



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
2/2017

DIRETTORE RESPONSABILE Francesco Viganò
VICE DIRETTORI Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPERS

P. FIMIANI, <i>Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia</i>	5
F. TRAPPELLA, <i>Fattispecie di femminicidio e processo penale. A tre anni dalla legge sulla violenza di genere</i>	21
M. CAPPAL, <i>La qualificazione delle "violenze" prive di un contatto corpore corpori alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali</i>	43
M. VIZZARDI, <i>Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima?</i>	57
P.F. POLI, <i>Il D.D.L. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?</i>	67
A. SPINELLI, <i>Richiesta di estradizione e giudicato transnazionale: la Cassazione esalta in ne bis in idem in ambito europeo</i>	99
A. CHIBELLI, <i>La successione "mediata" delle norme penali e il delitto di usura: disorientamenti giurisprudenziali</i>	109
C. RUGGERO, <i>La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano</i>	135
F. URBANI, <i>La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte</i>	147
F. BASILE, <i>Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)</i>	159
A. GALANTE, <i>La non proporzionalità del trattamento sanzionatorio come limite all'operatività del principio convenzionale della retroattività in mitius</i>	185
M.T. COLLICA, <i>La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti</i>	195

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

R. A. RUGGIERO, <i>Cronaca di una incostituzionalità annunciata</i>	237
---	-----

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

A. GIUDICI, <i>Furto commesso con destrezza, tra abilità speciale dell'agente e mera distrazione del derubato: la questione rimessa alle Sezioni Unite</i>	243
--	-----

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

M. TRAPANI, <i>Prostituzione minorile e risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale</i>	247
--	-----

**MARKET ABUSE E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO
DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE E.D.U., GRANDE CAMERA,
15 NOVEMBRE 2016, A E B C. NORVEGIA**

di Pasquale Fimiani*

Abstract. *La recente sentenza della Grande Camera della Corte E.D.U., 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia, relativa ad un caso di due contribuenti norvegesi che lamentavano di essere stati perseguiti e puniti due volte – in procedimenti amministrativi e penali – per lo stesso fatto illecito tributario, segna un netto superamento rispetto ai principi enunciati dalla stessa Corte in tema di ne bis in idem convenzionale e doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale, con evidenti ricadute sullo stesso tema nell’ambito del market abuse. La rilevanza eurounitaria della materia richiede la verifica dell’attualità dell’interpretazione dell’art. 50 CDFUE, con la sentenza Fransson del 2013, da parte della Corte di Giustizia, peraltro già interessata con rinvio pregiudiziale dalla Cassazione civile con le ordinanze della sezione tributaria n. 20675/2016 e della seconda sezione civile n.n. 23232 e 23233 del 2016. Questione rilevante anche ai fini della soluzione del caso, ancora in sospeso, di abuso di informazioni privilegiate che aveva determinato la quinta sezione penale della Cassazione a sollevare le questioni di illegittimità costituzionale dichiarate inammissibili dalla sentenza della Consulta n. 102/2016.*

SOMMARIO: 1. La sentenza della Grande Camera della Corte E.D.U., 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia. – 2. L’incidenza della decisione sul tema del doppio binario sanzionatorio da market abuse. – 3. Il doppio binario sanzionatorio in tema di abuso di informazioni privilegiate ed il *ne bis in idem* convenzionale dopo la sentenza della Grande Camera. – 4. Il confronto con il *ne bis in idem* eurounitario: la necessaria verifica di attualità dei principi affermati dalla sentenza Fransson. – 5. Gli ulteriori quesiti pregiudiziali sull’art. 50 CDFUE proposti dalla Cassazione civile. – 6. Conclusioni.

* L’Autore segnala sin d’ora che, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 102/2016, il relativo giudizio *a quo* era destinato a riprendere corso, avanti alla Corte di Cassazione, all’udienza del 16 dicembre 2016, cui lo stesso scrivente era stato designato quale P.M.; la causa, peraltro, è stata rinviata “a nuovo ruolo” in attesa della traduzione ufficiale della sentenza della Grande Camera del 15 novembre 2016.

1. La sentenza della Grande Camera della Corte E.D.U., 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia.

La recente sentenza della Grande Camera della Corte E.D.U., 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia¹, relativa ad un caso di due contribuenti norvegesi che lamentavano di essere stati perseguiti e puniti due volte – in procedimenti amministrativi e penali – per lo stesso fatto illecito tributario, segna un netto superamento rispetto ai principi enunciati dalla stessa Corte in tema di *ne bis in idem* convenzionale e doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale².

Trovano conferma³:

- l'adozione dei criteri *Engel*⁴ per la qualificazione della sanzione formalmente amministrativa come sostanzialmente penale (criteri ritenuti alternativi e non cumulativi: della qualificazione giuridico formale dell'infrazione nel diritto interno;

¹ Per primi commenti cfr. VIGANÒ, [La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), in questa Rivista, 18 novembre 2016, nonché CONFALONIERI, [Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?](#), in questa Rivista, 5 dicembre 2016.

² In tema, cfr. ex plurimis, ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, V, 855; ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, XI, 1053; APRATI, *Il "protocollo" dell'interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Cass. pen.*, 2015, XI, 3902B; BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, (Web), 2015, I; BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.* 2014, IX, 3099; CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, I, 179; CONTI, *Ne bis in idem*, in *Treccani, Il Libro dell'anno del diritto 2015*, 438 ss.; DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio (art. 7 CEDU)*, in DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, Padova, 2016, 516; FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. Soc.*, 2014, V, 953; GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il "non detto" delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, III, 740; GALANTINI *Il principio del "ne bis in idem" tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, I, 215; GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, II, 337; MADIA, [Il ne bis in idem convenzionale e comunitario alle prese con la litispendenza. Spunti per una soluzione dell'"arcano" nel paradigmatico ambito degli abusi di mercato](#), in questa Rivista, 9 giugno 2015; MENGONI, *Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale: una questione ancora aperta*, in [www.magistraturaindipendente.it](#), 30 maggio 2016; RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, III, 1373; SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.* 2015, VII-VIII, 2910B; VIGANÒ, [Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? \(a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, 219; ID., *Sanzione penale, sanzione amministrativa e ne bis in idem*, in *Treccani, Il Libro dell'anno del diritto 2015*, 109; ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. It.*, 2014, V, 1196.

³ I contenuti della sentenza della Grande Camera, al momento della redazione del presente scritto mancante di una traduzione ufficiale in lingua italiana, sono stati desunti dal testo ufficiale in lingua inglese.

⁴ Sentenza della Corte EDU 8 giugno 1976, *Engel/Paesi Bassi*.

della natura dell'infrazione o dell'illecito; della natura o del grado di severità della sanzione);

- la nozione di *idem fattuale* enunciata dalla Corte E.D.U. (pur dovendosi registrare una certa elasticità nell'individuazione dell'*idem* che, infatti, nella sentenza della Grande Camera Zolotoukhine c. Russia del 10 febbraio 2009 si fonda "*su fatti identici o sostanzialmente uguali*", mentre nella sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014 si fonda sull'identità del "*comportamento*" ed in quella Lucky c. Svezia del 27 novembre 2014 torna a essere "*un insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio*").

Viene invece abbandonata la regola tassativa della interruzione del procedimento ancora pendente quando sia divenuto definitivo l'altro avente ad oggetto l'*idem factum* e ne viene fissata una nuova, per la quale la violazione del *ne bis in idem* convenzionale ex articolo 4, protocollo 7, Cedu è esclusa, ed i distinti procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, ben possono esaurirsi entrambi, quando tra essi sussiste una "*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*".

Sotto il profilo *sostanziale* la sentenza (§ 132) ritiene possibile configurare tale *connessione*:

a) quando i due procedimenti, non solo in astratto, ma anche in concreto, perseguono *scopi complementari* ed hanno ad oggetto *differenti aspetti della medesima condotta antisociale*. La sentenza (§ 144) ha ritenuto sussistere tale condizione in quanto nel sistema norvegese le sanzioni amministrative tributarie hanno finalità sia di deterrenza, sia di compensazione degli sforzi, umani e finanziari, che l'amministrazione fiscale deve affrontare, nell'interesse dell'intera collettività, per scoprire e sanzionare le evasioni fiscali, mentre quelle penali hanno finalità esclusivamente punitiva della condotta antisociale, costituendo un implicito rimprovero per un comportamento doloso e fraudolento;

b) quando la duplicità dei procedimenti sia una *prevedibile conseguenza*, sotto il profilo giuridico e pratico, della stessa condotta;

c) quando i due procedimenti siano condotti in modo da *evitare per quanto possibile ogni duplicazione* nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una "*adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento*";

d) quando, soprattutto, la sanzione imposta nel procedimento che diventa definitivo per primo *sia tenuta in considerazione in quello che diviene definitivo per ultimo*, in modo da impedire che l'interessato sopporti un onere eccessivo, rischio quest'ultimo che è meno probabile quando vi sia un meccanismo di compensazione finalizzato a garantire che *le sanzioni complessivamente imposte siano proporzionate*⁵.

Sotto il profilo *temporale* tale *connessione* viene configurata (§ 134) quando tra i due procedimenti vi sia anche un *collegamento di natura cronologica*, requisito che però

⁵ La sentenza (§ 146) ha ritenuto sussistere tali ultime due condizioni in quanto l'amministrazione tributaria aveva basato la sanzione, tra l'altro, sulle dichiarazioni rese dagli interessati nel procedimento penale; per quanto riguarda la proporzionalità della pena globale imposta, la sanzione penale teneva conto della sanzione tributaria.

non comporta che i due procedimenti debbano essere condotti simultaneamente dall'inizio alla fine.

Resta infatti salva la facoltà degli Stati di optare per lo svolgimento progressivo dei due procedimenti quando sussistono ragioni di efficienza e di buona amministrazione della giustizia. Tuttavia, per evitare all'interessato di subire un pregiudizio sproporzionato, il collegamento temporale tra i diversi procedimenti deve essere *"sufficientemente vicino"*, in modo da evitare incertezza, ritardo e l'eccessivo protrarsi dei tempi di definizione, tenendo presente che *"più debole è la connessione temporale, maggiore è l'onere per lo Stato di spiegare e giustificare tale ritardo riconducibile alle modalità di svolgimento dei procedimenti"*.

Sussistendo la *"connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta"* nei termini illustrati, non vi è violazione del *ne bis in idem* convenzionale ex articolo 4, protocollo 7, CEDU, in quanto la previsione normativa di un doppio binario sanzionatorio, pur se la sanzione amministrativa in base ai criteri *Engel* abbia natura penale ex articolo 7 CEDU, si traduce in *"un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata nel quadro di una strategia unitaria"*.

2. L'incidenza della decisione sul tema del doppio binario sanzionatorio da market abuse.

La profonda innovazione in punto di delimitazione del *ne bis in idem* convenzionale con riferimento ai sistemi di doppio binario sanzionatorio tributario, stante l'innegabile portata generale della sentenza della Grande Camera, ne estende l'incidenza anche al tema del doppio binario sanzionatorio da *market abuse* all'origine del caso di abuso di informazioni privilegiate nel quale la quinta sezione penale della Cassazione (ordinanza n. 1782/2015⁶) aveva sollevato le questioni di legittimità costituzionale⁷ dichiarate inammissibili dalla sentenza della Consulta n. 102/2016⁸ con

⁶ Per un primo commento si rinvia a SCOLETTA, [*Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*](#), in *questa Rivista*, 17 novembre 2014.

⁷ In via principale, la Cassazione aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-bis, comma 1, TUF nella parte in cui prevede "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", anziché "salvo che il fatto costituisca reato". In via subordinata, la Cassazione ha proposto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost., "nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli".

⁸ La Corte costituzionale con la sentenza n. 102/2016 ha dichiarato inammissibile anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-ter d.lgs. 58/1998 proposta da Cass. civ., sez. trib. civ., n. 950/2015 (ord.) per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost., in riferimento agli articoli 2 e 4 del Prot. 7 CEDU, così come interpretati dalla Corte EDU, in un caso in cui il ricorrente aveva già patteggiato la pena con provvedimento divenuto definitivo, con la conseguenza che un problema di *ne bis in idem* si poneva, in tal caso, rispetto al procedimento di opposizione alla sanzione amministrativa irrogata dalla CONSOB per lo stesso fatto.

argomentazione severamente critica dell'*abnorme effetto* che produrrebbe l'eventuale accoglimento della questione proposta in via principale, nonché del fatto che "la questione subordinata diviene per definizione una incongrua soluzione di ripiego".

Non è questa la sede per ripercorrere le argomentazioni della Corte costituzionale⁹, mentre occorre interrogarsi sulla sorte del caso che la stessa Cassazione dovrà riesaminare dopo che la suddetta Grande Camera ha rivoluzionato i principi applicativi del *ne bis in idem* convenzionale¹⁰.

A tal fine basti ricordare che, come risulta dalla citata ordinanza n. 1782/2015 con cui erano state sollevate le suddette questioni, l'eccepita violazione del *ne bis in idem* veniva sollevata da imputato ricorrente avverso la sentenza del 16 gennaio 2013, con cui la Corte di appello di Milano aveva confermato la sentenza di condanna del 20 dicembre 2011 da parte del Tribunale di Milano per il reato di abuso di informazioni privilegiate (art. 184, comma 1, lett. b, TUF) commesso in data antecedente e prossima al 23 gennaio 2006.

Indiscussa in causa era la definitiva applicazione nei suoi confronti della sanzione pecuniaria per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate previsto dall'art. 187-bis TUF, essendo passata in giudicato la sentenza della Corte di appello di Roma del 7 novembre 2011 che aveva rigettato l'opposizione proposta dal ricorrente avverso la delibera della CONSOB che aveva applicato la predetta sanzione pecuniaria.

Parimenti pacifici erano sia la natura sostanzialmente penale di detta sanzione formalmente amministrativa, secondo i criteri Engel elaborati dalla Corte E.D.U., sia l'identità del fatto imputato al ricorrente rispetto a quello ascrittogli in sede amministrativa.

Veniva infine affermato dall'ordinanza di remissione che i rapporti tra illecito amministrativo e sanzione penale sono disciplinati nel senso del *cumulo*¹¹ per essere

⁹ Si rinvia a VIGANÒ, [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni](#), in questa Rivista, 16 maggio 2016, il quale rileva che la Corte ha "evidentemente **deciso... di non decidere**, almeno per ora, una questione spinosa, verosimilmente in attesa di ulteriori sviluppi sul fronte della legislazione nazionale (è ormai imminente l'esercizio della delega conferita con la legge n. 114/2015 per la riforma della disciplina in materia di abusi di mercato, nonché sul fronte della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale dovrà presto esprimersi sul problema della compatibilità con il diritto al *ne bis in idem* dell'attuale sistema di doppio binario in materia di illeciti tributari, e segnatamente in materia di evasioni dell'IVA" (il riferimento è al rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bergamo del 16 settembre 2015). Sottolinea comunque l'Autore che il "*non liquet*" della Corte costituzionale comporta per il giudice comune la necessità di salvaguardare il diritto fondamentale del *ne bis in idem* per il tramite della diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE nelle materie eurounitarie e dell'art. 4, Prot. 7, CEDU nelle restanti materie. Richiama adesivamente tali considerazioni PEPE, *Ne bis in idem "europeo" e sanzioni sul market-abuse: dall'inammissibilità delle questioni di costituzionalità alcuni spunti sul versante tributario*, in [www.rivistadiritto tributario.it](#), 23 maggio 2016. V. anche POLEGRI, *Il principio del ne bis in idem al vaglio della Corte costituzionale: un'occasione persa*, in *Giur. It.*, 2016, VII, 1711.

¹⁰ Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 102/2016, la causa era stata fissata per l'udienza del 16 dicembre 2016, cui lo scrivente era stato designato quale P.M., ma è stata preliminarmente rinviata "a nuovo ruolo" in attesa della traduzione ufficiale della sentenza della Grande Camera del 15 novembre 2016.

¹¹ In tal senso si richiama la citata ordinanza n. 1782/2015, punto 2.5, pag. 7, secondo cui "l'inciso di apertura dell'art. 187-bis, comma 1, TUF non può essere interpretato in senso diverso dalla previsione del cumulo della sanzione

ritenuta preclusa una lettura in chiave di clausola di sussidiarietà dell'incipit degli articoli 187-bis e 187-ter quale quella suggerita da una dottrina¹² tramite una rilettura dell'incipit dell'art 187-ter "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" nel senso di circoscrivere l'applicazione degli illeciti amministrativi ai soli casi non rientranti nelle corrispondenti fattispecie penali.

Tale tesi, oltre ad implicare una forzatura della lettera della norma, è in chiara tensione con la disciplina dell'art. 187-terdecies che, sull'evidente presupposto di un cumulo delle sanzioni penali ed amministrative, limita l'esazione della pena pecuniaria alla sola parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa. Inoltre, come osservato da altra dottrina¹³, a contrastare tale tesi va sottolineato che mentre con riferimento alla manipolazione del mercato, sono apprezzabili elementi distintivi tra fattispecie penale ed amministrativa, per l'abuso di informazioni privilegiate vi è sul piano oggettivo piena sovrapposizione, sicché, ove la tesi della mera sussidiarietà dell'incipit venisse accolta, resterebbe "sostanzialmente svuotata di senso" la previsione dell'illecito amministrativo ex art. 187-bis.

Così esaurita la ricognizione dei presupposti necessari per la riconduzione del caso discusso nel contesto di una possibile violazione del *ne bis in idem* sotto il profilo convenzionale, è chiaro che la verifica sul suo realizzarsi non va più condotta, come ritenuto nell'ordinanza n. 1782/2015, secondo i principi enunciati dalla sentenza della Corte E.D.U., Seconda Sezione, Grande Stevens c. Italia del 2014 in parte ormai superati dalla Grande Camera.

Risulta infatti chiaro che, anche a ritenere, in continuità con l'ordinanza n. 1782/2015:

a) integrato l'*idem* fattuale a fronte di una condotta di abuso di informazioni privilegiate oggetto di sanzione amministrativa definitiva e di procedimento penale ancora pendente dopo tale definitività;

b) riconducibile al novero delle sanzioni penali ai sensi dell'articolo 7 Cedu la sanzione amministrativa CONSOB in base ai criteri Engel per la sua significativa severità;

a seguito della sentenza della Grande Camera del 15 novembre 2016 – da prendersi a riferimento anche sulla base del *dictum* della sentenza Corte costituzionale n. 49 del 2015 che affida al solo diritto consolidato, quale quello della Grande Camera, la vincolatività per il giudice nazionale delle sentenze della Corte E.D.U. – la verifica della violazione del *ne bis in idem* sotto il profilo convenzionale passa per il confronto con un criterio del tutto diverso da quello della tassativa interruzione del procedimento ancora pendente quando sia divenuto definitivo l'altro avente ad oggetto l'*idem* factum.

penale e di quella amministrativa: oltre al tenore letterale dell'incipit, depone nel senso indicato la complessiva disciplina delineata dal Titolo 1-bis del TUF e, in particolare, il meccanismo "compensativo" già richiamato (art. 187-terdecies) e la previsione dell'autonomia del procedimento amministrativo in pendenza di quello penale (art. 187-duodecies), l'uno e l'altra compatibili solo con il concorso delle due sanzioni".

¹² TRIPODI, [Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), in questa Rivista, 9 marzo 2014.

¹³ FLICK, Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto, cit..

3. Il doppio binario sanzionatorio in tema di abuso di informazioni privilegiate ed il *ne bis in idem* convenzionale dopo la sentenza della Grande Camera.

I margini applicativi del nuovo orientamento giurisprudenziale sono all'evidenza estremamente elastici, tanto che l'unica opinione dissenziente nel collegio ha qualificato il criterio adottato come "*vaghiissimo ed arbitrario*", affermazione condivisa dalla dottrina¹⁴, con l'aggiunta che lo stesso parallelismo delle due procedure in sede amministrativa e penale può non essere essenziale quando l'apertura della seconda procedura abbia connotazione temporalmente tale da non essere il sintomo di un'esposizione "*a perdurante incertezza sulla propria sorte*", del soggetto gravato dai procedimenti (la citata dottrina ha osservato che le indicazioni della sentenza sulla connessione temporale sembrano "*aprire la strada – un po' sorprendentemente, viste le premesse con le quali la Corte pareva aver ristretto il suo esame all'ipotesi, appunto, dei procedimenti paralleli – alla possibilità di escludere la violazione anche nell'ipotesi in cui il secondo procedimento inizi dopo la definitiva conclusione del primo procedimento*").

A tali considerazioni può aggiungersi il rilievo che la sentenza non precisa se le condizioni per la configurabilità della connessione sostanziale siano cumulative, nel senso che devono sussistere congiuntamente, ovvero alternative¹⁵.

Sembra peraltro che la Grande Camera, ammettendo un doppio binario sanzionatorio, pur se la sanzione amministrativa in base ai criteri *Engel* abbia natura penale, quando lo stesso si traduce in "*un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata nel quadro di una strategia unitaria*", valorizzi comunque come essenziali le condizioni di prevedibilità e proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, connotati, del resto, tipici della sanzione penale ex articolo 7 CEDU. La natura essenziale, inoltre, quanto al meccanismo compensativo che attua la proporzionalità tramite la considerazione della sanzione imposta nel procedimento che diventa definitivo per primo in quello che diviene definitivo per ultimo, si desume dall'uso della locuzione "*above all*" (soprattutto) prima della enunciazione di tale criterio.

Spazi di discrezionalità interpretativa e di adattamento alla fattispecie concreta in relazione alla natura delle sanzioni amministrative interessate ed alle regole dei rispettivi procedimenti, sembrano invece possibili per il giudice del merito quanto alle altre due condizioni enunciate per la configurabilità della connessione sostanziale.

Siffatta indubbia vaghezza può indubbiamente creare problemi di operatività del criterio formulato nei casi concreti nei quali è incerta la ridetta connessione, ma non sembra che, ricorrendo le condizioni di seguito specificate, sia questo il caso del doppio binario sanzionatorio per l'abuso di informazioni privilegiate.

¹⁴ VIGANÒ, [La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), cit..

¹⁵ Come rileva, peraltro in modo dubitativo, CONFALONIERI, [Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.](#), cit., secondo cui, "*fermo il fatto che non sembra che si tratti di parametri cumulativi, rimane però oscuro se la mancanza di uno solo di essi basti per escludere la close connection*".

Per quanto riguarda la connessione sotto il profilo temporale, è sufficiente che tra le due procedure sussista un sia pur parziale parallelismo per escludere quello iato temporale netto che sottopone "a *perdurante incertezza sulla propria sorte*" il soggetto gravato dai diversi procedimenti¹⁶.

Per quanto riguarda la connessione sotto il profilo sostanziale, si osserva quanto segue.

A) Sussiste la *differentiazione degli scopi delle risposte sanzionatorie*, sia in astratto, che in concreto.

Sotto il primo profilo, si osserva che le sanzioni amministrative pecuniarie sono versate alla CONSOB e quindi all'Autorità di controllo, assumendo pertanto una valenza anche compensatoria rispetto all'attività istituzionale dalla stessa svolta, che si aggiunge a quella generale retributiva caratteristica esclusiva, invece, della sanzione penale. La valenza anche compensativa trova poi conferma, in concreto, nella maggiore entità della sanzione amministrativa applicata rispetto alla multa.

B) È evidente la *prevedibilità delle prospettive sanzionatorie*, valendo il principio della loro conoscenza legale determinata dalla pubblicazione delle norme che disciplinano i diversi procedimenti sulla Gazzetta Ufficiale.

C) La *connessione degli elementi di prova* è assicurata:

a) dall'art. 187-*octies*, comma 5, che prevede per l'esercizio di specifiche attività investigative da parte della CONSOB l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica;

b) dall'art. 187-*decies* TUF, che disciplina i rapporti collaborativi tra CONSOB e magistratura in sede di accertamento;

c) dall'art. 187-*undecies* TUF, che disciplina le facoltà della CONSOB nel procedimento penale;

d) dalla possibilità di utilizzo in sede penale degli elementi di prova raccolti in sede amministrativa¹⁷;

e) dalla possibilità, all'inverso, di utilizzare atti dell'indagine penale in sede di procedimento sanzionatorio amministrativo, secondo i principi generali della legge n. 689/1981, applicabili anche ai procedimenti di irrogazione delle sanzioni CONSOB¹⁸.

D) Per quanto, infine, riguarda la "*proporzionalità complessiva*" della risposta sanzionatoria, va rilevato che il meccanismo compensativo di cui all'art. 187-*terdecies*

¹⁶ Nel caso esaminato dall'ordinanza n. 1782/2015 sussiste tale sia pur parziale parallelismo, almeno fino alla conclusione del procedimento amministrativo (definito con la sentenza della Corte di Appello di Roma del 7 luglio 2011 che rigettava l'opposizione alla delibera CONSOB del 4 agosto 2009) svoltosi nella pendenza delle indagini penali e del procedimento di primo grado conclusosi con la sentenza del Tribunale di Milano del 20 dicembre 2011.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. V, n. [4324/2013](#), secondo cui "le relazioni ispettive dei funzionari della CONSOB sono utilizzabili ai fini di prova relativamente alle parti riguardanti il rilevamento dei dati oggettivi sull'andamento delle sedute di borsa ed al contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli intermediari". Dall'ordinanza n. 1782/2015 si desume che il primo motivo di ricorso in cassazione era relativo ai margini di utilizzabilità degli elementi di prova raccolti in sede amministrativa nel processo penale e ciò, al di là della valutazione di merito della censura, conferma, ai fini della valutazione pregiudiziale di compatibilità con il *ne bis in idem* convenzionale, la possibilità di utilizzo in sede penale degli elementi di prova raccolti in sede amministrativa.

¹⁸ Cass. civ., Sez. II, n. 4363/2015.

TUF¹⁹ assicura un automatismo compensativo di assoluta rigidità in punto di quantitativo esigibile, escludendo margini di discrezionalità quantitativa che sono presenti invece nella scelta di anticipare la compensazione nella fase di irrogazione della pena, prevista dall'art. 11, lett. m, della legge delega n. 114/2015 per il recepimento della direttiva n. 2014/57/UE (v. più diffusamente *infra*)²⁰.

4. Il confronto con il *ne bis in idem* eurounitario: la necessaria verifica di attualità dei principi affermati dalla sentenza Fransson.

Occorre però tenere presente che la materia delle sanzioni *market abuse* è di interesse eurounitario.

Infatti, l'attuale disciplina sanzionatoria è stata introdotta con la legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee. Legge comunitaria 2004), attuativa della direttiva n. 2003/6/CE (cosiddetta Market Abuse Directive, MAD); la riconducibilità della disciplina sanzionatoria in materia di abusi di mercato nell'ambito di applicazione del diritto UE trova poi conferma nella nuova disciplina eurounitaria della materia, contenuta, per quanto riguarda le sanzioni amministrative, nel reg. n. 596/2014/UE (applicabile dal 3 luglio 2016) e, per quanto riguarda le sanzioni penali, nella dir. n. 2014/57/UE (*Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato*), il cui termine di attuazione (secondo l'art. 13, 3 luglio 2016) è inutilmente scaduto, in quanto all'art. 11 della legge delega n. 114/2015 (Delega al Governo per il recepimento

¹⁹ Secondo cui "quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa".

²⁰ Nel caso esaminato dall'ordinanza n. 1782/2015 non risultava posta, in concreto, una questione di *proporzionalità* della sanzione, per non essere contestate dall'interessato, neppure successivamente alla sentenza della Grande Camera, né la mancata presa d'atto in sede penale della inflizione della sanzione CONSOB divenuta definitiva per prima, né l'assetto sanzionatorio penale in generale. Neppure veniva censurata l'applicazione dei criteri ex articolo 133 c.p. che ben possono soddisfare – *in concreto* – il canone della *proporzionalità*. Ricorrendo tali condizioni può quindi ritenersi che per effetto della sopravvenuta giurisprudenza della Grande Camera è, in concreto, insussistente la violazione del *ne bis in idem* convenzionale che aveva invece valorizzato nel sollevare le questioni di costituzionalità ritenute inammissibili dalla Corte Costituzionale. Nella stessa prospettiva cfr. Trib. Milano, Sez. I Penale, ord. 6 dicembre 2016, in [questa Rivista](#), 23 dicembre 2016 con nota di FUSCO, [La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna](#), che ha respinto la richiesta di pronuncia di sentenza predibattimentale di improcedibilità ex art. 649 c.p.p. avanzata da imputati del reato di manipolazione del mercato previsto dall'art. 185 TUF, per essere stata già applicata dalla CONSOB nei loro confronti la sanzione amministrativa prevista per lo stesso fatto dall'art. 187-ter, sul rilievo della compatibilità del sistema delineato dal combinato disposto di cui agli artt. art. 187-octies, 187-decies e 187-terdecies TUF con il *ne bis in idem* convenzionale, come interpretato dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU, 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia (né l'ordinanza, né il commentatore, peraltro, affrontano la questione della conformità dell'art. 187-terdecies TUF al principio della "*proporzionalità complessiva*" enunciato dalla Grande Camera, per il fatto che la norma opera nella sola fase esecutiva, ma non in quella di irrogazione della pena).

delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea. Legge di delegazione europea 2014) non ha fatto seguito il decreto delegato²¹.

