup>25</sup> Sez. 5, sentenza n. 27582 del 15/6/2010, dep. 15/7/2010, R., rv. 248053.

*fase delle indagini né in quella dibattimentale<sup>26</sup>. Al Giudice nazionale incombe l'obbligo di dare, se possibile, alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti della Convenzione EDU nella esegesi giudiziale istituzionalmente attribuita alla Corte di Strasburgo dall'art. 32 della Convenzione stessa. Di conseguenza, si deve rilevare che una interpretazione dell'art. 512 c.p.p. convenzionalmente orientata porta a concludere che al principio del contraddittorio si può derogare, in caso vi sia una oggettiva impossibilità di formazione della prova, con la precisazione che una declaratoria di condanna non può reggersi in modo esclusivo o significativo su dichiarazioni di chi si sia sottratto al confronto con l'imputato".*

In tema di **riqualificazione ex officio del fatto contestato**, si è riconosciuto che la garanzia del contraddittorio in ordine alle questioni inerenti alla diversa qualificazione giuridica del fatto deve essere concretamente assicurata all'imputato sin dalla fase di merito in cui si verifica la modifica dell'imputazione<sup>27</sup>: *"deve rilevarsi che la Corte EDU ha affermato che la portata dell'art. 6, par. 3, lett. a) e b) della Convenzione EDU impone un concetto ampio del principio del contraddittorio, che non si limita solo alla formazione della prova, ma che proietta i suoi effetti anche alla valutazione giuridica del fatto. In sostanza, l'imputato deve essere messo nelle condizioni di discutere in contraddittorio ogni profilo dell'accusa che gli viene mossa, compresa la qualificazione giuridica dei fatti addebitati. Il diritto ad essere informato dell'accusa e, quindi, dei fatti materiali posti a suo carico e sui quali si fonda l'accusa stessa, implica il diritto dell'imputato a preparare la sua difesa, sicché se il giudice ha la possibilità di riqualificare i fatti, deve essere assicurata all'imputato la possibilità di esercitare il proprio diritto alla difesa in maniera concreta ed effettiva: ciò presuppone che sia informato, in tempo utile, sia dell'accusa, sia della qualificazione giuridica dei fatti a carico"*<sup>28</sup>.

La giurisprudenza di legittimità aveva già avuto modo di affermare che l'interpretazione dell'art. 6 cit. e del principio del <<processo equo>> accolta dalla Corte EDU, anche nella parte in cui riconosce all'imputato il diritto al contraddittorio sulla qualificazione giuridica dei fatti, si pone in linea con il principio del <<giusto processo>> delineato dall'art. 111, comma secondo, della Costituzione, escludendo la necessità di un intervento additivo della Corte costituzionale sull'art. 521, comma primo, cod. proc. pen., *"per stabilire che l'imputato e il difensore devono e possono essere messi in grado di interloquire sulla eventualità di una diversa definizione giuridica del fatto là dove essa importi conseguenze in qualunque modo deteriori per l'imputato così da configurare un suo concreto interesse a contestarne la fondatezza"*<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ex plurimis*, Corte EDU, sentenze 10 gennaio 2005, Accardi c. Italia; 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia; 15 maggio 2010, Ogaristi c. Italia.

<sup>27</sup> Sez. 6, sentenza n. 20500 del 19/2/2010, dep. 28/5/2010, Fadda, rv. 247371, in fattispecie nella quale, a seguito della riqualificazione del fatto contestato (da abuso d'ufficio in peculato) operata dal giudice di secondo grado ai sensi dell'art. 521, comma primo, cod. proc. pen., l'imputato aveva potuto contestare per la prima volta la nuova qualificazione, anche ai fini del diverso termine prescrizione, solo in sede di ricorso per cassazione.

<sup>28</sup> In tal senso, Corte EDU, sentenze 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, e 25 marzo 1999, Pellissier e Sassi c. Francia.

<sup>29</sup> Sez. 6, sentenza n. 45807 del 12/11/2008, dep. 11/12/2008, Drassich, rv. 241753-4.

Interpretando l'art. 521, comma primo, cod. proc. pen. in maniera conforme a quanto stabilito dalla Corte EDU, la Corte di Cassazione<sup>30</sup>, facendo ricorso all'art. 625-*bis* cod. proc. pen., ha revocato una sua precedente sentenza, che aveva dato una qualificazione diversa al fatto senza avere consentito alla difesa il contraddittorio sulla diversa imputazione, disponendo una nuova trattazione del ricorso: *"nel caso in esame, devono applicarsi i medesimi principi affermati nelle sentenze sopra citate, in quanto occorre garantire all'imputato di interloquire concretamente, sin dalla fase di merito, sulla diversa definizione giuridica del fatto appropriativo attribuitogli, tenuto conto dell'interesse alla contestazione della nuova qualificazione anche in relazione ai diversi termini di prescrizione dell'originario e meno grave reato di abuso d'ufficio rispetto al peculato. L'imputato ha potuto contestare per la prima volta la diversa qualificazione giuridica del fatto con il ricorso per cassazione, in questo modo perdendo una fase di merito. (...) Il diritto al contraddittorio e alla difesa anche in ordine alle questioni giuridiche di qualificazione del fatto deve essere garantito, normalmente, nella stessa fase in cui si verifica la modificazione dell'imputazione, considerato che l'impugnazione non sempre può avere un effetto equipollente al mancato contraddittorio"*.

Altra decisione ha precisato che la garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice deve ritenersi assicurata in tutti i casi nei quali l'imputato abbia comunque avuto modo di interloquire sul tema in una delle fasi del procedimento: pertanto, in tal caso non sussiste alcuna violazione dell'art. 6, § 3, lett. a), della Convenzione EDU in relazione alla violazione del diritto di difesa per l'omessa conoscenza della qualificazione giuridica data dai giudici al fatto reato<sup>31</sup>.

In assoluta coerenza con i principi sin qui riepilogati, in considerazione delle connotazioni non meramente formali che devono caratterizzare il diritto al contraddittorio, si è anche precisato che il giudice di legittimità ha il potere di procedere *ex officio* alla riquilificazione giuridica del fatto, senza necessità di consentire all'imputato di interloquire sul punto, allorquando, nel ricorso presentato dallo stesso, tale eventualità sia stata espressamente presa

---

<sup>30</sup> Sez. 6, sentenza n. 45807 del 12/11/2008 cit.

<sup>31</sup> Sez. 1, sentenza n. 9091 del 18/2/2010, dep. 8/3/2010, Di Gati, rv. 246494: nel caso di specie, di intervenuta derubricazione del reato, ad opera del giudice di appello, dalla fattispecie di partecipazione ad associazione di tipo mafioso in quella di favoreggiamento aggravato, quest'ultima qualificazione giuridica aveva formato oggetto di discussione nel corso del procedimento incidentale *de libertate* (essendo stata prospettata dal pubblico ministero nel ricorso per cassazione proposto avverso la decisione del tribunale del riesame che aveva annullato la misura cautelare applicata per il reato associativo); inoltre, in una memoria presentata dalla difesa nel corso del giudizio di merito, erano state richiamate decisioni del Tribunale del riesame che avevano qualificato analoghe condotte come favoreggiamento; infine, la diversa qualificazione giuridica aveva costituito oggetto di ampia discussione nel giudizio di legittimità.

in considerazione, ancorché per sostenere la diversità del fatto da quello contestato e la conseguente violazione dell'obbligo di trasmissione degli atti al pubblico ministero<sup>32</sup>.

## **2.2. La terzietà ed imparzialità del giudice.**

I principi di terzietà ed imparzialità del giudice, sanciti dall'art. 111, comma secondo, della Costituzione, costituiscono imprescindibili corollari dei principi del «giusto processo», e operano attraverso l'istituto dell'incompatibilità, in riferimento allo svolgimento di attività valutative e decisionali nell'ambito di uno stesso procedimento penale: se il pregiudizio che si assume lesivo dell'imparzialità del giudice deriva da attività da questo compiute al di fuori del giudizio in cui egli è chiamato a decidere, possono trovare applicazione i diversi istituti dell'astensione e della ricusazione, anch'essi preordinati alla salvaguardia della funzione giudicante, ma secondo una logica *a posteriori* ed in concreto.

In tema, merita di essere segnalata una decisione della II sezione<sup>33</sup>, che ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione d'illegittimità costituzionale dell'art. 41, comma primo, cod. proc. pen., per asserita violazione dell'art. 6 della Convenzione EDU e dell'art. 111 della Costituzione, nella parte in cui consente al giudice collegiale competente di dichiarare inammissibile la richiesta di ricusazione senza previa fissazione dell'udienza camerale: la giurisprudenza della Corte EDU limita, infatti, l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione ai soli giudizi aventi ad oggetto un'accusa penale, con esclusione dei procedimenti o sub-procedimenti incidentali e, quanto all'art. 111 della Costituzione, si è osservato che esso recepisce in sostanza i precetti dell'art. 6 della Convenzione, ed inoltre che rientra nell'insindacabile discrezionalità del legislatore la scelta di graduare forme e livelli differenti di contraddittorio, sia esso meramente cartolare o partecipato, atteso che resta sempre garantito il diritto di difesa.

## **Sezione II – Cassazione e società**

### **3. I diritti delle persone e delle formazioni sociali.**

Il divieto di analogia in materia penale (artt. 25, comma secondo, della Costituzione, 1 cod. pen. e 14 disp. prel. cod. civ.) non consente alla Corte di cassazione di ampliare l'ambito della tutela penale oltre i confini delimitati dalle norme penali incriminatrici; nondimeno, molto frequentemente la giurisprudenza di legittimità si trova al cospetto della necessità di adeguare

---

<sup>32</sup> Sez. 2, sentenza n. 14674 del 26/2/2010, dep. 16/4/2010, Salord, rv. 246922.

<sup>33</sup> Sez. 2, sentenza n. 8808 del 16/2/2010, dep. 4/3/2010, Di Illo, rv. 246455.

le astratte previsioni normative a nuove emergenze di volta in volta profilatesi, in termini non sempre prevedibili *ex ante* dal legislatore, e di dovere, pertanto, attualizzare il *dictum* normativo.

In questo ambito si è mossa anche nel corso dell'anno 2010 la Corte di cassazione, sempre particolarmente sensibile alla tutela dei diritti delle persone e delle formazioni sociali intermedie, ed alle possibili implicazioni dei principi solidaristici accolti dall'art. 2 della Costituzione, che comportano la configurazione, a carico dei consociati, quale ideale contropartita dei diritti ad essi riconosciuti, di nuovi doveri di collaborazione per la realizzazione delle finalità dello Stato sociale, con conseguente ampliamento dell'ambito delle responsabilità penali per omissione (art. 40, comma secondo, cod. pen.), al fine di rendere sempre più incisiva la tutela di beni (si pensi, ad es., al diritto alla salute ed all'ambiente – anche lavorativo – salubre) il cui valore, in passato sottovalutato, si è progressivamente accresciuto nell'*idem sentire* fino ad ottenere un generalizzato riconoscimento di rilevanza costituzionale primaria, risultando essi strumentali alla compiuta realizzazione della personalità umana.

### 3.1. Il diritto alla salute ed alle cure mediche.

In una decisione del 2008<sup>34</sup> le Sezioni unite, chiamate a stabilire se avesse rilevanza penale, ai fini dell'integrazione delle fattispecie di lesioni personali o di violenza privata, la condotta del medico che avesse sottoposto il paziente, **in mancanza di valido consenso informato**, ad un trattamento chirurgico, pure eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* e conclusosi con esito fausto, avevano affermato il seguente principio di diritto: *“ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 c.p. (lesioni personali), che sotto quello della fattispecie di cui all'art. 610 c.p. (violenza privata)”*.

Nel corso dell'anno 2010, la IV sezione, intervenendo sul tema con riguardo ad una fattispecie di intervento di chirurgia correttiva della vista con esito infausto, per il quale il consenso del paziente era stato carpito, prospettandogli una metodologia esecutiva non invasiva, ha affermato che integra il reato di lesione personale dolosa la condotta del medico che sottoponga, con esito infausto, il paziente ad un trattamento chirurgico, rispetto al quale costui abbia espresso il proprio dissenso<sup>35</sup>.

Si è, in particolare, ritenuto non discutibile che *“l'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il <<consenso>> del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 cod. pen., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento: infatti, il medico,*

<sup>34</sup> Sentenza n. 2437 del 18/12/2008, dep. 21/1/2009, Giulini, rv. 241752.

<sup>35</sup> Sentenza n. 21799 del 20/4/2010, dep. 8/6/2010, P.M. in proc. Petretto, rv. 247341.

*di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado per le sue condizioni di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. In questa prospettiva, il consenso, per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere <<informato>>, cioè espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e l'indicazione della gravità degli effetti del trattamento. Il consenso informato, infatti, ha come contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Tale conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost., (per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge), sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico - malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata dal sanitario>>; in tal senso, del resto, si pongono le indicazioni del codice deontologico della categoria professionale.*

Qualora l'esito dell'intervento, effettuato con il dissenso del paziente anche limitatamente alle modalità esecutive, sia risultato <<infausto>>, quanto alle conseguenze penali scaturenti da detto intervento terapeutico (escluso anche che la fattispecie possa rifluire nella previsione dell'art. 610 cod. pen.), viene in rilievo il disposto dell'art. 582 cod. pen.: *"conclusivamente, se il consenso del paziente funge da indefettibile presupposto di liceità del trattamento medico, con la conseguenza che la mancanza di un consenso opportunamente <<informato>> del malato, o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico e la sua rilevanza penale, in ogni caso l'illiceità dell'intervento terapeutico del sanitario eseguito in difformità dal consenso prestato o in sua assenza, va posta in necessaria correlazione con l'esito infausto di esso alla stregua della pronuncia delle SS.UU. nella sentenza del 2009 sopra citata. L'inquadramento di tale condotta sotto il profilo psicologico e la conseguente integrazione della fattispecie criminosa contestabile seguirà le connotazioni circostanziali del caso concreto, ma se tale intervento è stato posto in essere nella piena coscienza dell'esplicito dissenso del paziente o peggio, come nel caso di specie, carpandone il consenso in relazione ad una modalità esecutiva dell'intervento a priori oggettivamente non attuabile, deve ravvisarsi non solo la imprescindibile volontà di incidere sulla incolumità individuale, che è il bene protetto dalla norma, attraverso la necessaria e propedeutica lesione strumentale chirurgica, ma anche quella peculiare di procurare - quanto meno sotto il profilo della preventiva accettazione del rischio della sua verifica - il consequenziale evento dannoso finale, cioè quello non apprezzabile come fausto nei termini come sopra precisati dalla sentenza n. 2437 del 18.12.2008 delle Sezioni Unite. Questo va, quindi, imputato a titolo di dolo, non di colpa*

(*ravvisabile nel concreto espletamento dell'intervento terapeutico meramente non assentito, con esito infausto*), non essendo richiesto per il reato di lesioni personali volontarie il dolo specifico e rimanendo, perciò, del tutto irrilevante che l'atto terapeutico, che ha cagionato la malattia finale, sia stato posto in essere al fine di guarirne altra o assicurare un più appagante assetto psico-fisico <<sul piano della valutazione complessiva della salute>>: determinazioni, queste, peraltro, di esclusiva competenza del paziente".

La condotta del medico che intervenga con esito infausto su paziente che abbia espresso il dissenso nei confronti del tipo d'intervento chirurgico rappresentatogli, deve, pertanto, essere qualificata come dolosa, e non colposa.

La giurisprudenza delle Sezioni<sup>36</sup> ha anche ribadito che la condotta del medico che visiti la paziente senza osservare le regole dell'arte medica (nella specie: omettendo di avvedersi della gravità della patologia che ella presentava) **non costituisce causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento**, e non è, quindi, idonea ad escludere il rapporto di causalità tra l'evento-morte della stessa paziente ed un altrui comportamento colposo antecedente.

Con riguardo alla **responsabilità per errore medico attribuibile ad un medico specializzando**, si è ritenuto che quest'ultimo sia titolare di una posizione di garanzia in relazione alle attività personalmente compiute nell'osservanza delle direttive e sotto il controllo del medico tutore, che deve verificarne i risultati, fermo restando che la sua responsabilità dovrà in concreto essere valutata in rapporto anche allo stadio nel quale, al momento del fatto, si trovava l'*iter* formativo; il medico specializzando deve, pertanto, rifiutare i compiti che non ritiene di essere in grado di compiere, poiché in caso contrario se ne assume la responsabilità a titolo di c.d. colpa per assunzione<sup>37</sup>.

### 3.2. Il diritto all'istruzione.

Una significativa decisione<sup>38</sup> ha evidenziato che l'inosservanza dell'obbligo di frequentare la scuola media superiore non configura la contravvenzione di cui all'art. 731 cod. pen., in quanto all'estensione dell'obbligo scolastico oltre la scuola media [*ex art. 2, lett. c), L. 28 marzo 2003, n. 53*] non è seguita l'introduzione di una sanzione penale in caso di sua violazione: l'estensione dell'ambito della norma incriminatrice di cui all'art. 731 cod. pen. all'ipotesi *de qua* si risolverebbe, pertanto, in un'inammissibile interpretazione analogica *in malam partem*.

### 3.3. La tutela della famiglia e degli anziani.

La tutela della famiglia ha ricevuto dalla giurisprudenza di legittimità una particolare attenzione anche nel corso dell'anno 2010.

<sup>36</sup> Sez. 4, sentenza n. 9967 del 18/1/2010, dep. 11/3/2010, P.G. in proc. Ottelli, rv. 246797.

<sup>37</sup> Sez. 4, sentenza n. 6215 del 10/12/2009, dep. 16/2/2010, Pappadà, rv. 246419.

<sup>38</sup> Sez. 3, sentenza n. 22037 del 14/4/2010, dep. 10/6/2010, I., rv. 247630.

In particolare, in tema di **violazione degli obblighi di assistenza familiare**, si è incisivamente ribadito<sup>39</sup> che nella nozione penalistica di <<mezzi di sussistenza>> di cui all'art. 570 c.p., comma 2, n. 2, - diversa dalla più ampia nozione civilistica di <<mantenimento>> - debbono ritenersi compresi, accanto ai mezzi per la sopravvivenza vitale (quali il vitto, l'alloggio e il vestiario), anche gli strumenti che consentano, in rapporto alle reali capacità economiche ed al regime di vita personale del soggetto obbligato, un sia pur contenuto soddisfacimento di altre complementari esigenze della vita quotidiana, quali, l'abbigliamento, i libri di istruzione, i mezzi di trasporto, i mezzi di comunicazione, precisando, peraltro, che tale secondaria componente della nozione di mezzi di sussistenza viene in considerazione soltanto laddove siano preventivamente soddisfatti in modo adeguato gli anzidetti bisogni essenziali: *"il limitato <<soddisfacimento delle altre complementari esigenze della vita quotidiana>> ed il loro ordine fisiologico (primum vivere) non può infatti essere <<rovesciato>>, come avvenuto nella specie, dalla unilaterale iniziativa dell'obbligato, con prestazioni surrogatorie, pacificamente smodate, avuto riguardo al valore dei due computers ed agli altri capi di vestiario"*.

*Si è concluso che "in tale quadro di <<adempimenti dovuti>>, quand'anche si potessero ritenere ammissibili forme sostitutive dell'obbligo di versamento in danaro, quale contributo stabilito dal giudice, e consistenti nella dazione di <<altre utilità>> o nel procacciamento di <<altri vantaggi>> al minore - come avvenuto nella specie, sia pure in valore complessivo non corrispondente all'obbligo determinato dal giudice civile - tali mezzi sostitutivi non solo dovrebbero operare, direttamente ed immediatamente nella sfera della disponibilità giuridica e di fatto del beneficiario, ma dovrebbero soprattutto realizzarsi senza detrimento o rischio di compromissione delle ragioni di sussistenza <<altre e diverse>> da quelle secondarie, pretesamente soddisfatte con la scelta arbitraria di quello specifico adempimento alternativo da parte dell'obbligato.*

Il corretto adempimento dell'obbligazione che consiste nella dazione (messa a disposizione del minore) dei mezzi di sussistenza, nella qualità e nel valore fissato dal giudice, comporta, di necessità ed agli effetti dell'applicazione del disposto normativo dell'art. 570, comma secondo, n. 2, cod. pen., l'apprestamento solo ed esclusivamente di quel bene o di quel valore che il giudice della separazione o del divorzio ha ritenuto di determinare, nel dialettico confronto delle parti e nel superiore interesse del soggetto debole, oggetto di tutela privilegiata: *"né è in facoltà dell'obbligato sostituire (nella specie per quasi due anni) la somma di denaro, mensilmente dovuta a tale titolo, con "cose" o "beni" che, a suo avviso, meglio corrispondono alle esigenze del minore beneficiario: l'utilizzo in concreto della somma versata compete infatti al coniuge affidatario il quale, proprio per tale sua qualità, gode in proposito di una limitata discrezionalità il cui mancato rispetto, in danno del minore figlio, può trovare sanzione - ricorrendone le condizioni - nella stessa norma, in relazione all'art. 570 cpv. c.p., n. 2"*.