La riconducibilità della disciplina sanzionatoria in materia di abusi di mercato nell'ambito di applicazione del diritto UE, determina, ai sensi dell'art. 51 CDFUE, l'applicabilità dell'insieme dei diritti e delle garanzie riconosciute dalla Carta, tra le quali quella relativa al *ne bis in idem*, proclamata dall'art. 50 CDFUE.

Vanno in questa sede ricordate le recenti ordinanze della sezione tributaria n. 20675/2016²² e della seconda sezione civile n.n. 23232 e 23233 del 2016²³ che hanno formulato distinte questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto dell'Unione con riferimento all'art. 50.

In particolare, la sezione tributaria, tornando ad esaminare la vicenda in relazione alla quale aveva sollevato (ord. n. 950/2015) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-ter d.lgs. n. 58/1998 dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 102/2016 (fattispecie in cui il ricorrente aveva già patteggiato la pena con provvedimento divenuto definitivo, con la conseguenza che un problema di *ne bis in idem* si poneva, in tal caso, rispetto al procedimento di opposizione alla sanzione amministrativa irrogata dalla CONSOB) ha chiesto alla Corte di Giustizia:

a) se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile;

b) se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del "ne bis in idem", in base all'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale.

A sua volta, la seconda sezione civile – in due fattispecie di opposizione alle sanzioni amministrative CONSOB per fatti di abuso di informazioni privilegiate in relazione ai quali erano già intervenuta la definitiva assoluzione in sede penale – ha formulato le seguenti questioni pregiudiziali:

- se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale, sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento da parte del giudice nazionale, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore

²¹ Sulle prospettive di recepimento si rinvia a MUCCIARELLI, [La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem](#), in questa Rivista, 17 settembre 2015 e VIGANÒ, [Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani](#), in questa Rivista, 8 febbraio 2016.

²² In questa Rivista, 17 ottobre 2016, con nota di VIGANÒ, [A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato](#).

²³ In questa Rivista, 28 novembre 2016, con nota di VIGANÒ, [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate](#).

procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali;

- se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, debba tener conto dei limiti di pena posti dalla dir. 2014/57/UE.

Le recenti ordinanze della sezione tributaria e della seconda sezione civile non si sono però confrontate con la sentenza della Grande Camera 15 novembre 2016, in quanto la prima è precedente e le seconde sono state depositate lo stesso giorno, ma decise anteriormente.

Orbene, va tenuto presente che:

- secondo l'art. 52 § 3 CDFUE, *“laddove [la Carta] contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”*;

- le Spiegazioni ufficiali della Carta, delle quali occorre “tenere conto” nell'interpretazione della stessa (art. 6 § 1 TUE), chiariscono – riguardo all'art. 52 – che il richiamo alla Carta deve intendersi come comprensivo dei protocolli alla CEDU, tra cui dunque il Prot. n. 7, nonché dell'interpretazione fornita dalla Corte E.D.U. della stessa Convenzione e dei protocolli, interpretazione che fissa dunque il livello minimo di tutela degli stessi diritti riconosciuti dalla Carta;

- peraltro, come si evince dall'art. 52 § 3 CDFUE, ultimo periodo, lo standard delle garanzie assicurate dalla Carta dei diritti fondamentali se non può essere inferiore a quello proprio della CEDU, ben potrebbe, tuttavia, essere superiore nonostante la sopravvenuta sentenza della Grande Camera 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia.

Al fine di verificare se risulti violata la garanzia assicurata dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali della UE sembra allora necessario investire con rinvio pregiudiziale la Corte di Giustizia Ue perché, nei limiti della sua competenza di interprete del diritto eurounitario, dica se, in ragione della sopravvenuta sentenza della Corte E.D.U. Grande Camera 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia, si debbano confermare o meno nella loro interezza i parametri interpretativi dell'art. 50 CDFUE stabiliti dalla sentenza *Fransson* del 2013²⁴.

Sentenza quest'ultima riferita ad un doppio binario sanzionatorio tributario, ma assertiva di principi applicabili anche ad uno relativo al *market abuse* e che si riportano:

- alla nozione di *idem* enunciata dalla sentenza della Corte E.D.U. Grande Camera Zolotoukhine c. Russia del 2009;

- all'adozione dei criteri *Engel* per la qualificazione della sanzione;

- alla regola della *interruzione* del procedimento pendente quando l'altro sia divenuto definitivo;

²⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10, in [questa Rivista](#), 15 aprile 2013, con nota di VOZZA, [I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea](#).

differenziandosi dalla giurisprudenza della Corte E.D.U. quanto al riconoscimento al giudice nazionale del potere di verificare l'esistenza dell'*idem* e dell'obbligo di assicurarsi, ai fini della predetta interruzione, *"che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive"* (§ 36).

Applicando tali criteri a fattispecie di abuso di informazioni privilegiate quale quella esaminata nella ridetta ordinanza n. 1782/2015, una volta rilevata la natura sostanzialmente penale della sanzione CONSOB, sarebbe possibile escludere il cumulo delle sanzioni in ossequio al principio del *ne bis in idem*, qualora si ritenesse sussistere la condizione di effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione che residua all'esito dell'applicazione del predetto principio e, quindi, della sanzione CONSOB già definitiva.

In caso contrario si dovrebbe procedere al cumulo delle sanzioni, qualora fosse confermata l'affermazione di responsabilità del ricorrente.

In entrambi le ipotesi, trattasi di prospettiva del tutto diversa da quella che consegue all'applicazione della sentenza della Grande Camera 15 novembre 2016.

Né l'applicabilità dei principi della sentenza *Frasson*, ove ritenuti ancora attuali, sarebbe preclusa dal fatto che il ricorrente non censura il trattamento sanzionatorio, atteso che la verifica di proporzionalità (parametro, peraltro, concorrente con quelli di effettività e dissuasività) andrebbe compiuta sulla sanzione amministrativa residua definitivamente inflitta in precedenza e non su quella penale, tanto più ove fosse rimasta incensurata sotto il profilo del trattamento punitivo.

La necessità di verifica della conferma o meno dei parametri interpretativi dell'art. 50 CDFUE stabiliti dalla sentenza *Fransson* trova conforto anche nella considerazione svolta dalle citate ordinanze della seconda sezione civile nella parte in cui rilevano (punto 14, in fine) che *"in materia di abuso di informazioni privilegiate, il diritto dell'Unione non impone che il medesimo illecito sia presidiato da una doppia sanzione (e, quindi, che esso non postula la necessità di celebrare due procedimenti per lo stesso fatto)"*, così spiegando tale affermazione:

«Infatti (§ 9), l'art. 14 della dir. 2003/6/CE non rende necessario tale cumulo sanzionatorio, dal momento che esige sanzioni amministrative efficaci, proporzionate e dissuasive, facendo poi salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali. Il cumulo non è imposto nemmeno nella recente dir. 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, la quale dovrebbe obbligare gli Stati membri a prevedere, nei rispettivi ordinamenti nazionali, sanzioni penali per l'abuso di informazioni privilegiate, la manipolazione del mercato e la comunicazioni illecite di informazioni privilegiate (considerando n. 14), riservando agli Stati membri la scelta se astenersi o meno dal comminare anche sanzioni amministrative (considerando n. 22): ciò che l'art. 30, comma 1 reg. (UE) n. 596/2014 espressamente ammette, rimettendo agli Stati membri la facoltà di decidere di non fissare norme relative alla sanzioni amministrative se le violazioni previste (lett. a) e lett. b) dello stesso art. 30) sono già soggette a sanzioni penali. In tale prospettiva pare anzi significativo che il considerando n. 23 della nuova direttiva raccomandi

che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati in essa previsti e di sanzioni amministrative (ai sensi del reg. n. 596/2014) "non violi il principio del ne bis in idem"»²⁵.

Da tali previsioni si evince il riconoscimento della compatibilità eurounitaria di un sistema nazionale di doppio binario sanzionatorio ma, al tempo stesso, l'esigenza che, in esito alla sua operatività, non si violi il divieto di bis in idem e, nel contempo, non si pregiudichino gli interessi della UE nelle materie di sua competenza.

Esigenza – va sottolineato – rappresentata da una direttiva emanata successivamente alla sentenza *Fransson*, le cui affermazioni in tema di applicabilità del divieto di bis in idem erano evidentemente sottese al richiamo di detto principio.

Non a caso la dir. 2014/57/UE ed il reg. (UE) n. 596/2014 prospettano, in tema di sanzioni per market abuse, un sistema di "gradualismo sanzionatorio", ripreso dall'art. 11, lett. m, della legge delega n. 114/2015, il quale dispone che occorre "evitare la duplicazione o il cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative per uno stesso fatto illecito, attraverso la distinzione delle fattispecie o attraverso previsioni che consentano l'applicazione della sola sanzione più grave ovvero che impongano all'autorità giudiziaria o alla CONSOB di tenere conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate".

Una soluzione, quest'ultima, coerente con i principi affermati dalla sentenza della Grande Camera, 15 novembre 2016, ma non ancora operativa, per cui non è attuale la questione della compatibilità del previsto meccanismo compensativo con il *dictum* della sentenza *Fransson*.

Questione che effettivamente si pone, in quanto tale sentenza, recependo i principi affermati dalla giurisprudenza E.D.U. (nozione di *idem* enunciata dalla sentenza *Zolotoukhine c. Russia*, *criteri Engel* per la qualificazione della sanzione e regola della *interruzione* del procedimento pendente quando l'altro sia divenuto definitivo), ha confermato il divieto di duplicazione delle due procedure quando una di esse sia divenuta definitiva, sia pure a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive,

²⁵ Giova riportare i considerando 22, 23 e 27 della dir. n. 2014/57/UE:

"(22) Gli obblighi previsti nella presente direttiva di prevedere negli ordinamenti nazionali pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche non esonerano gli Stati membri dall'obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per le violazioni previste nel [regolamento \(UE\) n. 596/2014](#), salvo che gli Stati membri non abbiano deciso, conformemente al [regolamento \(UE\) n. 596/2014](#), di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale.

(23) L'ambito di applicazione della presente direttiva è determinato in modo tale da integrare e garantire l'effettiva attuazione del [regolamento \(UE\) n. 596/2014](#). Mentre le condotte illecite commesse con dolo dovrebbero essere punite conformemente alla presente direttiva, almeno nei casi gravi, le sanzioni per le violazioni del [regolamento \(UE\) n. 596/2014](#) non richiedono che sia comprovato il dolo o che gli illeciti siano qualificati come gravi. Nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del [regolamento \(UE\) n. 596/2014](#) non violi il principio del ne bis in idem.

(27) La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta), quali riconosciuti nel TUE. In particolare, dovrebbe essere applicata con il dovuto rispetto dei principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene (articolo 49) e del diritto di non essere giudicato o punito due volte in procedimenti penali e per lo stesso reato (articolo 50)".

proporzionate e dissuasive; un divieto che non sembra superabile dalla semplice compensazione della sanzione inflitta in precedenza.

5. Gli ulteriori quesiti pregiudiziali sull'art. 50 CDFUE proposti dalla Cassazione civile.

Nella eventuale sottoposizione alla Corte di Giustizia della questione della attualità dei principi della sentenza Fransson, non sembra necessario formulare il quesito posto dalla sezione tributaria nell'ordinanza n. 20675/2016 *se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del "ne bis in idem", in base all'art. 50 CDFUE*.

Al riguardo, come giustamente rilevato in dottrina²⁶, è sufficiente richiamare proprio la sentenza *Fransson*, punto § 45, secondo cui *"per quanto riguarda poi le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale"*.

Per l'ipotesi in cui la Corte di Giustizia confermi tutti i parametri della sentenza *Fransson*, si pone poi la questione se vada formulato, in via subordinata, il quesito ulteriore sollevato dalla seconda sezione civile con le citate ordinanze, concernente il canone di valutazione cui deve attenersi il giudice nazionale nel verificare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività della sanzione residua, ed in particolare *se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del ne bis in idem di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, debba tener conto dei limiti di pena posti dalla dir. 2014/57/UE*.

Alla questione va data risposta negativa.

In primo luogo, l'invocato parametro astratto viene dalla seconda sezione civile ritenuto rilevante in *situazioni diverse* da quella che viene in evidenza nella fattispecie (si indicano i casi in cui l'interessato sia stato assolto o condannato in via definitiva in sede penale, mentre nella specie è la sanzione nominalmente amministrativa ad essere divenuta definitiva).

In generale, poi, va osservato, che la condizione per negare il cumulo delle sanzioni in ossequio al principio del *ne bis in idem*, consistente nella effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione residua, comporta una *valutazione non astratta, ma riferita al singolo caso concreto*, per giunta da compiersi dal giudice del merito in sede di rinvio, trattandosi di valutare l'adeguatezza del trattamento sanzionatorio. La necessità di una valutazione in concreto non è smentita, ma anzi rafforzata dalla

²⁶ VIGANÒ, [A Never-Ending Story?...](#), cit..

sentenza della Corte di Giustizia Spector Photo Group del 2009²⁷, richiamata dalla seconda sezione civile, in quanto l'affermazione che, ai fini della valutazione del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo della sanzione amministrativa non occorre tenere conto della possibilità e/o del livello di un'eventuale sanzione penale ulteriore, conferma la non rilevanza di parametri astratti o di applicazione eventuale ai fini della predetta valutazione.

Appare, infine, decisiva la considerazione che il parametro astratto del limite minimo di pena previsto dalla dir. 2014/57/UE) non è comunque applicabile in quanto *successivo all'epoca in cui la sanzione amministrativa è divenuta definitiva* (passaggio in giudicato della sentenza della Corte di Appello di Roma del 7 novembre 2011, non impugnata), momento al quale deve evidentemente riferirsi la valutazione di effettività, proporzionalità e dissuasività.

6. Conclusioni.

Va infine sottolineato che, nella rivalutazione della attualità dei principi della sentenza Fransson, non sembra necessario, come invece si ritiene in dottrina²⁸, che la Corte di Giustizia debba "pur sempre valutare in concreto se i sistemi di doppio binario presenti nell'ordinamento italiano garantiscano quella connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra i due procedimenti che viene elevata dalla Grande Camera a condizione essenziale per il rispetto della garanzia del *ne bis in idem*".

Ed infatti:

- nell'ipotesi in cui la Corte di Giustizia ritenga che l'articolo 50 CDFUE offre la stessa garanzia dell'articolo 4, protocollo 7 Cedu nella interpretazione della sentenza della Corte E.D.U. Grande Camera 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia, vale quanto detto in precedenza circa la non configurabilità di violazioni a tali principi nel sistema di doppio binario sanzionatorio previsto dal TUF per l'abuso di informazioni privilegiate per come è stato applicato nella fattispecie concreta (*retro*, punto 7);

- qualora, invece, la Corte di Giustizia confermi i parametri interpretativi dell'art. 50 CDFUE stabiliti dalla sentenza Fransson, verrebbe assicurata una garanzia applicativa del *ne bis in idem* eurounitario non limitata dalla "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra le distinte procedure amministrativa e penale, per cui, anche in questa prospettiva, il quesito sarebbe irrilevante.

In conclusione, ancora una volta, la tutela multilivello dei diritti fondamentali pone all'interprete il non facile compito di mediazione tra il contesto giuridico nazionale ed europeo, che passa anche attraverso la maggior chiarezza possibile nel dialogo tra le Corti; dialogo che, per quanto riguarda il rapporto tra *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale, non è allo stato agevole, avendo la recente

²⁷ Corte di Giustizia, Sez. III, 23 dicembre 2009 Spector Photo Group NV/CBFA, in *Dir. pen. e processo*, 2010, VI, 761, con nota di RIONDATO, *Abuso di informazioni privilegiate: presupposti e sanzioni*.

²⁸ VIGANÒ, [La grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), cit..



2/2017

sentenza della Grande Camera affermato principi del tutto diversi rispetto a quelli affermati in passato dalla Corte di Giustizia, al contrario parzialmente sovrapponibili a quelli precedentemente seguiti dalla Corte E.D.U..

FATTISPECIE DI FEMMINICIDIO E PROCESSO PENALE. A TRE ANNI DALLA LEGGE SULLA VIOLENZA DI GENERE^(*)

di Francesco Trapella

SOMMARIO: 1. Indeterminatezza linguistica. – 2. La vittima del reato di misoginia. – 3. La tutela processuale. – 4. La tutela cautelare. – 5. La tutela preventiva. – 6. L'assistenza del servizio sociale. – 7. La tutela della donna contro il reato transnazionale. – 8. La mediazione penale: spunti di riflessione dalla Convenzione di Istanbul. – 9. Provvisorie conclusioni.

1. Indeterminatezza linguistica.

Va parecchio di moda utilizzare il termine *femminicidio*: a cadenze regolari, giornali e televisioni fanno ricorso a questa parola per descrivere la dolosa uccisione di donne per mano di persone di sesso maschile e, fin troppo spesso, per ragioni sentimentali.

L'etimo è noto: coniata sulla falsa riga dell'analogo "omicidio", la parola unisce i due lemmi latini, *femina* e *caedere*, di qui, appunto, uccisione di una donna¹.

Nonostante ciò che l'opinione pubblica induca a ritenere, non esiste uno specifico titolo delittuoso identificato dal termine in argomento; altrimenti detto, *femminicidio* è vocabolo sprovvisto di un'autonoma connotazione giuridica, meglio adattandosi a studi di tipo sociologico².

È la cultura femminista ad inventare questa parola: nel 1992, Jill Radford e Diana Russell descrivevano il fenomeno come «*the misogynous killing of woman by men*»³. Cinque anni dopo, Marcela Lagarde così si esprimeva: «*el feminicidio implica normas coercitivas, políticas expoliadoras y modos de convivencia enajenantes que, en conjunto, componen la opresión de género, y en su realización radical conducen a la eliminación material y simbólica de*

* Relazione all'incontro di studi organizzato dal Comune di Ficarolo in occasione della giornata contro la violenza delle donne 2016 – Villa Giglioli, Ficarolo (Rovigo), 26 novembre 2016.

¹ In tema, M. MONZANI, *Manuale di criminologia*, Padova, 2016, p. 273. La voce *Femminicidio*, a cura di V. DELLA VALLE, sull'Enciclopedia *Treccani online* osserva che «la parola femminicidio esiste nella lingua italiana solo a partire dal 2001. Fino a quell'anno, l'unica parola esistente col significato di uccisione di una donna era uxoricidio. Ma uxoricidio, composta con quella parola latina, *uxor*, quindi moglie, alludeva per l'appunto solo all'uccisione di una donna in quanto moglie e veniva estesa anche agli uomini, quindi al coniuge in generale. Non avevamo una parola che alludesse all'uccisione della donna proprio in quanto donna» (www.treccani.it).

² E per le necessarie riflessioni di matrice sociologica, v. C. KARADOLE, *Femicidio: la forma più estrema di violenza contro le donne*, in *Riv. crimin., vittimol., sicurezza*, 2012, p. 16 ss..

³ J. RADFORD, D. RUSSELL, *Femicide: The Politics of woman killing*, New York, 1992.

mujeres y al control del resto»⁴. Addirittura – sempre a cavallo dei due secoli – qualcuno ha coniato il vocabolo *ginocidio* – sull’evidente modello del termine “genocidio” – per designare la sistematica eliminazione delle donne⁵.

Esiste, poi, una distinzione – anch’essa priva di una corrispondenza giuridica – tra *femminicidio* e *femicidio*⁶, solo quest’ultimo essendo l’atto di uccisione della donna e rinviando la prima parola, più genericamente, alla violenza di genere: dietro siffatta distinzione, si cela il diverso approccio ai crimini di misoginia tipico della tradizione latino-americana – con un richiamo a recenti episodi, appunto, etichettati come *feminicidio*: si pensi al massacro di Ciudad Juárez, nel 1993⁷ – e proprio del pensiero anglo-americano, con riferimento, per questi ultimi, agli studi delle femministe statunitensi Caputi e Russell che parlano di *femicide*⁸.

Anche qui, però, ci si muove sul terreno delle distinzioni linguistiche e delle relative categorie sociologiche: nessuno tra i vocaboli sin qui analizzati – quindi, femminicidio e femicidio – compare nei provvedimenti normativi che, dal 2013 ad oggi, si sono susseguiti nel tentativo di arginare la violenza di genere. Si parla di donne, di relazioni sentimentali pregresse, di violenza di genere, di vittime deboli, ma non viene mai impiegato il termine “femminicidio” o uno dei suoi derivati, e ciò a dispetto del messaggio ceduto dai *media* all’attenzione del pubblico.

A riprova di questa tesi – e, dunque, dell’estrema confusione generata dalla superficialità dell’informazione unita alla cattiva tecnica legislativa – v’è la rubrica del decreto legge n. 93 del 2013, da tutti, appunto, salutato come decreto anti-femminicidio⁹: «disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province». A parte la discutibile scelta di accostare temi diversi come violenza di genere, protezione civile e amministrazione provinciale, non si parla di femminicidio. E continua a non parlarsene nella legge di conversione, la n. 119 del 2013: «conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province». Ancora, il provvedimento che recepisce la direttiva 2012/29/UE sulle vittime deboli – il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 – parla

⁴ M. LAGARDE, *Identidades de género y derechos humanos. La construcción de las humanas*, www.catedradh.unesco.unam.mx, p. 14.

⁵ M.A. WARREN, *Gendercide. The implication of Sex Selection*, Totowa, 1985 o, in Italia, D. DANNA, *La violenza contro le donne nel mondo globale*, Milano, 2007.

⁶ B. SPINELLI, *Femicide e Femminicidio: nuove prospettive per una lettura gender oriented dei crimini contro donne e lesbiche*, in *Studi sulla Questione Criminale*, anno III, 2008, 2.

⁷ Per una bella trattazione dell’episodio, J.E. MONÁRREZ FRAGOSO, *Trama de una injusticia: feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez*, Tijuana, 2013.

⁸ Per quanto, comunque, il termine sia più risalente rispetto alle lotte femministe del ventesimo secolo: la prima volta comparve in un articolo della rivista inglese *The Satirical Review of London at the Commencement of the Nineteenth Century*, nel 1801.

⁹ A mero titolo di esempio si cita un articolo apparso sul *Corriere della Sera* il 9 agosto 2013, a firma di L. PRONZATO e M. SERAFINI, dal titolo *Decreto anti femminicidio, come le nuove regole garantiranno le donne*, o un altro, sulla testata online *Il post*, dell’11 ottobre 2013 e intitolato *Cosa dice la legge contro il femminicidio*.

genericamente di «vittime di reato» e di «condizioni di particolare vulnerabilità» della persona offesa, introducendo il nuovo art. 90-quater nel codice di rito penale.

Insomma, il primo esercizio utile per comprendere quali spazi l'ordinamento riconosca alla tutela della donna rispetto a reati di misoginia è prendere atto dell'indeterminatezza linguistica insita nel lemma "femminicidio": solo così potrà sgombrarsi il campo da equivoci, al meglio familiarizzando con le reali categorie previste dalla vigente normativa, e quindi, soprattutto, con i concetti di *violenza di genere*, di *vittima* e di *particolare vulnerabilità*.

2. La vittima del reato di misoginia.

Si parta dalla fine, cioè dal d.lgs. n. 212 del 2015, che porta in Italia, definendola, la nozione di vittima *debole* o *vulnerabile*, coniata a livello eurounitario con la direttiva 2012/29/UE, che sostituisce e innova la precedente decisione-quadro 2001/220/GAI.

Nel diritto internazionale esiste una serie di atti che, dal secondo dopoguerra ad oggi, si susseguono nell'obiettivo di tutelare vittime tradizionalmente concepite come deboli: il Preambolo alla Convenzione di Istanbul del 2011 contro la violenza sulle donne li menziona, passando dagli Accordi Onu sui diritti dell'infanzia (1989) e contro la discriminazione femminile (1979), alla Quarta Convenzione di Ginevra (1949) e ai Protocolli Addizionali I e II del 1977, e tornando ad epoche vicine alle nostre con lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale: siamo nel 2002. È dalla fine dell'ultima guerra mondiale – si diceva – che a livello sovranazionale si pongono norme, tendenzialmente¹⁰ vincolanti per gli Stati che le sottoscrivono, a salvaguardia delle categorie che più facilmente possono subire, aggravati, gli effetti dei reati¹¹.

¹⁰ L'avverbio è d'obbligo: si pensi ai ritardi nella ratifica della Convenzione di Istanbul. Nel 2014 si sottolineava: «la Convenzione di Istanbul è priva di forza cogente. Per entrare in vigore necessita della ratifica di almeno dieci Stati, tra i quali otto membri del Consiglio d'Europa (art. 75, comma 3), e al momento, le Nazioni ad averla ratificata sono solo cinque: Albania, Montenegro, Turchia, Portogallo e, appunto, Italia». Così, E. TURCO, *Modifiche all'allontanamento dalla casa familiare*, in A. Diddi, R.M. Geraci, *Misure cautelari "ad personam" in un triennio di riforme*, Torino, 2015, pp. 52-53, nota 9. Altrove e più avanti, si ricordava che «il deposito degli strumenti di ratifica di Andorra e Danimarca, avvenuto rispettivamente il 22 e 23 aprile di quest'anno, ha consentito alla Convenzione di entrare in vigore lo scorso 1° agosto [2014], ai sensi di quanto stabilito dall'art. 75, par. 3»: G. Pascale, *L'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Rivista AIC*, settembre 2014, in www.osservatorioaic.it.

¹¹ Si va oltre, insomma, al tradizionale concetto di "violenza domestica", concepito come «ogni forma di aggressione fisica, di violenza psicologica, morale, economica, sessuale, o di persecuzione (stalking), attuata o tentata e che ha comportato o meno un danno fisico, agita all'interno di una relazione intima, presente o passata». Così, A.C. BALDRY, *Dai maltrattamenti all'omicidio. La valutazione del rischio di recidiva e dell'uxoricidio*, Milano, 2014, p. 22.

Si arriva, così, a definire, in settant'anni di accordi internazionali, il concetto di vittima debole, fatto già proprio dall'Unione europea con il primo provvedimento in tutela della persona offesa dal reato, nel 2001¹².

In Italia l'idea di una vittima più vulnerabile delle altre ha fatto ingresso in modo disordinato nell'ordinamento: dapprima, la famosa legge n. 119 del 2013 – quella dai più connotata come “anti-femminicidio” – ha previsto particolari forme di protezione per la vittima debole, chiamata a testimoniare nel processo. Si pensi alla donna che, avendo subito violenze dal compagno, abbisogni di essere protetta anche *dal* processo, magari per evitare di ripetere il trauma in precedenza patito¹³.

L'anno successivo – con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24¹⁴ – veniva consentito al giudice di attivare particolari presidi in tutela delle persone interessate alla prova, anche maggiorenni, in condizione di particolare vulnerabilità, «desunta “anche” (ma non solo evidentemente) dal tipo di reato per cui si procede»¹⁵: è il nuovo art. 398 del codice di rito penale a dirlo.

Infine, il d.lgs. n. 212 del 2015 ha introdotto il nuovo art. 90-quater c.p.p.¹⁶ che offre un elenco dei possibili indici da cui il giudice desume la vulnerabilità della persona: età, infermità mentale o deficienza psichica, tipo di reato, modalità e circostanze del fatto e, quindi, «se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato».

Ben si comprende ora la *ratio* di questa digressione, molto tecnica, di diritto internazionale e di diritto interno: l'Italia ha recepito in modo disorganico l'invito proveniente da ogni dove, oltre confine, ad assicurare la maggiore tutela possibile alla

¹² M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 59 ss..

¹³ *Amplius*, H. BELLUTA, *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in *Legisl. pen.*, 2014, n. 1-2, p. 70 ss.. Dello stesso Autore e su temi analoghi, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, 2015, p. 258.

¹⁴ Per una analisi del quale si rimanda a M. MONTANARI, [L'attuazione italiana della direttiva 2011/36/UE: una nuova mini-riforma dei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta delle persone](#), in questa Rivista, 20 marzo 2014.