La decisione ha ribadito anche che il soggetto obbligato non può liberarsi dagli obblighi di assistenza adducendo che il minore cui si fanno mancare i mezzi di sussistenza non sia il

---

<sup>39</sup> Sez. 6, sentenza n. 8998 dell'11/2/2010, dep. 5/3/2010, B., rv. 246414.

proprio figlio, dovendosi ritenere necessario al riguardo il passaggio in giudicato della sentenza civile che accolga la relativa domanda di disconoscimento della paternità.

Altra decisione ha ritenuto la configurabilità del **delitto di cui all'art. 572 c.p.** in danno delle operatrici di un istituto pubblico di assistenza, responsabili di maltrattamenti fisici e continue ingiurie in danno di persone anziane ivi ricoverate nel reparto di lunga degenza, osservando che il necessario stato di sofferenza e di umiliazione delle vittime non deve necessariamente collegarsi a specifici comportamenti vessatori posti in essere nei confronti di un determinato soggetto passivo, ma può derivare anche da un clima generalmente instaurato all'interno di una comunità in conseguenza di atti di sopraffazione indistintamente e variamente commessi a carico delle persone sottoposte al potere dei soggetti attivi, i quali ne siano tutti consapevoli, a prescindere dall'entità numerica degli atti vessatori e dalla loro riferibilità ad uno qualsiasi dei soggetti passivi<sup>40</sup>.

### 3.4. Gli atti persecutori (c.d. *stalking*).

Nel corso dell'anno 2010, la giurisprudenza delle sezioni ha avuto modo di occuparsi, per la prima volta, di questioni inerenti al nuovo reato di atti persecutori (o *stalking*), previsto e punito dall'art. 612-*bis* cod. pen., introdotto dall'art. 7 D.L. n. 11 del 2009, conv. in L. n. 38 del 2009.

Si è, innanzi tutto, chiarito che il delitto **rientra tra i reati ad evento di danno** (e si distingue, sotto tale profilo, dal delitto di minacce, che è reato di pericolo)<sup>41</sup>, ed è integrato anche da due sole condotte di minaccia o molestia, come tali idonee a costituire la **reiterazione** richiesta dalla norma incriminatrice: "*le condotte di minaccia o molestia devono essere <<reiterate>>, sì da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura nella vittima ovvero un fondato timore per la propria incolumità o per quella di persone vicine o, infine, costringere la parte lesa a modificare le sue abitudini di vita. Il termine <<reiterare>> denota la ripetizione di una condotta una seconda volta ovvero più volte con insistenza. Se ne deve evincere, dunque che anche due condotte sono sufficienti a concretare quella reiterazione cui la norma subordina la configurazione della materialità del fatto*"<sup>42</sup>.

Le molestie che caratterizzano la condotta tipica dello *stalking* possono essere integrate anche dal reiterato invio alla persona offesa di *sms* e di messaggi di posta elettronica o postati su un *social network* (ad es., *Facebook*), nonché dalla divulgazione, attraverso questi ultimi, di filmati ritraenti rapporti sessuali avuti dall'imputato con la parte lesa<sup>43</sup>.

La **reciprocità dei comportamenti molesti** non esclude la configurabilità del delitto di atti persecutori, incombendo, in tale ipotesi, sul giudice un più accurato onere di motivazione in

<sup>40</sup> Sez. 6, sentenza n. 8592 del 21/12/2009, dep. 3/3/2010, Z., rv. 246028.

<sup>41</sup> Sez. 5, sentenza n. 17698 del 5/2/2010, dep. 7/5/2010, Marchino Camillo, rv. 247225-6.

<sup>42</sup> Sez. 5, sentenza n. 6417 del 21/1/2010, dep. 17/2/2010, Oliviero, rv. 245881.

<sup>43</sup> Sez. 6, sentenza n. 32404 del 16/7/2010, dep. 30/8/2010, D., rv. 248285.

ordine alla sussistenza dell'evento di danno, ossia dello stato d'ansia o di paura della presunta persona offesa, del suo effettivo timore per l'incolumità propria o di persone ad essa vicine o della necessità del mutamento delle abitudini di vita<sup>44</sup>.

Il **perdurante e grave stato di ansia o di paura**, costituente uno dei tre possibili eventi del delitto è configurabile in presenza del destabilizzante turbamento psicologico di una minore determinato da reiterate condotte dell'indagato, consistite nel rivolgere apprezzamenti mandandole dei baci, nell'invitarla a salire a bordo del proprio veicolo e nell'indirizzarle sguardi insistenti e minacciosi<sup>45</sup>.

### 3.5. Molestie "tecnologiche" e diffamazione "on line".

Gli orizzonti giuridici del terzo millennio non possono ignorare la rilevanza - in continua ed inarrestabile crescita - dei reati posti in essere con l'ausilio dei nuovi mezzi tecnologici di comunicazione di massa.

La giurisprudenza delle sezioni, sempre attenta nel relazionarsi con i nuovi fenomeni criminosi, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento penale, ha, ad esempio, evidenziato che la norma incriminatrice di cui all'art. 660 cod. pen. (che punisce la molestia ed il disturbo arrecati con il mezzo del telefono od altri analoghi mezzi di comunicazione) non può essere ampliata fino a ricomprendere l'invio di un messaggio di posta elettronica che provochi turbamento o fastidio nel destinatario: detta condotta (quando non integri gli elementi costitutivi del più grave delitto di *stalking*) è, pertanto, allo stato, penalmente irrilevante: *"la avvertita esigenza di espandere la tutela del bene protetto (della tranquillità della persona) incontra il limite coesistenziale della legge penale costituito dal principio di stretta legalità e di tipizzazione delle condotte illecite, sanciti dall'art. 25, comma secondo, della Costituzione e dall'art. 1 cod. pen."*<sup>46</sup>.

Con riguardo alle (sempre più frequenti) ipotesi di diffamazione *on line*, la V sezione **ha escluso la punibilità**, a norma dell'art. 57 cod. pen., **del direttore di un giornale on line**, sottolineando come tale disposizione si riferisca esplicitamente (ed esclusivamente) all'informazione diffusa attraverso la carta stampata: *"la lettera della legge è inequivoca ed a tale conclusione porta anche l'interpretazione <<storica>> della norma"*. Internet (*rectius*, il suo prodotto) non è assimilabile al concetto di stampato, stante la diversità strutturale tra i due differenti mezzi di comunicazione, e la vigenza nel diritto penale del principio di tassatività: *"qualsiasi tipo di coinvolgimento poi va escluso (tranne, ovviamente, anche in questo caso, per l'ipotesi di concorso) per i coordinatori dei blog e dei forum. Non diversa è la figura del direttore del giornale diffuso sul web"*.

<sup>44</sup> Sez. 5, sentenza n. 17698 del 5/2/2010 cit.

<sup>45</sup> Sez. 5, ordinanza n. 11945 del 12/1/2010, dep. 26/3/2010, G., rv. 246545

<sup>46</sup> Sez. 1, sentenza n. 24510 del 17/6/2010, dep. 30/6/2010, D'Alessandro, rv. 247558.

Si è concluso che, allo stato, *"il <<sistema>> non prevede la punibilità ai sensi dell'art. 57 cod. pen. (o di un analogo meccanismo incriminatorio) del direttore di un giornale on line"*<sup>47</sup>.

### **3.6. Il divieto di discriminazioni razziali.**

La giurisprudenza delle sezioni ha ritenuto che integra gli estremi dell'aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso prevista dall'art. 3 D.L. n. 122 del 1993, conv. in legge n. 205 del 1993, l'espressione <<sporco negro>>, in quanto idonea ad evidenziare un giudizio di disvalore sulla razza della persona offesa<sup>48</sup>.

Una interessante decisione, sintomatica dei tempi, ha anche osservato che la circostanza aggravante della <<finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso>> è integrata quando - anche in base alla Convenzione di New York del 7 marzo 1966, resa esecutiva in Italia con la legge n. 654 del 1975 - l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto anche riguardo al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza, l'origine etnica od il colore, e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato all'esclusione di condizioni di parità. In applicazione del principio, è stata esclusa la sussistenza dell'aggravante nei confronti dell'imputato - il quale aveva proferito l'espressione <<italiano di m ...>> - per il rilievo che il riferimento alla nazionalità italiana, nel comune sentire, non possa essere correlato ad una situazione di inferiorità suscettibile di essere discriminata e dare, quindi, luogo ad un pregiudizio corrente di inferiorità, riguardando piuttosto la persona singola verso la quale si abbia disistima<sup>49</sup>.

### **3.7. La riduzione in schiavitù.**

Con frequenza in preoccupante crescita la giurisprudenza è chiamata a valutare la rilevanza di condotte concretizzatesi nell'asservimento di esseri umani, generalmente propiziate dalle condizioni di debolezza nelle quali possono trovarsi i molti immigrati clandestini giunti in Italia inseguendo la speranza di un domani migliore.

Una decisione<sup>50</sup> ha affermato che *"qualora oggetto del delitto di cui all'art. 600 cod. pen. (...) sia un minore sottratto all'autorità di un genitore, in particolare la madre già posta in stato di schiavitù, il reato (...) si ravvisa a carico di chiunque, in ipotesi anche del padre che abusi della propria autorità, disponendo del minore come cosa propria o costringendolo a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento o autorizzi altri a costringerlo"*, e, con riguardo a questi ultimi soggetti, che *"si rende autore del reato di cui all'art. 600 cod. pen. chi mantiene lo stato di soggezione continuativa della persona ridotta in schiavitù o in condizione analoga. Qualora ne sia consegnatario provvisorio, concorre ai sensi dell'art. 110 cod. pen. con chi abbia ridotto la*

<sup>47</sup> Sez. 5, sentenza n. 35511 del 16/7/2010, dep. 1°/10/2010, Brambilla.

<sup>48</sup> Sez. 5, sentenza n. 22570 del 28/1/2010, dep. 11/6/2010, P.G. in proc. Scocozza, rv. 247495.

<sup>49</sup> Sez. 5, sentenza n. 11590 del 28/1/2010, dep. 25/3/2010, P.G. in proc. Singh, rv. 246892.

<sup>50</sup> Sez. 5, sentenza n. 18072 del 15/4/2010, dep. 12/5/2010, S., rv. 247149.

*persona nello stato di cui si tratta, senza che la sua formazione culturale o di costume escluda l'elemento psicologico del reato".*

Si è anche chiarito che la situazione di necessità, il cui approfittamento costituisce condotta integrante il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, coincide con la <<posizione di vulnerabilità>> indicata nella decisione quadro dell'Unione Europea del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli essere umani, e deve essere intesa come <<qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale atta a condizionare la volontà della vittima>>, e non va confusa con lo <<stato di necessità>> di cui all'art. 54 cod. pen.<sup>51</sup>.

La V sezione<sup>52</sup> ha osservato che il reato di prostituzione minorile (art. 600-*bis* cod. pen.) non può ritenersi assorbito in quello di riduzione in schiavitù, in quanto essi sono destinati a concorrere, *"in ragione del diverso atteggiarsi delle condotte materiali, integrate, nel secondo caso, dal fatto che lo sfruttamento, che deve connotare la riduzione od il mantenimento di una persona in stato di soggezione continuativa, si presenta come mera finalità della condotta, mentre, nel primo caso, dalla circostanza che l'induzione o lo sfruttamento della prostituzione minorile assumono i connotati della concretezza ed effettività"*.

#### **4. I diritti sociali.**

L'esigenza di rafforzare, in ogni settore, la tutela dei beni–interessi collettivi (sicurezza pubblica, dell'ambiente e del territorio, nonché degli ambienti di lavoro) è stata, anche nel corso dell'anno 2010, alla base di numerose decisioni della Corte di cassazione.

##### **4.1. La tutela della sicurezza pubblica.**

###### **(A) Misure antimafia.**

Va, in proposito, segnalata una decisione della I sezione<sup>53</sup>, a parere della quale il reato di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) è configurabile anche con riferimento a sodalizi criminosi a matrice straniera costituiti prima dell'entrata in vigore della L. 12 luglio 2008 n. 125, di conversione in legge del D.L. 23 maggio 2008 n. 92 (misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), che ha introdotto l'inciso <<anche straniera>> nell'ultimo comma dell'art. 416-*bis* cod. pen., in quanto essa non ha inserito un elemento di novità nel tessuto legislativo preesistente, ma ha solo adeguato la normativa ad un dato già chiaro e conseguito per via di interpretazione.

La giurisprudenza delle Sezioni è, tra l'altro, intervenuta anche per chiarire che la declaratoria di estinzione del reato di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) per morte del reo, non comporta la restituzione, in favore degli eredi, dei proventi delle attività illecite

<sup>51</sup> Sez. 5, sentenza n. 21630 del 6/5/2010, dep. 8/6/2010, E., rv. 247641.

<sup>52</sup> Sentenza n. 35479 del 7/6/2010, dep. 1°/10/2010, P., rv. 248172.

<sup>53</sup> Sentenza n. 24803 del 5/5/2010, dep. 1°/7/2010, Claire, rv. 247803.

dell'associazione dei quali sia stata disposta la confisca nel corso del giudizio di merito, difettando lo *jus possidendi* sia nel *de cuius*, sia nei suoi successori.

### **(B) La diffusione delle sostanze stupefacenti.**

L'esigenza di ridurre la diffusione dei traffici e del consumo di sostanze stupefacenti è particolarmente sentita in ambito sovranazionale<sup>54</sup>.

Il Consiglio dell'Unione europea ha predisposto una nuova strategia in materia di droga, per il periodo 2005 – 2012, a tutela del benessere della società e dell'individuo, ed a salvaguardia della salute pubblica, onde ridurre sia l'offerta che la domanda di droga: preso atto che i dati disponibili non testimoniano alcuna significativa riduzione né dell'una che dell'altra, con specifico riguardo alla riduzione dell'offerta, è stata evidenziata la necessità di *“uno sforzo globale che comprenda azione di contrasto, eliminazione delle coltivazioni illegali, riduzione della domanda ...”*.

La nuova strategia dell'UE si concentra sui due aspetti principali della politica antidroga, ossia la riduzione della domanda e dell'offerta di stupefacenti, ed affronta anche i temi trasversali del miglioramento delle politiche nazionali e comunitarie, del potenziamento della cooperazione internazionale e dell'incremento delle attività di informazione, ricerca e valutazione.

La Commissione ha, conseguentemente, adottato, in data 19 settembre 2008, un nuovo Piano quadriennale d'azione dell'UE in materia di lotta contro la droga 2009–2012, che prevede misure di ampio respiro intese a potenziare la cooperazione europea in materia di lotta alla narcocriminalità e ridurre le ripercussioni del consumo di stupefacenti; le misure contemplano anche un'alleanza europea contro la droga attraverso la quale si intende ridurre i danni causati dal fenomeno nella società.

Il piano d'azione 2009–2012 ha le seguenti priorità:

- ridurre la domanda di stupefacenti;
- sensibilizzare l'opinione pubblica, mobilitando i cittadini europei e facilitando una maggiore comprensione del fenomeno droga;
- migliorare la cooperazione internazionale.

Nel solco di un orientamento ormai consolidato, le Sezioni unite<sup>55</sup>, chiamate a decidere <<se l'aggravante di cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età sia o meno

<sup>54</sup> Stando ai dati più recenti, il consumo di eroina, *cannabis* e droghe sintetiche si è stabilizzato o è diminuito mentre aumenta negli Stati membri il consumo di cocaina. Nell'UE, si stima che il numero totale dei consumatori regolari o occasionali di droghe ammonti a 70 milioni per la *cannabis*, ad almeno 12 milioni per la cocaina, a 9,5 milioni per l'*ecstasy* e ad 11 milioni per le anfetamine, mentre sono almeno mezzo milione coloro che ricevono ufficialmente un trattamento sostitutivo al consumo di droghe quali l'eroina; in totale, si contano due milioni di persone con seri problemi di tossicodipendenza e circa 7.500 morti per *overdose* l'anno. Tra i risultati raggiunti negli scorsi anni, va evidenziata una riduzione dei decessi per droga e la minore diffusione dell'HIV per assunzione endovenosa.

<sup>55</sup> Sentenza n. 35737 del 24/6/2010, dep. 5/10/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247910-12.

compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità>>, hanno ribadito che, anche a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 4-*bis*, L. n. 49 del 2006, l'art. 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990 configura una circostanza attenuante ad effetto speciale e non un reato autonomo, in quanto la norma è correlata ad elementi (i mezzi, le modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle sostanze) che non incidono sull'obiettività giuridica e sulla struttura delle fattispecie previste come reato, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva; detta circostanza attenuante speciale può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio.

In merito alla questione controversa, si è ritenuto che l'aggravante della cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età è astrattamente compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità: ne consegue che il giudice deve valutarne la compatibilità caso per caso, tenendo conto di tutte le specifiche e concrete circostanze nelle quali la cessione a minore si realizza.

La giurisprudenza delle Sezioni ha ritenuto che la circostanza attenuante della <<lieve entità>> sia compatibile anche con le ipotesi di coltivazione non autorizzata di piante, dalle quali sia ricavabile sostanza stupefacente: in tal caso, la lieve entità del fatto dovrà essere determinata in base agli stessi criteri valevoli per le ipotesi di produzione o traffico illecito di stupefacente, con la specificazione che, oltre alle caratteristiche qualitative e quantitative, il giudice deve prendere in considerazione anche i mezzi, le circostanze e le modalità del fatto<sup>56</sup>.

La I sezione ha chiarito che il fatto del promotore dell'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti costituisce figura autonoma di reato e non circostanza aggravante della partecipazione all'associazione medesima: *"lo si deduce dalla ricostruzione logico-sistematica della norma ed in particolare dei commi successivi al primo, rispetto al quale le altre disposizioni prevedono aumenti (comma terzo, quarto, quinto) o diminuzioni (comma secondo, settimo). La qualità di organizzatore è inoltre un elemento essenziale e non circostanziale del reato attenendo alla condizione dell'autore proprio"*<sup>57</sup>.

### **(C) La sicurezza della circolazione stradale.**

Il reato di **guida in stato di ebbrezza** (art. 186 Cod. strada), spesso propedeutico rispetto agli eccidi che troppo frequentemente si verificano nel corso della circolazione stradale (efficacemente definiti, nel linguaggio mass-mediale, come vere e proprie «stragi») ha

<sup>56</sup> Sez. 3, sentenza n. 12381 del 2/3/2010, dep. 29/3/2010, P.G. in proc. Gianfranceschi, rv. 246463.

<sup>57</sup> Sentenza n. 6312 del 27/1/2010, dep. 16/2/2010, Mento, rv. 246118.

costituito anche nel corso dell'anno 2010 oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza delle Sezioni, anche in conseguenza delle reiterate novelle normative che lo hanno interessato (da ultimo, L. n. 120 del 2010).

Si è, innanzitutto, chiarito che, ai fini del superamento delle soglie di punibilità stabilite dall'art. 186, comma secondo, lett. a), b) e c), Cod. strada, assumono rilievo anche i valori centesimali<sup>58</sup>.

Si è, successivamente, preso atto che la fattispecie di cui all'art. 186, comma primo, lett. a) (guida in stato di ebbrezza con tasso alcoolemico superiore a 0,5 e non superiore a 0,8) è stata depenalizzata dall'art. 33, comma quarto, L. n. 120 del 2010: in proposito, si è anche ritenuto di non disporre la trasmissione degli atti alla competente autorità amministrativa, in considerazione del principio di legalità, ed in particolare del principio di irretroattività, sancito per gli illeciti amministrativi unicamente con legge ordinaria (art. 1 L. n. 689 del 1981, richiamato dall'art. 194 Cod. strada), peraltro nella specie non derogata da alcuna previsione della L. n. 120 del 2010 che imponga la trasmissione<sup>59</sup>.