¹⁵ S. RECCHIONE, [Il dichiarante vulnerabile fa \(disordinatamente\) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo comma 5ter dell'art. 398 c.p.p.](#), in questa Rivista, 14 aprile 2014.

¹⁶ Migliorando non di poco la logica del sistema a tutela della vittima debole. Infatti, prima della novella, proprio «in ottica di sistema, peraltro, occorre rilevare una doppia sfasatura tra giudizio e incidente probatorio. Da un lato, in dibattimento le modalità protette possono riguardare solo gli esami testimoniali, mentre in incidente probatorio le cautele protettive (art. 398 co. 5-bis c.p.p.) operano per tutti quei mezzi di prova che riguardano la fonte vulnerabile, come il confronto, la ricognizione, l'esperimento giudiziale o la perizia. Dall'altro, mentre in sede incidentale, di fronte al maggiorenne particolarmente vulnerabile, le speciali modalità protette sono sempre applicabili, in giudizio occorre che si proceda per uno dei (pochi) reati indicati all'art. 498 co. 4-ter c.p.p.». Rilevava questo, ante entrata in vigore del d.lgs. n. 212 del 2015, H. Belluta, *Eppur si muove*, cit., pp. 266-267.

vittima debole. I provvedimenti normativi nazionali sin qui elencati sono tanti: ne sono stati citati ben quattro dal 2013 al 2016, e ad oggi manca una definizione di vittima debole che non sia rimessa al libero convincimento del giudice.

Si parta da un esempio.

Fin troppo nota è l'ipotesi dei maltrattamenti inflitti dal *partner*, magari anche dopo la separazione¹⁷, sulla (ex) compagna. S'immaginino due casi, riferibili a detta fattispecie: nel primo, una coppia benestante, apparentemente affiatata, vive il dramma di liti quotidiane che sfociano in offese e in atti di violenza rivolti dall'uomo alla donna, quasi sempre di fronte agli occhi della figlia maggiorenne; nel secondo, una coppia di giovani, con un figlio di pochi mesi, si separa per volontà della donna e, nelle more del giudizio sull'affidamento del minore, l'uomo, recandosi a fare visita al bambino, approfitta per ingiuriare e, più generalmente, per assumere condotte idonee ad umiliare l'ex *partner*.

L'art. 90-quater del codice penale chiama il giudice ad una valutazione sulle «modalità e circostanze del fatto» e, benché entrambi riferibili alla fattispecie delittuosa dei maltrattamenti, i due casi sopra sintetizzati divergono su un punto: il secondo si colloca in un momento di separazione tra accusato e vittima, tradizionalmente definito come animoso o, più generalmente, come difficile e, quindi, costellato di reciproche condotte offensive tra i membri della coppia¹⁸.

Difficilmente, quindi, il giudice arriverebbe a qualificare come vulnerabile la donna del secondo episodio, a meno di un tentativo della stessa di apportare elementi tali da dimostrare la difficile situazione nella quale è stata costretta a vivere, la sua impotenza di fronte all'atteggiamento soverchiante del compagno e, per questa via, la propria vulnerabilità.

Il disposto dell'art. 90-quater c.p.p. svela, dunque, tutta la propria vaghezza.

Si cerchi, allora, di comprendere quale deve essere la dinamica dei rapporti tra giudice e vittima nel processo, allorquando quest'ultima sia chiamata ad entrarvi e a portare il proprio contributo, quasi sicuramente – lo si diceva – reiterando il trauma già subito per effetto del delitto.

La prima attività del giudice è il vaglio del capo d'imputazione: egli deve comprendere di che cosa si tratta nel processo. Successivamente, l'*iter* non è diverso da quello che compie per capire se una prova sia rilevante o meno: d'altra parte, la vulnerabilità è un attributo della prova orale che la corte è chiamata ad assumere, in relazione al quale dipende l'applicabilità di tutta una serie di norme processuali a protezione del soggetto debole. Ecco, allora, che i fatti che attestano la vulnerabilità del teste-vittima rientrano nel *thema probandum*, ex art. 187, comma 2 del codice di rito. Vale, dunque, l'assunto che «il telaio concettuale su cui deve fondarsi la definizione di

¹⁷ Lo ha chiarito Cass., sez. VI, 2016, n. 17950.

¹⁸ Tanto più che le liti coniugali non integrano maltrattamenti: lo ha spiegato Cass., sez. VI, 23 marzo 2015, n. 12065, che descrive la convivenza difficile tra coniugi come un contesto caratterizzato dalla «frequenza dei litigi tra i coniugi e [da] un clima di tensione che sarebbe stato determinato dalle offese rivolte dall'imputato alla moglie», non tale, però, da giustificare una condanna per maltrattamenti.

rilevanza è ... costituito da due gruppi di proposizioni fattuali: quelle che definiscono l'oggetto della prova e quelle che costituiscono il *thema probandum*»¹⁹.

Il giudice, allora, presa coscienza del capo d'accusa e delle richieste delle parti, deve porsi un problema di vulnerabilità e la sua valutazione sarà necessariamente influenzata dalle allegazioni di accusa e difesa. Ed, infatti, egli compie un giudizio *ex ante*, quindi, precedente al momento in cui sentirà il teste-debole e si farà un'idea dell'attendibilità delle sue dichiarazioni, oltre che della sua personalità: tutto sta, allora, a come le parti gestiranno la fase di quella un tempo definita come esposizione introduttiva e delle richieste di prova²⁰, anche mediante la produzione di materiale – utilizzabile ai soli e limitati fini del giudizio di vulnerabilità – attestante i tratti di debolezza del teste-vittima.

Nel caso dei maltrattamenti in corso di separazione, sarà probabilmente onere della difesa della donna dimostrare che il contesto in cui il delitto occorreva andava ben oltre le normali – per quanto dolorose – dinamiche connesse alla fine di un rapporto affettivo, così superando la presunzione che si trattasse di semplici liti coniugali e giungendo ad accordare all'interessata l'attributo di vittima debole, con tutto l'apparato di tutele che oggi derivano da questa connotazione.

Si spiega la difficoltà nel gestire una norma come l'art. 90-quater c.p.p., che, priva di elementi tassativi, rischia di ridurre il fascicolo del dibattimento a un insieme di carte *bon à tout faire*, potendo il giudice, a fronte dell'attività assertiva e istruttoria delle parti, decidere in una direzione o nell'altra, in assenza di univoche indicazioni normative.

3. La tutela processuale.

È ormai assodato che l'ordinamento assicura specifiche tutele alla vittima, in forza del recepimento della direttiva 2012/29/UE e del tanto materiale proveniente da oltre confine che, ormai da troppi anni, invita il nostro Paese ad adottare misure in tal senso.

La prima forma di tutela è di tipo comunicativo. Esiste tutta una serie di reati – tra cui i maltrattamenti, lo *stalking* (*rectius*: atti persecutori) o la mutilazione di organi genitali femminili – la cui vittima è ammessa al patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dai limiti reddituali imposti dal d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115: di ciò, a mente dell'art. 101 c.p.p., come novellato dalla l. n. 119 del 2013, dev'essere data comunicazione alla persona offesa.

Ancora, sempre la l. n. 119 del 2013 ha novellato l'art. 408 c.p.p., introducendo il comma 3-bis, secondo il quale, per i reati commessi con violenza sulla persona, il termine per formulare opposizione alla richiesta archiviativa è di venti – e non di dieci – giorni.

¹⁹ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in Id., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 19. Si veda, pure, C. VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, p. 78 ss..

²⁰ Insomma, la fase più tradizionalmente ideale per l'attività argomentativa delle parti, come limpidamente spiegato da R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. Ferrua, F.M. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, 2a ed., Torino, 2005, p. 3.

E, indipendentemente dalla previa manifestazione di volontà della vittima di essere informata circa l'eventuale istanza di inazione, la detta richiesta le deve essere notificata²¹.

Va compreso che cosa significhi *violenza* in un tal contesto: si premetta che fu la normativa, poi intesa come "antifemminicidio" in modo largamente impreciso, ad introdurre questo particolare regime per i reati violenti. L'esegesi del nuovo art. 408, comma 3-bis, c.p.p., quindi, va compiuta guardando alla lettura che le Sezioni Unite ne danno: «il testo normativo si prefigge lo scopo di dare specifica protezione alle vittime della violenza di genere, specie ove si estrinsechi contro le donne o nell'ambito della violenza domestica; il reato di atti persecutori, al pari di quello di maltrattamenti in famiglia, rappresenta, al di là della sua riconducibilità ai reati commessi con violenza fisica, una delle fattispecie cui nel nostro ordinamento è affidato il compito di reprimere tali forme di criminalità e di proteggere la persona che le subisce; la storia dell'emendamento con cui è stata introdotta la nozione di "delitti commessi con violenza alla persona" dimostra la volontà del legislatore di ampliare il campo della tutela oltre le singole fattispecie criminose originariamente indicate; la nozione di violenza adottata in ambito internazionale e comunitario è più ampia di quella positivamente disciplinata dal nostro codice penale e sicuramente comprensiva di ogni forma di violenza di genere, contro le donne e nell'ambito delle relazioni affettive, sia o meno attuata con violenza fisica o solo morale, tale cioè da cagionare una sofferenza anche solo psicologica alla vittima del reato»²².

Appare, così, accolta una nozione estesa del concetto di violenza, idonea a ricomprendervi anche atti suscettibili di umiliare la vittima e, perciò stesso, lesivi della sua integrità psichica²³.

Altra forma di tutela riservata alla vittima debole si pone rispetto al fenomeno della cd. *vittimizzazione secondaria*²⁴: è la necessità di proteggere l'offeso vulnerabile *dal* processo e non solo dal suo carnefice²⁵. In altre parole, con questa espressione si indicano i «rischi di trauma per le persone offese, legati tanto alle possibili minacce ed intimidazioni provenienti dagli accusati, quanto agli incontri diretti tra vittima ed incolpato ed ai possibili pregiudizi psicologici derivanti dalla necessità processuale di evocare i fatti di violenza subiti, assumendo l'ufficio di testimone e sottoponendosi alle

²¹ Come chiarito recentemente da Cass., sez. un., 16 marzo 2016, n. 10959.

²² Sempre Cass., sez. un., 16 marzo 2016, cit..

²³ Si richiama in tema il bel contributo di C. BRESSANELLI, [*La "violenza di genere" fa il suo ingresso nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite chiariscono l'ambito di applicazione dell'art. 408 co. 3 bis c.p.p.*](#), in *questa Rivista*, 21 giugno 2016.

²⁴ In tema, pur con riferimento ai minori, P. AVALLONE, N. CICCARELLI, R. TEDESCO, *Il diritto dei minori*, Napoli, 2015, p. 263. Il contributo, comunque, rileva, riferendosi al fenomeno del disagio derivante alla vittima nel sentirsi l'oggetto e non il soggetto del processo e nell'avvertire scarsa attenzione dal sistema.

²⁵ Come ricorda – pur, sempre, con richiamo ai minori, ma il discorso non cambia se rapportato alle violenze domestiche di natura misogina – S. ACETO, *Ascolto del minore nel processo penale*, Torino, 2016 (e-book, scaricabile dal sito www.giappichelli.it).

domande critiche della controparte processuale, nella dinamica della *cross examination*»²⁶.

Onde evitare conseguenze processuali pregiudizievoli per la vittima, la l. n. 119 del 2013 ha previsto modalità protette di audizione in giudizio delle persone offese da maltrattamenti, reati a sfondo sessuale o *stalking*: il modulo è sempre quello già previsto per le vittime infradiciottenni, rapportate, però, ai maggiorenni allorquando il giudice ravvisi in essi i caratteri della debolezza²⁷. Tali misure consentono di scongiurare il pericolo del contatto tra offeso e offensore e, non ultimo, il diretto rapporto tra la vittima e il pubblico, all'uopo individuando un punto di contatto tra l'esigenza di pubblicità del rito penale e l'interesse alla tutela della vittima di reati particolarmente odiosi quali sono quelli ora in esame.

In ultimo, meritano attenzione le tutele accordate alla vittima debole dal d.lgs. n. 212 del 2015. Il nuovo art. 90-bis c.p.p. descrive un sistema di informazioni, da destinare all'offeso così che acquisisca maggiore consapevolezza del proprio ruolo e delle proprie facoltà nell'accertamento penale; l'art. 90-ter c.p.p. impone al pubblico ministero di informare la vittima della scarcerazione o dell'eventuale cessazione della misura preventiva nei giudizi per reati commessi con violenza alla persona, allorquando l'offeso ne abbia fatto richiesta.

L'*excursus* sulle tutele per la vittima va completato guardando ad un ulteriore istituto, coniato dalla l. 28 aprile 2014, n. 67: la messa alla prova per maggiorenni. Si tratta di normativa salutata con entusiasmo dalla dottrina: poco prima della sua entrata in vigore, si diceva che «entra a far parte del nostro ordinamento, immettendovi un notevole carico di aspettative. Senza dubbio, infatti, un esperimento di risoluzione informale del conflitto tra vittima e autore del reato, sotto la guida di personale imparziale e specificamente formato, ha il pregio di consentire immediatamente una discussione sul reato e di condurre a una riparazione adeguata non solo in termini patrimoniali»²⁸.

È, insomma, il tema della *mediazione penale*, che crea un'alternativa al processo²⁹, così stravolgendo il binomio "reato-sanzione"³⁰, individuando percorsi di recupero del reo alternativi alla pena. Ci si figuri, dunque, un caso di lesioni non aggravate, inflitte dal marito verso la moglie durante un litigio, in una situazione nella quale la cattiva qualità dei rapporti intraconiugali, magari dovuta alla prossima separazione, non permette di parlare di maltrattamenti in famiglia: l'art. 582 c.p. prevede un massimo edittale di tre anni, così potendo l'accusato chiedere la messa alla prova, beninteso dimostrando di avere mantenuto «condotte volte all'eliminazione delle conseguenze

²⁶ D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3415.

²⁷ Su questi specifici aspetti si richiama G. PAVICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4322.

²⁸ R. DE VITO, *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Quest. giust.*, 2013, p. 9.

²⁹ N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova per gli imputati adulti*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova per adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014, p. 14.

³⁰ In questi termini, R. DE VITO, *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Quest. giust.*, 2013, n. 6, p. 11.

dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato», come imposto dall'art. 168-bis, comma 2, c.p.. Orbene, il sintagma "ove possibile" svislaccia il tenore della norma, rimettendo al libero convincimento del giudice la valutazione del compimento di ogni possibile sforzo da parte dell'indagato o imputato nel riparare il danno cagionato³¹.

Rimane da domandarsi quali rimedi spettino alla vittima, una volta che abbia manifestato al giudice la propria insoddisfazione circa la riparazione proposta dall'imputato, ma questi sia stato comunque messo alla prova.

Rimedi non ve ne sono. La messa alla prova – anche se introdotta in un contesto di degrado familiare – è istituto che figlia dall'esigenza di favorire comunque il recupero del reo, di talché la vittima non può impedire all'autore del reato di avviare il proprio recupero, mediante la riparazione, il lavoro di pubblica utilità, l'eliminazione del danno, una terapia o una scelta di vita opposta a quella che lo determinò al delitto³².

Indipendentemente dagli strumenti di tutela processuale, ancora oggi la vittima non può sostituirsi al pubblico ministero nell'accertamento penale, che rimane finalizzato *in primis* al recupero del reo e alla predisposizione di stimoli all'avvio di un percorso di rieducazione, nel pieno rispetto dell'art. 27, comma 3, Cost.³³. Insomma, ci si scontra ancora adesso – e, in parte, a dispetto dei *dicta* europei ed internazionali – con il grande limite della disciplina nostrana in punto di vittima: essa è concepita in un'ottica utilitaristica: o come fonte di sapere per il giudice, o come soggetto danneggiato dal reato, nel qual caso, però, non è titolare di un numero di prerogative identico a quello delle parti necessarie, ben potendo sfogare le proprie pretese nella più idonea sede civilistica³⁴.

³¹ In un caso analogo, in cui l'imputato beneficiava di un sussidio di mille euro mensili ed era titolare di una vecchia autovettura, del valore di poche centinaia di euro, è stato ritenuto che il risarcimento di duemila euro, offerto alla vittima, fosse adeguato, nonostante una richiesta dalla parte offesa di quindicimila euro, equivalente alla metà delle spese – processuali e non – sin lì sostenute per effetto della condotta delittuosa: così, Trib. Vicenza, ord. 26 settembre 2016, inedita.

³² M. DONINI, *Per una concezione*, cit., p. 1212. L'Autore richiama G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, Commento a Ordin. Trib. Sorveglianza Venezia, 7 gennaio 2012, n. 5, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 833, ss..

³³ Come ricorda G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Romano*, Milano, 2006, p. 1139.

³⁴ E ce lo ha detto C. Cost., sent., 29 dicembre 1995, n. 532, per cui *nulla quaestio* se l'art. 495, comma 2, c.p.p. non riconosce il diritto alla prova contraria alla parte civile, ma solo ad imputato e a pubblico ministero: il danneggiato, infatti, può chiedere il risarcimento del danno al giudice civile, ossia nella sede più idonea alla proposizione di una domanda siffatta.

4. La tutela cautelare.

In maniera ottimistica – in un’ottica di dedizione alle ragioni dell’offeso – s’è detto che la vittima costituisce un quarto *periculum*³⁵ che il giudice è tenuto a valutare, considerando le esigenze giustificanti l’applicazione di misure cautelari.

Così, per esempio, il giudice, nel disporre gli arresti domiciliari, deve individuare un luogo in cui l’indagato possa permanere senza arrecare pregiudizio alla vittima (art. 284, comma 1-bis, c.p.p.); per la medesima esigenza, sono previsti obblighi di comunicazione all’offeso, già tutelato dalle misure dell’allontanamento dalla casa familiare (art. 282-bis c.p.p.) e del divieto di avvicinamento ai luoghi della vittima (art. 282-ter c.p.p.), applicate all’indagato (art. 282-quater c.p.p.). Ugualmente, colui che è assoggettato a restrizioni del genere può seguire percorsi di recupero organizzati dai servizi territoriali, in modo da prevenire violenze e la reiterazione delle condotte delittuose.

Preme, quindi, ripercorrere, nel nostro *excursus*, due momenti: l’uno, in cui il legislatore ha coniato misure cautelari tutte calibrate sulle istanze della vittima di reati endofamiliari, e l’altro, in cui sono stati previsti momenti di contatto tra offeso e pubblico ministero circa le vicende modificative del provvedimento cautelare.

Sotto il primo profilo, va rammentata la l. 4 aprile 2001, n. 154 che ha introdotto gli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., finalizzati a reprimere gli abusi che originano all’interno della famiglia³⁶, estendendone il legislatore progressivamente la portata, fino a comprendervi – proprio con il d.l. n. 93 del 2013 e la l. n. 119 del 2013 – le ipotesi di lesioni procedibili d’ufficio e di minacce³⁷. Merita attenzione la chiosa della norma, che riporta la misura alla sua originaria funzione, così motivando i rammentati richiami: «commesso in danno dei prossimi congiunti o del convivente». Appare chiaro come l’esigenza sottesa all’art. 282-bis c.p.p. sia quella di evitare nocumento alla vita o all’integrità, fisica o psichica, della vittima, unita da relazioni di coniugio, di parentela o di convivenza con l’accusato³⁸.

³⁵ Con questa espressione, A. PROCACCINO, *L’avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, in A. Diddi, R.M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 81.

³⁶ In tema, S. SILVANI, *Commento alla legge 4 aprile 2001, n. 154, “Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”*, in *Legisl. pen.*, 2001, p. 677.

³⁷ Sul punto, E. LO MONTE, [Repetita \(non\) iuvant: riflessioni a “caldo” sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. 93/13 conv. In l. n. 119/13 in tema di “femminicidio”](#), in *questa Rivista*, 12 dicembre 2013; C. IASEVOLI, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i reati commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1390 ss.; G. AMATO, *Giro di vite su violenza sessuale e maltrattamenti*, in *Guida dir.*, 2013, n. 44, p. 77.

³⁸ Precisamente s’intravede la detta esigenza nei «fondati motivi per ritenere che le condotte criminose possano essere reiterate, ponendo in grave ed attuale pericolo la vita o l’integrità fisica o psichica della persona offesa»: in questi termini, F.R. DINACCI, *L’enfasi delle precautele: arresto in flagranza e allontanamento domiciliare d’urgenza*, in A. Diddi, R.M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam*, cit., p. 105. L’Autore approfondisce il nesso tra la misura ex art. 282-bis, comma 6, c.p.p. e la precautelata di nuovo conio dell’art. 384-bis c.p.p., condividendo le due restrizioni eguale *ratio*, di salvaguardare la vittima di violenze domestiche.

Più in generale era senz'altro – e ancora oggi è – apprezzabile l'intento del legislatore del 2001, che ha coniato una serie di misure calibrate sui delitti endofamiliari³⁹ e su cui il legislatore del 2013 ha avuto la possibilità di intervenire nel tentativo di migliorarle; nondimeno, la realtà empirica attesta abitudini che rendono pressoché automatica l'applicazione delle misure introdotte dalla l. n. 154 del 2001 dal rilievo di gravi indizi dei reati *ex artt.* 572 e 612-bis c.p.⁴⁰. La più virtuosa prassi, infatti, consegue alla presa di coscienza che sussistono «più fattispecie applicative, graduate in base alle esigenze di cautela del caso concreto»⁴¹, potendo disporsi la misura più idonea alla tutela della vittima, in base all'effettiva situazione *sub iudice*⁴².

Sotto altro profilo, il d.l. n. 93 del 2013 ha introdotto nell'art. 299 c.p.p. un comma 2-bis, a mente del quale «i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2 relativi alle misure previste dagli articoli 282-bis, 282-ter, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, devono essere immediatamente comunicati, a cura della polizia giudiziaria, ai servizi socio-assistenziali e al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa». Specularmente, pubblico ministero e imputato hanno l'obbligo di notificare alla vittima l'istanza di modifica o di revoca del provvedimento cautelare, reso nei procedimenti per reati commessi con violenza sulla persona⁴³.

Estendendo il concetto di violenza anche a quella psicologica, in misura direttamente proporzionale si allarga anche la possibilità per la vittima di interloquire nell'incidente cautelare, e la conclusione presenta almeno un aspetto positivo e uno negativo: da un lato, infatti, l'offeso può informare la pubblica accusa delle proprie esigenze, così permettendole di calibrare la misura restrittiva in ragione delle necessarie istanze di sua tutela; dall'altro, la vittima entra in un sistema – quello cautelare – tradizionalmente votato a preservare la genuinità e i risultati dell'accertamento penale e, quindi, un interesse tutto pubblicistico in cui, comunque, la persona offesa continua a trovare spazio solo marginale – si diceva – in una concezione tutta utilitaristica.

L'analisi della realtà empirica, poi, permetterà di capire l'impatto nella prassi di una regola siffatta. Qualora il conflitto intrafamiliare venga gestito in modo ragionevole dalle difese di accusato e di offeso, allora, l'intervento di quest'ultimo potrà essere utile a meglio comprenderne le esigenze e, in ultima istanza, persino a calibrare in modo

³⁹ Utili approfondimenti in M. STELLIN, *Tutela della vittima e prerogative dell'imputato nel segmento cautelare: un difficile bilanciamento*, in M.F. Cortesi, E. La Rosa, L. Parlato, N. Selvaggi (a cura di), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Milano, 2015, pp. 78-79. L'Autore cita e richiama F. CERQUA, *La tipologia delle misure cautelari personali*, in G. Spangher, C. Santoriello (a cura di), *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, p. 368.

⁴⁰ S. RECCHIONE, [Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura](#), in questa Rivista, 15 settembre 2013, p. 9, parla a proposito di «uno strisciante (e pericoloso) automatismo».

⁴¹ Cass., sez. V, 19 marzo 2014, n. 27177, in *Foro it.*, 2014, II, p. 592.

⁴² Cfr. A. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 969. Sulla flessibilità delle misure *de quibus*, anche in relazione al principio di tassatività derivante dall'art. 13, comma 2, Cost., vedi F. MORELLI, *Commento all' art. 9 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11*, in *Legisl. pen.*, 2009, p. 505.

⁴³ *Amplius*, R.A. RUGGIERO, *La tutela processuale della violenza di genere*, in *Cass. pen.*, p. 2356.

proficuo il recupero dell'indagato; diversamente, se l'inserimento della vittima nell'incidente cautelare servisse a riversarvi il rancore e la frustrazione derivanti da lunghe vessazioni, la norma non avrà raggiunto il proprio scopo in rapporto all'attuale sistematica del rito penale.

Ma la realtà è variegata, e chi si occupa di reati endofamiliari lo sa bene: esiste una norma, in sé contraddittoria, che ammette la vittima a beneficiare di un assegno periodico da parte dell'indagato (art. 282-bis, comma 3, c.p.p.), qualora il suo allontanamento la privi dei necessari mezzi di sostentamento; la misura è revocata – dice il comma 5 – se la convivenza riprende. Ebbene, andrebbe meglio inteso come può la coabitazione tra vittima e indagato avere luogo e, dunque, riavviarsi, senza una violazione dell'ordinanza di allontanamento: ciò che dovrebbe originare, invece, un aggravio della misura⁴⁴.

Probabilmente il legislatore ha inteso accordare indulgenza a quelle situazioni nelle quali il contrasto endofamiliare cessa spontaneamente, di talché non debbono esservi strascichi cautelari, considerando anche l'esigenza di quelle misure, tutte rivolte a scongiurare pericoli per la vittima: come a dire che, se questa accetta di riprendere la convivenza con il marito, sicuramente le esigenze che *ab initio* indussero il giudice ad applicare la cautela sono esaurite.

Insomma, la speranza è che gli operatori del diritto – tanto la magistratura, quanto gli avvocati – sappiano al meglio fare uso di norme che, in astratto, coniano istituti di speciale garantismo, ma che, applicate male, possono degenerare in mostri giuridici, stravolgendone l'iniziale *ratio*, calibrandone la portata in base ai concreti connotati del caso.

5. La tutela preventiva.

L'art. 3 del d.l. n. 93 del 2013 offre un'interessante definizione di violenza domestica: tali sono «tutti gli atti, non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o persone legate da relazione affettiva in corso o pregressa, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

In situazioni del genere, qualora venga segnalato un fatto riconducibile all'art. 582, comma 2, c.p., il questore può pure in assenza di querela, «procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, all'ammonimento dell'autore del fatto».

Viene richiamato l'art. 8, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11⁴⁵, che ha introdotto per il reato di atti persecutori la misura dell'ammonimento, con la speranza di fare avvertire al

⁴⁴ In tema, già all'indomani della l. n. 154 del 2001, S. ALLEGREZZA, *La nuova misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare*, in *Famiglia*, 2003, p. 107.

⁴⁵ Per cui, *amplius*, A. CADOPPI, *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in *Guida dir.*, 2009, 19, p. 49 ss..

trasgressore⁴⁶ l'antigiuridicità di una condotta che ancora non ha raggiunto la carica offensiva necessaria ad attivare la tutela penale⁴⁷.

Si parla di una misura di prevenzione, che interviene prima del momento in cui la serie di condotte realizzate dall'agente acquisti i connotati del reato, pur, però, rimanendo segnale di pericolosità del soggetto che costituisce un potenziale pericolo per la vittima.

Ad avverare l'ammonimento basta la semplice segnalazione della vittima, dalla quale possa rappresentarsi un indizio di pericolosità dell'offensore: in tal senso, il procedimento è sicuramente più snello di quello tratteggiato dal codice per applicare cautele in caso di reati endofamiliari⁴⁸.

In definitiva, se è vero che, come ritenuto dalla Consulta, «... non è esatto che dette misure», cioè quelle preventive, «possano essere adottate sul fondamento di semplici sospetti»⁴⁹, lo è ugualmente che nel procedimento di prevenzione non esistono regole ferree in materia di prove: «anche il giudizio di prevenzione, lungi dal consistere in una mera valutazione di pericolosità soggettiva (la parte prognostica del giudizio) si alimenta *in primis* dall'apprezzamento di "fatti" storicamente apprezzabili e costituenti a loro volta "indicatori" della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge (la parte constatativa e dunque ricostruttiva del giudizio)»⁵⁰.

Nulla, però, prescrive all'autorità *come* valutare quei fatti, né il procedimento che applica la misura è informato ai canoni dell'accusatorietà⁵¹: è, anzi, condivisibile l'accostamento del giudizio di prevenzione al procedimento amministrativo e, per questa via, all'idea di una limitazione che si traduce in vera e propria fattispecie potestativa⁵², riducendo al minimo le garanzie del prevenuto ed esaltando il ruolo ordinatore dello Stato.