Si è, infine, ritenuto che, per effetto delle modifiche apportate all'art. 186 Cod. strada dalla L. n. 120 del 2010, la confisca del veicolo, che consegue alla guida in stato di ebbrezza, abbia assunto natura di **sanzione amministrativa accessoria** (in precedenza le Sezioni unite, con la sentenza n. 23428 del 2010, avevano ritenuto che si trattasse di una pena accessoria), precisando che la citata novella non ha abrogato l'istituto del sequestro prodromico alla confisca, ma si è limitata a modificarne la qualificazione giuridica, trattandosi ora di un sequestro amministrativo; tuttavia, nei casi in cui il sequestro venne legittimamente eseguito secondo le regole all'epoca vigenti, in applicazione del principio della *perpetuatio iurisdictionis* il giudice penale, che è sempre competente ad infliggere le sanzioni amministrative conseguenti alla commissione di un reato, non deve investire della questione l'autorità amministrativa, ma deve valutare se l'atto già compiuto fosse conforme ai requisiti sostanziali di natura amministrativa attualmente necessari per l'adozione della misura<sup>60</sup>.

#### ***(D) I fenomeni di violenza collegati a manifestazioni sportive.***

Si è ritenuto che integra il reato di devastazione e saccheggio previsto dall'art. 419 cod. pen., in quanto lede l'ordine pubblico inteso come forma di civile e corretta convivenza, la condotta tenuta da un gruppo di tifosi che, prima dell'inizio di una partita di calcio, realizzi plurime e gratuite aggressioni nei confronti delle forze di polizia, facendo uso di ogni genere di oggetti contundenti: *"a prescindere dai danni, peraltro in concreto provocati dagli odierni ricorrenti e puntualmente descritti in rubrica, sarebbero sufficienti per integrare il reato in esame solo le gratuite e plurime aggressioni programmate ed effettuate nei confronti delle forze*

---

<sup>58</sup> Sez. 4, sentenza n. 32055 del 7/7/2010, dep. 18/8/2010, Fioretto, rv. 248200: nella specie, in presenza del rilievo di un tasso alcoolemico pari ad 1,56, la Corte ha ritenuto che ricorresse la fattispecie di cui alla lettera c) della suddetta norma.

<sup>59</sup> Sez. 4, sentenza n. 38692 del 28/9/2010, dep. 3/11/2010, La Mantia.

<sup>60</sup> Sez. 4, sentenza n. 40523 del 4/11/2010, dep. 16/11/2010, Gibellini.

*di polizia in più punti della città con ogni specie di oggetti contundenti, non per reagire a comportamenti provocatori tenuti da dette forze di polizia, ma allo scopo di dare sfogo al loro istinto vandalico; e trattasi di comportamenti certamente idonei a mettere in serio e grave pericolo l'incolumità dei cittadini che si fossero trovati a passare nei pressi, si che è pienamente ravvisabile nella specie la lesione del bene giuridico tutelato dalla norma penale in esame* <sup>61</sup>.

### **(E) I reati sessuali.**

Particolare attenzione ha ricevuto il tema degli atti sessuali in danno di soggetto minorenni.

In proposito, si è ribadito che il genitore esercente la potestà sul figlio minore vittima di abusi sessuali commessi dal coniuge risponde del reato se, venuto a conoscenza di detti abusi, omette un intervento diretto ad impedire l'evento<sup>62</sup>.

Si è poi ritenuto che il delitto di atti sessuali con minorenni si configura a prescindere o meno dal consenso della vittima, non soltanto perché la violenza è presunta dalla legge, ma anche perché la persona offesa è considerata immatura ed incapace di disporre consapevolmente del proprio corpo a fini sessuali<sup>63</sup>, e che il bene giuridico di detto reato non è la libertà di autodeterminazione dello stesso, non potendo egli esprimere alcun consenso, ma l'integrità fisio-psichica del medesimo nella prospettiva di un corretto sviluppo della propria sessualità<sup>64</sup>.

In relazione ad una fattispecie nella quale la persona offesa era stata condotta con un pretesto dagli imputati in un luogo isolato senza conseguente possibilità di opporre una valida resistenza, si è, più in generale, osservato che la nozione di violenza nel delitto di violenza sessuale non è limitata all'esplicazione di energia fisica direttamente posta in essere verso la persona offesa, ma comprende qualsiasi atto o fatto cui consegua la limitazione della libertà del soggetto passivo, così costretto a subire atti sessuali contro la propria volontà<sup>65</sup>.

Con riguardo ad una fattispecie purtroppo frequente, consistente nella partecipazione a violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* cod. pen.) fotografando, con telefono cellulare, parte degli atti sessuali posti in essere, sulla persona offesa, dal coimputato, si è affermato che ricorre la fattispecie di violenza sessuale di gruppo pur quando non tutti i componenti del gruppo compiano atti di violenza sessuale, essendo sufficiente che dal compartecipe sia comunque fornito un contributo causale alla commissione del reato, anche nel senso del rafforzamento della volontà criminosa dell'autore dei comportamenti tipici di cui all'art. 609-*bis* cod. pen.<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Sez. 1, sentenza n. 20313 del 29/4/2010, dep. 28/5/2010, Vischia, rv. 247451.

<sup>62</sup> Sez. 3, sentenza n. 11243 del 4/2/2010, dep. 24/3/2010, R., rv. 246592: nella specie, relativa ad abusi sessuali commessi dal padre ai danni della figlia minore e personalmente constatati dalla madre, la Corte ha affermato che l'obbligo di intervento imponeva a quest'ultima di denunciare il marito.

<sup>63</sup> Sez. 3, sentenza n. 27588 del 15/6/2010, dep. 15/7/2010, I., rv. 248107.

<sup>64</sup> Sez. 3, sentenza n. 24258 del 27/5/2010, dep. 24/6/2010, V., rv. 247289.

<sup>65</sup> Sez. 3, sentenza n. 6643 del 12/1/2010, dep. 18/2/2010, C., rv. 246186.

<sup>66</sup> Sez. 3, sentenza n. 11560 dell'11/3/2010, dep. 25/3/2010, M., rv. 246448.

#### 4.2. La tutela penale del lavoro.

La giurisprudenza delle sezioni ha ribadito che non sono riconducibili a caso fortuito gli incidenti sul lavoro determinati da colpa del lavoratore, poiché le prescrizioni poste a tutela dei lavoratori mirano a garantire l'incolumità degli stessi anche nell'ipotesi in cui, per stanchezza, imprudenza, inosservanza di istruzioni, malore od altro, essi si siano venuti a trovare in situazione di particolare pericolo<sup>67</sup>.

La IV sezione<sup>68</sup>, chiamata ad esaminare una complessa serie di questioni in tema di causalità e colpa, con riguardo alla morte, dovuta a mesotelioma pleurico, di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa (esplicata in ambito ferroviario), ad una sostanza oggettivamente nociva come l'amianto, ha affermato che, ai fini della sussistenza del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro imputati e l'evento predetto, il giudice di merito deve accertare:

(a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide ed obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico;

(b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico;

(c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, occorrerà chiarire se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali;

(d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, si dovrà appurare se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innesco del processo carcinogenetico.

Con riguardo all'elemento psicologico, si è evidenziato che la pericolosità dell'esposizione all'amianto per il rischio di mesotelioma risale – con riferimento al settore ferroviario - almeno agli anni Sessanta, e che, pertanto, gli imputati avrebbero potuto acquisire tali conoscenze sia direttamente, sia tramite i soggetti eventualmente delegati in materia di igiene e sicurezza; si è conseguentemente ritenuto che si è in presenza di un comportamento soggettivamente rimproverabile a titolo di colpa quando l'attuazione delle cautele possibili all'epoca dei fatti avrebbe significativamente abbattuto le probabilità di contrarre la malattia.

---

<sup>67</sup> Sez. 4, sentenza n. 4917 del 1°/12/2009, dep. 4/2/2010, Filiasi, rv. 246643.

<sup>68</sup> Sentenza n. 43786 del 17/9/2010, dep. 13/12/2010, Cozzini.

Esaminando il problema dell'individuazione del «datore di lavoro», ovvero del soggetto sul quale incombono gli obblighi di prevenzione degli infortuni e sicurezza dei luoghi di lavoro nell'ambito degli **Istituti di prevenzione e pena**, premesso che il rispetto della normativa antinfortunistica deve pretendersi anche e soprattutto all'interno di una struttura carceraria, a tutela di lavoratori che, a cagione della propria concomitante condizione di detenuti, si trovano in particolare condizione di subalternità e soggezione, si è ritenuto che il direttore di un istituto di pena è titolare di una posizione di garanzia che gli impone di assicurare la sicurezza del lavoro che ivi si svolge, sia in luoghi interni che esterni, con riguardo a chiunque vi svolga attività lavorativa, poiché egli assume, ai sensi del decreto del Ministro della Giustizia 18 aprile 1996, la qualifica di datore di lavoro<sup>69</sup>.

#### **4.3. La tutela dell'ambiente e del territorio.**

Va segnalata, per la sua rilevanza, una decisione della III sezione<sup>70</sup> in tema di **infrastrutture di comunicazione elettronica**, secondo la quale, ai fini della installazione di ripetitori telefonici è insufficiente la presentazione di d.i.a., essendo invece necessario il rilascio delle autorizzazioni previste al termine della specifica procedura disciplinata dagli artt. 87 e ss. del D. Lgs. n. 259 del 2003, il cui mancato rispetto rende le opere abusive e suscettibili delle sanzioni di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Particolare attenzione è stata dedicata, nella **materia ambientale**, ai temi della legittimazione all'esercizio dei diritti della persona offesa ed alla legittimazione alla **costituzione di parte civile di enti pubblici, ed enti ed associazioni rappresentativi**.

In proposito, si è chiarito che:

- la legittimazione a costituirsi parte civile nei processi per reati ambientali spetta non soltanto al Ministro dell'Ambiente (ai sensi dell'art. 311, comma primo, D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152), ma anche all'Ente pubblico territoriale (nella specie, la Provincia) che, per effetto della condotta illecita, abbia subito un danno patrimoniale risarcibile<sup>71</sup>;

- anche a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Testo Unico ambientale), che ha attribuito in via esclusiva la richiesta risarcitoria per danno ambientale al Ministero dell'Ambiente, le associazioni ecologiste sono legittimate a costituirsi parte civile al solo fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti dal sodalizio a causa del degrado ambientale, mentre non possono agire in giudizio per il risarcimento del danno ambientale di natura pubblica<sup>72</sup>;

---

<sup>69</sup> Sez. 4, sentenza n. 6694 del 25/11/2009, dep. 18/2/2010, P.C. in proc. D'Andria, rv. 246642.

<sup>70</sup> Sentenza n. 32527 del 28/4/2010, dep. 1°/9/2010, P.M. in proc. Brini, rv. 248218.

<sup>71</sup> Sez. 3, sentenza n. 755 del 28/10/2009, dep. 11/1/2010, Ciaroni, rv. 246015: in motivazione, la Corte ha precisato che la disciplina dettata dall'art. 311 cit. non esclude e non è incompatibile con quella generale prevista dall'art. 2043 cod. civ.

<sup>72</sup> Sez. 3, sentenza n. 14828 dell'11/2/2010, dep. 16/4/2010, De Flammeneis, rv. 246812: nella specie, detta legittimazione è stata riconosciuta al Circolo Legambiente ed al WWF Italia.

- il Codacons<sup>73</sup>, in quanto individuato dal D.M. Ambiente 17 ottobre 1995 tra le associazioni di protezione ambientale, è legittimato ad esercitare, in ogni stato e grado del processo, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa nei reati ambientali<sup>74</sup>.

## 5. Impresa e mercato.

Anche nel corso dell'anno 2010 la giurisprudenza della Corte di cassazione ha dedicato particolare attenzione alla tutela della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 della Costituzione) e dei coesistenti beni di rilievo costituzionale, ispirandosi al principio secondo cui l'iniziativa economica non può essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale ed in modo da arrecare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana.

### 5.1. La responsabilità degli enti giuridici.

La I sezione<sup>75</sup> ha esaminato il tema del criterio di imputazione della responsabilità (amministrativa) da reato degli enti collettivi (d.lgs. n. 231 del 2001), ritenendo la manifesta infondatezza di due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5 d. lgs. cit., sollevate con riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione.

Si è, in particolare, evidenziato, quanto al criterio di imputazione della predetta responsabilità, che l'ente non è chiamato a rispondere di un fatto altrui, bensì proprio, atteso che il reato commesso nel suo interesse od a suo vantaggio da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica deve considerarsi tale in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i primi alla seconda: *"il fatto - reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della società, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come <<proprio>> anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione. Il D. Lgs. n. 231 del 2001 ha introdotto un tertium genus di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità penale e di responsabilità amministrativa, prevedendo un'autonoma responsabilità amministrativa dell'ente in caso di commissione, nel suo interesse o a suo vantaggio, di uno dei reati espressamente elencati nella sezione 3<sup>^</sup> da parte un soggetto che riveste una posizione apicale, sul presupposto che il fatto-reato <<è fatto della società, di cui essa deve rispondere>>. Conclusivamente, in forza del citato rapporto di immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per fatto proprio, senza coinvolgere il principio costituzionale del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (art. 27 Cost.)"*.

<sup>73</sup> Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori

<sup>74</sup> Sez. 3, sentenza n. 34220 del 24/6/2010, dep. 22/9/2010, P.O. in proc. Capecchi, rv. 248224: in applicazione del principio, la Corte ha riconosciuto il diritto dell'ente *de quo*, in tal senso richiedente, alla notifica dell'avviso della richiesta di archiviazione.

<sup>75</sup> Sentenza n. 27735 del 18/2/2010, dep. 16/7/2010, Scarafia, rv. 247885-6.

Né la responsabilità dell'ente per i reati commessi nel suo interesse od a suo vantaggio integra una forma di responsabilità oggettiva, essendo previsto necessariamente, per la sua configurabilità, la sussistenza della cosiddetta <<colpa di organizzazione>> della persona giuridica, *"il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo. Grava sull'Accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della società e che abbia agito nell'interesse di questa; tale accertata responsabilità si estende <<per rimbalzo>> dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo"*.

La giurisprudenza delle Sezioni ha anche affermato che, ai fini dell'esonerazione dalla responsabilità da reato ex D. Lgs. n. 231 del 2001, la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, dovendo altresì concorrere la condizione che lo stesso ente non svolga attività economica; ne è stata, conseguentemente, desunta la configurabilità della responsabilità suddetta nei confronti di un ente ospedaliero (che svolge indubbiamente un servizio pubblico) costituito come società a capitale <<misto>>, pubblico e privato<sup>76</sup>.

Si è ritenuto che il giudice, quando dispone una misura cautelare interdittiva o procede alla nomina del commissario giudiziale, deve limitare, ove possibile, l'efficacia del provvedimento alla specifica attività della persona giuridica alla quale si riferisce l'illecito: il principio resta valido anche nel caso in cui l'ente svolga una sola attività, ma la misura possa essere limitata ad un settore della stessa<sup>77</sup>.

Si è, infine, precisato che, nel caso in cui alla persona giuridica siano applicate le previste misure cautelari in relazione al reato presupposto di corruzione internazionale (art. 322-*bis* cod. pen.), il giudice dovrà preliminarmente verificare l'effettiva possibilità di applicare dette misure senza che ciò comporti (sia pure limitatamente alla fase esecutiva), il coinvolgimento di organismi di uno Stato estero, sul quale il giudice italiano è privo di giurisdizione<sup>78</sup>.

## **5.2. I reati fallimentari e la tutela del credito.**

Chiamate a decidere una diversa questione controversa<sup>79</sup>, le Sezioni unite<sup>80</sup> hanno ritenuto assorbente evidenziare che *"integra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione l'acquisto*

<sup>76</sup> Sez. 2, sentenza n. 28699 del 9/7/2010, dep. 21/7/2010, P.M. in proc. Vielmi, rv. 247669.

<sup>77</sup> Sez. 6, sentenza n. 20560 del 25/1/2010, dep. 31/5/2010, Impresa Ferrara s.n.c., rv. 247043.

<sup>78</sup> Sez. 6, sentenza n. 42701 del 30/9/2010, dep. 1°/12/2010, E.N.I. s.p.a.

<sup>79</sup> <<Se il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, nel caso in cui siano poste in essere più condotte tipiche nell'ambito di uno stesso fallimento, sia un unico reato, con l'effetto di un aumento di pena in funzione di circostanza aggravatrice, o se, invece, la pluralità di condotte di bancarotta dia luogo ad un concorso di reati con conseguente esclusione del divieto del *bis in idem* per l'eventuale giudicato intervenuto su alcune delle indicate condotte>>.

<sup>80</sup> Sentenza n. 36551 del 15/7/2010, dep. 13/10/2010, Carelli, rv. 248050.

*da parte dell'amministratore, con denaro della società amministrata, di titoli azionari a lui nominativamente intestati e, quindi, mai entrati nella disponibilità giuridica e di fatto della società stessa, pur essendo stati iscritti nelle scritture contabili sociali"*; la decisione ha anche escluso che la condotta di depauperamento del patrimonio aziendale posto a garanzia delle ragioni dei creditori potesse essere ravvisata nell'alienazione dei titoli azionari nominativi, dovendo essere individuata nel pregresso prelievo dal conto bancario della società amministrata della somma utilizzata per l'acquisto a titolo personale dei titoli stessi.

Sempre con in tema di **bancarotta fraudolenta**, la giurisprudenza delle sezioni<sup>81</sup> ha osservato che con riguardo alla bancarotta documentale per sottrazione o per omessa tenuta in frode ai creditori delle scritture contabili, ben può ritenersi la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita (la c.d. <<testa di legno>>), atteso il diretto e personale obbligo dell'amministratore di diritto di tenere e conservare le suddette scritture; diversamente, nell'ipotesi della bancarotta per distrazione, non può, nei confronti dell'amministratore apparente, trovare automatica applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto<sup>82</sup>.

Si è anche evidenziato che integra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale postfallimentare la condotta di colui che, dopo essere stato dichiarato fallito, intraprenda una nuova attività dalla quale tragga ricavi consistenti e, comunque, eccedenti i redditi necessari per il mantenimento proprio e della propria famiglia, omettendo di conferirli a favore della procedura concorsuale in corso, in violazione dell'art. 46 L. Fall.<sup>83</sup>.

Con riguardo alla **bancarotta societaria** (art. 223, comma secondo, n. 1, L. Fall.), si è ritenuto che, ai fini della responsabilità penale, rilevano anche le condotte successive alla irreversibilità del dissesto, in quanto sia il richiamo alla rilevanza delle cause successive, espressamente dispiegata dall'art. 41 cod. pen. (che disciplina il legame eziologico tra il comportamento illecito e l'evento), sia la circostanza per la quale il fenomeno del dissesto non si esprime istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo (tanto da risultare suscettibile di misurazione), assegnano influenza ad ogni condotta che incida, aggravandolo,

---

<sup>81</sup> Sez. 5, sentenza n. 19049 del 19/2/2010, dep. 19/5/2010, Succi, rv. 247251.

<sup>82</sup> In applicazione del principio, è stata censurata la decisione con la quale il giudice di appello aveva, tra l'altro, confermato la responsabilità a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione nei confronti di un amministratore legale della società, pur non essendogli riconosciuto il ruolo di consapevole ed attivo amministratore di diritto, essendo anzi egli accreditato come <<testa di legno>>.

<sup>83</sup> Sez. 5, sentenza n. 16606 del 9/3/2010, dep. 30/4/2010, Quero, rv. 247256.

sullo stato di dissesto già maturato. La stessa decisione ha anche precisato che, in presenza di diffusa alterazione del dato non percepita dal sistema bancario e dal ceto creditorio, ai fini dell'esclusione della falsa comunicazione sociale non è sufficiente un limitato segnale contenuto nella nota integrativa per redimere da mendacio il prospetto contabile, poiché la nota integrativa, per sua natura, non può svolgere compiti sostitutivi rispetto al veicolo principale della comunicazione<sup>84</sup>.

In tema di **bancarotta fraudolenta conseguente a fallimento di una società cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose** (art. 223, comma secondo, n. 2, L. Fall.), si è chiarito che le operazioni dolose che hanno cagionato il fallimento devono sempre comportare un'indebita diminuzione dell'attivo, ossia un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa, mentre la valutazione degli abusi di gestione o dell'infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo concretizzanti tali operazioni non può essere assunta in via generale ed astratta, ma dipende dal rilievo dei peculiari doveri statuari, dalla tipologia dell'organismo societario e dalla situazione economico/patrimoniale in cui la condotta si compie; il nesso di causalità tra l'operazione dolosa e l'evento fallimentare non è interrotto né dalla preesistenza alla condotta di una causa in sé efficiente verso il dissesto (dovendo trovare applicazione la disciplina del concorso causale di cui all'art. 41 cod. pen.), né l'aggravamento di un dissesto già in atto. La fattispecie di fallimento determinato da operazioni dolose si distingue dalle ipotesi generali di bancarotta fraudolenta patrimoniale [artt. 223, comma primo, e 216, comma primo, n. 1), L. Fall.], in quanto la nozione di <<operazione>> postula una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato<sup>85</sup>.

### 5.3. La tutela del sistema finanziario.

In tema di **abuso di informazioni privilegiate** (c.d. *insider trading*) e **manipolazione del mercato** (art. 184 ss. D. Lgs. n. 58 del 1998, come successivamente modificato), la V sezione<sup>86</sup>, premesso, quanto ai profili di diritto intertemporale, che sussiste continuità normativa tra la fattispecie prevista dal previgente art. 180 D. Lgs. n. 58 del 1998 e quella prevista dall'art. 184 D. Lgs. n. 58 del 1998, novellato dalla L. n. 62 del 2005, in quanto il nucleo di disvalore del fatto di reato è rimasto immutato, ha chiarito che il possesso dell'informazione è un presupposto della condotta, con riferimento al quale l'agente deve essere consapevole della sua connotazione privilegiata e della sua potenzialità modificativa, in termini sensibili, del prezzo dello strumento finanziario, e che la nozione di <<pubblicità dell'informazione>>, che ne esclude la qualificazione come privilegiata, riguarda quel complesso di soggetti che l'art. 181, comma quarto, D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 raggruppa

<sup>84</sup> Sez. 5, sentenza n. 16259 del 4/3/2010, dep. 26/4/2010, Chini, rv. 247254-5.

<sup>85</sup> Sez. 5, sentenza n. 17690 del 18/2/2010, dep. 7/5/2010, Ca.ri.ri. s.p.a., rv. 247313-6.

<sup>86</sup> Sez. 5, sentenza n. 8588 del 20/1/2010, dep. 373/2010, Capotosti, rv. 246242-5.

nella categoria dell' <<investitore ragionevole>>, e va valutata in riferimento non necessariamente all'universalità dei soggetti, bensì anche soltanto ad un numero indeterminabile di persone, ovvero ad un ambito caratterizzato dalla potenziale estensione diffusiva dell'informazione stessa.

La stessa decisione ha osservato che, per quanto riguarda la legittimazione della Consob a costituirsi parte civile, la previsione di cui all'art. 187-*undecies*, D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, non ha carattere innovativo, e che la Consob può chiedere la riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato soltanto con riferimento ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore dell'art. 9, L. 18 aprile 2005 n. 62, che ha introdotto la citata disposizione.

#### 5.4. Diritto d'autore, marchi e brevetti.

La giurisprudenza delle sezioni, in tema di **violazione della tutela dei brevetti**, ha osservato che il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di cui all'art. 127 del D. Lgs. n. 30 del 2005, posta in linea di continuità normativa con la previgente di cui all'art. 88 del R.D. n. 1127 del 1939, non è solo il diritto di monopolio dell'invenzione da parte del titolare del brevetto, ma anche quello di sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno: se ne è desunto che il diritto di proporre querela spetta anche al soggetto licenziatario in via esclusiva di un brevetto europeo, il quale assume la qualifica di persona offesa dal reato<sup>87</sup>. La stessa decisione ha anche ritenuto che il cosiddetto <<esaurimento>> del diritto di esclusiva, cui consegue la liceità della commercializzazione del prodotto, si verifica allorché il titolare del diritto consenta alla messa in commercio, non già del generico tipo o modello o categoria di prodotti, bensì della specifica partita degli stessi.

In tema di **diritto d'autore sulle opere dell'ingegno** si è ritenuto che rientrano nella fattispecie prevista dall'art. 171-*ter*, comma primo, lett. f-*bis*), L. 22 aprile 1941, n. 633, tutti i congegni principalmente finalizzati a rendere possibile l'elusione delle misure tecnologiche di protezione apposte su materiali od opere protette dal diritto d'autore, non richiedendo la norma incriminatrice la loro diretta apposizione sulle opere o sui materiali tutelati: è stata, pertanto, ammessa l'assoggettabilità a sequestro di dispositivi che consentivano l'utilizzazione, su *console* videoludiche di differenti marche, di videogiochi illecitamente duplicati o scaricati abusivamente da *Internet*<sup>88</sup>.

Integra il delitto previsto dall'art. 171-*octies* della L. 22 aprile 1941, n. 633, la messa in vendita e la promozione per la vendita dell'apparato denominato *splitter* o *splitty*, in quanto lo stesso costituisce parte di un apparato atto alla decodificazione delle trasmissioni audiovisive via satellite ad accesso condizionato, idoneo a replicare illegalmente le credenziali contenute all'interno della *smart card* inserita nell'unità principale e, di conseguenza, a consentire

<sup>87</sup> Sez. 3, sentenza n. 6280 del 10/12/2009, dep. 16/2/2010, Giannone, rv. 246049-50.

<sup>88</sup> Sez. 3, sentenza n. 23765 dell' 11/5/2010, dep. 21/6/2010, P.M. in proc. Campa, rv. 247793.

illegalmente a più *decoder*, privi di autonoma *smart card*, di ottenere le credenziali di accesso per la decodifica del segnale satellitare<sup>89</sup>.

### 5.5. Produzione, commercio e consumo.

La III sezione ha chiarito che l'importatore di un **prodotto alimentare confezionato all'estero**, sia esso un commerciante all'ingrosso o al dettaglio, risponde del reato di immissione in commercio di prodotto alimentare non conforme alla normativa di settore se non adempie l'obbligo di verificarne la conformità mediante controlli tali da garantire la qualità del prodotto, anche se importato in confezioni originali. Nella specie, è stata, pertanto, esclusa l'applicabilità dell'esimente speciale di cui all'art. 19 della L. 30 aprile 1962, n. 283 invocata da un importatore italiano di tonno decongelato contenente monossido di carbonio, additivo chimico non consentito, acquistato confezionato sotto vuoto da società spagnola che, a sua volta, l'aveva importato dal Vietnam: *"la L. n. 283 del 1962, n. 283, art. 19, stabilisce che le sanzioni previste da essa previste <<non si applicano al commerciante che vende, pone in vendita o comunque distribuisce per il consumo prodotti in confezioni originali, qualora la non corrispondenza alle prescrizioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della violazione, o la confezione originale non presenti segni di alterazione>>. Ha però affermato questa Corte che tale esimente speciale non opera quando il prodotto alimentare sia stato confezionato all'estero, provenga cioè da un produttore straniero il quale non sia obbligato ad osservare tutte le prescrizioni imposte dalla legge italiana per prevenire il pericolo di frode o di danno alla salute del consumatore: in tale ipotesi, infatti, colui che commercia il prodotto sul territorio nazionale non può ritenersi legittimato a presumere l'adempimento di obblighi giuridicamente inesistenti a carico del produttore<sup>90</sup>. L'importatore, commerciante all'ingrosso o al dettaglio, che opera sul territorio nazionale è tenuto a verificare, pertanto, la conformità del prodotto o dei componenti di esso alla normativa sanitaria con controlli tali da garantire la qualità del prodotto anche se importato in confezioni originali. Nella specie, tale obbligo incombeva sulla ricorrente sia perché l'alimento era stato prodotto in Vietnam sia perché erano chiaramente percepibili gli effetti dell'additivo per l'innaturale colorazione rosso ciliegia del tonno"*<sup>91</sup>.

In tema di **frode nell'esercizio del commercio e vendita di prodotti industriali con segni mendaci**, si è affermato che l'imprenditore che apponga su un prodotto, oltre al proprio marchio od all'indicazione della località in cui ha la sede, anche una fallace o falsa dicitura con cui attesti che lo stesso è stato fabbricato in Italia od in un Paese diverso da quello di effettiva fabbricazione, risponde, nel primo caso, del delitto di cui all'art. 4, comma 49, della L. 24

<sup>89</sup> Sez. 3, sentenza n. 25385 dell' 11/5/2010, dep. 5/7/2010, P.G. in proc. Stedile, rv. 247802.

<sup>90</sup> Da ultimo, sez. 3, sentenza n. 2205 del 04/10/2005, dep. 19/1/2006, Moine, rv. 233006.

<sup>91</sup> Sez. 3, sentenza n. 17547 del 25/3/2010, dep. 7/5/2010, Fourrier, rv. 247487.

dicembre 2003, n. 350 e, nel secondo, del delitto di cui all'art. 517 cod. pen.; si è, peraltro, precisato che l'omessa indicazione del luogo di fabbricazione degli oggetti prodotti all'estero su cui siano apposti marchi di aziende italiane, prevista come delitto dall'art. 4, comma 49, L. 24 dicembre 2003, n. 350, come modificato dall'art. 17, comma quarto, lett. a) L. 23 luglio 2009, n. 99, non è più prevista dalla legge come reato, ma configura l'illecito amministrativo di cui all'art. 4, comma 49-*bis*, L. n. 350 del 2003<sup>92</sup>.

## 5.6. Finanze e tributi.

La giurisprudenza delle sezioni ha ritenuto che sussiste il reato di omessa dichiarazione dei redditi ai fini Irpef (art. 4 D. Lgs. n. 74 del 2000), qualora l'evasione di imposta riguardi **redditi provenienti da illecito penale** (nella specie, attività distrattiva dalle disponibilità finanziarie di una società fallita), in quanto, secondo l'interpretazione autentica fornita dall'art. 14, comma quarto, L. n. 537 del 1993, con riguardo al Testo unico sulle imposte dei redditi n. 917 del 1986, tra le categorie di redditi tassabili, classificate nell'art. 6, comma primo, devono intendersi ricompresi anche i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo; né i redditi provento di attività illecita rientrano nella categoria dei redditi diversi di cui all'art. 6, comma primo, lett. f) del suddetto Testo unico n. 917 del 1986, come attesta l'art. 14, comma quarto, della L. n. 537 del 1993, oggetto di interpretazione autentica da parte dell'art. 36, comma quarto-*bis*, del D.L. n. 223 del 2006, convertito con modificazioni nella L. n. 248 del 2006<sup>93</sup>.

Si è anche chiarito che l'**obbligo di presentazione della dichiarazione annuale IVA** da parte di società avente residenza fiscale all'estero sussiste se questa ha stabile organizzazione in Italia, che ricorre anche quando la società straniera abbia affidato, anche di fatto, la cura dei propri affari in territorio italiano ad altra struttura munita o meno di personalità giuridica, prescindendosi dalla fittizietà o meno dell'attività svolta all'estero dalla società medesima<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Sez. 3, sentenza n. 19746 del 9/2/2010, dep. 25/5/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247484-6, in fattispecie relativa al sequestro di camicie prodotte in Serbia, prive di indicazioni sul luogo di produzione, ma recanti la marca <<*omissis*>> e la dicitura <<prodotto e distribuito>> da società italiana, con riguardo alla quale si è precisato che il giudice, ove il fatto non sia riconducibile alle residuali ipotesi di rilevanza penale ancora previste dal comma 49, deve procedere alla revoca del sequestro probatorio o preventivo a seguito dell'intervenuta depenalizzazione, e che la regolarizzazione amministrativa dei prodotti che, in quanto commercializzati con false o fallaci indicazioni di provenienza, siano oggetto di sequestro probatorio, non impone la revoca del sequestro, dovendo comunque il giudice accertare che non permangano ancora quelle specifiche esigenze probatorie che avevano giustificato l'apposizione ed il mantenimento del vincolo cautelare: tale regolarizzazione - attuata con l'asportazione dei segni o delle figure o di quant'altro induca a ritenere che si tratti di prodotto di origine italiana, oppure attraverso l'esatta indicazione dell'origine o l'asportazione della stampigliatura <<*made in Italy*>> - non comporta l'estinzione del reato.

<sup>93</sup> Sez. 5, sentenza n. 7411 del 19/11/2009, dep. 24/2/2010, Di Lorenzo, rv. 246095.

<sup>94</sup> Sez. 3, sentenza n. 29724 del 26/5/2010, dep. 28/7/2010, P.M. in proc. Castagnara, rv. 248109: fattispecie in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di beni facenti capo a società avente residenza fiscale localizzata in territorio diverso dall'Italia, cosiddetta <<estero vestizione>> della residenza fiscale.

Infine, si è affermato che il reato di **evasione dell'Iva all'importazione** (artt. 67 e 70 d.P.R. n. 633 del 1972) è configurabile non soltanto a carico dei soggetti che hanno importato la merce assoggettata al tributo, ma anche a carico di chi semplicemente la detiene dopo l'importazione<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Sez. 3, sentenza n. 40161 del 7/10/2010, dep. 29/11/2010, Ancona.

# GIURISPRUDENZA CIVILE

## Sommario.

1. Adozione e diritto di famiglia.
2. Diritti fondamentali e della persona straniera.
3. Contratti e responsabilità contrattuale.
4. Contratti bancari e dell'intermediazione finanziaria.
5. Responsabilità aquiliana.
6. Responsabilità professionale.
7. Proprietà e condominio.
8. Società.
9. Fallimento e procedure concorsuali.
10. Sanzioni amministrative.
11. Lavoro: licenziamento; contratti a termine; giudizio disciplinare; diritti dei lavoratori; diritto previdenziale; processo.
12. Diritto tributario: abuso del diritto; aiuti di Stato; imposte dirette e Iva; Irap; contenzioso.
13. Diritto processuale.
14. Giurisdizione.

## 1. Adozione e diritto di famiglia.

La Corte di cassazione ha pronunciato numerose sentenze di grande importanza. Dare conto di tutte, dati i limiti della presente rassegna, sarebbe stata impossibil cosa: si è perciò scelto di trascriverne solo una breve raccolta, selezionata in base a due criteri: la novità dei principi di diritto affermati, ovvero la rilevanza pratica o statistica della fattispecie concreta che ha formato oggetto della decisione.

In tema di **adozione internazionale**, la sentenza **n. 13332** (S.U.) ha affermato che il decreto d'idoneità all'adozione pronunciato dal Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 30 della legge 4 maggio 1983, n. 184, come modificato dall'art. 3 della legge 31 dicembre 1998, n. 476, non può essere emesso sulla base di riferimenti all'etnia dei minori adottandi, né può contenere indicazioni relative a tale etnia, ponendosi altrimenti in contrasto con principi consolidati nel diritto interno e nel diritto internazionale, che individuano l'interesse del minore quale criterio guida cui deve uniformarsi il percorso decisionale, e violando inoltre il divieto di qualsiasi forma di discriminazione o disparità di trattamento tra minori italiani e stranieri in materia di adozione, sancito da una serie di disposizioni costituzionali, internazionali e interne. Essa ha inoltre precisato che, ove il rifiuto degli adottanti all'accoglienza di un minore appartenente ad una determinata etnia si manifesti successivamente, attraverso una espressa opzione innanzi ad organi pubblici, il giudice non solo non può avallare tale opzione, ma deve apprezzare tale condotta nella complessiva valutazione della idoneità all'adozione, evidentemente compromessa da una disponibilità condizionata al possesso, da parte del minore da accogliere, di determinate caratteristiche genetiche.

Tale principio, enunciato nell'interesse della legge, ha offerto alla Corte l'occasione di precisare i caratteri dell'**istituto previsto dall'art. 363 cod. proc. civ.**, come novellato dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, affermando che esso si configura non già come mezzo di impugnazione, ma come procedimento autonomo, volto a consentire il controllo sulla corretta osservanza ed uniforme applicazione della legge, con riferimento non solo all'ipotesi di mancata proposizione del ricorso per cassazione, ma anche a quelle di provvedimenti non impugnabili o non ricorribili per cassazione, in quanto privi di natura decisoria, con la conseguenza che la richiesta del P.G. non dev'essere notificata alle parti, prive di legittimazione a partecipare al procedimento.

La sentenza **n. 10734** (adottata dalla seconda sezione poiché la domanda introduttiva aveva ad oggetto l'accertamento della nullità di una donazione di un immobile) si segnala per diverse ragioni. La Corte ha dovuto affrontare questioni complesse in tema di interesse alla impugnazione della trascrizione di un matrimonio canonico e di ammissibilità o no della trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico. Sul primo punto, la Corte ha ritenuto che, ai fini della individuazione dell'interesse legittimo ed attuale, la cui titolarità è richiesta per la legittimazione all'impugnazione del matrimonio da parte di terzi, non possono adottarsi i più

ampi criteri operanti con riguardo alla legittimazione all'azione di nullità del contratto ai sensi dell'art. 1421 c.c., e che gli eredi necessari pretermessi sono titolari di una posizione soggettiva che li legittima alla impugnazione della trascrizione tardiva del matrimonio canonico del *de cuius* se ed in quanto da esso derivi un pregiudizio diretto ed immediato ad un interesse, anche morale, attinente al complessivo assetto dei rapporti familiari sui quali il matrimonio viene ad incidere. E, nella specie, si è ritenuto che non si potesse disconoscere né l'interesse dei figli del *de cuius* ad escludere lo *status* dell'attrice di moglie legittima del loro padre, indipendentemente dalla circostanza che ella fosse stata istituita da lui sua erede universale, né un interesse, anche solo morale, alla determinazione dello *status* di quest'ultimo. Con riferimento alla seconda questione, la Corte, all'esito di un'ampia ricognizione della giurisprudenza formatasi nel vigore della legge n. 827 del 1929 e di quella intervenuta dopo l'entrata in vigore dell'Accordo di revisione del Concordato con la Santa Sede, ha escluso la possibilità di trascrizione tardiva del matrimonio alla stregua del principio di diritto per cui, in presenza della richiesta di uno dei coniugi, effettuata dopo la morte dell'altro, di ottenere la trascrizione di un matrimonio concordatario dopo il quinto giorno dalla pubblicazione, il requisito della "conoscenza" della relativa istanza e della "non opposizione" alla medesima da parte dell'altro coniuge - imposto dall'art. 8, comma 6, della legge n. 121 del 1985 - postula l'attualità di siffatta forma di adesione, sicché non può ritenersi integrato dalla dichiarazione, resa dall'altro coniuge in epoca anteriore alla morte, di acconsentire alla trascrizione.

## 2. Diritti fondamentali e della persona straniera.

Pare opportuno prendere le mosse da quelle che riguardano la **tutela dei cd. diritti fondamentali**: in proposito vanno menzionate – benché in materie assai diverse – due sentenze relative al **trattamento degli stranieri**, le **nn. 21799 e 21803** (S.U.), e due sentenze, le **nn. 8064 e 8065** (S.U.), in materia di **indennizzo in favore di persone danneggiate da trasfusioni**.

Le prime due pronunce – che avevano ad oggetto il problema della richiesta di autorizzazione da parte di un genitore extracomunitario alla temporanea permanenza sul territorio nazionale nell'interesse del minore, ai sensi dell'art. 31 del D. Lgs n. 286/1998 – enunciano il principio secondo cui "la temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dall'art. 31 del d. lgs. n. 286 del 1998 in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psico-fisico, non postula necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che, in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico, deriva o certamente deriverà al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto. Trattasi di situazioni di per sé di non

lunga o indeterminabile durata, e non aventi tendenziale stabilità che, pur non prestandosi ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, si concretano in eventi traumatici e non prevedibili nella vita del fanciullo, che necessariamente trascendono il normale e comprensibile disagio del rimpatrio suo o del suo familiare". Si tratta, come facilmente si comprende, di una lettura aperta del testo di legge, tale da consentire al giudice di valutare il singolo caso al fine di permettere la migliore tutela di una situazione assai delicata, nella quale possono venire in contrasto le esigenze di sicurezza dello Stato con quelle di protezione dei minori nella delicata fase iniziale della vita, in cui maggiormente importante è la presenza di almeno un genitore.