⁴⁶ In questi termini, F. BARTOLINI, *Lo stalking e gli atti persecutori nel diritto penale e civile*, Piacenza, 2009, p. 163. Si veda pure TAR Milano, sez. III, 25 agosto 2010, n. 4182, in *Giur. merito*, 2010, p. 2881 per l'efficacia dell'ammonimento tra i familiari, grazie alla comprensione della gravità della condotta tenuta verso il congiunto.

⁴⁷ Così, A. CADOPPI, *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in *Guida dir.*, 2009, 19, p. 52 ss.. F. SARNO, *Il nuovo reato*, cit., p. 119, parla di situazione che non ha raggiunto la «massima espressione sia sotto un profilo "quantitativo" sia "qualitativo"».

⁴⁸ Altri utili approfondimenti in C. PARODI, *Stalking e tutela penale*, Milano, 2009, p. 114.

⁴⁹ C. Cost., sent. 23 marzo 1964, n. 23, in www.giurcost.it. Si veda pure, in un'ottica critica, C. VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, p. 73 ss..

⁵⁰ Cass., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641, reperita sulla banca dati *Dejure*.

⁵¹ In tema è interessante l'analisi sulla progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento preventivo compiuta da F. BRIZZI, *Il procedimento di prevenzione: prospettive de jure condendo*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3, p. 3 (versione online su www.archiviopenale.it).

⁵² Così, ancora, C. VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, p. 31 ss.. Si sofferma sull'idea di un «rapporto istituzionalizzato di sovraordinazione gerarchica tra organo ispettore e titolare della posizione di soggezione», del resto connotante le indagini di polizia amministrativa, M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, p. 21, nota 41.

Insomma, il ricorso alle prevenzioni sembra ancora un facile modo per ottenere veloci risposte a problemi che meriterebbero meditata riflessione, ma che, invece, sono troppo spesso rimessi, come si diceva, ad una legislazione di (vera o presunta) urgenza. Inserire in tal circuito la tutela della vittima, come accadde nel 2009 con lo *stalking* o nel 2013 con la novella sul "femminicidio", sembra rischioso sul piano dei rapporti tra accusatore ed accusato, e delle garanzie comunque a quest'ultimo riconosciute⁵³.

6. L'assistenza del servizio sociale.

Tratteggiate le coordinate essenziali dell'attuale sistema in tutela delle vittime nei reati endofamiliari, occorre rilevare l'altro dato, del continuo richiamo che la normativa compie al rapporto tra operatori del diritto e servizio sociale.

L'art. 11 del d.l. n. 11 del 2009 imponeva, per i casi di atti persecutori, di informare le vittime dell'esistenza di centri antiviolenza in loro possibile tutela; la previsione è stata generalizzata per tutti i delitti di violenza domestica dall'art. 3, comma 5, d.l. n. 93 del 2013.

Tra gli interlocutori privilegiati dallo Stato in tale materia v'è la rete *D.i.re contro la violenza*, che raccoglie attualmente settantasette associazioni su tutto il territorio nazionale in tutela delle donne⁵⁴. I centri organizzano iniziative di ascolto, di inserimento sociale e di protezione delle vittime di violenza di genere, offrendo, nei casi più gravi, ospitalità alle stesse in case rifugio protette, magari in località segrete⁵⁵.

I servizi sociali offrono, altresì, assistenza finalizzata al recupero del reo: egli può, infatti, sottoporsi a programmi rivolti ad evitare la reiterazione del reato, nell'ottica del suo recupero. Il positivo sostenimento di tali programmi viene comunicato al pubblico ministero e al giudice per la valutazione sull'attuale idoneità della misura cautelare (art. 282-quater, comma 1, c.p.p.).

⁵³ Anche perché tanto il d.l. n. 11 del 2009, quanto il d.l. n. 93 del 2013 riferiscono di restrizioni applicate dal questore. *Idem* dicasi, più in generale, per le misure previste dai primi articoli del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

Che cosa accade se il provvedimento questorile – di caratura tipicamente amministrativa – non è motivato o lo è in modo inadeguato? Si pensi al caso di un soggetto, raggiunto dal cd. foglio di via *ex* art. 2, d.lgs. n. 159 del 2011, che non abbia rispettato la misura predetta e sia stato imputato del reato previsto dall'art. 76, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011.

Se il decreto questorile che applica la prevenzione è mal motivato, il giudice penale può disapplicarlo. E questo poiché «al giudice penale spetta il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo consistente nella verifica della sua conformità alle prescrizioni di legge, tra le quali rientra l'obbligo di motivazione»: Cass., sez. I, 18 dicembre 2013, n. 51062.

La vicenda nasceva da una misura preventiva mal applicata su cui è dovuta intervenire l'autorità giurisdizionale: tipica chiosa di un caso nel quale la discrezionalità – invero eccessiva – riconosciuta all'autorità amministrativa nella materia *de qua* si traduce in arbitrio.

⁵⁴ Per ogni utile informazione, l'indirizzo web è www.direcontrolaviolenza.it.

⁵⁵ *Amplius*, G. GALUPPI, E. MACARIO, *Lo stalking*, in *Dir. fam. e persone*, 2010, pp. 874-877.

Insomma, come già in altri luoghi normativi⁵⁶, anche nei procedimenti per reati endofamiliari, i servizi sociali acquistano il ruolo di ideale controparte dell'autorità giudiziaria per la valutazione tanto delle istanze provenienti dalla vittima, quanto del percorso di riabilitazione eventualmente intrapreso e compiuto dal reo.

7. La tutela della donna contro il reato transnazionale.

Si rimanga ancora un attimo sull'art. 282-quater c.p.: il d.lgs. 9 febbraio 2015, n. 11 ha introdotto un comma 2, per il quale la vittima è informata della facoltà di chiedere un *ordine di protezione europeo*. Si tratta di un meccanismo diretto a favorire il mutuo riconoscimento dei provvedimenti che, negli Stati europei, applicano misure in tutela della vittima⁵⁷, sia effettiva, che potenziale⁵⁸.

Lo strumento – previsto dalla direttiva 2011/99/UE – è stato male attuato dal legislatore italiano, che ne prevede l'applicazione solo in riferimento a misure assimilabili all'allontanamento dalla casa familiare o al divieto di frequentare i luoghi della vittima. Con altre parole, allorché, in un contesto di violenza domestica, il giudice italiano abbia applicato gli arresti domiciliari, magari in una casa famiglia, così da costringere l'accusato all'estero – cioè nel luogo in cui ha trovato domicilio dopo il reato –, non potrebbe emettere un ordine di protezione europeo. E questo, nonostante gli arresti domiciliari siano una misura che, in astratto, riprende i connotati previsti dall'art. 2, paragrafo 2 della direttiva 2011/99/UE, ossia di «una decisione in materia penale, adottata nello Stato di emissione conformemente alla legislazione e alle procedure nazionali, con la quale uno o più divieti o restrizioni di cui all'articolo 5 sono imposti alla persona che determina il pericolo al fine di proteggere la persona protetta contro un atto di rilevanza penale che può metterne in pericolo la vita, l'integrità fisica o psichica, la dignità, la libertà personale o l'integrità sessuale»⁵⁹.

Certo, dallo scorso marzo – e non senza ritardi – il legislatore italiano ha attuato la decisione-quadro 2009/829/GAI, con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 36, sicché, ad oggi, il nostro Paese assicura il mutuo riconoscimento, rispetto ai *partners* europei, di decisioni applicative di misure cautelari non custodiali⁶⁰.

⁵⁶ Si pensi al rito minorile.

⁵⁷ Così coordinandosi con quanto, poi, previsto dalla direttiva 29/2012/UE che sostituisce – come pure s'è visto – la decisione quadro 220/2001/GAI: così, S. CIVELLO CONIGLIARO, [La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio](#), in questa Rivista, 22 novembre 2012. Sempre in tema, utilissimi approfondimenti in M. VENTUROLI, [La tutela della vittima nelle fonti europee](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 3-4, pp. 86 ss..

⁵⁸ Cfr. M. TROGLIA, *L'ordine di protezione europeo dalla direttiva alla recente legislazione italiana di recepimento: alcune riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2455, ss..

⁵⁹ F. RUGGIERI, *Ordine di protezione europeo e legislazione italiana di attuazione: un'analisi e qualche perplessità*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 5, p. 105.

⁶⁰ Per una bella analisi ante d.lgs. n. 36 del 2016, N. CANESTRINI, *Il tormentato cammino del diritto penale comunitario italiano tra procedure d'infrazione, pre-alerts della Commissione e leggi delega*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 4208-4209.

Permane, però, tutta la serie di dubbi in ordine alla possibilità di assicurare il riconoscimento – quindi, di applicare all'estero un'ordinanza italiana e, viceversa, di dare seguito in Italia ad un provvedimento straniero – di decisioni irroganti gli arresti domiciliari attraverso il m.a.e.: mai il legislatore è intervenuto sulla sfasatura tra la decisione-quadro 2002/584/GAI e la legge 22 aprile 2005, n. 69, laddove questa – ma non il provvedimento europeo – equipara custodia cautelare e arresti domiciliari, ricomprendendo entrambi nella disciplina dell'euromandato quando la misura vada applicata oltre confine (art. 28, lett. a), l. n. 69 del 2005).

La veloce digressione transnazionale non è fine a se stessa, sempre più frequente essendo il contatto tra ordinamenti diversi e, quindi, la possibilità del compimento di reati transnazionali, anche in ambito endofamiliare. Ebbene, se il quadro delle tutele offerte alla vittima debole nell'ordinamento interno appariva frammentario e, perciò, bisognoso di una riforma organica, guardando all'Europa il cammino da compiere assume dimensioni varie volte maggiori: manca, insomma, un coeso apparato di tutele, azionabili per parte italiana, che consentano la protezione dell'offeso dal reato transnazionale e gli attuali strumenti di cooperazione – per il modo in cui vengono recepiti dal legislatore nostrano – sono senz'altro insufficienti. Come si diceva, il tanto atteso d.lgs. n. 36 del 2016 è solo una goccia nel mare, e la normativa sull'ordine di protezione – cioè, il d.lgs. n. 11 del 2015 – soddisfa solo parzialmente le aspettative eurounitarie e, anzi, probabilmente, nel prossimo futuro, esporrà il nostro Paese ad una qualche forma di censura dinnanzi alla corte di giustizia dell'Unione, magari proprio a causa di chi, offeso dal reato, ricevuta una protezione insufficiente, solleciti la Commissione *ex art. 258 TFUE* ad indagare circa la qualità della normativa interna di attuazione della direttiva 2011/99/UE.

8. La mediazione penale: spunti di riflessione dalla Convenzione di Istanbul.

Terminologia estranea alla più tradizionale concezione della materia penalistica, quella afferente all'istituto della mediazione⁶¹ ha da poco fatto capolino nel giudizio

⁶¹ Come sostiene l'Autore di un noto manuale di diritto processuale civile, «una prima considerazione da fare riguarda l'utilizzo dei termini “mediazione” e “conciliazione” che il legislatore fa. Nel linguaggio comune, i due termini sono utilizzati come sinonimi, per indicare il superamento della controversia in atto attraverso soluzioni di natura negoziale»: così, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. III. I procedimenti speciali. L'arbitrato, la mediazione, la negoziazione assistita*, Torino, 2016, p. 514. L'Autore richiama F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 665; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 863.

criminale, nelle sue peculiari declinazioni della messa alla prova, dapprima nel rito minorile⁶² e, dal 2014, anche in quello per maggiorenne⁶³.

A ben vedere, però, al di là del *probation* processuale, molteplici sono gli spazi per accordi tra persona offesa e accusato, idonei ad incidere sull'esito del giudizio⁶⁴: ragionando per esempi, si pensi alle dinamiche collegate alla querela, attorno alla cui remissione di frequente vengono ideate vere e proprie transazioni; ancora, si consideri l'attenuante dell'art. 62, n. 6, c.p. che, in cambio del cd. ravvedimento operoso dell'accusato, consente una diminuzione della pena irrogata con la condanna; altrove è, invece, il giudice a subordinare l'effettività della sospensione condizionale al risarcimento del danno⁶⁵.

Certo, la differenza tra l'idea civilistica di mediazione e quella che ha fatto ingresso nel diritto e nel processo penale sta nel fatto che in quest'ultimo non può parlarsi di "lite": le parti non dispongono di diritti da vantare in giudizio, e il dialogo si sviluppa attorno alla frattura tra Stato e imputato, derivata dalla commissione del fatto criminale; la vittima entra in un tal contesto, incoraggiata dall'apparato pubblico a fare sentire le proprie ragioni, ma sempre senza tradurre in vendetta privata⁶⁶ l'espressione delle proprie difese.

Ecco perché la cd. mediazione penale non può prescindere dalla presenza di un giudice che avvii, incoraggi e valuti il percorso di recupero dell'imputato, nei riguardi dell'offeso, sì, ma soprattutto e in primo luogo dello Stato⁶⁷.

Recuperata tale premessa, bisogna adattarla al contesto ora in analisi, considerando se e quali spazi possano riservarsi agli accordi tra accusato e vittima, una volta che il contesto familiare sia degenerato in una serie di condotte penalmente rilevanti.

In via di prima approssimazione, va rilevato come un negozio del tipo di quelli più sopra esaminati, bastando a chiudere la vicenda penale, possa esporre l'offeso a

⁶² Vedasi, per esempio, D. CERTOSINO, *Messa alla prova e mediazione*, in N. Triggiani (a cura di), *La messa alla prova dell'imputato minorenni tra passato, presente e futuro. L'esperienza del tribunale di Taranto*, Bari, 2011, p. 131 ss..

⁶³ Cfr. V. BOVE, [L'istituto della messa alla prova "per gli adulti": indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili](#), in questa Rivista, 27 novembre 2014.

⁶⁴ Nell'ottica in cui la «vocazione di fondo» degli accordi tra imputato e persona offesa «è destinata a riverberarsi anche sulle tematiche inerenti a quel profilo personalistico che investe la definizione dei concetti di colpevolezza maggiormente adeguati ad esprimere il senso del "rimprovero" per il fatto commesso»: così G. DE FRANCESCO, *Interpersonalità dell'illecito penale: un "cuore antico" per le moderne prospettive della tutela*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 874.

⁶⁵ O, in quelle che M.E. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle Corti Europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1789, definisce «prassi striscianti», allorquando, ad esempio, il pubblico ministero subordina il consenso al patteggiamento alla riparazione civilistica.

⁶⁶ Utilizzando le parole di A. MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. Dolcini (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 957, che esordisce interrogandosi sui rapporti tra «vittima, vendetta e diritto penale».

⁶⁷ E in tema s'è parlato di luogo di «ritrovata armonia» tra i diversi centri di interesse nel processo (D. VICOLI, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 382) o di contesto di frizione tra le due esigenze dell'accertamento penale: prevenzione e riparazione (L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss.).

nuove violenze, perdurando la relazione che già avvinceva le parti; ancora, in ipotesi come quella degli atti persecutori, non sembra possibile accordare totale fiducia alla desistenza dell'imputato dal porre in essere la propria condotta, allorquando, cessato il giudizio penale, egli sappia di essere ancora libero di sfogare la propria ossessione nei riguardi della vittima. Insomma, la particolarità dei reati qui in esame è il contesto in cui si inseriscono: si tratta, infatti, di relazioni familiari o affettive, spesso dure a chiudersi anche dopo il loro degrado in violenze: ecco perché si giustifica l'intervento penale ed ecco perché l'idea di una mediazione in casi del genere suscita più di qualche perplessità⁶⁸.

Le nostre considerazioni – sin qui del tutto empiriche e, potremmo dire, di buon senso – trovano conforto in una norma di diritto internazionale, l'art. 48 della Convenzione di Istanbul che invita gli Stati – si legge – a vietare mediazioni e conciliazioni nei reati esaminati nel trattato, laddove posti in essere con violenza⁶⁹.

Visto lo spirito della norma, sembra necessario estendere il concetto di violenza alla sua massima portata⁷⁰, senza, quindi, limitarsi a quella fisica e comprendendo, invece, anche gli atti idonei a cagionare sofferenza psicologica come, del resto, si legge all'art. 3, lett. a) della Convenzione.

Ecco, allora, che, dinnanzi ad un monito siffatto, l'idea del legislatore nostrano di limitare alla sede processuale la possibilità di rimettere la querela per atti persecutori, inibendo del tutto tale facoltà allorché la condotta sia stata realizzata nei modi di cui agli artt. 612, comma 2 e, quindi, 339 c.p., appare insoddisfacente⁷¹. Il concetto di violenza previsto dalla Convenzione di Istanbul supera l'elenco delle modalità in cui si sostanzia la minaccia aggravata, sicché non si comprende come, nei casi estranei all'art. 339 c.p., sia ammessa la remissione di querela, benché processuale, essa rimanendo terreno idoneo all'accordo tra accusato e persona offesa⁷². Il rischio è che il primo eserciti pressioni sull'altra, costringendola a proporsi, davanti al giudice, per ritirare la propria

⁶⁸ E ciò proprio per la connotazione particolarmente odiosa dei reati endofamiliari: sul tema, C. PIRILLO, *Accenni di sociopedagogia generale fra mediazione riparativa e sanzione retributiva*, www.lulu.com o E. URSO, *La mediazione familiare. Modelli, principi, obiettivi*, Firenze, 2012, p. 260.

⁶⁹ Il monito ricalca l'altro, espresso dall'art. 10 della decisione-quadro 220/2001/GAI, come interpretato dalla C. giust. UE, 15 settembre 2011, nei procedimenti riuniti C-483/09 e 1/10, *Gueye – Salmeron Sanchez*, per cui «l'art. 10, n. 1, della decisione quadro consente pertanto agli Stati membri di escludere il ricorso alla mediazione per tutti i reati commessi nell'ambito familiare, come previsto all'art. 87 ter, n. 5, della legge organica 6/1985». Si noti che la decisione-quadro parlava di una facoltà del legislatore nazionale, mentre – come sarà meglio approfondito nel prosieguo del presente lavoro – l'art. 48 della Convenzione di Istanbul riferisce di un obbligo per gli Stati-parte.

⁷⁰ Torna di nuovo Cass., sez. un., 16 marzo 2016, n. 10959, cit..

⁷¹ Com'è noto l'art. 339 c.p. parla di violenza commessa con armi, da persona travisata, da più persone riunite, con scritto anonimo, in modo simbolico o valendosi della forza intimidatrice derivante da segrete associazioni, esistenti o supposte: ebbene, l'atteggiamento minaccioso di colui che, tutti i giorni, si presenta davanti al luogo di lavoro della vittima e la segue per qualche centinaia di metri sicuramente è da considerarsi violenza, ancorché sfugge al dettato degli artt. 612, comma 2 e 339 c.p. e, quindi, alla possibilità di rimettere querela solo giudizialmente.

⁷² *Contra*, in parte, N. MALIZIA, *Il Femminicidio in Italia. Analisi sociologica, criminologica, giuridica e scientifica*, Torino, 2015, p. 39.

querela, con ovvia possibilità di reiterazione del reato e conseguente, continuato, pericolo per la vittima.

Ancora, esistono reati che, pur non traducendosi in violenza fisica, sono comunque adatti a causare sofferenze psicologiche, e che vengono puniti con pene massime tali da ammettere alla prova l'imputato che ne faccia richiesta. Si pensi al caso del padre che sottrae la figlia minore alla madre, causando un evidente danno sul piano psicologico tanto alla giovane, quanto all'altra genitrice: i limiti edittali degli artt. 574 e 574-bis c.p. permettono all'accusato di chiedere ed ottenere la messa alla prova e, quindi, di riparare il danno solo «ove possibile», sì come stabilito dall'art. 168-bis, comma 2, c.p.⁷³.

C'è di più: si dovrebbe riflettere se l'art. 48, comma 1 della Convenzione di Istanbul possa inibire l'accesso al patteggiamento nei reati di violenza contro le donne. Un'interpretazione teleologica della norma non può che indurre a rispondere in modo affermativo: se è vero che l'applicazione della pena su richiesta di parte esclude il danneggiato dalla dinamica processuale⁷⁴, lo è del pari che il negozio impedisce l'accertamento del reato, chiudendosi il giudizio con una pena concordata tra pubblica accusa e imputato⁷⁵. Ecco perché si parlava di esegesi finalistica: nello spirito della Convenzione non può ammettersi un modulo processuale che prescindendo dall'esame dei fatti e, per questa via, ometta di rendere giustizia alla persona offesa, che si troverebbe addirittura al di fuori del patto sulla sanzione applicabile.

Discorso parzialmente diverso vale per il rito abbreviato, potendosi, però, giungere alla conclusione della sua parziale discordanza con l'art. 48, comma 1 della Convenzione allorché lo si intenda come "patteggiamento sul rito"⁷⁶ – espressione più aderente al dettato codicistico *ante* legge Carotti che oggi, se non per la versione condizionata del rito⁷⁷ – e, quindi, come scelta dell'imputato di farsi giudicare allo stato degli atti. La riflessione assume connotati casuistici: sbagliano quanti affermano che, di

⁷³ È labile il limite tra sottrazione di minore e maltrattamenti: Cass., sez. IV, 3 novembre 2014, n. 42566 lo ha chiarito: la condotta di colui che priva il figlio minore del genitore, se protratta nel tempo e accompagnata da una cesura dei rapporti tra il giovane e il suo abituale contesto di riferimento, integra anche la fattispecie dell'art. 572 c.p., donde non può trascurarsi l'aspetto violento della condotta sottrattiva.

⁷⁴ Tant'è che la Consulta chiarì come gli artt. 444 ss. c.p.p. sarebbero costituzionalmente illegittimi solo se l'esercizio dell'azione risarcitoria in sede penale fosse «l'unico strumento di tutela giudiziaria a disposizione del soggetto al quale il reato ha recato danno, nel senso di non consentirgli l'utilizzazione di alcun'altra forma di tutela giudiziaria, una volta prescelta la via del processo penale»: C. Cost., 26 settembre 1990, n. 443, in Cass. pen., 1990, p. 372. In tema, G.L. VERRINA, *Dall'unicità del fatto alla pluralità delle procedure: profili di interferenza e problemi di coordinamento*, in F. Giunchedi, C. Santoriello (a cura di), *La giustizia penale differenziata*, Milano, 2010, p. 388.

⁷⁵ E con ciò – s'aggiunga – impedendo l'esercizio delle facoltà riconosciute alla persona offesa, indipendentemente dalla sua qualifica di danneggiato e, quindi, dalla sua costituzione di parte civile: *in primis*, quelle in elenco all'art. 90 c.p.p..

⁷⁶ Efficacissima e nota espressione usata fin dai lavori preparatori. V., appunto, la *Rel. prog. prel.* 1988, che parlava dell'abbreviato come di un «procedimento "a prova contratta", alla cui base è identificabile un patteggiamento negoziale "sul rito"».

⁷⁷ Proprio perché, originariamente, il rito presupponeva la medesima logica negoziale del patteggiamento: *amplius*, E. MARZADURI, *Poteri delle parti e disponibilità del rito nella giustizia negoziata*, in G. Giostra, G. Insolera, *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, p. 90 ss..

fronte all'istanza di rito abbreviato, la persona offesa vede compressa *in toto* la propria posizione e, quindi, i propri diritti: anzi, nell'ottica di evitare la vittimizzazione secondaria, forse un siffatto meccanismo sarebbe idoneo a scongiurare lo *strepitus fori*.

Ad accogliere un'esegesi letterale dell'art. 48, comma 1 della Convenzione di Istanbul si è comunque portati a sostenere che il solo metodo per accertare la violenza e, quindi, per dare voce alle istanze di chi l'ha subita è il procedimento svolto nella sua ordinaria fisionomia, senza accelerazioni legate ad accordi tra accusato e offeso, o tra il primo e la pubblica accusa.

La più aderente normativa interna, quindi, dovrebbe, per parte nostra, vietare l'accesso a riti speciali o a meccanismi deflattivi di altro tipo per ogni episodio di violenza di genere⁷⁸, con l'ovvia, successiva, difficoltà di capire che cosa debba intendersi per reato commesso con violenza e con la conseguente necessità di ricomprendervi – come s'è detto – tanto quella fisica che quella psicologica.

Da ultimo, rimane da stabilire in che maniera la Convenzione di Istanbul possa dirsi applicabile all'ordinamento nazionale⁷⁹. Per l'Italia si tratta di norma internazionale vincolante e l'art. 48, comma 1, per come è formulato, non ha certo i tratti della mera raccomandazione: le parti devono evitare che la legge nazionale ammetta metodi alternativi di soluzione dei conflitti. La terminologia civilistica – su cui sopra ci si è trattenuti – non può trarre in inganno, ma va intesa come espressione dell'esigenza di assicurare alla persona offesa dalla violenza di genere la massima possibile tutela⁸⁰. E su questo gli Stati non hanno margine, pena la perdita di efficacia della dettato convenzionale.

Giunge l'ora di tirare le somme.

Nella notoria difficoltà di creare un diritto – e un processo – penale condiviso a livello sovranazionale, la Convenzione di Istanbul rappresenta un passo in avanti nella lotta al comune problema della violenza di genere. L'importanza di un tema siffatto, che ha ovviamente condotto gli Stati ad aderire al trattato, entra in bilanciamento con altre esigenze, tutte marcatamente pragmatiche, quali – solo per citarne due – la necessità di sgravare il carico giudiziario o la lotta al sovraffollamento carcerario. Se non si accordasse prevalenza allo spirito che ha animato i compilatori – e, a quanto pare, il nostro Paese al momento dell'adesione –, si ridurrebbe a lettera morta lo sforzo dagli stessi compiuto nel dare una risposta efficace al problema che in questa sede si è scelto di approfondire: *de iure condendo*, quindi, è auspicabile un intervento legislativo nella

⁷⁸ Sempre per riprendere le parole di E. MARZADURI, *Poteri delle parti*, cit. l'art. 48, comma 1 della Convenzione di Istanbul ci invita ad evitare ogni forma di «disponibilità del rito» e, quindi, di «giustizia negoziata» dalle parti.

⁷⁹ *Amplius*, G. PASCALE, *L'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in Osservatorio AIC, settembre 2014.

⁸⁰ La Convenzione usa una terminologia volutamente generica: «*mandatory alternative dispute resolution processes, including mediation and conciliation*», cioè «metodi alternativi di risoluzione delle controversie, incluse mediazione e conciliazione».

La terminologia – si diceva, generica – permette di adattare la norma alle multiformi espressioni della giustizia penale, coniate dai vari legislatori negli Stati-parte della Convenzione. Per tal ragione, s'è scelto di partire dal concetto civilistico di mediazione per valutarne l'applicabilità alla nostra materia.

direzione di escludere l'accesso ai riti speciali o la remissione della querela – anche in sede processuale – per i crimini di genere.

9. Provvisorie conclusioni.

Questa ultima parte avrebbe più correttamente dovuto intitolarsi «*necessariamente* provvisorie conclusioni», per quanto l'avverbio sarebbe di sicuro risultato cacofonico.

L'analisi dimostra un quadro frammentario degli strumenti offerti dal sistema processuale penale alla vittima di violenza domestica o, più in generale, alla vittima debole di violenza di genere. Coordinare i tanti provvedimenti che si sono susseguiti nell'ultimo periodo – e alcuni, sulla scia del clamore mediatico suscitato da alcuni episodi delittuosi – non è facile, e, laddove la normativa sembra compiere un passo verso la vittima, da un'altra parte tradisce la *ratio* dell'accertamento penale, come accade in punto di sostituzione o di revoca delle misure cautelari.

Altrove è la prassi a svelare carenze. Solo procedendo per esempi, l'ammonimento questorile non riesce – o vi riesce assai di rado – ad espletare la propria funzione persuasiva nei riguardi di chi abbia commesso violenze contro il *partner*; la realtà empirica svela curiosi automatismi, come quello derivante dalla continua applicazione dell'allontanamento dalla casa familiare per colui che sia indagato per maltrattamenti; i nuovi strumenti della mediazione penale – s'è visto il più interessante: la messa alla prova –, se applicati nei procedimenti per reati endofamiliari, causano lo scontento della vittima, mai integralmente soddisfatta, nel nome della speculare – e preminente – necessità di recuperare il reo.

Lo studio del rapporto tra ordinamento nazionale e norme europee, in punto di tutela dell'offeso dal reato endofamiliare a dimensione sovranazionale, conferma – e, anzi, amplifica – le criticità riscontrate in ambito interno.

Certo, le statistiche ISTAT offrono l'immagine di un incoraggiante, per quanto timido, miglioramento: nel 2013, gli omicidi di donna erano 179, passando a 136 nel 2014 e a 128 nel 2015. A fronte di questo dato, però, nelle regioni settentrionali si registra un aumento dell'8.3% degli episodi di violenza misogina tra il 2013 e il 2015; specularmente, al sud e nello stesso lasso di tempo, dette condotte sono in diminuzione: ad esempio, in Campania, nel 2013 ci furono venti vittime contro le sette del 2014. Si parla, quindi, di un 42.7% in meno di omicidi di donne. Nel 2014, delle 152 donne uccise in Italia, 117 lo sono state in ambito familiare⁸¹.