Di non minore importanza sono le due sentenze in materia di **danno da emotrasfusioni** (n. 8064 e la n. 8065) . Qui le Sezioni Unite, dopo aver compiuto un ampio *iter* normativo e giurisprudenziale sulla materia, alla luce delle numerose sentenze della Corte costituzionale, enunciano il seguente principio di diritto: "L'art. 1, comma 3, della legge n. 210 del 1992, letto unitamente al successivo art. 4, comma 4, deve interpretarsi nel senso che prevede un indennizzo in favore di coloro che presentino danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali sempre che tali danni possano inquadrarsi, pur alla stregua di un mero canone di equivalenza, e non già secondo un criterio di rigida corrispondenza tabellare, in una delle infermità classificate in una delle otto categorie di cui alla tabella B annessa al testo unico n. 915 del 1978 (...), rientrando nella discrezionalità del legislatore, compatibile con il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) e con il diritto a misure di assistenza sociale (art. 38 Cost.), la previsione di una soglia minima di indennizzabilità del danno permanente alla salute nel caso di trattamenti non prescritti dalla legge o da provvedimenti dell'autorità sanitaria". L'interesse di questa pronuncia non sta soltanto nel suo carattere ricostruttivo del lungo cammino legislativo e giurisprudenziale nella delicata materia, ma anche nella sua novità, consistente nel fatto che la possibilità di riconoscere un indennizzo viene svincolata dalla necessità di una rigida corrispondenza con le patologie previste dal sistema tabellare. Nella specie, non si trattava di emotrasfusioni o di somministrazione di emoderivati da qualificare come "trattamenti sanitari prescritti per legge"; essi, perciò, rientravano in una sfera di ampia discrezionalità per il legislatore ordinario, sia nell'individuazione delle ipotesi nelle quali approntare "misure di sostegno assistenziale", sia nel dimensionamento concreto di una tale provvidenza.

Quanto alla disciplina dell'**immigrazione**, con la sentenza **n. 1908** (sez. I) la Corte è tornata ad occuparsi dell'istituto della *kafalah*, previsto dagli ordinamenti islamici, ribadendo che esso presenta caratteri comuni con l'affidamento previsto dall'ordinamento nazionale, che prevalgono su quelli divergenti, in quanto costituisce l'unico strumento di protezione e tutela dei minori orfani, abbandonati o nati fuori da una famiglia legittima, e, a differenza dell'adozione, non ha effetti legittimanti, non incidendo sullo stato civile del minore, con la conseguenza che, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, secondo comma, del d.lgs. n. 286 del 1998, tale istituto può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare e costituirne valido titolo. La successiva sentenza **n. 4868** (sez. I) ha tuttavia precisato che l'affidamento in *kafalah* ad un cittadino italiano non può integrare un

presupposto idoneo a giustificare l'ingresso in Italia di un minore straniero, non essendo applicabile in tal caso la disciplina del ricongiungimento familiare di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998, dettata esclusivamente a beneficio del cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante, ma quella di cui al d.lgs. n. 30 del 2007, emanato in attuazione della direttiva 2004/38/CE, riguardante l'ingresso, la circolazione ed il soggiorno dei cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari (anche stranieri) nel territorio degli Stati membri, la quale include nella nozione di "familiare", oltre ai discendenti diretti del cittadino o del suo coniuge, soltanto i minori che fanno ingresso in Italia ai fini dell'adozione internazionale.

La sentenza **n. 17576** (sez. I) ha invece preso in esame i presupposti per il **riconoscimento dello status di rifugiato**, affermando che l'esistenza a carico del richiedente di una misura cautelare giurisdizionale restrittiva della libertà personale, emessa dal paese di provenienza per propaganda a favore di un'organizzazione terroristica, non è sufficiente ad escludere l'esistenza del *fumus persecutionis*, in quanto il giudice non può limitarsi ad un accertamento prevalentemente fondato sulla credibilità soggettiva del ricorrente, ma, avvalendosi dei poteri officiosi d'indagine ed informazione indicati nell'art. 8 del d.lgs 28 gennaio 2008, n. 25, deve verificare la situazione del paese ove dovrebbe essere disposto il rientro al fine di riscontrare, alla luce del fatto addebitato e non del mero *nomen juris* della contestazione, la sua riconducibilità alla legittima espressione del dissenso o ad incitamento vietato alla lotta armata.

La sentenza in questione si segnala anche per lo sforzo interpretativo compiuto dalla Corte al fine di individuare la disciplina del **giudizio di cassazione relativo alla domanda di protezione internazionale**: valorizzando le esigenze di celerità del procedimento connesse al richiamo del procedimento camerale ad opera dell'art. 35 del d.lgs. n. 25 cit. (come modificato dall'art. 1, lett. m, del d.lgs. 3 ottobre 2008, n. 159 e dall'art. 1, comma 13, lett. c, della legge 15 luglio 2009, n. 94), essa ha ritenuto applicabili al ricorso gli artt. 360, 360-*bis*, 365 e 366 cod. proc. civ., aggiungendo che l'atto va depositato nella cancelleria della Corte nel termine perentorio di trenta giorni dalla notifica, a cura della cancelleria della corte d'appello, della sentenza che ha deciso sul reclamo, e che l'instaurazione del contraddittorio avviene mediante notifica del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza camerale a cura della cancelleria della Corte; è stata invece esclusa l'applicabilità della procedura di cui all'art. 380-*bis* cod. proc. civ., così come la proponibilità di impugnazioni incidentali, affermandosi che le altre parti debbono proporre autonomo ricorso, da riunirsi a quello principale, e possono svolgere in alternativa le proprie difese mediante deposito di controricorso nel termine di venti giorni dalla notificazione del decreto di fissazione d'udienza, nonché mediante il deposito di memorie ex art. 378 cod. proc. civ.

In questo sforzo di adeguamento del nostro ordinamento alle nuove esigenze della società multietnica secondo i principi costituzionali merita di essere segnalata la sentenza della Terza Sezione civile, decisa il 3/12/2010 (e pubblicata con il n. 450/2011), con cui si è affermato che anche allo straniero extracomunitario compete il risarcimento dei danni per

lesioni di diritti inviolabili della persona umana senza alcuna disparità di trattamento rispetto al cittadino italiano (o comunitario, che già godeva di questa eguaglianza), ritenendo che nella fattispecie non possa più trovare applicazione l'art. 16 del cod. civ. del 1942, in tema di condizione di reciprocità dell'ordinamento straniero.

### 3. Contratti e responsabilità contrattuale.

In ambito contrattuale, assume rilievo la sentenza **n. 18001** (sez. II), la quale ha chiarito che la proposta irrevocabile – la quale consiste nella privazione di effetti di una eventuale revoca voluta dal proponente e ha lo scopo di accordare al destinatario per l'accettazione della proposta uno *spatium deliberandi* maggiore di quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi – postula, per la sua validità, la determinazione del tempo per il quale il proponente è obbligato a mantenere ferma la proposta, e l'essenzialità e la funzione del termine escludono che la limitazione della facoltà di revoca della proposta, possa risolversi nella negazione di tale facoltà e nella subordinazione dell'efficacia della proposta soltanto alla volontà del suo destinatario. Sulla base di tale premessa, la Corte ha ritenuto che nel caso in cui il tempo di irrevocabilità venga fatto cessare con la sottoscrizione del preliminare o, in difetto, con il rogito notarile di trasferimento della proprietà, che con la creazione di un vincolo contrattuale esauriscono la funzione della proposta, deve escludersi che alla irrevocabilità sia stato fissato un termine, dal momento che la necessaria temporaneità della stessa presuppone che alla scadenza del termine il proponente riacquisti la possibilità di esercitare la facoltà di revoca.

Nella già citata sentenza **n. 10734** (sez. II) la Corte ha affrontato la questione relativa al quesito se la proposta di trasferimento di un immobile possa essere accettata dopo la morte del proponente, là dove detta eventualità sia stata prevista dallo stesso proponente che abbia altresì individuato tanto l'oblato quanto l'oggetto della proposta, dando allo stesso risposta negativa, sulla base del seguente principio di diritto: la previsione, contenuta nell'atto con il quale il donante dispone di un bene, che l'accettazione da parte del donatario possa avvenire dopo la morte del disponente non vale a consentire che la donazione si perfezioni dopo il decesso di costui, poiché in tale ipotesi, ove non sia ancora avvenuta la notifica dell'accettazione, non può aver luogo l'incontro delle volontà mediante il quale si realizza il perfezionamento dell'atto.

Numerosi sono stati i ricorsi decisi nel 2010, aventi ad oggetto contratti di massa o conclusi dal consumatore.

Le decisioni pronunciate in questa materia hanno consentito talora di risolvere dubbi, talaltra di colmare lacune, gli uni e le altre generati da una non sempre perfetta tecnica normativa.

Merita di essere innanzitutto ricordata, a tal riguardo, la sentenza n. **7997** (sez. III), avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno proposta da un odontoiatra nei confronti del gestore telefonico, al quale imputava di avere inserito negli elenchi ufficiali degli abbonati un numero di telefono diverso da quello effettivamente corrispondente all'utenza del suo studio professionale.

Tale domanda di risarcimento era stata rigettata dal giudice di merito, sul rilievo che erroneamente l'utente aveva ritenuto definitivo quello che in realtà era un numero solo provvisorio: il gestore, pertanto, non aveva alcun obbligo di garantire che il numero definitivo fosse identico a quello provvisorio, e ciò in quanto il contratto di utenza telefonica, secondo il regolamento approvato con decreto ministeriale, si doveva ritenere concluso "a seguito dell'attivazione dell'impianto" (art. 3 del d.m. 8 settembre 1988, n. 484, contenente l'approvazione del regolamento di servizio per l'abbonamento telefonico).

La S.C., con la sentenza sopra ricordata, ha tuttavia cassato tale decisione, osservando che il decreto ministeriale di approvazione del regolamento di utenza telefonica, costituendo una norma di rango inferiore alla disciplina generale dettata dal codice civile in materia di contratti, non può apportare deroghe alla stessa, e va pertanto disapplicato per contrasto con gli artt. 1325 e 1326 cod. civ., secondo cui il contratto è a forma libera e si perfeziona nel momento in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione del destinatario. Pertanto, a decorrere dal momento dell'avvenuto perfezionamento secondo la disciplina codicistica, nascono le reciproche obbligazioni tra le parti, il cui inadempimento comporta l'insorgenza della correlata responsabilità contrattuale.

Una significativa decisione in tema di diritti del consumatore è stata altresì pronunciata con l'ordinanza n. **6824** (sez. III), concernente il foro del consumatore che abbia stipulato un contratto d'opera con un professionista, risiedente in località diversa da quella di domicilio del consumatore.

Nella specie era infatti accaduto che un genitore si era rivolto, per le cure odontoiatriche di cui aveva bisogno il proprio figlio minore, alle prestazioni di un odontoiatra residente in una provincia diversa dalla propria. Insorta controversia tra i due a causa del lamentato inadempimento del professionista, la Corte ha ritenuto che questa dovesse essere devoluta alla competenza per territorio del luogo di residenza del paziente, ai sensi dell'art. 33, commi 1 e 2, lettera (u) del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo), in quanto anche il contratto di prestazione d'opera professionale concluso tra paziente e medico è soggetto alla disciplina dei contratti del consumatore, a nulla valendo né che il contratto non fosse stato concluso per iscritto, né che il paziente avesse scelto di avvalersi dell'attività di un medico esercente in un luogo diverso dalla sua residenza.

#### 4. Contratti bancari e dell'intermediazione finanziaria.

In tema di **contratti bancari**, particolare importanza è rivestita dalla sentenza **n. 24418** (S.U.), relativa al computo degli interessi e alla decorrenza della prescrizione nel contratto bancario di apertura di credito in un caso in cui il rapporto era regolato dalla normativa antecedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 342 del 1999. Il problema era quello della decorrenza della prescrizione, nell'azione di ripetizione di indebito promossa dal cliente nei confronti della banca, in conseguenza della nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi. Le Sezioni Unite hanno enunciato, al riguardo, il principio secondo cui, "se, dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati". La scelta, quindi, è nel senso di un'interpretazione che favorisce il cliente, che sarebbe stato penalizzato dalla decorrenza, maturata singolarmente per ogni versamento, dal momento dell'annotazione a debito sul conto corrente. Di grande interesse è, poi, anche l'ulteriore affermazione contenuta nella sentenza secondo cui, una volta dichiarata la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale per contrasto con il divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c.c., gli interessi a debito del correntista debbono essere calcolati senza compiere alcuna capitalizzazione.

Da segnalare è anche la sentenza **n. 7956** (sez. I) la quale ha ritenuto configurabile una responsabilità contrattuale a carico di una banca che abbia consentito ad uno dei componenti del consiglio di amministrazione di una società dapprima di accreditare sul conto corrente di quest'ultima un assegno in favore della stessa, e quindi di riversare la medesima somma sul proprio conto corrente personale, tramite un assegno "interno" o "di sportello": al riguardo, pur precisando che non si può pretendere che l'istituto di credito, con il quale una società intrattenga rapporti di conto corrente, si trasformi nel controllore esterno della regolarità delle operazioni compiute dall'amministratore, la Corte ha affermato che rientrano nel dovere di esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede, gravante sulla banca in qualità di mandatario, non solo il rifiuto di operazioni *ictu oculi* anomale, quando esse siano tali da compromettere palesemente l'interesse della correntista, ma anche, quanto meno sotto il profilo del dovere di protezione dell'altro contraente, l'attivazione della banca per informarne la società, in persona di un amministratore diverso da quello intenzionato a realizzare l'operazione manifestamente lesiva.

Con riguardo ai **contratti di intermediazione finanziaria**, la sentenza **n. 14056** (sez. I) ha affermato che, nelle offerte pubbliche di acquisto, vendita o scambio di strumenti finanziari, non essendo concepibile nessuna trattativa ed essendo l'aderente all'offerta in grado

di determinare la propria scelta contrattuale solo in base alle informazioni reperibili sul mercato, l'inadempimento dell'obbligo di predisporre un prospetto informativo redatto secondo i criteri previsti dalla disciplina di settore, rende configurabile a carico dell'offerente una responsabilità aquiliana, che si differenzia da quella di cui all'art. 1337 cod. civ., non solo quando egli abbia operato con dolo, ma anche se la violazione delle regole disciplinanti la compilazione del prospetto d'offerta sia dovuta a negligenza o imperizia. Pertanto, in presenza di un prospetto di offerta pubblica di sottoscrizione di azioni societarie che contenga informazioni fuorvianti in ordine alla situazione patrimoniale della società, l'emittente al quale le errate informazioni siano imputabili, anche solo a titolo di colpa, risponde verso chi ha sottoscritto le azioni del danno subito per aver acquistato titoli di valore inferiore a quello che il prospetto avrebbe lasciato supporre, dovendosi presumere, in difetto di prova contraria, che la non veridicità del prospetto medesimo abbia influenzato le scelte d'investimento del sottoscrittore.

## 5. Responsabilità aquiliana.

Anche nel 2010, come del resto era accaduto negli anni precedenti, non poche sono state le decisioni di legittimità le quali hanno fornito importanti contributi alla ricostruzione del "sistema" della responsabilità extracontrattuale, in tutti i suoi elementi costitutivi: la colpa, il nesso di causalità, il danno.

Tra queste, meritano innanzitutto di essere ricordate due decisioni concernenti il delicato tema delle lesioni all'onore ed alla reputazione commesse col mezzo della televisione e della stampa, le quali, considerate congiuntamente, hanno rappresentato un significativo sforzo di conciliazione del diritto all'integrità dell'onore e della reputazione con quello di libera manifestazione del pensiero.

La prima di tali sentenze, la **n. 16236** (sez. III), aveva ad oggetto la domanda di risarcimento del danno proposta da una società commerciale, gestore di un laboratorio di analisi, nei confronti di un giornalista (e del relativo editore) i quali assumendo le mentite spoglie di un paziente avevano fatto sottoporre ad analisi un comune infuso di thé, dichiarando trattarsi di liquidi biologici umani, senza che i medici addetti alle analisi se ne accorgessero. La Corte ha ritenuto che l'operato del giornalista non potesse essere in questo caso fonte di responsabilità, in quanto nel bilanciamento tra il diritto all'informazione ed i diritti della persona alla reputazione ed alla riservatezza, il primo tendenzialmente prevale sui secondi, attesa, ex art. 1, comma 2 Cost., la funzionale correlazione della informazione con l'esercizio della sovranità popolare, che solo in presenza di una opinione pubblica compiutamente informata può correttamente dispiegarsi, ed alla luce anche della legislazione ordinaria in materia di riservatezza, la quale riconduce reputazione e *privacy* nell'alveo delle eccezioni rispetto al generale principio di tutela della informazione.

La seconda di tali sentenze, la **n. 6325** (sez. III), aveva invece ad oggetto la domanda di risarcimento del danno proposta da persona ingiuriata da un deputato, noto per le sue intemperanze verbali, nel corso di una trasmissione televisiva. Nel corso del giudizio l'editore televisivo aveva invocato, per sottrarsi a responsabilità, l'esimente di cui all'art. 68 cost., assumendo che se di essa aveva beneficiato l'autore materiale dell'illecito, non poteva non beneficiarne anch'egli, mero tramite di diffusione delle dichiarazioni offensive. La Suprema Corte ha tuttavia escluso la fondatezza di tale eccezione, osservando che l'art. 68 Cost. è norma eccezionale, finalizzata a preservare la funzione parlamentare da indebite interferenze e da illeciti condizionamenti. Pertanto, essendo tale norma strumentale rispetto allo svolgimento della funzione, l'immunità da essa prevista non può essere estesa oltre le persone di coloro che tale funzione esercitano.

Significative decisione in tema di responsabilità aquiliana hanno riguardato non solo gli elementi della colpa e dell'illiceità, ma anche il danno risarcibile.

Tra le numerosissime decisioni rilevanti in quest'ambito, un cenno particolare merita la sentenza **n. 13** (sez. III), avente ad oggetto il caso non infrequente in cui il medico incaricato di una diagnosi prenatale ometta di rilevare, o di riferire, alla gestante dell'esistenza di malformazioni del feto, impedendole così di valutare consapevolmente se interrompere la gravidanza o meno.

Con tale sentenza la S.C., abbandonando un vecchio e contrario orientamento, ha stabilito che il danno risarcibile patito dalla gestante non è solo quello alla salute, ma anche il danno economico che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento in termini di causalità adeguata, quale il danno consistito nelle ulteriori spese di mantenimento della persona nata con malformazioni, pari al differenziale tra la spesa necessaria per il mantenimento di un figlio sano e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto da gravi patologie.

Merita altresì di essere ricordato, in questa sede, che con la medesima sentenza la S.C. ha affrontato anche il delicato problema della ricostruzione del nesso di causalità tra l'omissione di informazioni alla gestante e la perduta possibilità di interrompere la gravidanza, ribadendo che la mera dimostrazione dell'omessa rilevazione, da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto risponde ad un criterio di regolarità causale che una donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza.

## **6. Responsabilità professionale.**

Si è già accennato al fatto che la Corte di cassazione ha creato regole *ad hoc* in tema di responsabilità professionale, e segnatamente in tema di responsabilità sanitaria. Una di queste regole è quella per cui il medico ha l'obbligo di informare il paziente sulla natura, sui rischi e sulle alternative dell'intervento o comunque della prestazione medica, obbligo a fronte del quale sta un diritto soggettivo perfetto del paziente ad essere informato.

Qualche incertezza, tuttavia, negli anni passati si era registrata in giurisprudenza circa le conseguenze della violazione di tale obbligo d'informazione: da taluni infatti si sosteneva che la semplice omissione dell'informazione al paziente costituiva un inadempimento contrattuale, che obbligava il medico al risarcimento del danno senza null'altro doversi dimostrare da parte del paziente; da altri si replicava che la violazione dell'obbligo d'informazione da parte del medico in tanto poteva condurre ad una sua condanna al risarcimento, in quanto si fosse potuto sostenere che, se l'informazione fosse stata data, il paziente avrebbe avuto ragionevoli probabilità di evitare il danno.