Il cammino è ancora lungo: è innegabile che qualcosa sia stato fatto, ma probabilmente molto ancora dev'essere compiuto. La difficoltà iniziale – come si è rilevato in questa veloce ricognizione – è legata alla scarsa chiarezza del fenomeno e alla natura disorganica del rimedio. V'è chi parla della possibilità di introdurre una nuova

⁸¹ Dati ISTAT 2015. Uno stralcio dei medesimi è stato pubblicato in un articolo su *La Repubblica* del 25 novembre 2015, intitolato *Violenza sulle donne: i numeri dei femminicidi in Italia e nel mondo*.

categoria di *omicidio di genere*, sulla falsa riga dell'omicidio stradale⁸²: probabilmente nemmeno quella è la strada, atteso che, nel caso di specie, il rischio sarebbe quello di differenziare le forme della risposta penale in base all'identità della vittima, quindi tradendo quel principio di eguaglianza che è fondamento del più moderno diritto penale.

Sarebbe probabilmente importante un'operazione di pulizia legislativa, simile, nello spirito, a quella che dovrebbe animare la redazione dei testi unici, giungendo ad esplicitare in un testo organico le forme di tutela offerte alla vittima debole e, in via preliminare, chiarendo finalmente che cosa sia la vulnerabilità della persona offesa, al di là dei possibili, vaghi, criteri oggi offerti al giudice per stabilirlo.

Si tratterebbe di un'operazione, insomma, che porterebbe chiarezza, riducendo al minimo lo *spatium agendi* degli operatori giuridici nell'avviare i percorsi di tutela della vittima. Del resto, non è sui massimi edittali che occorre lavorare: il codice Rocco ne prevede già di altissimi che sono, poi, inevitabilmente destinati a scendere in forza delle decisioni della magistratura o dell'applicazione delle regole di ordinamento penitenziario. Bisogna agire sulle garanzie, occorrendo che siano chiare e, quindi, univocamente determinate: per tal ragione, la fase preliminare di questo atto di pulizia dovrebbe essere la riscrittura dell'art. 90-quater c.p.p. e, solo di lì, la precisa definizione dei momenti in cui possano avviarsi i percorsi di tutela della vittima definibile come debole nelle quattro fasi poco più sopra esaminate: preventiva, cautelare, di cognizione e successiva alla sentenza.

⁸² Cfr. D. BOCCIOLINI, *Introdurre omicidio di genere. Femminicidio non basta*, in www.italiachiamaitalia.it, 17 novembre 2016.

LA QUALIFICAZIONE DELLE “VIOLENZE” PRIVE DI UN CONTATTO CORPORE CORPORA ALLA PROVA DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA IN TEMA DI ATTI SESSUALI

Nota a [Cass., Sez. III, sent. 19 novembre 2015 \(dep. 5 maggio 2016\), n. 18679, Pres. Amoresano, Rel. Aceto](#)

di Michele Cappai

SOMMARIO: 1. La decisione della Suprema Corte. – 2. I diversi orientamenti della dottrina sulla nozione di “atti sessuali”. – 3. La posizione della giurisprudenza di legittimità. – 4. La valutazione della sentenza in commento alla luce del quadro illustrato. – 5. Un ulteriore, auspicabile, passo in avanti della Cassazione. La possibile rilevanza ai sensi dell’art. 609 bis c.p. delle violenze che non implicano un contatto *corpore corpori*. – 5.1. Gli atti di autoerotismo compiuti all’indirizzo di un minore di quattordici anni e i rapporti tra la violenza sessuale ex artt. 609 bis e ter e la corruzione di minorenni ex art. 609 quinquies c.p.. – 6. Conclusioni.

1. La decisione della Suprema Corte.

Con la sentenza n. 18679 del 5 maggio del 2016 (ud. 19 novembre 2015), la III sezione della Cassazione è intervenuta nuovamente sul tema della configurabilità del delitto di violenza sessuale nell’ipotesi di bacio dato “a tradimento”, ossia contro la volontà della vittima¹.

Nel caso di specie, un uomo si era invaghito di una ragazza di quindici anni, che non conosceva, ed aveva iniziato a seguirla all’uscita del liceo, appostandosi dietro alberi e auto in sosta, lungo il tragitto che questa faceva sino alla fermata dell’autobus. L’uomo aveva reiteratamente tentato di baciare la liceale sulla guancia, ponendo in essere

¹ Si tratta, come è noto, di un tema sul quale la Suprema Corte si è più volte pronunciata e che ha da sempre suscitato l’attenzione dei commentatori. Sul punto v. G. FIANDACA, *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, in *Foro it.*, n. 2/1998, pp. 505 e ss.; A. GUIDI, [Sulla configurabilità del delitto di violenza sessuale in caso di bacio sulla guancia \(nota a Cass. Sez. III, 15.11.2012, n. 44480\)](#), in *questa Rivista*, 21 gennaio 2013; A. CADOPPI, “Un bacio è solo un bacio”. *Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *L’Indice penale*, n. 1/2012, pp. 31 e ss.; R. LOTIERZO, *Sulla configurabilità del reato di violenza sessuale nel caso di un bacio sulla bocca limitato al semplice contatto delle labbra (nota a Cass. sez. III pen. 13 febbraio 2007, n. 25112)*, in *Cass. pen.*, n. 3/2008, pp. 1041 e ss.; M. VIZZARDI, *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di “atto sessuale”*, in *Cass. pen.*, n. 2/2008, pp. 755 e ss.; A. FANELLI, *Sulla rilevanza penale del bacio*, in *Riv. giur. pol.*, 1998, pp. 749 e ss.; M. AMATO, *Se è chiara la direzione sessuale dell’atto anche il bacio sulla guancia è reato. Sussiste il delitto anche se la vittima reagisce e l’approccio «cade» su una zona non erogena*, in *Guida al dir.*, n. 25/1998, pp. 134 e ss.; e S. TABARELLI DE FATIS, *Sulla rilevanza penale del «bacio» come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, pp. 965 e ss..

movimenti repentini, riuscendoci solo in alcune occasioni, e quando era stato arrestato dai Carabinieri aveva la cerniera dei pantaloni parzialmente abbassata.

Nei giudizi di merito era stato condannato a titolo di violenza sessuale, sul presupposto della riconosciuta e plateale finalità concupiscente della propria azione, basata sull'osservazione del suo comportamento e sulla circostanza che avesse la cerniera abbassata.

La Cassazione non ha condiviso l'impianto argomentativo della sentenza della Corte d'appello e ha riqualificato il fatto in violenza privata ai sensi dell'art. 610 c.p.. Ha osservato la Suprema Corte che il delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* c.p. tutela la libertà sessuale, che costituisce espressione della personalità dell'individuo e, come tale, gode di una protezione assoluta e incondizionata, su cui non può influire l'intenzione o lo stato d'animo di un terzo. In altre parole, al centro della tutela penale apprestata dall'art. 609 *bis* c.p. vi è la persona offesa, sicché, ai fini della sussistenza del reato, è sufficiente che l'aggressore ponga consapevolmente in essere un atto avente natura sessuale, mentre è del tutto irrilevante che sia animato da una qualche finalità concupiscente.

Ha osservato la Corte che la finalità concupiscente dell'agente (cui aveva dato rilievo la sentenza della Corte di appello), non necessaria ai fini dell'integrazione del reato allorché sia stato compiuto un atto obiettivamente sessuale, per converso, non può di per sé essere ritenuta sufficiente nelle ipotesi in cui manchi un atto che possa essere definito come "sessuale".

Per stabilire se la condotta dell'imputato possa integrare il delitto di violenza sessuale, secondo la S.C., occorre svolgere una indagine sul piano oggettivo, chiedendosi se il bacio, nella nostra cultura e nell'attuale momento storico, in conformità ai costumi e le usanze vigenti, possa essere considerato come atto "sessuale". Orbene, proprio facendo leva sul significato "sociale" della condotta, la Cassazione ha osservato che il bacio sulla guancia, secondo consuetudine, è percepito come manifestazione di affetto o come segno di saluto, sicché, in assenza di ulteriori elementi concreti che possano far ritenere lesa la sfera sessuale della persona offesa (es. l'aver l'agente trattenuto la vittima per i fianchi o l'averle rivolto apprezzamenti per il suo aspetto fisico), deve ritenersi che nella specie non ricorrano gli estremi del delitto di violenza sessuale ma, piuttosto, di quello di violenza privata.

2. I diversi orientamenti della dottrina sulla nozione di "atti sessuali".

Per valutare la correttezza delle conclusioni cui è pervenuta la Cassazione nel caso di specie non si può prescindere da un sia pur breve richiamo alle principali teorie elaborate in dottrina a proposito della nozione di atti sessuali.

Al riguardo occorre tenere presente che l'individuazione della esatta portata della nozione di "atti sessuali" è stata storicamente influenzata, nel dibattito dottrinario, dalla questione se la nuova fattispecie di cui all'art. 609 *bis* c.p. abbia o meno esteso l'area della rilevanza penale in precedenza affidata alle incriminazioni di cui agli artt. 519 (violenza carnale) e 521 (atti di libidine) c.p.. Nel ripercorrere i principali orientamenti

sviluppatosi a proposito della latitudine del concetto di “atti sessuali” si dovrà pertanto considerare che le diverse impostazioni dottrinarie sono sorte per sostenere l’accresciuta o diminuita ampiezza dell’area della rilevanza penale rispetto al sistema precedente.

Secondo un primo orientamento, c.d. soggettivo, per “atti sessuali” devono intendersi tutti gli atti aventi significato erotico, anche solo nella dimensione soggettiva dei rapporti tra soggetto attivo e persona offesa. Secondo questa impostazione, che si riallaccia alla teoria del dolo come strumento di qualificazione della condotta e che mira ad estendere l’area della rilevanza penale dell’art. 609 *bis* c.p. rispetto ai vecchi artt. 519 e 521 c.p., per stabilire la natura “sessuale” o meno di un atto occorre fare riferimento all’intenzione del soggetto agente: se l’atto non è compiuto con concupiscenza, ma, ad esempio, allo scopo di nuocere alla persona offesa, non potrà essere qualificato come atto sessuale ma potrà essere considerato, eventualmente, come disturbo o molestia alle persone *ex* art. 660 c.p.². Al contrario, ogni atto che, per i motivi che lo ispirano, le modalità di realizzazione o le finalità perseguite, sia riconducibile alla sfera della sessualità umana, andrà considerato come violenza sessuale. In questa prospettiva, si ritiene che ai fini della integrazione del delitto di cui all’art. 609 *bis* c.p. non sia strettamente necessario che vi sia un contatto fisico diretto tra l’agente e la persona offesa.

L’impostazione soggettiva non è condivisa dalla dottrina dominante, in quanto considerata in contrasto con uno dei criteri informatori della l. n. 66/1996 – richiamato anche nella sentenza sopra menzionata –, ossia con la centralità della posizione della vittima nella struttura dell’art. 609 *bis* c.p.. Al riguardo occorre infatti ricordare che, nella prospettiva originaria del Codice Rocco, i reati di violenza carnale e di atti di libidine erano rivolti alla tutela di un bene giuridico di carattere pubblicistico, la pubblica moralità, e l’offesa derivante dalla coercizione fisica nell’atto sessuale non si riteneva direttamente arrecata alla persona che la subiva. Questo sistema rifletteva l’interesse dell’ordinamento non già alla tutela della persona, ma alle conseguenze pubbliche del fatto, e cioè alla tutela della procreazione, all’interno della famiglia legittima, e della potestà del padre. Questa impostazione, già superata dalla prassi interpretativa dopo l’entrata in vigore della Costituzione, è stata definitivamente abbandonata con la riforma del 1996, con la quale si è inteso individuare il bene giuridico della violenza sessuale nella libertà di autodeterminazione sessuale di ogni singolo individuo, come confermato dalla previsione della (ordinaria) perseguibilità a querela del reato.

La centralità della vittima nel delitto di violenza sessuale, voluta dal legislatore del 1996, impedisce pertanto di sostenere, come ritiene la teoria soggettiva, che possa essere considerato “sessuale” l’atto che sia percepito come tale solo dall’agente, e non anche dalla vittima.

Più precisamente, la tipicità del reato di violenza sessuale richiede che venga posto in essere un atto che possa essere oggettivamente considerato “sessuale”, indipendentemente da qualsiasi valutazioni soggettiva o inclinazione personale

² In questo senso G. MARINI, *Delitti contro la persona*, 2° ed., Torino, 1997, pp. 296 e ss.; e M. VESSICHELLI, *Con l’aumento del minimo edittale a cinque anni, ora più difficile la strada del «patteggiamento»*, in *Guida al dir.*, n. 9/1996, pp. 21 e ss.

dell'agente. Come infatti non rileverebbe, ai fini della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, che un atto sia percepito come sessuale esclusivamente dal soggetto agente, allo stesso modo non potrebbe dirsi insussistente il reato nei casi in cui venga posto in essere un atto di contenuto obiettivamente sessuale, non accompagnato da concupiscenza o atteggiamento libidinoso dell'agente, il quale lo ponga in essere, ad esempio, per spirito di vendetta.

La centralità della vittima impone dunque di ritenere rilevante solo la proiezione che la vittima possa avere dell'atto sulla propria sfera sessuale, secondo parametri obiettivi che consentano di ritenere che quell'atto verrebbe percepito come sessuale dalla maggior parte dei consociati.

Muovendo da questo presupposto, la prevalente dottrina si è impegnata ad individuare i parametri cui fare riferimento per ritenere provata la natura obiettivamente sessuale di un certo atto.

Secondo un primo approccio, c.d. anatomico culturale, il parametro cui occorre avere riguardo nella selezione degli atti penalmente rilevanti è quello della zona del corpo attinta³. In particolare, secondo questa tesi, che muove dall'esigenza di assicurare una interpretazione tassativa della fattispecie di violenza sessuale e di arginare il *deficit* di determinatezza insito nella nozione di atti sessuali, può dirsi posto in essere un atto "sessuale" quando la zona del corpo attinta può essere considerata "erogena" alla stregua della scienza medica-psicologica e antropologica-sociologica. Alla luce di tali scienze, ritiene tale dottrina che nell'attuale contesto storico e sociale possano essere ritenuti atti sessuali solo *"il contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona con una zona genitale (compresa la mammella nella donna), anale od orale del partner"*⁴.

Una seconda tesi, c.d. oggettivo contestuale, contesta la tesi anatomico culturale rilevando che essa riduce l'atto sessuale ad un mero e predeterminato elenco di atti, così rinunciando, per un verso, a misurare l'intensità degli atti che effettivamente attingano una zona erogena, e, per l'altro, tralasciando alcuni atti dotati di una intrinseca capacità di ledere l'autodeterminazione sessuale della vittima⁵. Questa seconda impostazione, che intende assicurare una quanto più ampia tutela al bene giuridico tutelato ma risulta meno attenta al rispetto dei principi di tassatività e determinatezza, affida all'attività ermeneutica l'individuazione, nel caso di specie, degli atti suscettibili di essere

³ A. CADDOPPI, Art. 609 bis c.p. (Violenza sessuale), in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4° ed., Padova, 2007, pp. 465 e ss.

⁴ Così A. CADDOPPI, Art. 609 bis c.p. (Violenza sessuale), cit., p. 466, secondo cui potranno conseguentemente essere considerati atti sessuali *"i toccamenti (attuati con l'organo genitale, con una mano, con la bocca, o anche con altra parte del corpo) sia dell'organo genitale in ogni sua parte anche periferica (oltre che, naturalmente, della mammella ove la persona offesa sia una donna), sia dell'ano, che della bocca"*. Restano invece fuori dalla nozione di atti sessuali *"i semplici abbracci (anche se forti), i toccamenti in parti del corpo diverse da quelle sopra elencate, glutei compresi, i baci anche sulle labbra ma non «profondi», ecc., atti che prima della riforma venivano dalla giurisprudenza spesso ricondotti nella nozione di atti di libidine, nei casi in cui fossero accompagnati dall'impulso concupiscente del reo, o fossero atti ad eccitare tale concupiscenza"*.

⁵ Così G. FIANDACA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96, Profili giuridici e criminologici*, a cura di A. CADDOPPI, Padova, 2001, p. 242, che definisce la teoria oggettivo anatomica una concezione *"da laboratorio anatomico"*.

considerati come “sessuali”, demandando all’interprete il compimento di una operazione di tipo “*sintetico*”, volta “*a desumere il significato della violenza sessuale (...) da una «complessiva valutazione di tutta la vicenda» sottoposta a giudizio*”⁶. Nello svolgere questa attività, viene richiesto all’interprete di utilizzare quali parametri quello del contesto e delle circostanze nelle quali l’atto viene commesso, senza farsi condizionare dalla zona del corpo attinta, che viene considerata solo un primo indizio – comunque non esaustivo – della natura sessuale dell’atto posto in essere.

Una terza impostazione, anch’essa più attenta agli aspetti inerenti la situazione nella quale si svolge l’azione criminosa, a prescindere dalla zona del corpo attinta, è quella definita come relazionale, la quale si concentra sull’aspetto inerente al tipo di relazione instaurata tra i soggetti⁷. In particolare, questa tesi, più isolata in dottrina, critica l’impostazione prevalente nella parte in cui individua l’area di applicazione della violenza sessuale facendo esclusivo riferimento all’ampiezza da attribuire alla nozione di “atti sessuali”. Questa idea, si osserva, muove dall’errato presupposto che il disvalore penale della fattispecie di violenza sessuale sia interamente incentrato sulla nozione di atti sessuali. Gli “atti sessuali” avrebbero invece solo la funzione di indicare il campo di rilevanza, sul piano della corporeità sessuale, del rapporto instaurato tra il soggetto attivo e la vittima. Ed è solo il tipo di rapporto instaurato tra le parti che integrerebbe l’oggettiva offesa della libertà della vittima di disporre del proprio corpo in relazioni di carattere sessuale. In questa prospettiva, si dovrebbe ritenere che la nozione di atti sessuali abbia una ampiezza diversa a seconda della fattispecie penale che viene in rilievo e del tipo di situazione tipica nella quale il legislatore la ha inserita. Nella violenza sessuale, in particolare, occorrerebbe fare riferimento al parametro del tipo di rapporto instaurato dall’autore del reato con la persona offesa, sicché è solo quando il tipo di rapporto può considerarsi “illecito” alla stregua dell’art. 609 *bis* c.p. (perché l’agente ha usato violenza, minaccia, abuso o inganno), che potranno essere ritenuti penalmente rilevanti tutti gli atti che incidano sulla corporeità della vittima⁸.

Una dottrina più recente, anch’essa attenta alle modalità tipiche della condotta descritte dalle diverse fattispecie incriminatrici, ha infine condivisibilmente richiamato l’attenzione sulla necessità di selezionare le condotte penalmente rilevanti a partire dalla verifica dell’incidenza che queste abbiano avuto sul bene giuridico tutelato⁹. In questa prospettiva, si è sostenuto che gli atti sessuali penalmente rilevanti debbano essere ricostruiti attorno a due fondamentali pilastri. In primo luogo è necessario accertare che il comportamento del reo sia oggettivamente sessuale e dunque possieda una inequivoca

⁶ Così sempre G. FIANDACA, *La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura*, cit., p. 509.

⁷ Si tratta della impostazione sostenuta da L. PICOTTI, *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/96, Profili giuridici e criminologici*, cit., pp. 19 e ss..

⁸ Secondo l’autore “*considerando (...) il reato come rapporto intersoggettivo (...), è necessario ed anche sufficiente, ai fini della consumazione della violenza sessuale, l’instaurarsi effettivo di un rapporto di rilevanza sessuale con la vittima, che ne invada realmente (anche se momentaneamente) la sfera di autodeterminazione e disposizione del suo corpo*”.

⁹ È la tesi di M. VIZZARDI, *La violenza sessuale (art. 609-bis)*, in *I delitti contro la persona*, vol. X, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di G. MARINUCCI e E. DOLCINI, Padova, 2015, pp. 168 e ss.

attinenza alla sfera sessuale, riscontrabile dall'esterno, con esclusione degli atti neutri, ossa di quelli compiuti dall'agente nel rispetto delle *leges artis* del proprio ambito di competenza professionale (es. del ginecologo che compia una visita medica o del *personal trainer* che aiuti l'allieva a compiere esercizi di ginnastica). In secondo luogo occorre verificare se vi è stata una effettiva lesione dell'interesse protetto dalle diverse fattispecie incriminatrici, che nel caso della violenza sessuale, individuale o di gruppo (609 *bis* e *octies* c.p.), è quello della libertà sessuale del soggetto passivo, mentre nel caso degli atti sessuali con minorenne o della corruzione di minorenne (609 *quater* e *quinqüies* c.p.) è quello della salvaguardia del corretto sviluppo sessuale dei soggetti di età minore.

3. La posizione della giurisprudenza di legittimità.

La nozione di atti sessuali accolta in giurisprudenza è ben più ampia di quelle elaborate in dottrina. La Cassazione appare invero incline ad accogliere una nozione oggettiva di atti sessuali che, in qualche misura, è costituita dalla sommatoria tra le prevalenti impostazioni anatomica e contestuale e che per questo è stata enfaticamente – e condivisibilmente – definita come “pansessualista”¹⁰.

In diverse pronunce la S.C. ha infatti qualificato come “sessuali” tutti gli atti che incidono su una zona erogena, così come individuati dalla teoria anatomica ed indipendentemente da ogni considerazione attinente al contesto nel quale si svolge l'azione. In altri casi, allorquando l'atto subito dalla persona offesa non incida su una zona “erogena”, per recuperare la natura sessuale dell'atto, la Cassazione ha invece fatto frequentemente ricorso a considerazioni attinenti al contesto nel quale si svolge l'azione¹¹.

Un esempio della prima tendenza è costituito dalla sentenza Cass., Sez. III, 21 maggio 2015 (ud. 28 ottobre 2014), n. 21020, che, in un caso nel quale, nel corso di un litigio alla presenza di altre persone, un uomo aveva palpeggiato e schiaffeggiato i glutei di una donna, ha affermato che la finalità ingiuriosa che aveva animato l'agente non potesse escludere la natura sessuale dell'atto, rilevando che: “*In tema di reati sessuali, la condotta vietata dall'art. 609-bis cod. pen. comprende, oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto idoneo, secondo canoni scientifici e culturali, a soddisfare il piacere sessuale o a suscitare lo stimolo, a prescindere dalle intenzioni dell'agente, purché questi sia consapevole della natura oggettivamente “sessuale” dell'atto posto in essere con la propria condotta cosciente e volontaria*”.

¹⁰ L'espressione è di F. MACRÌ, *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva e analogia in malam partem*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1/07, pp. 109 e ss.. Con riferimento all'orientamento estensivo della giurisprudenza in tema di violenza sessuale si veda altresì C. MULLIRI, *Sub art. 609 bis c.p.*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, Milano, agg. 2015, pp. 797 e ss..

¹¹ Per una panoramica dei più recenti orientamenti della Cassazione in materia di violenza sessuale v. F. MACRÌ, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della Suprema Corte del 2015*, in *questa Rivista*, 5 maggio 2016.

Un esempio della seconda tendenza, a fare riferimento al contesto nel quale si è svolta l'azione, allorché l'atto non abbia inciso su una zona strettamente erogena, è rappresentato dalla pronuncia Cass., Sez. III, 4 marzo 2014 (ud. 12 febbraio 2014), n. 10248 che, confermando la sentenza di condanna a carico di un preside che aveva abbracciato e baciato sulle guance un'alunna in luoghi appartati, trattenendola per i fianchi, chiedendole di baciare e rivolgendole apprezzamenti per il suo aspetto fisico, ha affermato: *“Ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale, la rilevanza di tutti quegli atti che, in quanto non direttamente indirizzati a zone chiaramente definibili come erogene, possono essere rivolti al soggetto passivo, anche con finalità del tutto diverse, come i baci o gli abbracci, costituisce oggetto di accertamento da parte del giudice del merito, secondo una valutazione che tenga conto della condotta nel suo complesso, del contesto in cui l'azione si è svolta, dei rapporti intercorrenti fra le persone coinvolte e di ogni determinazione della sessualità del soggetto passivo”*.

4. La valutazione della sentenza in commento alla luce del quadro illustrato.

La rassegna dei diversi orientamenti dottrinali e, in particolare, della posizione estensiva della prevalente giurisprudenza in tema di atti sessuali, consente di apprezzare la correttezza della soluzione adottata dalla S.C. nella sentenza 18679/2016.

La sentenza sopra menzionata, infatti, si è sforzata di selezionare e circoscrivere il più possibile l'area di incidenza della fattispecie di cui all'art. 609 *bis* c.p., dimostrando così un approccio decisamente innovativo alla tematica in esame. In particolare, in contrasto con la tendenza estensiva illustrata nel precedente paragrafo, la Cassazione nel caso di specie, esclusa ogni possibilità di fare riferimento alla zona – non erogena – del corpo attinta (l'agente si era limitato a dare dei baci sulla guancia della persona offesa) ha considerato il contesto nel quale si è svolta l'azione non per estendere l'area del penalmente rilevante, ma, al contrario, per negare la sussistenza del reato. Ha al riguardo significativamente affermato la S.C. che *“va perciò esclusa l'interpretazione secondo la quale la nozione di “atto sessuale” deve essere circoscritta ai soli toccamenti delle zone (immediatamente) erogene del corpo, con esclusione di tutte le altre, ma vanno escluse anche improprie dilatazioni dell'ambito di operatività della fattispecie penale contrarie alle condizioni di sviluppo sociale e culturale nel quale l'atto si colloca”*.

Su queste premesse la Corte ha analizzato le circostanze in cui si è svolta l'azione, evidenziando che l'imputato avesse agito in maniera repentina ed insidiosa; che egli non avesse alcun tipo di rapporto con la vittima; che provava attrazione nei suoi confronti; che avesse la cerniera dei pantaloni abbassata.

Tutti questi elementi di contesto, tuttavia, non sono stati ritenuti sufficienti a condurre a un giudizio di responsabilità. Ha osservato infatti la Cassazione che la repentinità dell'azione è elemento idoneo a rivelare la natura violenta della condotta posta in essere dall'imputato, ma non anche la sua natura sessuale; che l'attrazione provata verso la vittima involge aspetti soggettivi irrilevanti ai fini della sussistenza del reato; e che non era stato dimostrato che la cerniera, trovata abbassata in un secondo momento dai Carabinieri, lo fosse anche al momento dell'aggressione alla vittima.

Esclusa, dunque, la sussistenza di qualsiasi elemento “di contesto” che potesse far assumere natura sessuale al bacio dato dall’imputato, di per sé socialmente non considerabile come atto di carattere erotico, la Corte, coerentemente, ha concluso per l’insussistenza del reato. Significativa della piena adesione della Corte alla teoria contestuale – e dell’abbandono del denunciato orientamento “pansessualista” – è la considerazione secondo cui *“ognuno vede, infatti, che una cosa è baciare repentinamente (ma puramente e semplicemente) una persona sulla guancia, altra è – per esempio – baciare un’alunna in luoghi appartati, trattenendola per i fianchi, chiedendole di essere baciati e rivolgendole apprezzamenti per il suo aspetto fisico (questo il caso oggetto della sentenza Sez. 3, n. 10248 del 12/02/2014, Rv. 258588) o il bacio sulla guancia dato nel tentativo di raggiungere la bocca”*.

5. Un ulteriore, auspicabile, passo in avanti della Cassazione. La possibile rilevanza ai sensi dell’art. 609 bis c.p. delle violenze che non implicano un contatto corpore corpori.

La piena e coerente adesione alla teoria contestuale, ad opera della sentenza in rassegna, potrebbe offrire alla Cassazione la possibilità di ripensare l’orientamento elaborato a proposito di un’altra situazione di cui, similmente al bacio, è discussa la qualificazione giuridica, ossia delle violenze prive di un contatto *corpore corpori*. Il riferimento è ai casi in cui l’agente compia atti manifestazione di impulsi sessuali (es. masturbazione) alla presenza della vittima, senza tuttavia entrare in contatto diretto con il suo corpo.