Con l'importante sentenza **n. 2847** (sez. III), la Corte si è fatta carico di comporre (in senso atecnico) questo contrasto. In essa si è infatti affermato che in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute.

Nella stessa sentenza, tuttavia, si è soggiunto che l'inadempimento dell'obbligo di informazione da parte del medico nei confronti del paziente può comunque dar luogo all'obbligo risarcitorio in capo al sanitario, anche in assenza di un pregiudizio alla salute del paziente, tutte le volte in cui siano configurabili a carico del paziente stesso conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato, sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi.

## **7. Proprietà e condominio.**

In tema di proprietà, e in particolare di limiti legali alla stessa, si segnala la sentenza **n. 4240** (sez. II), la quale, all'esito di una articolata ricostruzione della questione relativa alla possibilità di acquisto per usucapione del diritto al mantenimento di una costruzione ad una distanza inferiore a quella stabilita dalle norme dei regolamenti edilizi comunali, ha affermato il seguente principio di diritto: in materia di violazione delle distanze legali tra proprietà confinanti, deve ritenersi ammissibile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad

oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dalle norme del codice civile o da quelle dei regolamenti e degli strumenti urbanistici locali. La Corte ha rilevato l'esistenza, nella giurisprudenza di legittimità, di una incongruenza, giacché, da un lato, si ritiene inammissibile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dalle norme inderogabili degli strumenti urbanistici locali, non potendo l'ordinamento accordare tutela ad una situazione che, attraverso l'inerzia del vicino, determina l'aggravamento dell'interesse pubblico cui sono prevalentemente dirette le disposizioni violate; dall'altro, si afferma che le norme sulle distanze di cui all'art. 873 cod. civ., dettate a tutela di reciproci diritti soggettivi dei singoli e miranti unicamente ad evitare la creazione di intercapedini antigieniche e pericolose, sono derogabili mediante convenzione tra privati e si riconosce che, nell'ipotesi di alienazione di un immobile realizzato in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 873 cod. civ., il successore a titolo particolare può invocare l'acquisto per usucapione del diritto (servitù) di mantenerlo a distanza inferiore a quella legale. In sostanza, il risultato che emerge dalla giurisprudenza di legittimità presenta un profilo di evidente illogicità, in quanto si ammette la derogabilità della distanza minore, di tre metri, prevista dal codice civile, permettendo così il formarsi di intercapedini dannose per la salute, ma si vieta invece la derogabilità, anche mediante servitù costituita per usucapione, di distanze maggiori.

La richiamata sentenza ha ritenuto di poter superare tale evidente incongruenza sottolineando il diverso ambito di operatività delle norme che regolano i rapporti tra privati – ivi compresa quella relativa alla prescrizione acquisitiva - e quelle dei regolamenti edilizi comunali. Le prime riguardano il meccanismo dell'acquisto dei diritti in forza del decorso del tempo; le seconde attengono al ruolo che si assegna al rapporto tra privato e pubblica amministrazione nella difesa delle prescrizioni di rilievo pubblicistico. La usucapibilità del diritto a tenere un immobile a distanza inferiore da quella legale non equivale alla stipula pattizia di una deroga in tal senso, perché risponde all'esigenza ulteriore della stabilità dei rapporti giuridici in relazione al decorso del tempo. Altro è infatti incidere sui poteri pubblici, o consentire una generalizzata derogabilità, il che può cagionare effetti lesivi permanenti dell'interesse generale tutelato; altro è ammettere che operi il fenomeno dell'usucapione, che vale soltanto a riportare il meccanismo di contemperamento dei diritti soggettivi nell'alveo ordinario previsto dal legislatore, escludendo la sussistenza, nel circoscritto ambito della proprietà immobiliare, di diritti soggettivi a tutela rafforzata. Del resto, si è osservato, la diversa soluzione determinerebbe l'esistenza, nei rapporti tra privati, di una perpetua instabilità, con la possibilità del vicino di agire in ogni tempo per il rispetto delle distanze; evenienza, questa, che non si verifica neppure in relazione al diritto di proprietà.

Sempre in tema di proprietà, risulta di particolare importanza la sentenza **n. 5564** (sez. II) che ha affrontato la questione del limite della normale tollerabilità alle immissioni sonore. In proposito, la Corte ha affermato che La disciplina delle immissioni di cui all'art. 844 cod. civ., nel prevedere la valutazione, da parte del giudice, del contemperamento delle esigenze della

produzione con le ragioni della proprietà, tenendo eventualmente conto della priorità di un determinato uso, deve essere interpretata, tenendo conto che il limite della tutela della salute e dell'ambiente è da considerarsi ormai intrinseco nell'attività di produzione oltre che nei rapporti di vicinato, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata dei beni protetti dall'art. 844 cod. civ., dovendo considerarsi prevalente rispetto alle esigenze della produzione il soddisfacimento del diritto ad una normale qualità della vita. Sono, peraltro, da ritenersi senz'altro illecite quelle attività produttive - come nel caso delle immissioni acustiche - qualora le stesse superino i limiti di tollerabilità che le leggi e i regolamenti fissano nel pubblico interesse: in tal caso, il giudice deve senz'altro ritenere non tollerabili le immissioni, potendo il contemperamento delle esigenze della produzione assumere rilevanza soltanto al fine di adottare quei rimedi tecnici che consentano l'esercizio dell'attività nel rispetto del diritto dei vicini a non subire immissioni superiori alla normale tollerabilità. Al fine di stabilire la tollerabilità delle immissioni occorre fare riferimento alla condizione del fondo che subisce le immissioni e non certo al fondo che le emette: una volta accertato il superamento della soglia consentita, ogni altra valutazione in ordine al c.d. valore differenziale è assorbita, dovendo comunque rilevarsi che non potrebbe mai adottarsi quale parametro per determinare il valore del rumore residuo quello risultante dall'attività che è la fonte dell'inquinamento acustico.

In tema **condominio**, ampia diffusione anche da parte della stampa in considerazione del loro rilevante interesse pratico hanno ricevuto le sentenze delle Sezioni Unite **nn. 18477 e 18478**, in materia di tabelle millesimali, e **nn. 18331 e 18332** sui poteri dell'amministratore di condominio.

Le prime due pronunce ora ricordate sono importanti perché, modificando la consolidata giurisprudenza precedente, enunciano il principio di diritto per cui le tabelle millesimali di un condominio non devono essere approvate con il consenso unanime dei condomini, essendo sufficiente la maggioranza qualificata di cui all'art. 1136, secondo comma, del codice civile; ciò in quanto l'atto di approvazione, al pari di quello di modifica, non ha natura negoziale. Le sentenze nn. 18331 e 18332, invece, sono di grande rilievo perché contribuiscono a fare chiarezza su un altro delicato aspetto della vita dei condomini, che è quello dei poteri dell'amministratore. Le Sezioni Unite, infatti, componendo il contrasto di giurisprudenza, enunciano il principio di diritto secondo cui "l'amministratore di condominio, in base al disposto dell'art. 1131, secondo e terzo comma, c.c., può anche costituirsi in giudizio e impugnare la sentenza sfavorevole senza previa autorizzazione a tanto da parte dell'assemblea, ma dovrà, in tal caso, ottenere la necessaria ratifica del suo operato da parte dell'assemblea per evitare pronuncia di inammissibilità dell'atto di costituzione ovvero di impugnazione". Va detto che, nella specie, non si trattava di una di quelle controversie nelle quali l'art. 1131, primo comma, cod. civ. stabilisce l'autonoma legittimazione dell'amministratore, perché in tali casi l'amministratore sarebbe legittimato ad agire senza alcuna autorizzazione, nei limiti di cui all'art. 1130 del codice. Le sentenze in commento – che si caratterizzano per la puntuale ricostruzione storica della normativa e dei differenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali –

pervengono così ad un ragionevole punto di equilibrio tra la previsione generale di legittimazione passiva dell'amministratore, di cui all'art. 1131, secondo comma, cod. civ., e l'altrettanto insopprimibile necessità che sia l'assemblea l'unico organo decisionale del condominio, all'interno del quale ogni condomino dissenziente può manifestare la propria opinione.

Alla questione assai controversa in giurisprudenza della individuazione del momento di insorgenza dell'obbligo di contribuzione alle spese condominiali nell'ipotesi di trasferimento di proprietà di immobile sito in edificio condominiale e, quindi, del soggetto sul quale, nei rapporti interni tra venditore e compratore, ricade tale onere, ha dato risposta la sentenza **n. 24654** (sez. II), che ha affermato il seguente principio di diritto: in caso di vendita di un'unità immobiliare in condominio, nel quale siano stati deliberati lavori di straordinaria manutenzione o di ristrutturazione o innovazioni, in mancanza di accordo tra le parti, nei rapporti interni tra alienante ed acquirente è tenuto a sopportarne i relativi costi chi era proprietario al momento della delibera dell'assemblea, sicché, ove tali spese siano state deliberate antecedentemente alla stipulazione dell'atto di trasferimento dell'unità immobiliare, ne risponde il venditore, a nulla rilevando che tali opere siano state, in tutto o in parte, eseguite successivamente, e l'acquirente ha diritto a rivalersi, nei confronti del proprio dante causa, per quanto pagato al condominio in forza del principio di solidarietà passiva di cui all'art. 63 disp. att. cod. civ.

A tale soluzione la Corte è pervenuta rilevando che sulla questione, nel caso in cui ovviamente le parti, nell'atto di trasferimento, nulla abbiano pattuito in proposito, con conseguente applicazione della legge, sono state date risposte contrastanti. Secondo un orientamento, l'obbligo del condomino di pagare i contributi per le spese di manutenzione delle parti comuni dell'edificio deriva, non dalla preventiva approvazione della spesa, ma dalla concreta attuazione dell'attività di manutenzione, e sorge quindi per effetto dell'attività gestionale concretamente compiuta, senza che rilevi la data della delibera di approvazione dell'opera, avente una funzione meramente autorizzativa del compimento di una determinata attività di gestione da parte dell'amministratore. Nel caso di vendita di un appartamento sito in un edificio soggetto al regime del condominio, obbligato al pagamento delle spese è quindi il proprietario nel momento in cui vengono eseguiti i lavori.

Secondo un altro indirizzo, invece, il momento di insorgenza dell'obbligo deve essere identificato con la delibera della spesa da parte dell'assemblea condominiale: il condomino che vende l'immobile di sua esclusiva proprietà è tenuto a contribuire alle spese condominiali deliberate quando era ancora proprietario. L'obbligo dei condomini di contribuire al pagamento delle spese condominiali, infatti, sorge per effetto della delibera dell'assemblea che approva le spese stesse e non a seguito della successiva delibera di ripartizione, volta soltanto a rendere liquido un debito preesistente, e che può anche mancare ove esistano tabelle millesimali.

La Corte ha ritenuto che la soluzione dipenda dalla diversa origine della spesa alla quale il condomino deve contribuire. Ove invero, si tratti di spesa necessaria alla manutenzione ordinaria, alla conservazione, al godimento delle parti comuni dell'edificio o alla prestazione di

servizi nell'interesse comune, la nascita dell'obbligazione coincide con il compimento effettivo dell'attività gestionale mirante alla manutenzione, alla conservazione, al godimento delle parti comuni dell'edificio o alla prestazione di servizi nell'interesse comune. L'obbligo insorge, *ex lege*, non appena si compia l'intervento nel nome di un'esigenza collettiva apprezzata dall'organo – l'amministratore – nelle cui attribuzioni rientra di erogare le spese occorrenti per la manutenzione ordinaria delle parti comuni dell'edificio e per l'esercizio dei servizi comuni (art. 1130, n. 3, cod. civ.). Ove, invece, si tratti di spesa attinente a lavori che comportino una innovazione o che, seppure diretti alla migliore utilizzazione delle cose comuni o imposti da una nuova normativa, comportino, per la loro particolarità e consistenza, un onere rilevante, superiore a quello inerente alla manutenzione ordinaria dell'edificio, posto che le stesse debbono essere preventivamente determinate dall'assemblea nella loro quantità e qualità e nell'importo degli oneri che ne conseguono, la delibera condominiale che dispone l'esecuzione degli interventi assume valore costitutivo della relativa obbligazione in capo a ciascun condomino. In tal caso, quindi, l'obbligo di contribuire alle spese discende, non dall'esercizio della funzione amministrativa rimessa all'amministratore nel quadro delle appostazioni di somme contenute nel bilancio preventivo, ma, direttamente, dalla delibera dell'assemblea.

## 8. Società.

La sentenza **n. 403** (sez. I) ha affrontato un'interessante questione relativa all'ambito di applicazione del procedimento previsto dall'art. 2409 cod. civ. per il **controllo giudiziario delle società per azioni**, affermando che, a seguito della riforma organica di cui al d.lgs. n. 6 cit., esso non può più considerarsi applicabile anche alla società a responsabilità limitata, in tal senso deponendo, oltre alla diversità dei connotati attribuiti alla riforma a tale tipo di società, anche la mancata riproduzione dell'esplicito richiamo all'art. 2409 contenuto nella precedente formulazione dell'art. 2488 cod. civ. e l'assenza di qualsiasi riferimento alla società a responsabilità limitata nell'art. 92 disp. att. cod. civ., nonchè, per le ipotesi in cui sia obbligatoria la costituzione del collegio sindacale, la genericità del rinvio alla disciplina delle società per azioni contenuto nell'art. 2477 cod. civ., il quale va pertanto riferito ai soli requisiti professionali ed alle cause di ineleggibilità, incompatibilità e decadenza dei sindaci previste dagli artt. 2397 e ss. cod. civ., conformemente all'intento manifestato dal legislatore di privatizzare il controllo societario in favore dei singoli soci.

Con riferimento alle **società quotate in borsa**, la sentenza **n. 11125** (sez. I) ha esaminato il caso in cui all'emissione di obbligazioni convertibili in azioni di risparmio abbiano fatto seguito l'acquisizione del controllo della società da parte di nuovi soci, tenuti a promuovere un'offerta pubblica di acquisto delle azioni residue, ai sensi dell'art. 10, nono comma, della legge 12 febbraio 1992, n. 149, e la revoca della quotazione in borsa della società, che abbia reso impossibile la conversione delle obbligazioni, affermando che in tal caso non è configurabile una responsabilità della società emittente nei confronti degli obbligazionisti,

per non avere provveduto a deliberare un aumento di capitale onde salvaguardare la convertibilità dei titoli riportando il flottante al di sopra dei limiti previsti dalla predetta disposizione, in quanto, non essendo sufficiente a tal fine la mera deliberazione dell'assemblea, ma occorrendo anche la concreta sottoscrizione delle nuove azioni da parte degli investitori, sottratta al potere dispositivo della società, la revoca della quotazione in borsa non può essere posta in rapporto di causalità con la condotta di quest'ultima.

## **9. Fallimento e procedure concorsuali.**

Particolare interesse rivestono alcune pronunce in materia fallimentare, che hanno affrontato l'esame di questioni connesse alla nuova disciplina risultante dalla pluralità di interventi di riforma susseguitisi negli ultimi anni.

La sentenza **n. 11301** (sez. I) ha infatti affermato che, nel giudizio di **opposizione allo stato passivo**, il termine per la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza al fallito, secondo quanto previsto dall'art. 99 della legge fall. (nel testo novellato dall'art. 84 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ma anteriore alla modifica introdotta dall'art. 6 del d.lgs. n. 169 del 2007, che esclude l'obbligo di notifica al fallito) non ha natura perentoria, e pertanto la sua inosservanza non rende inammissibile l'opposizione, restando sanata, ai sensi dell'art. 156 cod. proc. civ., se alla nuova udienza fissata dal giudice delegato l'opponente dimostri di aver provveduto all'adempimento prescritto nel termine a tal fine assegnatogli.

In tema di **concordato preventivo**, la sentenza **n. 21860** (sez. I) ha affrontato la problematica relativa all'individuazione dell'oggetto del giudizio di ammissibilità demandato al tribunale, osservando che il legislatore ha dato netta prevalenza alla natura contrattuale del concordato, attraverso l'attribuzione di carattere decisivo al consenso dei creditori, ed escludendo che al tribunale possano spettare, in tale sede, poteri maggiori di quelli ad esso attribuiti in sede di omologazione. Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che non spetti al tribunale il potere di sindacare la fattibilità della proposta di concordato, affermando che l'organo cui la legge attribuisce il compito di garantire che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano completi, attendibili e veritieri è il commissario giudiziale, ma precisando che al tribunale non compete un mero controllo formale sulla completezza della documentazione, in quanto esso deve verificare che la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa sia aggiornata e completa, che lo stato analitico ed estimativo delle attività possa considerarsi tale, e che la relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano sia adeguatamente motivata.

## **10. Sanzioni amministrative.**

Prendendo le mosse dalla materia delle sanzioni amministrative, particolare rilievo assume la sentenza **n. 12663** (sez. II), con la quale è stata riconosciuta all'amministrazione la

possibilità di costituirsi a mezzo posta nel giudizio di opposizione ad ordinanza ingiunzione o a verbale di contestazione di violazioni del codice della strada. Così come, per effetto della sentenza n. 98 del 2004 della Corte costituzionale, all'interessato che proponga opposizione è consentito inoltrare il ricorso alla cancelleria del giudice competente a mezzo del servizio postale, si afferma ora l'ammissibilità e la validità della costituzione dell'amministrazione a mezzo posta, trovando tale soluzione fondamento nel principio di parità delle parti nel giudizio di opposizione e non sussistendo specifiche ragioni preclusive.

Dal punto di vista sostanziale, e cioè della integrazione dell'illecito amministrativo contestato, si segnala al sentenza **n. 24375** (sez. II), concernente la prorogabilità o meno del termine stabilito per la sottoposizione del veicolo a revisione ove detto termine venga a scadere in giorno festivo. Nella sentenza si è affermato che il principio fissato dall'art. 155 cod. proc. civ., per cui, se il giorno di scadenza di un termine è festivo, la scadenza stessa è prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo, ha carattere generale e trova applicazione non soltanto per gli atti dei procedimenti civili, ma anche, tra l'altro, ai rapporti con la P.A. in relazione agli obblighi derivanti da disposizioni la cui violazione comporti la irrogazione di sanzioni amministrative.

La pronuncia muove dalla constatazione del riconoscimento alla disposizione di cui all'art. 155 cod. proc. civ. in tema di proroga del termine processuale scadente in giorno festivo della natura di principio generale applicabile non solo nell'ambito processuale, ma in generale nel campo delle obbligazioni, anche di natura tributaria. Da ciò, l'ulteriore espansione del principio anche nei rapporti con la pubblica amministrazione, allorquando l'osservanza di un termine per il compimento di una determinata attività costituisca il discrimine tra la liceità o no della condotta e quindi per l'assoggettamento o no della stessa alla prescritta sanzione amministrativa.

Ed ancora, sempre nell'ambito dei rapporti tra il cittadino e l'amministrazione, con riferimento all'accertamento delle violazioni del codice della strada alle quali consegue la decurtazione dei punti dalla patente di guida, la sentenza **n. 22881** (sez. II) ha precisato che il termine entro cui il proprietario di un veicolo deve comunicare, ai sensi dell'articolo 126-bis, secondo comma, quarto periodo, del codice della strada, all'organo di polizia procedente, i dati del conducente al momento della commessa violazione, non è sospeso in attesa della definizione del procedimento di opposizione al verbale di accertamento dell'illecito presupposto, né l'annullamento del predetto verbale esclude la sanzione dell'art. 180, ottavo comma, cod. strada, stante l'autonomia delle due infrazioni, la seconda delle quali attiene ad un obbligo di collaborazione nell'accertamento degli illeciti stradali, che rileva in se stesso.

## **11.Lavoro: contratti a termine; licenziamento; giudizio disciplinare; diritti dei lavoratori; diritto previdenziale; processo.**

Di particolare rilievo devono considerarsi le sentenze emesse in tema di **contratti a termine** per la loro incidenza sul contenzioso. Si segnala la sentenza **n. 2279** (sez. lav.), la quale ha fornito una interpretazione della disposizione fondamentale che regola i contratti a termine (art. 1 del D.Lgs. 6 settembre 2001 n. 368) alla luce della Direttiva 1999/70/CE e della giurisprudenza sul punto della Corte di Giustizia (sentenza 23 aprile 2000 in causa C-378/07; sentenza 22 novembre 2005 in causa C-144/04): nel caso di apposizione del termine al contratto di lavoro, il legislatore, richiedendo (art. 1 cit.) l'indicazione da parte del datore di lavoro delle *specificate ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*, ha inteso stabilire un onere di specificazione delle ragioni oggettive del termine finale, vale a dire di indicazione sufficientemente dettagliata della causale nelle sue componenti identificative essenziali, sia quanto al contenuto, che con riguardo alla sua portata spazio-temporale e più in generale alla situazione concreta, perseguendo in tal modo la finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto. Ha precisato peraltro la decisione in esame che la suddetta specificazione può risultare anche indirettamente nel contratto di lavoro ove esso rinvii *per relationem* ad altri testi scritti accessibili alle parti.