Emblematico al riguardo è il caso oggetto della sentenza Cass., Sez. III, 3 novembre 1999 (ud. 28 settembre 1999), n. 2941, prima a pronunciarsi sul punto dopo la riforma attuata con la legge n. 66 del 1996. Era accaduto che l’imputato, rivolgendo apprezzamenti sessuali alla vittima (“sei carina, è tanto che ti sto osservando, mi piaci”), le aveva esibito l’organo sessuale, masturbandosi e cercando di entrare nell’autovettura ove nel frattempo la persona offesa si era rifugiata. Altrettanto emblematico è il caso oggetto della successiva sentenza Cass., Sez. III, Cass., 8 giugno 2011 (ud. 11 maggio 2011), n. 23094, nel quale l’imputato, dopo essersi denudato, si era mostrato ad una adolescente di quindici anni mentre era intento a masturbarsi e l’aveva poi pedinata con la propria auto, tentando di toccarla e di trascinarla all’interno del proprio veicolo.

In queste ipotesi, secondo la Suprema Corte, non ricorre l’ipotesi di violenza sessuale, bensì quella di violenza privata di cui all’art. 610 c.p.¹². Ciò poiché l’art. 609 bis c.p. richiede che siano compiuti o subiti “atti sessuali”, e dunque utilizza una espressione linguistica che implicherebbe il coinvolgimento necessario della corporeità sessuale della persona offesa. Oltre a tale argomento letterale, sul piano teleologico, ha affermato la Cassazione che deve ritenersi configurato il delitto di violenza privata perché il mutamento dell’oggetto giuridico del reato di violenza sessuale, ad opera della l. 66/96,

¹² Si tratta di una posizione largamente prevalente anche in dottrina. Si veda, tra tutti, M. PICCARDI, *Il necessario coinvolgimento della corporeità sessuale della vittima nel reato di violenza sessuale (nota a Cass., Sez. III, 15/6/2006, n. 33464)*, in *Cass. pen.*, n. 9/2008, pp. 3293 e ss..

e la sua inclusione nella categoria dei delitti contro la libertà individuale, non avrebbe obliterato la distinzione tra le due sottocategorie della libertà individuale rappresentate dalla libertà di autodeterminazione sessuale e dalla libertà morale. Ed è evidente, ha osservato la S.C., che gli atti manifestazione di impulso sessuale non connotati da contatto fisico tra agente e p.o. non siano idonei ad offendere la libertà di autodeterminazione sessuale, ma solo, eventualmente, la libertà morale, presidiata dall'art. 610 c.p.. Ne consegue che *“un gesto di esibizionismo sessuale o un atto di autoerotismo compiuti davanti a terze persone costrette ad assistervi, come tali (e quindi senza contatto con gli organi genitali o le zone erogene della persona presente) non integrano il reato di violenza sessuale (di cui all'art. 609-bis c.p.), ma alle dovute condizioni possono integrare il delitto di atti osceni (art. 527 c.p.) o quello di violenza privata (art. 610 c.p.)”*. Ritenere il contrario, ha osservato la Cassazione *“contrasta evidentemente con il senso comune, oltre che con i principi suesposti che governano la soggetta materia. Significa anche trasferire impropriamente la natura sessuale del comportamento dell'agente (esibizionista, voyeur, ecc.) alla natura non sessuale (ma morale) del bene offeso nel soggetto passivo¹³”*.

Con successive pronunce la Cassazione ha in qualche misura ristretto l'ambito applicativo di tale orientamento, precisando che esso non vale con riferimento alle ipotesi in cui, pur non sussistendo alcun contatto tra il corpo dell'agente e della vittima, sia comunque coinvolta la corporeità di quest'ultima. Si tratta, in particolare, delle ipotesi di c.d. autoerotismo indotto, nelle quali cioè l'agente costringa la vittima a compiere atti sessuali su se stessa, contro la sua volontà¹⁴, ovvero dei casi in cui il soggetto agente costringa due persone a compiere tra loro atti sessuali, contro la loro volontà, senza prendere parte all'azione sessuale¹⁵.

A prescindere da tale (solo parziale) ridimensionamento del principio, a parere di chi scrive gli argomenti addotti dalla Suprema Corte a sostegno della tesi che esclude dall'alveo dell'art. 609 bis c.p. le condotte non caratterizzate da un contatto fisico tra agente e p.o. sono tutt'altro che insuperabili e, anzi, una coerente applicazione della teoria contestualistica consente di pervenire – almeno nei casi in cui la condotta dell'agente sia stata particolarmente intrusiva – ad una soluzione opposta.

Il primo argomento utilizzato dalla Cassazione, di carattere asseritamente letterale, appare del tutto tautologico e dà per provato proprio ciò che deve essere dimostrato, ossia che gli atti sessuali, richiamati dall'art. 609 bis c.p., possano essere solo quelli che implicino il contatto tra il corpo dell'agente e quello della p.o.. Si è visto infatti in precedenza come intorno alla nozione di atti sessuali vi sia ancora profonda divisione e come gli interpreti, nonostante i numerosi sforzi, non siano ancora riusciti a pervenire ad una soluzione condivisa circa l'esatto perimetro di tale definizione.

L'argomento “letterale”, cui ha fatto riferimento la Cassazione, poteva – al più – essere richiamato ove la Suprema Corte avesse dimostrato di fare propria la teoria anatomica, la quale, come visto, effettivamente individua un numero tassativo di atti

¹³ Così Cass., Sez. III, n. 2941 del 3/11/1999 (ud. 28/9/1999), citata in precedenza.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. III, n. 11958 del 22/12/2010 (ud. 24/3/2011) e Cass., Sez. III, n. 25822 del 12/6/2013 (ud. 9/5/2013).

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. III, n. 18847 del 22/4/2003 (ud. 27/2/2003).

suscettibili di essere considerati come “sessuali”, tra i quali sono ricompresi solo atti che implicano il coinvolgimento diretto della corporeità della vittima. Si è visto tuttavia come tale tesi, pur autorevolmente sostenuta in dottrina, non sia stata mai effettivamente applicata in modo coerente dalla Corte di legittimità che, invece, ha spesso dilatato il novero degli atti sessuali ben oltre quelli individuati dalla teoria anatomica.

Escluso, dunque, il rilievo del primo argomento utilizzato dalla Cassazione, rimane solo il secondo, teleologico, basato sulla distinzione tra offesa alla libertà di autodeterminazione sessuale e alla libertà morale.

Al riguardo, tuttavia, non si può fare a meno di ricordare come la distinzione tra le due libertà sia considerata come assai “precaria” e “artificiosa” da chi, in dottrina, ha criticato la stessa scelta del legislatore di prevedere una tutela autonoma della libertà morale. Si è infatti condivisibilmente sostenuto che tutti i profili di tutela della libertà morale siano in realtà già presenti anche nell’ambito della protezione penale predisposta a difesa delle altre libertà, ivi compresa quella alla autodeterminazione sessuale¹⁶. La libertà morale riguarda invero la sfera psichica interiore della persona e garantisce, in termini assoluti, la libertà di scelta, sicché essa non può poi che concretizzarsi, in relazione alle diverse situazioni di vita, nelle singole libertà di coscienza, di affetto, sessuali, di relazione, ecc. dell’individuo. In questa prospettiva, la migliore dottrina ha da tempo messo in luce la criticità della previsione normativa, quale categoria autonoma di bene giuridico, della libertà morale, in aggiunta alle altre libertà tutelate dal Codice penale.

Stante, dunque, l’illustrata criticità della stessa ragion d’essere della distinzione tra libertà morale e libertà di autodeterminazione sessuale, sembra evidente che non si possa dare ad essa rilievo decisivo al fine di considerare tutte le condotte che non implicino il coinvolgimento della corporeità della vittima come capaci di ledere esclusivamente la libertà morale.

A ben vedere, affermare che in tutti i casi, indistintamente, in cui non sia coinvolto direttamente il corpo della vittima, non si configuri una lesione della libertà di autodeterminazione sessuale, ma solo della più generale libertà morale, significa rinunciare aprioristicamente a svolgere qualsiasi indagine circa gli effetti che l’iniziativa dell’agente ha avuto sulla vittima. Ritenere che in tal caso si verifichi unicamente una generica lesione della libertà di scelta della vittima, costretta solo a “tollerare” una situazione nella quale non si sarebbe voluta trovare¹⁷, senza indagare su che tipo di ripercussioni soggettive ne siano derivate, vuol dire sminuire il trauma subito dalla p.o., che in alcune occasioni non può che incidere – specificamente – sulla sfera della sua autodeterminazione sessuale.

¹⁶ G. FIANDACA E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, Vol. II, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2011, pp. 200 e s.

¹⁷ La libertà morale, come rilevato da F. VIGANÒ, *I delitti di violenza privata* (artt. 610-611), in *I delitti contro la persona*, vol. X, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di G. MARINUCCI e E. DOLCINI, cit., p. 595, non è infatti altro che la “generale libertà di agire dell’individuo”, “che consiste in buona sostanza nella libertà di fare ciò che si vuole, e di non fare ciò che non si vuole”.

In questo senso, negare la configurabilità della violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* c.p. solo perché non è stato coinvolto il corpo della vittima, si pone in contrasto con una delle direttrici di fondo della riforma del 1996, che è stata proprio quella di porre la vittima stessa al centro del sistema sanzionatorio in materia di reati sessuali. Come osservato in precedenza, infatti, la riforma ha delineato un sistema "vittimo-centrico", modificando il bene giuridico tutelato dai reati in materia sessuale, da quello pubblicistico della moralità pubblica a quello individuale della libertà di autodeterminazione sessuale.

Si pone inoltre in contrasto con la stessa scelta di abolire la distinzione tra violenza carnale e atti di libidine, ispirata (oltre che all'esigenza di evitare antipatiche intrusioni nella sfera più intima della p.o.) all'idea che la libertà sessuale costituisce un valore in sé, che prescinde dal grado di intrusione corporale patito dalla vittima.

Per queste ragioni, a parere di chi scrive non si può automaticamente escludere la configurabilità del delitto di cui all'art. 609 *bis* c.p. in tutte quelle ipotesi in cui l'agente, pur senza toccare fisicamente la vittima, abbia posto in essere condotte gravemente intrusive della sua sfera di autodeterminazione sessuale, come quella di masturbazione alla presenza della p.o., alla quale non venga lasciata altra scelta se non quella di assistere a una simile condotta, perché ad esempio si trova a stretto contatto con l'agente, nello stesso ambiente o nello stesso veicolo¹⁸.

Con questo, ovviamente, non si vuole dire che in tutti i casi di autoerotismo possa dirsi integrata la fattispecie di violenza sessuale. Perché ciò avvenga, deve essere infatti evidente che l'atto sessuale che l'agente compie sul proprio corpo sia realizzato in modo tale da incidere – specificamente – sulla sensibilità della vittima, e che dunque possa dirsi oggettivamente compiuto all'indirizzo di una ben individuata persona¹⁹. In questa prospettiva, non possono che rilevare parametri oggettivi, quali ad esempio la distanza alla quale si trova l'agente rispetto alla vittima, la possibilità per quest'ultima di allontanarsi dal luogo ove si trova l'agente o l'assenza di altre persone. La presenza di più persone, infatti, è indicativa della configurabilità della diversa fattispecie di atti osceni in luogo pubblico, ancora applicabile, pur dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 8 del 2016, in presenza delle condizioni previste dal comma 2 dell'art. 527 c.p..

Alcun rilievo può essere invece attribuito alla concupiscenza coltivata dall'agente, se non nei limiti in cui si sia tradotta in un atteggiamento esteriore, percepito dalla vittima perché obiettivamente manifestatosi in atti, comportamenti o espressioni effettivamente posti in essere dall'agente. La concupiscenza, in altri termini, non può

¹⁸ Si pensi al caso – riscontrato nella prassi giudiziaria – del conducente del taxi che, fatta salire una passeggera, si masturba platealmente con il veicolo in moto, guardandola insistentemente dallo specchietto retrovisore.

¹⁹ Dello stesso avviso sembra essere R. BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in *I reati sessuali*, a cura di F. COPPI, Torino, 2000, p. 95, secondo cui, ai fini della configurabilità del reato, non può non essere data rilevanza alla «*valutazione dal punto di vista della vittima circa l'effettiva natura «sessuale» degli atti subiti; del resto in un'ottica di valorizzazione della dimensione personale dell'offesa, la convinzione della vittima di aver subito un'aggressione sessuale anche in presenza di atti obiettivamente non univoci potrà contribuire ad illuminare il contesto sociale o relazionale in cui si è svolta l'azione, fornendo così all'interprete un utile ausilio nella qualificazione normativa del fatto*».

rilevare nella sua dimensione meramente soggettiva, pena l'adesione alla – non accettabile – teoria soggettiva della nozione di atti sessuali, ma solo se risulta concretamente idonea a pregiudicare la sensibilità sessuale della vittima. In tal caso, nella misura in cui ricorrano gli indicati presupposti, di carattere rigorosamente oggettivo, potrà dirsi configurata l'ipotesi della violenza sessuale anche nel caso degli atti di autoerotismo.

5.1 Gli atti di autoerotismo compiuti all'indirizzo di un minore di quattordici anni e i rapporti tra la violenza sessuale ex artt. 609 bis e ter e la corruzione di minorenni ex art. 609 quinquies c.p..

A prima vista, la conclusione proposta potrebbe esporsi all'obiezione che, nel caso di atti di autoerotismo compiuti all'indirizzo di un minorenni, l'applicazione della fattispecie di violenza sessuale, aggravata ex art. 609 ter c.p., invaderebbe lo spazio riservato dal legislatore all'ipotesi di corruzione di minorenni, di cui all'art. 609 quinquies c.p., che punisce chiunque, al fine di farlo assistere, commetta atti sessuali in presenza di soggetto minore di quattordici anni, così di fatto impedendo ogni possibilità di applicazione di tale norma.

Sennonché la suddetta obiezione può essere superata sotto tre diversi profili.

In primo luogo deve essere rilevato che la violenza sessuale, sia essa commessa nei confronti di soggetti maggiorenni (609 bis) o minorenni (609 ter c.p.), a differenza della corruzione di minorenni presuppone sempre una condotta costringitiva (ossia violenza, minaccia o abuso di autorità), ovvero, secondo quella che è l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, che gli atti sessuali siano compiuti senza il consenso del soggetto passivo²⁰. Ne consegue che, anche se si applica l'art. 609 ter c.p. all'ipotesi degli atti di autoerotismo commessi all'indirizzo del minore, residuerà comunque un significativo campo di applicazione, riservato all'art. 609 quinquies c.p., in tutti i casi in cui non risulti il dissenso del minore rispetto agli atti sessuali, perché ad esempio quest'ultimo non è in grado di cogliere a pieno il significato dell'azione sessuale che avviene in sua presenza, ovvero addirittura mostri interesse e voglia assistervi (si tratta dell'ipotesi del minore c.d. "moralmente corrotto").

Deve infatti rilevarsi, sotto un secondo profilo, che il delitto di corruzione di minorenni protegge un bene giuridico diverso rispetto a quello della libertà di autodeterminazione sessuale della vittima, tutelato dal delitto di violenza sessuale, che è quello della salvaguardia del corretto sviluppo sessuale del minore. E tale interesse dovrà considerarsi leso anche nel caso in cui il minore non comprenda a pieno il significato degli atti sessuali compiuti in sua presenza, ovvero nel caso in cui voglia espressamente assistervi, in quanto ai fini della configurabilità di tale reato non hanno alcuna rilevanza il punto di vista o la reazione del minore rispetto a tali atti. Più in

²⁰ Si tratta di un indirizzo consolidato, da ultimo espresso dalla sentenza Cass., Sez. III, n. 49597 del 22/11/2016 (ud. 9/3/2016).

particolare, i diversi beni giuridici coinvolti qualificano la violenza sessuale come delitto di danno, che richiede necessariamente la lesione della autodeterminazione sessuale della vittima, e la corruzione di minorenni come reato di pericolo, per la cui integrazione è sufficiente che gli atti sessuali possano (concretamente) mettere in pericolo il corretto sviluppo sessuale del minore²¹. Pertanto, anche nell'ipotesi di atti di autoerotismo commessi all'indirizzo di un minore, così come avviene quando la persona offesa sia adulta, potrà ritenersi integrato il delitto di violenza sessuale, aggravato *ex art. 609 ter c.p.*, solo nei casi in cui risulti il dissenso del minore rispetto alla iniziativa sessuale del terzo e possa per l'effetto dirsi lesa la sua libertà di autodeterminazione sessuale. Negli altri casi, invece, a differenza di quanto avviene con riferimento agli adulti, troverà applicazione l'*art. 609 quinquies c.p.*, prevista per garantire una tutela rafforzata della sfera sessuale del minore.

Esiste, peraltro, un terzo profilo di distinzione tra violenza sessuale e corruzione di minorenne, che consente di ritenere che la fattispecie di cui all'*art. 609 quinquies c.p.* conservi una propria – significativa – sfera di applicazione. La Cassazione, invero, nel delimitare l'ambito applicativo della corruzione di minorenne, ha recentemente fatto riferimento a una nozione di "atti sessuali" ancora più estensiva di quella adottata con riferimento al delitto di violenza sessuale, ritenendo configurabile il reato anche in un'ipotesi in cui l'agente, senza mai esibire il proprio organo sessuale, si era limitato a toccarlo più volte, guardando al contempo con insistenza delle persone di età inferiore ai quattordici anni²². Una simile dilatazione della nozione di "atti sessuali", giustificata – nella prospettiva della S.C. – dalla necessità di apprestare una tutela quanto più ampia ai soggetti di minore età, consente ulteriormente di affermare che mentre la violenza sessuale, aggravata *ex art. 609 ter c.p.*, potrà trovare applicazione – oltre che al ricorrere di tutte le condizioni indicate in precedenza – solo nel caso l'agente abbia posto in essere atti dotati di indubbia valenza sessuale (come, certamente, gli atti di auto-masturbazione), qualora gli atti non manifestino una connotazione altrettanto chiaramente sessuale, potrà comunque trovare applicazione la corruzione di minorenne *ex art. 609 quinquies c.p.*, se si dimostra che essi risultano concretamente idonei a mettere in pericolo il sereno sviluppo sessuale del minore.

6. Conclusioni.

Alla luce di quanto sin qui detto può conclusivamente ritenersi che, nelle ipotesi in cui l'agente ponga in essere atti di autoerotismo obiettivamente indirizzati nei confronti di una ben individuata persona (perché si trova a distanza ravvicinata dalla vittima, ovvero nello stesso ambiente, perché la vittima non ha alcuna possibilità di allontanarsi dal luogo ove si trova l'agente ovvero perché non vi sono altre persone), possa ricorrere una ipotesi di violenza sessuale.

²¹ Così M. VIZZARDI, *La violenza sessuale (art. 609-bis)*, in *I delitti contro la persona*, vol. X, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di G. MARINUCCI e E. DOLCINI, cit., p. 171 e s..

²² Si tratta di Cass., Sez. III, n. 24417 del 13/6/2016 (ud. 09/3/2016).

Appare del tutto evidente che una simile opzione, nel dare rilievo agli elementi propri del contesto nel quale si svolge l'azione delittuosa, rappresenta una coerente applicazione della teoria oggettiva contestuale.

Né si può obiettare, sul piano della considerazione sociale del disvalore insito nella condotta, che masturbarsi all'indirizzo di una persona sia meno invasivo di baciarla o abbracciarla "a tradimento", ovvero di palpeggiarla o di costringerla al compimento di atti di auto-erotismo, tutte condotte da tempo ritenute dalla Cassazione compatibili con l'ipotesi della violenza sessuale *ex art. 609 bis c.p.*.

Si tratta solo, come negli altri casi, di effettuare una corretta applicazione dei criteri elaborati dalla preferibile teoria oggettiva contestuale, così come ha fatto la Cassazione nella sentenza n. 18679/2016, che ha rappresentato il punto di partenza delle presenti riflessioni e potrà in futuro costituire un valido punto di riferimento per la corretta delimitazione dell'area di applicazione del delitto di violenza sessuale.

VIOLENZA SESSUALE SENZA COINVOLGIMENTO DEL CORPO DELLA VITTIMA?

Brevissime considerazioni critiche a tesi che... a volte ritornano

di Matteo Vizzardi

Abstract. *In una nota a sentenza recentemente pubblicata su questa Rivista, l'Autore ripropone la tesi, già sostenuta in passato da altra voce in dottrina, secondo la quale una più pregnante tutela del bene giuridico protetto dalla fattispecie di "violenza sessuale" di cui all'art. 609 bis c.p. imporrebbe di sussumere in tale delitto anche ipotesi nelle quali una persona venga costretta ad assistere ad atti esibizionistici altrui, e dunque in mancanza di qualsivoglia coinvolgimento del corpo della vittima. Con il presente, breve, contributo, si intendono illustrare le ragioni per le quali, ad avviso di chi scrive, tale tesi non può essere accolta, alla luce sia di una lettura sistematica dell'ordinamento penale in materia di crimini sessuali, sia della necessità di ripudiare interpretazioni delle disposizioni incriminatrici – anche quando tutelano diritti fondamentali quali la libertà sessuale – che si risolvono in una inaccettabile violazione del principio costituzionale di proporzionalità della pena.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tesi secondo la quale il delitto di "violenza sessuale" abbraccerebbe anche casi in cui la vittima è costretta ad assistere ad esibizioni sessuali altrui. – 2.1. La sentenza annotata. – 2.2. Le ragioni che giustificerebbero una lettura estensiva del delitto di violenza sessuale. – 3. Considerazioni critiche: violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima? – 3.1. Considerazioni sulla sentenza annotata. – 3.2. La "violenza sessuale" senza coinvolgimento del corpo della vittima al banco di prova di una lettura sistematica del codice penale e del rispetto del principio costituzionale di proporzionalità della pena. – 4. Conclusione: *quid juris* se una persona viene costretta con violenza o minaccia ad assistere ad esibizioni sessuali altrui?

1. Premessa.

È stata di recente pubblicata su questa Rivista una nota a sentenza dal titolo "La qualificazione delle 'violenze' prive di contatto corpore corpori alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali"¹, nella quale si sostiene – in estrema, e forse un po'

¹ CAPPAL, [La qualificazione delle violenze prive di un contatto corpore corpori alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali](#), nota a Cass., Sez. III, sent. 19 novembre 2015 (dep. 5 maggio 2016), n. 18679, Pres. Amoresano, Rel. Aceto, in questa Rivista, 10 febbraio 2017.

brutale, sintesi – che il delitto di violenza sessuale di cui all’art. 609 bis c.p. abbraccerebbe anche le ipotesi in cui l’agente compia atti sessuali *in presenza* della vittima, laddove quest’ultima venga costretta ad assistere all’indesiderata esibizione del reo: l’esempio che viene proposto è quello del *“conducente del taxi che, fatta salire una passeggera, si masturba platealmente con il veicolo in moto, guardandola insistentemente dallo specchietto retrovisore”*.

Detto altrimenti, per l’Autore del contributo poc’anzi citato, il delitto di violenza sessuale – punito, lo si ricorda, con una pena base della reclusione da cinque a dieci anni – troverebbe spazi applicativi anche quando il corpo della persona offesa non viene *in nessun modo* coinvolto, e dunque anche in casi in cui l’agente costringa la malcapitata (o il malcapitato) ad assistere ad atti autoerotici, come il patetico taxista dell’esempio proposto.

Una violenza sessuale di nuovo conio, che, come annuncia il titolo della nota a sentenza qui in commento, potrebbe prescindere da *“un contatto corpore corpori”*.

Si tratta – lo si anticipa – di una conclusione che chi scrive ritiene non condivisibile, per le ragioni che si illustreranno nelle poche pagine che seguono.

2. La tesi secondo la quale il delitto di “violenza sessuale” abbraccerebbe anche casi in cui la vittima è costretta ad assistere ad esibizioni sessuali altrui.

2.1. La sentenza annotata.

La riflessione che conduce l’Autore del contributo qui criticato a questo approdo interpretativo è piuttosto articolata, e merita di essere brevemente ripercorsa, partendo proprio dalla sentenza annotata.

La Suprema Corte di Cassazione viene chiamata a vagliare la correttezza di una pronuncia della Corte d’Appello di Lecce, che aveva condannato per violenza sessuale continuata (art. 81 cpv, 609 bis c.p.) un uomo che *“con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, mediante violenza – consistita nel porre in essere una condotta insidiosamente rapida e tale da superare l’altrui contraria volontà – aveva costretto la quindicenne D.L.E. a subire atti sessuali consistiti in ripetuti tentativi, a volte riusciti, di baciarla sulla guancia dopo averla reiteratamente seguita all’uscita del liceo dalla stessa frequentato”*, ritenendo che i gesti (cioè i continui baci tentati o riusciti sulle guance della ragazzina braccata all’uscita della scuola) avessero una *“valenza sessuale (...) ulteriormente ribadita (...) anche sulla base di circostanze estrinseche all’azione considerate indici significativi della sua finalità concupiscente, quali la ammessa attrazione per la ragazza (con la quale non v’era stato alcun tipo di rapporto, nemmeno di fugace conoscenza) e il fatto che al momento del fermo l’imputato avesse la cerniera dei pantaloni aperta”*.

La Cassazione, contrariamente a quanto affermato dalla Corte d’Appello di Lecce (e prima dal Tribunale di Taranto), conclude che nel caso di specie i fatti descritti debba essere inquadrati nella diversa e meno grave fattispecie di violenza privata (art. 610 c.p.),

sull'assunto che i baci "inflitti" – è il caso dirlo – alla ragazzina non avessero una indubbia valenza sessuale.

La Cassazione, ripercorrendo la nozione di "atti sessuali", osserva infatti che se vi sono atti che esprimono la loro valenza sessuale con "*dirompente evidenza*", quali "*la masturbazione, il petting, i rapporti orali, vaginali, anali*", che "*esprimono di per sé la propria natura sessuale e con essa il diritto di porli in essere e/o di dividerli con chi si vuole ed in assenza di condizionamenti di sorta*", vi sarebbero viceversa situazioni in cui "*la valutazione circa la natura 'sessuale' dell'atto può essere esclusa dalla consuetudine, dal particolare contesto in cui si inserisce la condotta e/o la natura dei rapporti che intercorrono con il suo autore o dalla natura della prestazione (si pensi ai casi di assistenza alle persone non autosufficienti, agli atti medici, ai gesti d'affetto genitoriale, ai baci sulle guance dati in segno di affetto o di saluto); si tratta di situazioni che vanno valutate caso per caso e con estremo rigore al fine di escludere ogni ragionevole dubbio sul punto*".

In questa prospettiva, chiosa la sentenza, "*la natura 'sessuale' dell'atto (...) deve essere valutata secondo il significato sociale della condotta, avuto riguardo all'oggetto dei toccamenti, ma anche – quando ciò non sia sufficiente – al contesto in cui l'azione si svolge, ai rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte e ad ogni altro elemento eventualmente sintomatico di una indebita compromissione della libera determinazione della sessualità del soggetto passivo che sia oggettivamente e socialmente percepibile come tale*".

Facendo applicazione di questi principi, la Cassazione conclude pertanto che nel caso trattato dai Giudici pugliesi non fossero emersi in fatto elementi sufficienti per ritenere che quei baci sulle guance ripetutamente dati dall'uomo alla ragazzina fuori dalla scuola avessero un inequivoco significato sessuale.

La Corte osserva infatti che "*a parte la natura repentina dell'azione (che non qualifica l'atto come sessuale, ma solo la 'violenza' del gesto), e l'irrilevante attrazione nutrita nei confronti della ragazzina (che sposta l'indagine dal momento oggettivo a quello delle intenzioni dell'agente), rimane il dato della cerniera aperta dei pantaloni che tuttavia costituisce elemento estrinseco e non contestuale dell'azione, rilevato solo successivamente quando l'imputato fu rintracciato dai Carabinieri, senza alcuna certezza di un collegamento con l'azione delittuosa*".

Da qui, dunque, la derubricazione dei fatti da violenza sessuale a violenza privata di cui si è detto.

2.2. Le ragioni che giustificherebbero una lettura estensiva del delitto di violenza sessuale.

L'Autore che ha annotato la pronuncia appena ripercorsa, per un verso, ha affermato di *condividere* la soluzione a cui è pervenuta la Cassazione nel caso concreto, e cioè l'esclusione di una violenza sessuale. Per altro verso, ha ritenuto che i principi di diritto affermati in tale pronuncia, e cioè la necessità di vagliare la natura sessuale di un comportamento nell'ambito del *contesto* in cui lo stesso avviene (quella che l'Autore definisce "teoria contestualistica") consentirebbe di aprire le porte del delitto di violenza sessuale anche a casi in cui il corpo della vittima non viene minimamente coinvolto, ma nei quali il *contesto* dell'azione consenta di affermare che la condotta dell'agente ha comunque inciso nella sfera di autodeterminazione sessuale della vittima, come nel caso

del taxista onanista già evocato (e non me ne abbia la categoria...), o più in generale in situazioni in cui “gli atti di autoerotismo” risultano “obiettivamente indirizzati nei confronti di una ben individuata persona (perché si trova a distanza ravvicinata dalla vittima, ovvero nello stesso ambiente, perché la vittima non ha alcuna possibilità di allontanarsi dal luogo ove si trova l’agente ovvero perché non vi sono altre persone)”².