Complementare rispetto alla pronuncia sopra indicata è la **n. 1577** (sez. lav.), la quale, sempre in relazione all'interpretazione del citato art. 1 del D.Lgs. n. 368 del 2001, ma con riferimento ad una fattispecie particolare, ancorché molto frequente, e cioè quella delle assunzioni a termine di lavoratori subordinati per ragioni di carattere sostitutivo, dopo aver premesso (analogamente alla sentenza in precedenza indicata) che l'onere di specificazione delle predette ragioni è correlato alla finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto, ha affermato che nelle situazioni aziendali complesse, in cui la sostituzione non è riferita ad una singola persona, ma ad una funzione produttiva specifica, occasionalmente scoperta, l'apposizione del termine deve considerarsi legittima se l'enunciazione dell'esigenza di sostituire lavoratori assenti - da sola insufficiente ad assolvere l'onere di specificazione delle ragioni stesse - risulti integrata dall'indicazione di elementi ulteriori (quali l'ambito territoriale di riferimento, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi alla conservazione del posto di lavoro) che consentano di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, ancorché non identificati nominativamente, ferma restando, in ogni caso, la verificabilità della sussistenza effettiva del prospettato presupposto di legittimità. In questo caso l'esclusione della necessità di indicare i nomi dei lavoratori sostituiti risolve un contenzioso di grandi dimensioni e che ha visto soluzioni opposte da parte dei giudici di merito.

In materia di **impugnativa del licenziamento** si segnala la sentenza delle Sezioni Unite **n. 8830**, la quale ha enunciato il principio secondo cui "l'impugnazione del licenziamento ai sensi dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966, formulata mediante dichiarazione spedita al datore di lavoro con raccomandata a mezzo del servizio postale, deve intendersi

tempestivamente effettuata allorché la spedizione avvenga entro sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento o dei relativi motivi, anche se la dichiarazione medesima sia ricevuta dal datore di lavoro oltre il termine menzionato, atteso che (...) l'effetto di impedimento della decadenza si collega, di regola, al compimento, da parte del soggetto onerato, dell'attività necessaria ad avviare il procedimento di comunicazione avviato ad un servizio (...) sottratto alla sua ingerenza, non rilevando, in contrario, che, alla stregua del citato art. 6, al lavoratore sia rimessa la scelta fra più forme di comunicazione". Si tratta – in sostanza – di una sorta di estensione dei noti principi in tema di perfezionamento della notifica alla materia "sensibile" del licenziamento, con una lettura del sistema che si pone a favore del soggetto economicamente più debole.

In tema di **tutela dei diritti dei lavoratori** si segnala la sentenza **n. 4375** (sez. lav.), la quale ha affermato che le garanzie procedurali imposte dall'art. 4, secondo comma, della legge n. 300 del 1970 (espressamente richiamato anche dall'art. 114 del d.lgs. n. 196 del 2003 e non modificato dall'art. 4 della legge n. 547 del 1993, che ha introdotto il reato di cui all'art. 615-ter cod. pen.) per l'installazione di impianti ed apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione anche ai controlli c.d. difensivi, ovvero sia a quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso, dovendo escludersi che l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti possa assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto correttamente motivata la sentenza impugnata, la quale aveva negato l'utilizzabilità a fini disciplinari dei dati acquisiti mediante programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi Internet dei dipendenti, sul presupposto che gli stessi consentono al datore di lavoro di controllare a distanza ed in via continuativa l'attività lavorativa durante la prestazione, e di accertare se la stessa sia svolta in termini di diligenza e corretto adempimento). In tema di *privacy*, la sentenza **n. 18279** (sez. lav.) ha enunciato il principio secondo la quale nelle controversie in cui si configura una contrapposizione tra due diritti, aventi entrambi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti, va applicato il cd. criterio di "gerarchia mobile", dovendo il giudice procedere di volta in volta, ed in considerazione dello specifico "thema decidendum", all'individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di un'equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico. Ne consegue che il richiamo ad opera di una parte processuale al doveroso rispetto del diritto (suo o di un terzo) alla *privacy* non può legittimare una violazione del diritto di difesa che, essendo inviolabile in ogni stato e grado del procedimento ex art. 24, comma secondo, Cost., non può

incontrare nel suo esercizio ostacoli ed impedimenti nell'accertamento della verità materiale a fronte di gravi addebiti suscettibili di determinare ricadute pregiudizievoli alla controparte in termini di un irreparabile "vulnus" alla sua onorabilità e, talvolta, anche alla perdita di altri diritti fondamentali, come quello al posto di lavoro. (Fattispecie relativa a licenziamento disposto a carico di un dipendente per reiterate molestie sessuali a carico di colleghe, annullato per genericità delle contestazioni in quanto privo dell'identificazione delle vittime).

In tema di giudizio **per responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici**, con riferimento agli effetti della sentenza emessa a seguito di patteggiamento nel giudizio disciplinare, la **n. 5806** (sez. lav.), premesso che l'equiparazione della sentenza applicativa della pena patteggiata alla sentenza di condanna, espressamente prevista a determinati fini già dalla l. 19 marzo 1990, n. 55, art. 15, comma 1 bis, opera ora anche ai fini del procedimento disciplinare, si è confrontata con la recente pronuncia della Corte costituzionale (C. cost. n. 336 del 2009) che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 445 c.p.p., comma 1 bis, e dell'art. 653 c.p.p., comma 1 bis, sollevata, in riferimento agli artt. 3, comma 2, 24, secondo comma, e art. 111 Cost., comma 2, nella parte in cui, equiparata la sentenza di cui all'art. 444 dello stesso codice ad una sentenza di condanna, prevede che essa abbia efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, alla sua illiceità penale ed alla affermazione che l'imputato lo ha commesso.

In riferimento a quest'ultima pronuncia la Corte di cassazione, nella sentenza sopra indicata, ha operato una puntualizzazione in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata. Ha precisato che l'equiparazione tra sentenza irrevocabile di condanna e sentenza, parimenti irrevocabile, applicativa della pena a richiesta dell'imputato (c.d. patteggiamento) non arriva mai al punto di poter predicare l'equiparazione anche del contenuto dei due giudicati nel senso che, nell'uno e nell'altro caso, si avrebbe che nel giudizio per responsabilità disciplinare la condotta contestata al lavoratore, condannato in sede penale, dovrebbe ritenersi positivamente ed incontrovertibilmente accertata per essere, il lavoratore stesso, autore di tale condotta (i.e. elemento materiale del reato) con dolo o colpa (i.e. elemento soggettivo).

Occorre distinguere. Ha affermato la Corte che, con riferimento alle sentenze di patteggiamento emesse nella vigenza dell'innovato quadro normativo risultante dalle modifiche introdotte dalla legge 27 marzo 2001 n. 97, possono aversi le seguenti evenienze: a) laddove ci sia stato (nel giudizio conclusosi con una sentenza di condanna) un accertamento pieno della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, è questo pieno accertamento che ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare; b) laddove invece ci sia stato (nel caso di sentenza di applicazione della pena a richiesta) solo l'accertamento dell'insussistenza, allo stato, delle cause di non punibilità ovvero di estinzione del reato di cui all'art. 129 c.p.p., è questo (diverso e più limitato) accertamento - cui però è sottesa anche l'esistenza di elementi sufficienti a giustificare l'esercizio dell'azione penale - che ha efficacia di giudicato e che non impedisce nel

giudizio civile per responsabilità disciplinare un'istruttoria probatoria che vada al di là del (limitato) accertamento contenuto nella sentenza penale di condanna a richiesta.

Quindi – ed è questa la puntualizzazione che ha fatto la Corte di cassazione sulla scia della cit. sentenza della Corte costituzionale – il dipendente incolpato, che in sede penale abbia riportato una sentenza di “patteggiamento”, non si vede preclusa dal giudicato penale ogni difesa nel giudizio civile avente ad oggetto la sua responsabilità disciplinare; può egli comunque svolgere le sue difese tendenti all'accertamento di elementi di fatto non contrastanti (soltanto) con il fatto che, nello stato del processo penale in cui è stata pronunciata la sentenza di condanna a richiesta, non sussistevano cause di non punibilità o di estinzione del reato e che, in quello stato del processo, risultavano invece sufficienti elementi per l'esercizio dell'azione penale. Ma al di là di questo limite, egli può svolgere le sue difese, ad es. indicando testimoni o promuovendo richieste istruttorie.

In **materia previdenziale**, l'ordinanza **n. 21360** (sez. lav.) ha precisato che la maggiorazione del trattamento pensionistico a favore degli ex combattenti o appartenenti a categorie assimilate che non abbiano goduto di benefici ai sensi della legge 24 maggio 1970, n. 336, e successive modificazioni e integrazioni, non costituisce una prestazione autonoma, ma (come ritenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401 del 2008) è una maggiorazione del trattamento pensionistico, atta ad incrementarlo; ne consegue che sia la maggiorazione del trattamento, sia la relativa perequazione (ai sensi dell'art. 2, comma 505, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che ha interpretato autenticamente l'art. 6, comma 3, della legge 15 aprile 1985, n. 140) non possono che decorrere dalla data del pensionamento, non essendo ipotizzabile una maggiorazione della pensione - che peraltro non compete "ex lege" ma a domanda - che si rivaluta autonomamente, in tempi in cui la pensione non esisteva ancora.

In **materia processuale**, l'ordinanza **n. 21363** (sez. lav.) ha enunciato il principio di diritto secondo cui, in materia di pubblico impiego privatizzato, la sottoposizione delle controversie di lavoro dei pubblici dipendenti al giudice del lavoro determina l'applicazione delle relative norme processuali. Ne consegue che, dovendo l'impugnazione di un provvedimento giurisdizionale essere proposta, in applicazione del principio cosiddetto dell'apparenza, nelle forme ed entro i termini previsti dalla legge rispetto alla domanda così come qualificata dal giudice, le cui determinazioni sul rito adottato assumono, indipendentemente dall'esattezza della relativa valutazione, funzione enunciativa della natura della vertenza così da assicurare il massimo grado di certezza al regime dei termini di impugnazione, alla relativa controversia non si applica la sospensione feriale dei termini ai sensi dell'art. 3 della legge n. 742 del 1969.

L'ordinanza **n. 21365** (sez. lav.), in tema di riscossione mediante iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, ha stabilito che il termine per proporre opposizione a cartella esattoriale alla pretesa contributiva, fissato dall'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999 in quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento onde consentire l'instaurazione di un vero e proprio processo di cognizione per l'accertamento della fondatezza della pretesa dell'ente, deve

ritenersi perentorio, perché diretto a rendere non più contestabile il credito contributivo, in caso di omessa tempestiva impugnazione, ed a consentirne una rapida riscossione. Ne deriva che l'estinzione del giudizio di opposizione alla cartella esattoriale determina l'incontestabilità della pretesa contributiva e ne preclude il riesame del merito in un diverso giudizio”.

## **12. Diritto tributario: abuso del diritto; aiuti di Stato; imposte dirette e Iva; Irap; contenzioso.**

Nell'anno decorso la Corte ha avuto occasione di ribadire i principi in tema di **abuso del diritto** in materia tributaria enunciati dalle Sezioni unite nella sentenza n. 30055 del 2008.

In particolare, con la sentenza **n. 4737** (sez. V) si è ribadito che il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo applicabile anche ai tributi non armonizzati (e, quindi, alle imposte sui redditi), il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici. Esso comporta il disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali e la conseguente inopponibilità di essi all'Amministrazione finanziaria, per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, anche se esso sia diverso da quelli tipici eventualmente presi in considerazione da specifiche norme antielusive entrate in vigore in epoca successiva al compimento dell'operazione. In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto inopponibili all'Amministrazione finanziaria i contratti, tra loro coordinati, attraverso i quali una società sportiva, nell'ingaggiare un atleta, aveva pattuito per le prestazioni di quest'ultimo un compenso, del quale una parte costituiva oggetto del contratto ufficialmente stipulato con l'atleta, un'altra costituiva oggetto di un contratto simulato di sfruttamento di immagine stipulato con una società cessionaria dei diritti di immagine medesimi. La sentenza **n. 12249** (sez. V) ha ritenuto che, in tema di IVA, la stipulazione di un contratto di comodato con cui una società per azioni, proprietaria di un complesso sportivo insistente su terreno demaniale, lo conceda in uso ad un'associazione polisportiva senza altro corrispettivo che l'assunzione dell'onere del canone demaniale, il pagamento di un modesto rimborso spese forfetario ed il trasferimento alla società delle entrate lorde dell'associazione, traducendosi nella sostituzione di un soggetto non imprenditore a quello originariamente titolare nell'esercizio di un'attività svolta attraverso un complesso organizzato di beni e servizi costituente un'azienda, pone a carico del soggetto che ne invochi l'operatività a fini fiscali l'onere di fornire la prova rigorosa che tale inconsueta regolamentazione negoziale non risponde essenzialmente alla finalità di conseguire un risparmio d'imposta, ma trova giustificazione in rilevanti ed evidenti ragioni economiche, dovendo altrimenti riconoscersi la natura abusiva dell'operazione, con la

conseguente esclusione della sua opponibilità all'Amministrazione finanziaria. Infine, con la pronuncia **n. 20029** (sez. V) si è affermato che integra gli estremi del comportamento abusivo quell'operazione economica che, tenuto conto sia della volontà delle parti implicate, che del contesto fattuale e giuridico, ponga quale elemento predominante ed assorbente della transazione lo scopo di ottenere vantaggi fiscali, con la conseguenza che il divieto di comportamenti abusivi non vale ove quelle operazioni possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta. La prova sia del disegno elusivo sia delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, incombe sull'Amministrazione finanziaria, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare la esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustifichino operazioni in quel modo strutturate. Nella fattispecie l'Ufficio aveva contestato alla società contribuente di aver simulato la conclusione di contratti di soccida con diversi allevatori per eludere le limitazioni imposte dalla normativa comunitaria in tema di quote latte e la Corte, pur condividendo il rilievo della deviazione dallo schema tradizionale della soccida, quale contratto associativo agrario, non ha ritenuto configurabile l'abuso del diritto in quanto non era stato provato dall'ufficio il vantaggio fiscale che sarebbe derivato alla società dalla manipolazione degli schemi contrattuali classici.

In materia di **aiuti di Stato**, le sentenze **nn. 23418 e 26286** (sez. V), in tema di agevolazioni fruite dalle società per azioni a prevalente capitale pubblico, istituite ai sensi dell'art. 22 della legge n. 142 del 1990 per la gestione dei servizi pubblici locali, agevolazioni giudicate incompatibili con il diritto comunitario in quanto aiuti di Stato con la decisione della Commissione europea n. 2003/193/CE, hanno stabilito il principio secondo cui la normativa nazionale riguardante gli effetti del decorso del tempo sui rapporti giuridici deve essere disapplicata per contrasto con il principio di effettività proprio del diritto comunitario qualora tale normativa impedisca il recupero di un aiuto di Stato dichiarato incompatibile con decisione della Commissione divenuta definitiva.

Va infine ricordata l'ordinanza **n. 18055** (sez. V), con la quale la Corte, in relazione alla disciplina di definizione agevolata delle liti fiscali pendenti innanzi alla Corte di cassazione ed alla Commissione tributaria centrale, prevista dall'art. 3, comma 2 *bis*, del d.l. 25 marzo 2010, n. 40, convertito con modificazioni nella legge 22 maggio 2010, n. 73, ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea varie questioni pregiudiziali attinenti alla compatibilità di detta normativa con il principio del contrasto all'abuso del diritto in materia fiscale, con il principio di non discriminazione e la disciplina in materia di aiuti di Stato e con il principio di effettività dell'applicazione del diritto comunitario.

**In tema di imposte dirette ed IVA**, con riguardo alla soggettività passiva d'imposta con riguardo al requisito territoriale, si è affermato (in materia di IRPEF) che l'iscrizione del cittadino nell'anagrafe dei residenti all'estero non è elemento determinante per escludere la residenza fiscale in Italia, allorché il soggetto abbia nel territorio dello Stato il proprio domicilio,

inteso come sede principale degli affari ed interessi economici, nonché delle proprie relazioni personali, non risultando determinante, a tal fine, il carattere soggettivo ed elettivo della "scelta" dell'interessato, rilevante solo quanto alla libertà dell'effettuazione della stessa, ma non ai fini della verifica del risultato di quella scelta, dovendosi temperare la volontà individuale con le esigenze di tutela dell'affidamento dei terzi, per cui il centro principale degli interessi vitali del soggetto va individuato dando prevalenza al luogo in cui la gestione di detti interessi viene esercitata abitualmente in modo riconoscibile dai terzi (sent. **n. 14434** della sez. V); e, analogamente, in materia di imposta sul valore aggiunto, è stato ritenuto che l'art. 7, terzo comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, considera effettuate nel territorio dello Stato le prestazioni di servizi rese da soggetti che nello stesso hanno il domicilio, tale intendendosi, ai sensi dell'art. 43 cod. civ., il luogo dove il soggetto ha la sede dei suoi affari ed interessi ed essendo questi ultimi comprensivi anche della sfera dei rapporti personali e non solo economici, con la conseguenza che sono soggette all'imposta le prestazioni sportive rese da un atleta che, avendo fissato all'estero la propria residenza, si rechi, sempre all'estero, ma in luoghi diversi, per partecipare alle varie competizioni, vivendo però negli altri periodi nella propria abitazione sita nel territorio dello Stato (sent. **n. 11186** della sez. V). Infine, la sentenza n. **12834** (sez. V) ha affermato il principio secondo cui, in tema di IVA, le attività di consulenza effettuate all'estero e relative ad immobili situati nel territorio italiano devono ritenersi imponibili in Italia, ai sensi dell'art. 7, comma 4, lett. a), del d.P.R. n. 633 del 1972 che, nel riferirsi alle prestazioni di servizio, ricomprende anche le consulenze.

In tema di **IRAP**, la sentenza **n. 16784** (sez. V) ha chiarito, con riguardo alla assoggettabilità ad imposta degli studi associati, che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 446 del 1997, tra i soggetti passivi dell'imposta sono individuati espressamente le società semplici esercenti arti e professioni e quelle ad esse equiparate a norma dell'art. 5 del d.P.R. n. 917 del 1986, vale a dire "le associazioni senza personalità giuridica costituite fra persone fisiche per l'esercizio in forma associata di arti e professioni": ne consegue che l'attività esercitata da tali soggetti, strutturalmente organizzati per la forma nella quale l'attività stessa è svolta, costituisce *ex lege* presupposto d'imposta, prescindendosi dal requisito dell'autonoma organizzazione.

Con le sentenze **nn. 21122, 21123 e 21124** (sez. V), si è affermato il principio secondo il quale, così come era già stato stabilito dalle Sezioni unite per gli agenti di commercio ed i promotori finanziari, anche - ed a maggior ragione - per la categoria dei piccoli imprenditori, di cui all'art. 2083 del codice civile (coltivatori diretti, artigiani, piccoli commercianti, ecc.), deve escludersi l'assoggettamento ad imposta *ope legis*, con piena assimilazione, pertanto, di detti soggetti ai lavoratori autonomi, non potendosi escludere che un piccolo imprenditore sia dotato di una organizzazione minimale di beni strumentali e non si avvalga - se non occasionalmente - di lavoro altrui.

Con riguardo ai **tributi locali**, in tema di ICI, le sentenze **nn. 2941 e 10571** (sez. V) hanno ribadito il principio secondo il quale, ai sensi dell'art. 5, comma 4, del d.lgs. 30 dicembre

1992, n. 504, la rendita considerata dal contribuente quando non esista una rendita definitiva, ovvero quando quella esistente non sia più valida per essere intervenute variazioni permanenti su essa incidenti, ha un valore provvisorio ed il Comune, a seguito dell'attribuzione della rendita definitiva, può, a norma dell'art. 11 del d.lgs. n. 504 cit., liquidare per tutto il periodo considerato l'eventuale maggiore imposta rispetto a quella emergente dalla rendita provvisoria. Con la sentenza **n. 15447** (sez. V) si è poi stabilito che la concessione all'IACP di aree espropriate dai comuni per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale pubblica, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 167 del 1962, come sostituito dall'art. 35 della legge n. 865 del 1971, attribuisce al medesimo IACP il diritto di superficie, ovvero le facoltà ad esso riconducibili, sulle aree su cui il concessionario costruisce gli alloggi di edilizia economica e popolare, e rende, quindi, quest'ultimo soggetto passivo dell'imposta, ex art. 3 del d.lgs. n. 504 del 1992, non occorrendo, a tal fine, un ulteriore atto costitutivo del diritto di superficie, in quanto l'incontro delle volontà dei due soggetti rileva su un diverso piano.

In tema di imposta sulla pubblicità, infine, con la sentenza n. **16722** (sez. V) la Corte ha chiarito che l'esenzione prevista per le insegne relative all'esercizio di attività commerciali che contraddistinguono la sede dell'impresa e non superino la superficie complessiva di cinque metri quadrati, introdotta dall'art. 10 della legge n. 448 del 2001, deve essere applicata non solo alle attività esercitate dall'imprenditore ma anche a quelle svolte dal libero professionista (nella fattispecie, avvocato), atteso che, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, l'esclusione dall'ambito applicativo della norma delle targhe degli studi professionali risulterebbe in contrasto con la finalità, perseguita dalla legge, di sottrarre ad imposizione le indicazioni aventi lo scopo prevalente di identificare il luogo di esercizio di una attività economica, secondo l'ampia nozione d'impresa desumibile dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, distinguendolo da quelli concorrenti.

La sentenza delle Sezioni Unite **n. 8313** ha stabilito che l'affidamento, da parte dell'ente locale, della gestione dei rifiuti urbani ad un gestore esterno, ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, non comporta, né consente, il trasferimento del potere di determinare la tariffa prevista dal successivo art. 49, sia perché deve essere l'ente impositore, assumendosene la responsabilità politica, ad individuare il gettito ritenuto sufficiente per la gestione del servizio da affidare a terzi, sia perché, altrimenti, operando il gestore in regime di monopolio, la tariffa sarebbe sostanzialmente determinata al di fuori di ogni tipo di controllo, sia quello privato della concorrenza, sia quello politico.

Con riguardo al **contenzioso tributario**, con le sentenze **nn. 3674** e **3676** le Sezioni unite hanno chiarito che, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia CE del 17 luglio 2008, in causa C-132/06, con la quale, in esito ad una procedura di infrazione promossa dalla Commissione Europea, è stata dichiarata l'incompatibilità con il diritto comunitario (in particolare con gli artt. 2 e 22 della VI direttiva n. 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977) degli artt. 8 e 9 della legge n. 289 del 2002, nella parte in cui prevedono la condonabilità dell'IVA alle condizioni ivi indicate, va disapplicato (limitatamente ai crediti per

IVA), alla stregua di una interpretazione adeguatrice della citata pronuncia, l'art. 12 della legge n. 289 del 2002, nella parte in cui consente di definire una cartella esattoriale con il pagamento del 25% dell'importo iscritto a ruolo, in quanto comporta una rinuncia definitiva dell'Amministrazione alla riscossione di un credito già definitivamente accertato; invece, ad analoga conclusione non deve pervenirsi in ordine all'art. 16 della stessa legge n. 289, il quale prevede la definizione delle liti pendenti e le relative condizioni, nonché la sospensione dei termini di impugnazione, poiché esso non comporta una rinuncia dell'Amministrazione all'accertamento dell'imposta (già effettuato e contestato nella sua legittimità), bensì la definizione di una lite in corso con il contribuente, in funzione della riduzione del contenzioso in atto, secondo parametri rapportati allo stato della lite al momento della domanda di definizione, garantendo la riscossione di un credito tributario incerto, sulla base di un trattamento paritario tra i contribuenti.

In tema di motivazione della cartella di pagamento, con la sentenza delle Sezioni Unite n. **11722** si è affermato che qualora essa non segua uno specifico atto impositivo già notificato al contribuente, ma costituisca il primo ed unico atto con il quale l'ente impositore esercita la pretesa tributaria, deve essere motivata alla stregua di un atto propriamente impositivo, e contenere, quindi, gli elementi indispensabili per consentire al contribuente di effettuare il necessario controllo sulla correttezza dell'imposizione: tale motivazione può essere assolta *per relationem* ad altro atto che costituisca il presupposto dell'imposizione, del quale, tuttavia, debbono comunque essere specificamente indicati gli estremi, anche relativi alla pubblicazione dello stesso su bollettini o albi ufficiali che eventualmente ne sia stata fatta ai sensi di legge, affinché il contribuente ne abbia conoscenza o conoscibilità e l'atto richiamato, quando di esso il contribuente abbia già integrale e legale conoscenza per effetto di precedente notificazione o pubblicazione, non deve essere necessariamente allegato alla cartella - secondo una interpretazione non puramente formalistica dell'art. 7, comma 1, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto del contribuente) - sempre che in essa siano indicati i relativi estremi di notificazione o di pubblicazione. In mancanza di detta indicazione, tuttavia, il difetto di motivazione non può condurre alla dichiarazione di nullità, allorché la cartella sia stata impugnata dal contribuente il quale, da un lato, abbia dimostrato in tal modo di avere piena conoscenza dei presupposti dell'imposizione, per averli puntualmente contestati, e, dall'altro, abbia ommesso di allegare e specificamente provare quale sia stato in concreto il pregiudizio che il vizio dell'atto abbia determinato al suo diritto di difesa.

### **13. Diritto processuale.**

Le Sezioni Unite sono state chiamate in più occasioni a dirimere contrasti e a risolvere questioni di particolare importanza in **materia processuale**. Non essendo possibile in questa sede, ovviamente, darne un completo elenco, è opportuno rammentare, fra le altre, la sentenza n. **14124**, relativa all'applicabilità dell'art. 331 cod. proc. civ. in caso di

impugnazione in causa inscindibile indirizzata a tutte le parti, ma notificata ad alcune soltanto di esse, nella quale si afferma, tra l'altro, che il principio del giusto processo prevale su quello della ragionevole durata; la sentenza **n. 19246**, in materia di termini nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e, in particolare, di automaticità o meno del dimezzamento del termine di costituzione dell'opposto nel caso in cui l'opponente si sia avvalso della facoltà di assegnargli un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'art. 163-*bis* c.p.c.; nonché l'ordinanza **n. 19051** – prima pronuncia delle Sezioni Unite sul nuovo art. 360-*bis* cod. proc. civ. – nella quale, enunciando il principio di diritto nell'interesse della legge, si è stabilito che “in sede di interpretazione dell'art. 360-*bis* cod. proc. civ., la Corte rigetta il ricorso se, al momento della sua pronuncia, la decisione impugnata si presenta conforme alla propria giurisprudenza e il ricorso non prospetta argomenti per modificarla”.

E' opportuno in questa sede richiamare anche la sentenza **n. 10653** (sez. I), che ha preso nuovamente in esame la questione relativa agli effetti della **fusione di società**, alla luce della nuova disciplina introdotta dall'art. 2504-*bis* cod. civ., ribadendo che, a seguito dell'entrata in vigore di tale disposizione, la fusione di società, in pendenza di una causa della quale sia parte la società fusa od incorporata, non determina l'interruzione del processo, né quindi la necessità di riassumerlo nei confronti della società incorporante o risultante dalla fusione, come accadeva sotto la disciplina previgente, avendo il legislatore inteso evitare che la fusione comporti una soluzione di continuità nello svolgimento dei rapporti processuali già facenti capo alle società partecipanti alla fusione.

Da ultimo, ma certamente non per rilevanza, va dato conto di due pronunce in materia processuale.

La prima, **n. 14627** (sez. II), ha avuto ad oggetto gli effetti del mutamento di giurisprudenza in ordine alle modalità di proposizione del ricorso per cassazione avverso provvedimenti adottati in sede di opposizione alla liquidazione delle spese di giustizia, disciplinate dal d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115. Era infatti accaduto che, a fronte di un orientamento consolidato, basato sulla natura secondaria e collaterale del procedimento di opposizione rispetto a quello principale nel quale è emesso il provvedimento di liquidazione, in forza del quale, se la liquidazione era effettuata dal pubblico ministero o dal giudice penale, l'opposizione doveva essere trattata in sede penale ed il ricorso per cassazione proposto nelle forme e secondo i termini del rito penale, mentre se la liquidazione era fatta dal giudice civile l'opposizione doveva essere proposta in sede civile e decisa con provvedimento suscettibile di ricorso per cassazione da proporre in base alle regole procedurali proprie del rito civile in forza del quale il giudizio avente ad oggetto, le Sezioni Unite civili, con sentenza n. 19161 del 2009, hanno affermato il diverso principio per cui il procedimento di opposizione, ex art. 170 del citato d.P.R. n. 115 del 2002, al decreto di liquidazione dei compensi ai custodi e agli ausiliari del giudice (oltre che ai decreti di liquidazione degli onorari dovuti ai difensori nominati nell'ambito del patrocinio a spese dello Stato), introduce una controversia di natura civile, indipendentemente dalla circostanza che il decreto di liquidazione sia stato pronunciato in un

giudizio penale, e deve quindi essere trattato da magistrati addetti al servizio civile, con la conseguenza che la trattazione del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che lo decide spetta alle sezioni civili della Corte di cassazione.

Dovendo quindi esaminare ricorsi proposti nelle forme del rito penale, la Corte ha ritenuto che allorché si assista, come nella specie, ad un mutamento, ad opera della Corte di cassazione, di un'interpretazione consolidata a proposito delle norme regolatrici del processo, la parte che si è conformata alla precedente giurisprudenza della stessa Corte, successivamente travolta dall'*overruling*, ha tenuto un comportamento non imputabile a sua colpa e perciò è da escludere la rilevanza preclusiva dell'errore in cui essa è incorsa e che, conseguentemente, non può essere penalizzata per effetto di tale mutamento con la inevitabile dichiarazione di inammissibilità del ricorso. La Corte ha quindi ritenuto che il mezzo tecnico per dare protezione alle aspettative della parte che abbia confezionato il ricorso per cassazione confidando sulle regole processuali suggerite da un costante orientamento giurisprudenziale, poi superato da un *revirement*, è rappresentato dall'istituto della rimessione in termini, riferibile anche al potere di impugnare in coerenza con la portata dell'art. 184-bis cod. proc. civ. (applicabile *ratione temporis*), che è quella di rappresentare una valvola di sicurezza rivolta a porre rimedio a tutte le ipotesi in cui sia intervenuta una decadenza a causa di un impedimento non imputabile e che rinviene la propria ragione giustificatrice nell'impegno costituzionale di garantire l'effettività del contraddittorio e dei mezzi di azione e di difesa nel processo. Ha infine affermato che detta rimessione poteva essere disposta anche in difetto di una specifica istanza dell'interessato, presentando la fattispecie aspetti peculiari, idonei a differenziarla rispetto a quella disciplinata dall'art. 184-bis cod. proc. civ., che postula la necessità di una apposita istanza di parte indirizzata al giudice, in quanto tale previsione è strettamente legata all'onere della parte interessata di allegare, con essa, i fatti che hanno determinato la decadenza e di offrire la prova della loro non imputabilità; al contrario, nel caso si specie, la parte ha compiuto, entro il termine di decadenza (stabilito dal codice di procedura penale), un'attività processuale che, pur se carente rispetto allo schema legale previsto dal codice di rito civile, manifesta la non acquiescenza al provvedimento impugnato, e la causa non imputabile si riconnette, non ad uno stato di materiale impedimento rientrante nell'onere di allegazione e di dimostrazione ad opera della parte interessata, ma alla scelta difensiva dipendente da indicazioni sul rito da seguire provenienti dalla consolidata giurisprudenza del tempo del promosso ricorso, solo ex post rivelatesi non più attendibili. In sostanza, quindi, posto che l'affidamento creato dalla giurisprudenza costituisce chiara ed evidente spiegazione e giustificazione della condotta processuale della parte, la causa non imputabile è determinata e, al contempo, conosciuta dallo stesso arbitro; sicché l'art. 184-bis cod. proc. civ. viene in considerazione nella sua portata di precipitato normativo, espressione di un principio generale di superiore giustizia che vede nel rimedio restitutorio il mezzo rivolto a non far sopportare alla parte, quando ad essa non possa farsi risalire alcuna colpa, le gravi conseguenze di un errore nella proposizione dell'impugnazione indotto dalla stessa giurisprudenza di cassazione.

Attuativa delle prescrizioni costituzionali in tema di giusto processo, e in particolare del principio di ragionevole durata del processo, è la sentenza **n. 2723** (sez. II), con la quale si è affermato che il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo impone al giudice (ai sensi degli artt. 175 e 127 cod. proc. civ.) di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano certamente quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, da effettive garanzie di difesa e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità, dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato ad esplicare i suoi effetti. Pertanto, nel caso di ricorso per cassazione *prima facie* infondato, deve ritenersi superflua, pur potendone sussistere i presupposti, la fissazione del termine ex art. 331 cod. proc. civ. per l'integrazione del contraddittorio, in quanto la concessione di detto termine si tradurrebbe, oltre che in un aggravio di spese, in un allungamento dei termini per la definizione del giudizio di cassazione senza comportare alcun beneficio per la garanzia dell'effettività dei diritti processuali delle parti.

Significativa è l'ordinanza **n. 2505** (sez. III), dedicata al rapporto tra giudizio cautelare *ante causam* e giudizio di merito, sotto il profilo della competenza per territorio. In quel caso era accaduto che il comandante di una nave, non avendo ricevuto pagamento del nolo, si era fatto autorizzare un via d'urgenza, ai sensi dell'art. 437 cod. nav., al deposito ed alla vendita del carico. Ottenuta l'invocata misura cautelare, aveva quindi introdotto il giudizio di merito dinanzi al giudice del luogo di residenza del convenuto, diverso da quello che aveva concesso la misura cautelare.

Il giudice adito aveva perciò declinato la propria competenza per territorio, ritenendo che questa spettasse "funzionalmente" al giudice del procedimento cautelare, giacché nessuna delle parti aveva in quel giudizio sollevato questioni sulla competenza per territorio. La Corte, investita con ricorso per regolamento di competenza, è andata invece in contrario avviso, affermando che l'omessa rilevazione dell'incompetenza da parte del giudice, così come l'omessa proposizione della relativa eccezione ad opera delle parti nel procedimento cautelare *ante causam*, non determina affatto il definitivo consolidamento della competenza in capo all'ufficio adito anche ai fini del successivo giudizio di merito. Ciò in quanto nel giudizio cautelare non opera il regime delle preclusioni relativo alle eccezioni e al rilievo d'ufficio dell'incompetenza, stabilito dall'art. 38 cod. proc. civ., che è invece applicabile esclusivamente al giudizio a cognizione piena. Pertanto il giudizio proposto ai sensi degli artt. 669-octies e novies cod. proc. civ., all'esito della fase cautelare *ante causam*, può essere validamente instaurato davanti al giudice competente secondo i criteri ordinari, ancorché diverso da quello della cautela.

Ancora in tema di competenza (ma in questo caso per valore), merita infine un cenno la importante decisione pronunciata dall'ordinanza **n. 16355** (sez. III), avente ad oggetto una

ipotesi di cumulo di domande, proposte nei confronti della stessa parte, alcune delle quali di competenza del tribunale, altre di competenza del giudice di pace. Ricorrendo tale ipotesi, la S.C. ha stabilito che l'organo giudiziario superiore è competente a conoscere dell'intera controversia: pertanto, nel caso di cumulo soggettivo tra una opposizione agli atti esecutivi, di competenza, *ratione materiae*, del tribunale, ed una opposizione all'esecuzione, di competenza *ratione valoris* del giudice di pace, sussiste la competenza del tribunale su tutte e due le domande, in applicazione delle norme di cui all'art. 10, secondo comma, e all'art. 104, cod. proc. civ., sempre che l'ufficio del giudice di pace competente per valore ricada nel circondario del tribunale del giudice dell'esecuzione.

#### **14. Giurisdizione.**

Si segnala l'ordinanza delle Sezioni Unite **n. 23596**, in tema di *translatio iudicii*: si è ritenuto che il processo che, dopo la pronuncia declinatoria della giurisdizione, si instaura, per effetto della tempestiva riassunzione, davanti al giudice indicato come munito di giurisdizione non è un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio; ne consegue che non può essere proposto regolamento preventivo di giurisdizione poiché la sentenza declinatoria emessa nella prima fase integra una decisione nella giurisdizione assunta nell'unitario giudizio, in quanto tale impeditiva della proposizione del regolamento preventivo, potendo tale strumento essere usato nella prima fase del giudizio, mancando ancora una decisione nella giurisdizione.

Con riguardo al nuovo istituto del **regolamento di giurisdizione d'ufficio**, ai sensi dell'art. 59, comma 3, della legge stessa, le Sezioni Unite (ord. **n. 23109**) ne hanno affermato l'applicazione anche nei giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore della legge 18 giugno 2009 n. 69, sia perché quest'ultima limita l'applicazione nei giudizi instaurati dopo la sua entrata in vigore alle sole disposizioni che modificano il codice di procedura civile e le relative norme di attuazione, in tal modo facendo ritenere che per l'art. 59, in difetto di esplicite previsioni contrarie, vale il principio per il quale le regole di natura processuale diverse da quelle specificamente indicate dal predetto art. 58 sono di immediata applicazione, sia perché lo strumento processuale del regolamento di giurisdizione chiesto d'ufficio trova la sua ragione d'essere nella divisione funzionale ed organizzativa delle giurisdizioni che, non diversamente da quanto previsto per la competenza, ed anzi a maggior ragione, non ammette la possibilità che il giudice di un ordine diverso, negando di avere nel caso giurisdizione, possa poi imporla al diverso giudice che egli indica.

Di particolare interesse è anche l'ordinanza **n. 14828** (S.U.), la quale ha ritenuto che, nell'attuale quadro normativo processuale, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009 (contenente la disciplina sulla decisione delle questioni di giurisdizione), si è venuta a realizzare la sostanziale riduzione ad unità del processo dalla fase della domanda a quella della decisione, con la conseguente esclusione di ogni rilevanza

impeditiva dell'eventuale errore iniziale della parte nella individuazione del giudice provvisto di giurisdizione. Pertanto, la preclusione del regolamento preventivo di giurisdizione dopo che il giudice di merito abbia emesso una pronuncia declinatoria della propria giurisdizione non può più essere limitata all'ipotesi di proposizione dell'indicato rimedio nell'ambito del giudizio instaurato dinanzi a detto giudice, applicandosi tale preclusione anche nel caso in cui il regolamento venga formulato a seguito della riassunzione del giudizio dinanzi al giudice indicato dal primo come quello fornito di *potestas iudicandi*, per effetto del giudicato implicito sulla giurisdizione, che si determina in mancanza dell'impugnazione della decisione di difetto di giurisdizione del primo giudice ed in conseguenza della realizzata riassunzione avanti al giudice individuato nella stessa pronuncia.

In tema di **riparto di giurisdizione**, le Sezioni Unite sono intervenute, fra le altre, con la sentenza **n. 25395**, nella quale – dando continuità al proprio precedente orientamento di cui alla sentenza n. 30254 del 2008 e cassando, di conseguenza, l'impugnata pronuncia del Consiglio di Stato – hanno stabilito che è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione la sentenza del giudice amministrativo che neghi la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente chiesta e pronunciata in sede di annullamento dell'atto. Questa sentenza ritorna, quindi, sull'annosa questione della c.d. "pregiudiziale amministrativa", sulla quale – com'è noto – c'è un certo dissenso con il Consiglio di Stato; la materia è stata al centro della recente attesa riforma del processo amministrativo di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104; la sentenza ora richiamata ha il pregio, tra l'altro, di rilevare che la ricostruzione accolta è stata recepita anche dall'art. 30 del d.lgs. citato, sicché essa offre una sorta di anticipazione di quelli che potranno essere i futuri sviluppi.