Sul punto, si legge infatti nella nota a sentenza: “a ben vedere, affermare che in tutti i casi, indistintamente, in cui non sia coinvolto direttamente il corpo della vittima, non si configuri una lesione della libertà di autodeterminazione sessuale, ma solo della più generale libertà morale, significa rinunciare aprioristicamente a svolgere qualsiasi indagine circa gli effetti che l’iniziativa dell’agente ha avuto sulla vittima. Ritenere che in tal caso si verifichi unicamente una generica lesione della libertà di scelta della vittima, costretta solo a ‘tollerare’ una situazione nella quale non si sarebbe voluta trovare, senza indagare su che tipo di ripercussioni soggettive ne siano derivate, vuol dire sminuire il trauma subito dalla p.o., che in alcune occasioni può incidere – specificamente – sulla sfera della sua autodeterminazione sessuale”³.

Secondo l’Autore una simile conclusione sarebbe coerente con le direttrici di fondo della complessiva riforma dei reati sessuali introdotta nel 1996, che – superando la precedente distinzione fra violenza carnale e atti di libidine, evocativi entrambi, con gradazione diverse, di una profanazione del corpo della vittima – avrebbe “delineato un sistema ‘vittimo-centrico’, modificando il bene giuridico tutelato dai reati in materia sessuale, da quello pubblicistico della moralità pubblica a quello individuale della libertà di autodeterminazione sessuale”.

Secondo questa impostazione, all’allargamento della fattispecie di violenza sessuali non sarebbe neppure di ostacolo l’esistenza, nel nostro ordinamento, della fattispecie di “corruzione di minorenne” (art. 609 *quinquies* c.p.), che attribuisce *espresso* rilievo penale al compimento di atti sessuali *in presenza* di minori degli anni 14, in ragione del fatto che – osserva l’Autore – l’applicazione del delitto di violenza sessuale troverebbe comunque un diverso spazio applicativo – per minori ed adulti – nei casi in cui la vittima risulti *costretta* in qualche modo ad assistere ad atti esibizionistici.

3. Considerazioni critiche: violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima?

Come già anticipato, chi scrive ritiene che le conclusioni a cui giunge l’Autore, per quanto offrano spunti di riflessione interessanti, non convincano affatto.

3.1. Considerazioni sulla sentenza annotata.

² CAPPAL, [La qualificazione](#), cit., 13.

³ CAPPAL, [La qualificazione](#), cit., 10.

In primo luogo, ci sia consentito esprimere qualche perplessità sulla *conclusione* a cui è giunta la Cassazione nella sentenza annotata, e cioè l'esclusione della natura di "atti sessuali" dei baci stampati sulle guance della ragazzina quindicenne.

Il problema, beninteso, non sta nelle affermazioni in diritto sulla definizione di "atto sessuale", contenute nella sentenza, che ci sentiamo di condividere integralmente.

La Suprema Corte, con estrema chiarezza, ricorda infatti che accanto ad atti che manifestano all'esterno, per così dire, una loro indubbia valenza sessuale, vi sono comportamenti – fra i quali si iscrive a pieno titolo il sempre problematico bacio sulla guancia⁴ – che normalmente possono avere plurimi significati (affetto, saluto, gesto erotico etc.), e che dunque devono necessariamente essere decifrati attraverso una contestualizzazione degli stessi.

Si tratta, in altre parole, di atti dal significato sociale "plurivoco", la cui natura sessuale – soltanto eventuale – richiede la sussistenza di ulteriori elementi fattuali, che il giudice è chiamato ad individuare ed elencare, tali da far uscire dall'equivoco il gesto commesso. In tal senso, autorevole dottrina tedesca include infatti nella nozione di atti sessuali anche quelli che – ancorché *in astratto* possano ricevere letture diverse – risultano corredati *nella dimensione concreta* da dettagli che rivelano ad un "osservatore esterno oggettivo" ("*objectiver Betrachter*") la propria natura sessuale⁵.

Se dunque condivisibile appare la riflessione della Cassazione in ordine alla nozione di atti sessuali, piuttosto sorprendente appare viceversa la decisione della Suprema Corte sul caso di specie, e cioè il ritenere che i baci sulla guancia dati dall'estraneo alla ragazzina durante ripetuti agguati all'esterno della scuola non avessero un inequivoco significato sessuale.

Anche a volere prescindere dal fatto che l'uomo, quando fu arrestato, avesse la cerniera dei pantaloni abbassata (posto che, a quanto si è compreso, l'arresto non è avvenuto nell'imminenza dei fatti, e che – aggiungiamo – non esiste uomo immune da questo imbarazzante incidente), davvero risulta difficile, a fronte della dinamica dei fatti, della loro ripetitività e delle stesse dichiarazioni del reo – che avrebbe confessato la propria attrazione fisica per la ragazzina – immaginare quale altro significato potessero avere *quei baci*, alternativo rispetto ad una oggettiva valenza sessuale.

⁴ Sul problema della rilevanza penalistica del bacio v. FIANDACA, *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, in *Foro It.*, 1998, 9, II, 505 ss.; TABARELLI DE FATIS, *Sulla rilevanza penale del «bacio» come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3, 965 ss.; DI MARTINO, *Sul bacio involato a «lei» che dissente (postilla in margine a G.U.P. Trib Piacenza, 4 giugno 1998)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1596 ss.; PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA, III, 28 e 48 ss.; MULLIRI, sub art. 609 bis, in PADOVANI, *Codice penale*, Milano, 2690; CADOPPI, *Commento all'art. 3*, in CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 2002, 60. Sul punto sia consentito il rinvio anche a VIZZARDI, *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di "atto sessuale"*, in *Cass. Pen.*, fasc. 2, 2008, 755 s.s. e più ampiamente a VIZZARDI, art. 609 bis, in PIERGALLINI-VIGANÒ-VIZZARDI-VERRI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona (libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti)*, 2015, 144 ss.

⁵ Cfr. HÖRNLE, § 184 f, in JOECKS-MIEBACH, *Münchener Kommentar, StGB, §§ 80-184f*, Beck, 2005, 1395. Sul punto sia consentito rinviare più ampiamente a VIZZARDI, art. 609 bis, in PIERGALLINI-VIGANÒ-VIZZARDI-VERRI, *Trattato di diritto penale*, cit., 170 ss.

Per poter predicare che la condotta dell'agente sia rimasta equivoca, e cioè non chiaramente etichettabile come di natura sessuale, occorrerebbe infatti poter affermare che una spiegazione alternativa del gesto è parimenti plausibile.

Nel caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte, viceversa, non sembra a chi scrive che ci fosse un solo elemento in fatto per poter affermare che i baci "involati" alla ragazzina dissenziente potessero avere nel contesto un significato sociale diverso, ad esempio di saluto o di affetto: l'uomo era del resto un perfetto estraneo, al punto che si nascondeva al riparo di alberi e di automobili per poter sorprendere la malcapitata all'uscita dal liceo.

E d'altra parte la Cassazione, in sentenza, ha lasciato – quello sì – avvolto da un alone di mistero quale potesse essere la concreta lettura alternativa e non sessuale di quei baci, eludendo così un punto fondamentale.

Nel caso sottoposto al vaglio della Cassazione rimane poi la questione se davvero gli atti "repentini e a sorpresa" possano dirsi realmente equivalenti ad atti *violenti* che *costringano* la vittima a subire l'atto sessuale⁶, così come ormai tralatizialmente si legge nella giurisprudenza in materia di violenza sessuale⁷, e ai cui non fa eccezione la

⁶ Basti qui ricordare che in alcuni ordinamenti la "sorpresa" è considerata modalità tipica della condotta, accanto alla violenza e alla minaccia. In questa direzione, oltre all'ordinamento francese, è andato anche il legislatore tedesco, che con la recentissima riforma dei reati sessuali ha aggiunto fra le modalità tipiche della condotta gli "atti sessuali perpetrati avvalendosi di un momento di sorpresa", ritenuti dalla giurisprudenza tedesca, a differenza di quella nostrana, non inclusi nella nozione di "violenza" (sulla riforma dell'ordinamento tedesco v. MACRÌ, [La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e "tolleranza zero" verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 162 ss.). Fra i sostenitori della necessità di accogliere una nozione "restrittiva" e più pregnante di violenza nel nostro ordinamento, da contrapporre a forme più o meno insidiose di "spiritualizzazioni" della violenza come modalità tipica della condotta accolte in giurisprudenza, anche con riferimento al delitto di violenza sessuale, v., per tutti, VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, Milano, 2002, 201. In tema di atti sessuali commessi "a sorpresa" sia consentito il rinvio a VIZZARDI, *Il bidello e la bambina: i baci "a sorpresa" al banco di prova del principio di legalità*, in *Corr. Mer.*, 2007, 11, 1297 ss.

⁷ Cfr. Cass., Sez. III, 26 ottobre 2011, n. 45950, M.M., in *DeJure* (un uomo su un autobus tocca il ginocchio di una undicenne, e contestualmente si infila le mani nei pantaloni alzando e abbassando la cerniera fino a romperla); Cass., Sez. III, 4 novembre 2010 (dep. 1 dicembre 2010), n. 42477, D.S.R., in *Leggi d'Italia* (un maestro di sci tocca in più parti del corpo un'allieva dodicenne mentre si trova con lei sullo skilift: la Cassazione parla di «violenza consistita nella repentinità del gesto»); Cass., Sez. III, 13 ottobre 2010, n. 43235, L.L., in *DeJure* (un tecnico radiologo approfitta della propria attività per palpeggiare repentinamente alcune pazienti); Cass., Sez. III, 13 ottobre 2010, n. 40919, M.G., in *DeJure* (un massaggiatore non vedente, durante una seduta di fisioterapia, palpeggia ripetutamente nelle parti intime la paziente, fino a compiere veri e propri atti di masturbazione sulla donna, incluso il «leccarle la vagina»: la Suprema Corte ribadisce il principio che il compimento insidiosamente rapido dell'azione criminosa equivale ad una violenza, ma annulla con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Venezia per non aver sufficientemente motivato in ordine all'effettiva sussistenza di una condotta violenta, sia pure in termini di repentinità dell'azione); Cass., Sez. III, 5 aprile 2007, n. 19718, U., in *Foro it.* 2008, 3, 178 (l'imputato, dopo essere sceso dal ciclomotore sul quale viaggiava, «stringe fulmineamente il seno» sinistro di una passante); Cass., 30 marzo 2002, Delle Donne, in *Riv. pen.*, 2000, 687 (palpeggiamenti «repentini e silenziosi» delle natiche, tali da «non mettere i soggetti passivi in condizioni di poter tempestivamente esprimere il proprio dissenso») Cass., Sez. III, 24 novembre 2000, Invidia, CED 218540, in *Foro it.*, 2001, II, 333 («improvvisi palpamenti» del seno di alcune alunne da parte di un funzionario scolastico); Cass., Sez. III, 21 novembre 2000 (dep. 15 gennaio 2001), V.F.,

pronuncia esaminata: tema che però ci condurrebbe fuori dal fuoco del presente contributo.

3.2. La “violenza sessuale” senza coinvolgimento del corpo della vittima al banco di prova di una lettura sistematica del codice penale e del rispetto del principio costituzionale di proporzionalità della pena.

Ancor meno convincente è la tesi, al centro della nota a sentenza, che questo approccio “contestuale” della Cassazione consentirebbe di allargare le maglie del delitto di violenza sessuale fino a farvi passare anche ipotesi in cui non vi è alcun coinvolgimento del corpo della vittima.

In proposito, non è forse superfluo osservare che il problema andrebbe a rigore trattato non già sul piano della definizione di “atti sessuali”, quanto piuttosto sul piano della descrizione delle modalità tipiche della condotta descritte dalla fattispecie di violenza sessuale di cui all’art. 609 *bis* c.p.

La masturbazione dell’agente in presenza di un’altra persona che viene costretta – in ipotesi – ad assistervi, è infatti pacificamente un “atto sessuale”, indipendentemente da quale teoria si voglia adottare (dell’“equivalenza”, “restrittiva”, “estensiva”, “contestuale”, “relazionale” etc.), ma il problema è semmai se la persona offesa del nostro esempio, nel momento in cui deve assistere ad atti sessuali esibizionistici, sia costretta a “*compiere o subire*” atti sessuali, così come previsto dalla fattispecie in esame.

Se possiamo agevolmente escludere che la vittima della condotta esibizionistica sia costretta a “*compiere*” atti sessuali, posto che il suo ruolo è meramente quello di spettatrice, non resta che valutare se sia coerente con l’attuale quadro normativo affermare che il concetto di “*subire*” atti sessuali possa includere anche il dover patire condotte esibizionistiche del reo.

L’idea che la fattispecie di violenza sessuale possa includere atti esibizionistici del reo non è del resto nuova.

All’alba dell’introduzione della riforma in materia di abusi sessuali, nell’ormai lontano 1996, vi fu infatti una voce isolata, in dottrina, la quale teorizzò che proprio il verbo “*subire*” impiegato dal legislatore nella riformulazione del delitto di violenza sessuale consentisse di punire come violenza sessuale anche casi nei quali non vi fosse alcun coinvolgimento del corpo della vittima⁸. Aveva infatti osservato il fautore di questa posizione che il soggetto passivo “*subirebbe*” l’atto sessuale anche quando viene

n. 250, www.cittadinolex.kataweb.it (fotografo che “tocca” con movimenti rapidi ed insidiosi le giovani “aspiranti *soubrettes*” col pretesto di metterle in posa); Cass., Sez. III, 30 marzo 2000 (dep. 4 maggio 2000), n. 1405, Delle Donne, CED 216073, in *Riv. pen.*, 2000, p. 687 («la rapidità e silenziosità dei gesti – cioè i toccamenti e i palpeggiamenti delle natiche – integrano la violenza in quanto non mettono i soggetti passivi in condizioni di esprimere tempestivamente il proprio dissenso»).

⁸ MARINI, *I delitti contro la persona*, Torino, 1996, 297.

“costretto ad assistere a condotte esibizionistiche dell’agente o ad altri suoi comportamenti dovuti a pulsioni erotiche, ivi compresi i così detti fatti di ‘bestialità’”⁹.

Questa tesi, rigettata dalla stessa unanime giurisprudenza e dalla restante dottrina, e oggi riproposta in chiave di rafforzamento della tutela del bene giuridico protetto dal delitto di violenza sessuale, era e resta – anche ad avviso di chi scrive – inaccettabile.

Che la lettera del delitto di violenza sessuale non possa abbracciare anche meri fatti esibizionistici del reo è innanzitutto desumibile da una lettura sistematica delle fattispecie in materia di abusi sessuali, ed in particolare proprio dall’esistenza della fattispecie di “corruzione di minorenni” di cui all’art. 609 *quinqüies*.

Con riferimento alle vittime minori degli anni quattordici – e soltanto per loro – il legislatore ha infatti ritenuto di disciplinare espressamente le ipotesi in cui l’agente compia atti sessuali in loro presenza, ritenendo pertanto che questi atti esibizionistici non fossero ricompresi né nel delitto di violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.), né nella diversa fattispecie di “atti sessuali con minorenni” (art. 609 *quater*), in quanto fattispecie – appunto – che prevedono necessariamente il coinvolgimento del corpo del minore.

L’obiezione a questo argomento, contenuta nella nota a sentenza qui in commento, che l’atto esibizionistico potrebbe essere comunque sussunto nella più grave fattispecie di violenza sessuale, se accompagnato da una condotta costringitiva, non coglie nel segno, per la ragione che lo stesso art. 609 *quinqüies*, così come novellato nel 2014, prevede oggi espressamente che le condotte esibizionistiche descritte nel delitto di corruzione di minorenni risultino aggravate se commesse “con violenze gravi” (comma 3).

Il che significa, al di là dell’espressione non proprio felicissima impiegata dal legislatore, e mutuata dalla Direttiva n. 2011/93/UE, che la fattispecie di “corruzione di minorenni” abbraccia in forma aggravata anche ipotesi in cui il minore viene in qualche modo costretto con violenza ad assistere alle condotte esibizionistiche del reo, sgombrando dunque il campo da ogni dubbio sul fatto che tali comportamenti stiano fuori dal perimetro della fattispecie di violenza sessuale, il cui peculiare disvalore sta proprio nella violazione del *corpo* della vittima.

A ragionare diversamente, si perverrebbe infatti al paradosso che la costrizione di un adulto ad assistere ad una masturbazione dell’agente sarebbe attratto dalla fattispecie di violenza sessuale di cui all’art. 609 *bis* – punita con la reclusione da cinque a dieci anni –, mentre il costringere un minore infraquattordicenne a subire con violenze gravi i medesimi atti rientrerebbe in una fattispecie *meno grave e speciale*, la corruzione di minorenni, punita con la reclusione da uno a cinque anni, e al più aggravata con l’aumento della pena sino ad un terzo per la presenza di indici di costrizione mediante violenza.

In questo quadro normativo, il fare appello al bene giuridico tutelato dalla fattispecie di violenza sessuale, che sarebbe leso – secondo la tesi qui avversata – anche dai casi in cui la vittima venisse costretta ad assistere agli atti sessuali altrui, o evocare

⁹ *Ibidem*.

presunti sistemi “vittimo-centrici” per estendere la portata della fattispecie penale, è operazione ermeneutica sempre insidiosa, perché si corre il rischio di finire invischiati nella logica dell’identità di *ratio* di cui si alimenta l’interpretazione analogica, che non dovrebbe invece avere diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento.

D’altra parte, circa le lusinghe del bene giuridico, invitante come le sirene di Ulisse a forzare il dato letterale, metteva in guardia già Pedrazzi, il quale, con la consueta eleganza, osservava che *“quando ci si richiama alla lesione dell’interesse, si è al di fuori del piano formale ove la fattispecie vive: il richiamo è lecito al fine di una intelligenza completa della norma, ma senza infrangerne la disciplina formale: per dare alla fattispecie un’anima, non per frustarne la funzione selettiva”*¹⁰.

D’altra parte, una simile estensione del delitto di violenza sessuale, tale da abbracciarvi anche ipotesi di atti esibizionistici, sia pure imposti a terzi mediante violenza o minaccia, porrebbe seri dubbi di legittimità costituzionale della fattispecie di cui all’art. 609 *bis* c.p., con riferimento al rispetto del principio di proporzionalità della pena¹¹, richiamato peraltro anche dall’art. 49 comma 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Nello scenario di estensione della portata della fattispecie, ci troveremmo infatti un ordinamento che, da un lato, ha *depenalizzato* gli atti osceni in luogo pubblico (art. 527 comma 1 c.p.), con la sola eccezione dei casi in cui tali atti avvengano all’interno o in prossimità di luoghi frequentati abitualmente da minori e se vi è il pericolo che i minori assistano agli atti osceni del reo (art. 527 comma 2 c.p.); dall’altro lato avremmo i medesimi atti osceni puniti con una pena *minima* di cinque anni di reclusione, se rivolti ad una sola persona costretta ad assistervi.

Difficile non vedere, in questo epilogo, una fragorosa sproporzione.

A tacer del fatto, naturalmente, che la fattispecie di violenza sessuale – nella sua versione estesa – finirebbe per punire con la stessa pena situazioni oggettivamente ben diverse, e cioè quelle in cui vi è stato un effettivo coinvolgimento del *corpo* della vittima – e dunque un autentico *abuso sessuale* (più o meno grave) di una persona – e situazioni in cui viceversa la persona offesa non è stata nemmeno sfiorata.

La stessa Corte Costituzionale, proprio in materia di reati sessuali, ha del resto ricordato in una bella pronuncia di qualche anno fa¹² che i principi costituzionali non rappresentano soltanto un limite per il legislatore, ma un imprescindibile “canone ermeneutico” per il giudice, che è chiamato ad interpretare le norme in modo da preservarne applicazioni coerenti con i principi costituzionali.

Ogni interpretazione – quale quella proposta dalla tesi qui criticata – che abbia come effetto quello di proiettare alcune condotte nell’orbita di reati con cornici edittali

¹⁰ PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, in PEDRAZZI, *Scritti di parte generale*, Vol. I, Milano, 2003, 13.

¹¹ Su tale principio cfr. per tutti, in dottrina, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, vol. I, III ed., 2001, 518 ss., e ivi per ult. rif. Sul punto, cfr. anche ampiamente CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 134 ss.

¹² Così Corte cost., 11-24 luglio 2007, n. 322, Pres. Bile, Red. Flick, con nota di VIZZARDI, *Ignoranza dell’età della persona offesa e principio di colpevolezza*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2008, 1340 ss.

di pena manifestamente sproporzionate, dovrebbe dunque essere radicalmente rifiutata, perché in contrasto con i principi costituzionali che governano il nostro sistema penale.

4. Conclusione: *quid juris* se una persona viene costretta con violenza o minaccia ad assistere ad esibizioni sessuali altrui?

Se dunque, in conclusione, ad avviso di chi scrive il delitto di violenza sessuale può abbracciare *solo* ipotesi nelle quali vi è stato un coinvolgimento del *corpo* della vittima – a condizione, beninteso, che sussistano *anche* gli altri elementi di una delle condotte tipiche descritte dalla fattispecie di cui all’art. 609 *bis* c.p. –, ciò non significa che non vi siano spazi per punire le diverse ipotesi in cui una persona adulta¹³ venga *effettivamente costretta con violenza o minaccia* ad assistere ad atti esibizionistici altrui (ad esempio in casi in cui la vittima venga legata, oppure rinchiusa in un taxi, o fisicamente trattenuta, e con tali modalità costretta ad assistere agli atti autoerotici del reo).

In questi casi il giudice potrà infatti sempre ricorrere alla diversa e meno grave fattispecie di violenza privata di cui all’art. 610 c.p., punita con la reclusione *fino a* quattro anni (e dunque con una pena minima di quindici giorni di reclusione), sull’assunto che la vittima sia stata costretta a *tollerare qualche cosa*: il che – verrebbe da dire – basta e avanza per punire simili comportamenti, senza dover violare ancora i confini, già sin troppo assediati dalle pur comprensibili istanze repressive, del delitto di violenza sessuale.

¹³ Per i minori infraquattordicenni vale quanto già osservato a proposito dell’applicazione della fattispecie di “corruzione di minorenne” di cui all’art. 609 *quinquies* c.p., aggravato ai sensi del comma 3 della medesima disposizione.

IL D.D.L. GELLI – BIANCO: VERSO UN'ENNESIMA OCCASIONE PERSA DI ADEGUAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO AI PRINCIPI COSTITUZIONALI?

di Pier Francesco Poli

Abstract. *Il D.d.l. Gelli – Bianco, in fase di definitiva approvazione alla Camera, si pone l'obiettivo di riformare nuovamente la materia della responsabilità sanitaria con alcune rilevanti novità, in particolare, per quel che concerne la materia penale, l'eliminazione definitiva di qualsiasi riferimento alla colpa grave. Nel contributo vengono pertanto illustrate le molteplici criticità dell'articolato normativo e proposte alcune soluzioni, finalizzate a rendere la materia della responsabilità penale del medico conforme ai principi costituzionali.*

SOMMARIO: 1. Il D.d.l. Gelli – Bianco e le norme rilevanti in ambito penale. – 2. Una prima critica: la continua indifferenza del legislatore ai gravi problemi della classe medica. – 3. Una seconda critica: il contrasto della normativa in materia di responsabilità penale del medico con i principi di proporzione e *ultima ratio* dell'intervento penale. – 4. Una terza critica: la permanente violazione del diritto alla salute, del principio di libertà terapeutica e del diritto all'autodeterminazione del paziente. – 5. Una quarta critica: il congedo dal criterio del grado della colpa e l'introduzione di un generale dovere di adesione alle linee guida. – 5.1. Una possibile definizione di colpa grave. – 6. Una quinta critica: la mancata soluzione dei problemi legati all'individuazione delle linee guida valide ad escludere la responsabilità penale. – 7. Le (poche) idee positive contenute nel disegno di legge. – 8. Una proposta: la generalizzata irrilevanza penale della colpa lieve in ambito sanitario.

1. Il D.d.l. Gelli – Bianco e le norme rilevanti in ambito penale.

In data 11 gennaio 2017 il Senato, dopo una prima approvazione da parte della Camera dei Deputati del 28 gennaio 2016, ha approvato con emendamenti il Disegno di Legge Gelli – Bianco¹, intitolato “*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*” che mira a riformare, ad appena quattro anni dall'introduzione del D.L. Balduzzi², la disciplina della responsabilità professionale del medico.

¹ Si tratta del Disegno di Legge n. 2224.

² Per un'illustrazione delle norme di rilevanza penale introdotte dal D.L. Balduzzi, convertito in legge n. 189 del 2012, sia consentito rinviare a P.F. POLI, [Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 86 ss.

Per quel che concerne le norme di rilevanza penale, il Disegno di Legge, che deve ancora ricevere la definitiva approvazione da parte della Camera dei Deputati in seguito alle modifiche apportate da parte del Senato, introduce alcune significative novità.

In particolare l'articolo 6, rubricato *“Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria”*, prescrive che, dopo l'articolo 590-quinquies del Codice penale, sia inserito il seguente *“Art. 590-sexies (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario). – (co. 1) Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. (co. 2) Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico – assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”*.

Rispetto a quanto previsto dal D.L. Balduzzi, la norma in questione:

i) colloca la speciale disciplina della colpa medica all'interno del codice penale, anziché in una legge *“complementare”*;

ii) elimina, al fine del giudizio sulla responsabilità in sede penale, il riferimento al grado della colpa;

iii) limita l'esclusione della responsabilità penale in caso di osservanza delle linee guida ai soli reati colposi di omicidio e lesioni, mentre il D.L. Balduzzi è in teoria applicabile a tutti i reati colposi commessi dal medico³.

L'articolo 5 del disegno di legge in commento, poi, rubricato *“Buone pratiche clinico – assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida”*, prescrive al primo comma che *“Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico – assistenziali”*.

A differenza del testo previgente, quindi, il Disegno di legge prevede, mediante il combinato di tale norma con l'art. 6 esaminato in precedenza:

³ Tale profilo, unitamente a molti altri, era stato rilevato all'interno dell'Ordinanza del Tribunale di Milano del 21.3.2013 (Imp. Andreatta e altri), con la quale il Tribunale di Milano aveva sollevato questione di legittimità costituzionale delle norme introdotte dal D.L. Balduzzi. Il testo dell'Ordinanza è reperibile in questa Rivista, 29 marzo 2013, con nota di M. SCOLETTA, [*Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la “norma penale di favore” al giudizio della Corte costituzionale*](#). La questione, tuttavia, non è stata oggetto di decisione da parte dei giudici delle leggi in quanto non ne era stata specificata la rilevanza ai fini della decisione sul caso oggetto di giudizio da parte del Giudice di merito, sul punto si veda G. L. GATTA, [*Colpa medica e linee guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del Decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*](#), in questa Rivista, 9.12.2013.

i) una selezione delle condotte tenute dal sanitario nell'esecuzione delle quali il rispetto delle linee guida dà luogo al beneficio dell'irresponsabilità: non più, sempre in astratto, qualsivoglia attività posta in essere dal sanitario, bensì solamente quelle che costituiscono l'estrinsecazione dell'esercizio di una delle tradizionali attività mediche: la prevenzione, la diagnosi, la cura, la riabilitazione, la palliazione o la medicina legale;

ii) un sostanziale obbligo, per il sanitario, di attenersi, nella normalità dei casi, a quanto previsto dalle linee guida⁴;

iii) la circostanza che, almeno apparentemente, non tutte, ma solamente alcune linee guida – e precisamente quelle emanate da enti pubblici o privati nonché da società scientifiche e associazioni tecnico – scientifiche iscritte nell'elenco del Ministero e inserite nel Sistema Nazionale per le Linee Guida (SNLG) – sono i testi cui i sanitari devono attenersi.

Ad avviso dello scrivente, per le ragioni che si esporranno nei paragrafi che seguono le norme appena illustrate, qualora venissero approvate, costituirebbero l'ennesima occasione persa, per il legislatore, di creare un sistema di responsabilità professionale del medico conforme ai principi costituzionali. Scopo del presente lavoro è conseguentemente quello:

i) di evidenziare le criticità del disegno di legge in commento e i profili di frizione del medesimo con alcuni principi costituzionali, tra cui quelli di proporzione e *ultima ratio* dell'intervento penale, di libertà terapeutica, del diritto all'autodeterminazione del paziente nonché di precisione;

ii) di cercare di fornire, all'interprete e al legislatore, una possibile definizione di colpa grave.

2. Una prima critica: la continua indifferenza del legislatore ai gravi problemi della classe medica.

Il legislatore, con il Disegno di legge in esame, pare manifestarsi ancora una volta drammaticamente sordo ai gravi problemi che la classe medica oramai denuncia da anni⁵ e che incidono profondamente sulla vita dei cittadini. La dimensione del contenzioso giudiziario avverso i medici, infatti, ha come noto raggiunto proporzioni estremamente

⁴ Nota acutamente questa particolarità C. CUPELLI, [*La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione \(e i rischi della riforma alle porte\)*](#), in *questa Rivista*, 27 giugno 2016. In effetti il testo della riforma pare profondamente diverso dal precedente: se infatti il D.L. Balduzzi rendeva irresponsabile per colpa lieve il sanitario il quale si fosse attenuto alle linee guida, la nuova norma prevede, quale criterio generale di indirizzo nell'attività del medico, che quest'ultimo si attenga a tali testi, il che pare una disposizione foriera di una forte compromissione del principio di libertà terapeutica. Sul punto cfr. *infra*, par. 4.

⁵ Si veda da ultimo A. PANTI, *Introduzione*, in AA. VV., *“Decreto Balduzzi” e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento?*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 736 e ss.

ragguardevoli⁶ e ciò ha comportato, nel personale sanitario, una sorta di reazione di massa, che si manifesta attraverso la medicina difensiva, di tipo positivo o negativo.

Con la c.d. medicina difensiva negativa i sanitari rifiutano pazienti, atti chirurgici o pratiche mediche potenzialmente rischiosi da un punto di vista delle ricadute giudiziarie, con evidenti pregiudizi per i soggetti affetti da patologie, i quali necessiterebbero di cure in tempi celeri; con le condotte di c.d. medicina difensiva positiva, invece, i sanitari pongono in essere prescrizioni di esami diagnostici non necessari al solo fine di preconstituire giustificazioni per il remoto caso che il paziente subisca un qualche tipo di pregiudizio, con ricadute negative sia sui singoli individui, i quali vengono sottoposti ad esami più o meno invasivi in realtà non utili, sia sul sistema sanitario nazionale, che si trova a pagare costi enormi⁷. Nel 2007, l'importo di denaro pubblico sprecato per esami non necessari richiesti per ragioni di medicina difensiva si aggirava intorno al 15% della spesa sanitaria annua, ossia, in quell'anno, 15 miliardi di euro⁸; nell'anno successivo, ad un incontro specifico sul tema⁹, l'allora Ministro della Salute Fazio stimò che il costo di tali pratiche in Italia fosse oscillante tra i 12 ed i 20 miliardi di euro annui¹⁰.

La medicina difensiva, quindi, incide in maniera profondamente negativa non solo sulla salute dei pazienti, che si vedono rifiutati o subiscono esami strumentali non necessari¹¹, ma anche sulle finanze pubbliche. Questo è il dato indiscutibile da cui un legislatore attento e scrupoloso dovrebbe prendere le mosse prima di apprestare una qualsivoglia riforma della responsabilità sanitaria. Prima di riformare, sarebbe insomma opportuno riflettere sulle cause dell'imponente contenzioso avverso la classe medica,

⁶ A proposito della misura del contenzioso giudiziario nei confronti dei medici si vedano L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Rivista italiana di Medicina legale*, 2011, p. 1085 e ss.; G. FORTI – M. CATINO – F. D'ALESSANDRO – C. MAZZUCATO – G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva – Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legata al rischio clinico*, Pisa, 2010; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 16 e ss.; G. ROTOLO, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 1259 e ss.; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2013, p. 1 e ss. Esprime un'isolata opinione contraria sulle proporzioni del fenomeno C. BRUSCO, [Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica](#), in questa *Rivista*, 27 giugno 2016, il quale ritiene che esso non abbia dimensioni significative in ragione dello scarso numero di sentenze di conferma di pronunce di condanna assunte dalla giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni. Nella letteratura medica in materia è possibile consultare F. TRAINA, *Medical malpractice: the experience in Italy*, in *Clinical orthopaedics and related search*, 2009, p. 434 e ss.

⁷ Sul punto la letteratura è estremamente vasta. Si veda per tutti, di recente, A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 4 e ss.

⁸ Il dato è riportato da A. PANTI, *La responsabilità nelle attività mediche*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche d'impresa*, a cura di R. BARTOLI, Firenze, 2010, p. 167.

⁹ Tale incontro, dal titolo "Medici in difesa – Prima ricerca del fenomeno in Italia: numeri e conseguenze", si svolse a Roma in data 24 settembre 2008 e aveva la funzione di rendere pubblici i risultati di uno studio sul tema in questione.

¹⁰ Per una sottolineatura dei gravi problemi derivanti dalla prassi in questione, v. di recente R. BARTOLI, *I costi economico – penalistici della medicina difensiva*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, p. 1107 e ss.

¹¹ Sul punto cfr. le riflessioni di M. BARNI, *Diritti – doveri – responsabilità del medico*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 345; in termini non dissimili A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 249.

dalla medesima percepito come tremendamente iniquo, non foss'altro perché il medico si sente chiamato a rispondere, talora anche in spregio al principio di affidamento¹², di responsabilità dovute a difetti estranei alla sua sfera di competenza quali, a titolo meramente esemplificativo, la vetustà degli strumenti impiegati nella struttura in cui opera, la difettosa organizzazione dei turni da parte degli organi amministrativi competenti, la mancanza di macchinari utili a curare meglio determinate patologie, e così via¹³.

L'attività medica, infatti, ha un evidente rischio intrinseco¹⁴ costituito, tra l'altro, dal fatto che il medico interviene in contesti patologici, dovendo risolvere situazioni di crisi dell'organismo e quasi sempre prestare attenzione ad una molteplicità di fattori che interagiscono tra loro in modo differente da individuo a individuo¹⁵; d'altra parte, spesso il medico è costretto addirittura a ledere per curare, con tutto ciò che ne consegue in termini di probabilità di provocare, o non riuscire ad evitare, esiti infausti¹⁶.

Nondimeno, l'attività medica è, come è ovvio, indispensabile per l'uomo perché tutela beni fondamentali garantiti dalla Costituzione quali l'integrità fisica, la salute e la

¹² Si veda ad es. Cass. pen., sez. IV, sent. 1410, 14 giugno 2000 in cui si è affermata, senza alcun riferimento al menzionato principio, la responsabilità del primario per problemi respiratori collegati al lavoro compiuto da un anestesista. Per un'analisi sull'applicazione del principio di affidamento in tema di responsabilità medica d'*equipe* si veda l'ancora attualissimo G. MARINUCCI – G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in equipe*, ora in G. MARINUCCI, *Scritti*, cit., p. 273 e ss. Rileva come nella prassi giudiziaria sia ancora presente un atteggiamento estremamente rigoroso che vede ad esempio attribuire la responsabilità per il ferro lasciato nel corpo del paziente non al solo ferrista, cui è specificamente deputato il compito del conteggio dei ferri, ma a tutti i membri dell'*equipe* A. ROIATI, [Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione](#), in questa Rivista, 20 maggio 2013. In giurisprudenza si veda di recente però un'illuminata ordinanza di archiviazione del GIP presso il Tribunale di Vercelli reperibile in [questa pagina web](#), concernente un caso di decesso di un paziente in seguito alla dimenticanza di una garza nell'addome, in cui il giudicante ha ritenuto, applicando proprio il principio di affidamento in unione con le linee guida in materia secondo il dettato del D.L. Balduzzi, che nessuna responsabilità possa ritenersi sussistente in capo al chirurgo, dovendo la medesima ricadere unicamente sull'addetto a tale compito.

¹³ Cfr. A. PANTI, *Introduzione*, cit.; tema P. PISA – G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche di impresa*, Firenze, 2010, p. 9 e ss. nonché più di recente G. FORTI, *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra norme auspicate e riforme attuate*, in AA. VV., *"Decreto Balduzzi" e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento?*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 739, il quale condivisibilmente rileva che "la misura della responsabilità richiesta da una comunità ai suoi appartenenti, proprio per poter avanzare nei loro confronti una pretesa normativa, specie laddove questi svolgano attività ad alto rischio, dovrebbe essere sempre calibrata in base al livello di riconoscimento sociale e giuridico che quella comunità è disposta ad accordare loro. Ci è parso quindi che una 'appropriata' condotta del medico (anche nel significato con cui in campo sanitario ci si riferisce all'appropriatezza di un intervento sanitario), di per sé non difensiva, potesse attendersi solo in un quadro complessivo capace di modulare 'appropriatamente' la reazione all'errore: 'essere al contempo un soggetto e un oggetto appropriato di atteggiamenti reattivi significa essere un membro della comunità normativa all'interno della quale ci si assume delle responsabilità e si è ritenuti responsabili di quanto si fa'".

¹⁴ Sul punto cfr. diffusamente A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 2 e ss.

¹⁵ In termini simili R. BARTOLI, *Ancora difficoltà ad inquadrare i presupposti applicativi della legge c.d. Balduzzi*, in *Diritto penale e processo*, 2016, p. 647.

¹⁶ Su questo problema si vedano le riflessioni di F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica. Categorie dogmatiche ed evoluzione sociale*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1231.

vita. È solo grazie all'esistenza del sanitario, ossia di un soggetto che si assume la responsabilità di agire in un contesto di elevatissimo rischio come quello descritto¹⁷, che i beni costituzionali in gioco sono tutelati, in quanto, se egli non vi fosse, essi non potrebbero ricevere protezione.

Tra le denunce esposte dalla classe sanitaria sui gravi problemi derivanti dal contenzioso subito ve n'è una ancora più significativa: le specializzazioni mediche più a rischio di eventi lesivi – e come intuibile, più necessarie, come chirurgia e ortopedia – stanno via via vedendo scemare sempre più i professionisti disposti a svolgerle. In altre parole, al momento della scelta della specializzazione sono moltissime le persone che, pur di evitare il pericolo di subire procedimenti giudiziari correlati alla propria attività e la connessa sottoposizione a premi assicurativi enormemente elevati – quando non, addirittura, ad una difficoltà di trovare compagnie assicurative disposte a stipulare le polizze – proprio in ragione di tale pericolo, preferiscono optare per ambiti di attività meno rischiosi¹⁸.

Il motivo delle scelte legislative sino ad ora compiute e della conseguente indifferenza alle istanze della classe medica pare doversi ricercare, almeno sullo sfondo, in una incapacità del legislatore di sottrarsi alla logica della ricerca del capro espiatorio, propria della società contemporanea. La veloce trasformazione della società nell'epoca della post-industrializzazione e la novità degli strumenti di comunicazione hanno contribuito in maniera decisiva ad aumentare il senso di inadeguatezza dell'individuo a dominare gli eventi¹⁹ e la conseguente necessità di individuare sempre e comunque, anche a fronte di eventi imprevedibili che altro non costituiscono se non delle disgrazie²⁰,

¹⁷ Sul punto si vedano di recente G. FORTI, *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra norme auspiccate e riforme attuate*, cit., p. 739; C. PIZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 312.

¹⁸ Come emerso in numerose notizie di stampa le iscrizioni alle specializzazioni più a rischio sono in netto calo per varie ragioni tra le quali il timore di essere sottoposti a denuncia penale assume un peso preponderante. Si veda, per quanto concerne la chirurgia, le considerazioni emerse in un incontro della Società Italiana di Chirurgia riportate in [questa pagina web \(repubblica.it\)](http://questa.pagina.web(repubblica.it)) mentre, per quel che concerne l'Ortopedia, i rilievi sostanzialmente analoghi compiuti dai responsabili della Società Italiana di Ortopedia e Traumatologia reperibili in [questa pagina web](http://questa.pagina.web). Sembra in altre parole che in tali materie le pretese dell'ordinamento siano tali da ingenerare nei sanitari una rinuncia a porre in essere determinate attività; sul rischio paralisi connesso a pretese troppo elevate nell'ambito della responsabilità colposa si veda F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *questa Rivista*, 13 marzo 2012, p. 13.

¹⁹ Cfr. a tal proposito J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 14. Il medesimo concetto è ripreso in termini simili da numerosi autori, si veda ad esempio C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 849 e ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, Giuffrè, 2003; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004. Considerazioni sostanzialmente analoghe sono state svolte anche da G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità penale dello psichiatra*, in *Foro italiano*, 1988, p. 118 e da L. RISICATO, *L'attività medica in equipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, Giuffrè, 2013, p. 4 e ss.

²⁰ Si veda la lucida analisi di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario: difesa del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 119, in cui l'Autore, in un significativo paragrafo intitolato "Un illecito, non la sfortuna", evidenzia che "interventi del diritto penale infondati o anche solo eccessivi possono opprimere per anni o anche persino rovinare la vita delle persone colpite, possono annientare le basi su cui poggiano la reputazione sociale di una persona

un responsabile²¹. Questa tendenza dell'uomo contemporaneo a trasformare gli aventi avversi in ingiustizie è stata a più riprese sottolineata dalla dottrina.

La circostanza, recentemente rilevata²², per cui le sentenze di legittimità che coinvolgono sanitari sarebbero in realtà molto poche sicché il problema della medicina difensiva sarebbe più che altro effetto di una enfattizzazione dei rischi connessi alla professione, pare a sommo parere di chi scrive non cogliere nel segno. Anzitutto deve rilevarsi che i disagi denunciati dalla classe medica nascono non dalla condanna definitiva in sede penale, bensì dalla sola esistenza del processo penale per numerose ragioni, tra le quali si possono annoverare, senza pretesa di completezza: i) lo stigma rappresentato, a livello sociale e professionale, dalla pendenza di un siffatto procedimento; ii) i tempi e i costi per la preparazione della propria difesa; iii) l'abnorme aumento dei premi assicurativi per i rischi legati all'esistenza di tale contenzioso²³; iv) il timore per le eventuali conseguenze pregiudizievoli scaturenti da una pronuncia di condanna. Tali ragioni possono essere ben riassunte nell'espressione di Carnelutti il quale, quasi un settantennio fa, già osservava che il processo penale è per l'imputato innocente una pena ingiusta che, come tale, deve essergli il più possibile evitata²⁴.

e anche i suoi mezzi di sostentamento. Un esempio di queste violazioni non è solo il giudizio errato formulato sull'innocente, ma lo è anche la lotta priva di risultati condotta per anni dalla vittima di un reato nei confronti delle procure e dei tribunali in sede di ricorso contro l'archiviazione degli atti [...], per ottenere l'avvio o la prosecuzione di un procedimento penale che gli garantisca la conferma di essere stata vittima di un illecito, non della sfortuna".

²¹ Tra gli altri, ha sottolineato questo aspetto J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, cit., p. 21, il quale rileva che nella società di oggi, caratterizzata da un vasto numero di "soggetti passivi" ossia di persone, costituenti la maggioranza, che non creano autonomamente utili ma che sono beneficiari del trasferimento di ricchezza da parte dello Stato, "esiste anche una resistenza psicologica rispetto al caso fortuito, di fronte alla produzione accidentale di risultati lesivi" aggiungendo "è evidente che ne consegue una crescente tendenza a trasformare l'Unglück (accidente, fortuito, disgrazia) in Unrecht (illecito), ciò che a sua volta inevitabilmente conduce ad un ampliamento del diritto penale". Rileva ancora l'Autore, a p. 22, che "alla sensazione di insicurezza si somma l'esistenza di un prototipo di vittima che non ammette la possibilità che il fatto di avere sofferto sia dovuto a una 'propria colpa' o, semplicemente, al caso. Si parte sempre dall'assioma per cui deve esserci sempre un terzo responsabile, cui imputare il fatto e le sue conseguenze patrimoniali e/o penali". Si veda poi l'interessante F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, p. 879.

²² C. BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità*, cit.

²³ Anche su tale tema la stampa e le Associazioni dei medici hanno già da tempo denunciato il problema. Si vedano ad esempio i contributi apparsi su [questa pagina web \(corriere.it\)](http://www.corriere.it), in cui si evidenzia che per le professioni maggiormente a rischio i premi assicurativi possano arrivare sino a sedicimila euro all'anno, nonché su [questa pagina web \(repubblica.it\)](http://www.repubblica.it). La problematica è stata anche rilevata dalle stesse imprese assicuratrici che hanno evidenziato come a tratti il rischio giudiziario fosse talmente elevato da rendere la prestazione professionale medica non assicurabile, sul punto si veda il rapporto dell'Associazione Nazionale delle Imprese Assicuratrici del 2014 reperibile in [questa pagina web](http://www.associazione.it).

²⁴ Così F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, Edizioni dell'Ateneo, p. 35, il quale rilevava che "non è dato giudicare senza punire né punire senza giudicare; in altre parole, non vi è atto del giudizio il quale non cagioni una sofferenza a chi vi è giudicato". Ancora, il medesimo Autore in F. CARNELUTTI, *Le miserie del processo penale*, Roma, Edizioni Radio Italiana, p. 46, osservava che "il processo medesimo è una tortura. Fino a un certo punto, dicevo, non si può farne a meno; ma la cosiddetta civiltà moderna ha esasperato in modo inverosimile ed insopportabile questa triste conseguenza del processo. L'uomo, quando è sospettato di un delitto, è dato ad bestias, come si diceva una volta dei condannati offerti in pasto alle fiere. La belva, l'indomabile e insaziabile belva è la folla... Appena sorto il sospetto l'imputato, la sua famiglia, la sua casa, il suo lavoro sono inquisiti, perquisiti, denudati

Ciò che innesca la medicina difensiva, in altre parole, è il timore dell'insorgenza di un contenzioso, e non solo l'epilogo del medesimo, perché è la sola esistenza di un procedimento che scatena le problematiche cui si è fatto cenno. E alla genesi di tale contenzioso, indubbiamente, contribuiscono talvolta in maniera significativa campagne pubblicitarie che associano, automaticamente, la mancata cura di un problema di salute all'errore di un medico ed alla sua responsabilità. Internet, la stampa e la televisione sono infatti piene di *reclame* all'interno delle quali soggetti più o meno qualificati si propongono di offrire assistenza, talvolta anche gratuita, per procedere contro un medico o un sanitario che "*si pensa abbia sbagliato*"²⁵ e la ragione, purtroppo, è spesso legata al fatto che coloro che offrono le proprie prestazioni in tali pratiche hanno sovente un interesse direttamente collegato all'ottenimento del risarcimento, in quanto le compagnie assicurative sono solite liquidare le spese di assistenza in percentuale rispetto alle somme elargite al danneggiato a titolo di risarcimento del danno.

Secondariamente, anche la metodologia di conteggio dei procedimenti, impiegata dai sostenitori della tesi poc'anzi esposta per argomentare sull'inesistenza di una significativa dimensione del contenzioso penale in ambito sanitario, non appare pienamente condivisibile. È, infatti, noto che, per quanto concerne i procedimenti aventi ad oggetto il reato di lesioni colpose, procedibili a querela di parte, gli stessi si chiudono sovente mediante trattative che sfociano, grazie all'intervento anche delle compagnie assicurative, in declaratorie di estinzione del procedimento per remissione di querela dietro il pagamento di somme a titolo di ristoro del danno patito. Con riguardo agli omicidi colposi, invece, spesso il procedimento penale è attivato dietro presentazione di denuncia dopo aver infruttuosamente domandato il risarcimento alla compagnia assicurativa. In breve, la circostanza che vi siano poche sentenze definitive in materia pronunciate dalla Corte di Cassazione, di per sé, nulla pare provare in relazione all'impatto che il procedimento penale – o la minaccia del medesimo – può avere sulla classe sanitaria.

Nessuna di queste considerazioni è stata compiuta ed il Disegno di legge in commento pare dimostrare una volta di più quell'incapacità del legislatore degli ultimi anni di creare le condizioni affinché la classe medica sia in grado di percepire come ragionevole e prevedibile il livello di esposizione alle possibili conseguenze giudiziarie del proprio agire²⁶, ciò che appare il presupposto affinché la norma sanzionatoria sia in grado di orientare i comportamenti dei consociati. Il legislatore infatti, con la riforma in esame, non solo sostanzialmente mantiene un impianto il cui impatto sull'effettiva

alla presenza di tutto il mondo. L'individuo, così, è fatto a brani e l'individuo, ricordiamoci è il solo valore che dovrebbe essere salvato dalla civiltà".

²⁵ Si veda a tal proposito, ad esempio, la campagna pubblicitaria di Obiettivo Risarcimento, trasmessa in televisione nel 2011, e reperibile in [questa pagina web \(youtube.it\)](#), oppure quella, radiofonica, dell'Associazione Danno alla Salute reperibile in [questa pagina web \(youtube.it\)](#), per non parlare delle molteplici pubblicità presenti su svariati siti internet quali ad esempio [risarcimentodannigratis.it](#), reperibile in [questa pagina web \(youtube.it\)](#); oppure Dimensione risarcimento che, come riferisce nel proprio video reperibile in [questa pagina web \(youtube.it\)](#) trasforma "*il tuo danno in soldoni! Subito e senza spese*".

²⁶ Esattamente in questo senso G. FORTI, *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspiccate e riforme attuate*, cit., p. 739.

decriminalizzazione di alcune condotte colpose in ambito sanitario, come dimostra la giurisprudenza successiva al D.L. Balduzzi, non pare essere stato particolarmente significativo, ma addirittura modifica in senso peggiorativo alcune disposizioni. Dimostrazione di quanto asserito è anzitutto la restrizione della responsabilità penale per colpa in ambito sanitario alle sole condotte connotate da imperizia nonché l'eliminazione del riferimento al grado della colpa per la selezione delle condotte di penale rilevanza.

Come noto, il testo del D.L. Balduzzi non specificava nulla a proposito di quali tipologie di colpa generica – negligenza, imprudenza e imperizia – potessero rientrare nel beneficio della irresponsabilità per colpa lieve.

Sul punto si era, tuttavia, formato un orientamento largamente maggioritario in giurisprudenza e condiviso da alcuni autori²⁷, che limitava l'applicazione della irresponsabilità per colpa lieve alle sole condotte connotate da imperizia, sulla base della circostanza che le linee guida conterrebbero indicazioni di sola perizia. In maniera più condivisibile, un orientamento giurisprudenziale più recente²⁸ e sostenuto da altra parte della dottrina²⁹ rilevava che le linee guida non contengono solamente prescrizioni di perizia, ma altresì di prudenza e diligenza, potendo così la norma applicarsi anche alle altre ipotesi di colpa generica.

Tale ultima soluzione, peraltro, appariva la più adatta al fine di sottrarre la norma ad una sostanziale disapplicazione. Come insegna la dottrina penalistica da svariati decenni³⁰, infatti, l'imperizia non è altro che una negligenza o un'imprudenza qualificata dall'ambito tecnico in cui essa ha luogo, potendo verificarsi, come già avvenne in passato nell'applicazione in campo penale della norma sull'irresponsabilità per colpa grave in caso di problemi tecnici di speciale difficoltà prevista dall'art. 2236 c.c., di cui si tratterà nel prosieguo del presente lavoro³¹, una tendenza della giurisprudenza a definire un contegno in un modo piuttosto che in un altro in ragione della sola volontà di sottrarlo o meno alla sanzione penale.

A dispetto di tali rilievi e del menzionato orientamento minoritario, il quale rilevava la necessità di estendere l'irrelevanza penale della colpa lieve anche ai contegni connotati da imprudenza e negligenza, nel presente D.D.L. si è eliminato del tutto il riferimento alla responsabilità per sola colpa grave³² legando il beneficio

²⁷ Espone tale orientamento, tra gli altri, P. PIRAS, [Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi](#), in *questa Rivista*, 24 aprile 2015.

²⁸ Trattasi di Corte di Cassazione, Sez. IV, 19 gennaio 2015 (dep. 6 marzo 2015), n. 9923, Est. Piccialli, Imp. Manzo, reperibile in *questa Rivista*; Cass. pen. Sez. IV, 9 ottobre 2014 (dep. 17 novembre 2014), n. 47289, Est. Blaiotta, Imp. Stefanetti.

²⁹ Cfr. A. ROIATI, [Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia, Nota a Corte di Cassazione, Sez. IV, 9 ottobre 2014 \(dep. 17 novembre 2014\), n. 47289, Est. Blaiotta, Imp. Stefanetti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. 231 e ss.; C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza*, cit.

³⁰ Sulla facile intercambiabilità dei concetti di negligenza, imprudenza e imperizia si veda in passato G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, CEDAM, 1982, p. 477.

³¹ Cfr. par. 7.1.

³² Tale decisione è frutto dell'intervento del Senato, avendo la Camera mantenuto, nella prima approvazione del Disegno di legge, il riferimento alla irresponsabilità per colpa grave recitando il testo originario

dell'irresponsabilità penale per colpa all'adesione del sanitario alle linee guida ma per le sole condotte connotate da imperizia, il che pone il serio pericolo di andare incontro ai problemi denunciati.

Tale intervento pare andare in controtendenza sia rispetto alla strada intrapresa con il D.L. Balduzzi – in cui comunque vi era una timida apertura verso una generalizzata valorizzazione del grado della colpa ai fini della delimitazione della responsabilità penale in ambito sanitario – che rispetto ai principi che hanno ispirato altri legislatori europei, i quali hanno introdotto drastiche limitazioni della rilevanza penale della colpa “non grave” o, comunque, “non qualificata”³³.

Si rinvia ad altra sede per un esame compiuto sulla questione, anche perché essa coinvolge non solo il problema della responsabilità in ambito sanitario ma più in generale della responsabilità per colpa. Per quel che interessa ai fini del presente contributo è sufficiente rilevare che in numerosi Paesi europei non esiste la responsabilità penale per colpa semplice come noi la intendiamo e, ove l'aver commesso un fatto per colpa semplice dia luogo a sanzioni penali, ciò non comporta sovente conseguenze gravi in termini sanzionatori. Per rendersene conto è sufficiente considerare che i) in Spagna, a) l'omicidio colposo è sanzionato come delitto – con pena da uno a cinque anni di reclusione – solamente per *imprudencia grave* (colpa grave) ai sensi di quanto previsto dall'art. 142 comma 1 del Codice penal, e non per *imprudencia leve* (colpa lieve), quest'ultima dando luogo solamente ad una contravvenzione a querela di parte, punita con la multa ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 621 del Codice penal e b) le lesioni personali sono pure sanzionate quali delitto ai sensi dell'art. 152 del Codice penal solamente ove realizzate per *imprudencia grave*, dando luogo altrimenti a contravvenzione a querela di parte, sanzionata anch'essa con una semplice multa secondo quanto previsto sempre dall'art. 621 del Codice penal; ii) in Portogallo a) l'omicidio per semplice *negligencia* (colpa) è sanzionato penalmente ma dà luogo, alternativamente, alla pena della reclusione sino a tre anni o della multa, secondo quanto previsto dall'art. 137 comma 1 del Codice penal, mentre in caso di *negligencia grosseira* (colpa grave), secondo quanto previsto dal secondo comma della medesima disposizione, la sanzione diviene sino a cinque anni di reclusione mentre b) le lesioni sanzionate a titolo di *negligencia*, punibili a querela, danno luogo alternativamente, ai sensi dell'art. 148 del Codice penal, alla pena della reclusione o della multa ma se la lesione è scaturita da atto medico e ha dato luogo ad una malattia inferiore agli otto

“L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Agli effetti di quanto previsto dal primo comma è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge”.

³³ Siffatta impostazione richiama alla mente quanto osservato perspicuamente da G. P. DEMURO, Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 1673 e s., “una sensazione pervade: nella realtà politica e normativa del nostro tempo l'affermazione di un valore passa necessariamente per la criminalizzazione della sua offesa. Come l'araba fenice, il diritto penale si rigenera continuamente: da un lato si decriminalizza (o comunque almeno si decarcerizza); dall'altro l'allarme sociale finisce per imporre sempre la stessa risposta: nuove incriminazione”.

giorni il giudice può dispensare il soggetto dalla pena; iii) in Inghilterra, a) l'omicidio è sanzionato, a determinate condizioni, unicamente a titolo di *gross negligence* (colpa grave) la quale viene peraltro parametrata non confrontando la condotta dell'agente concreto con quella di un agente modello bensì con quella di un *reasonable man* (uomo ragionevole), il che innalza ulteriormente la soglia di rilevanza penale delle condotte e b) le lesioni colpose non hanno rilevanza penale³⁴; iv) in Francia, a) l'omicidio colposo è sanzionato ai sensi dell'art. 221-6 del Code penal con una pena di tre anni di reclusione e 45.000 euro di multa, mentre, b) le lesioni – che rilevano solamente ove determinino un'incapacità totale di lavorare per più tre mesi – sono sanzionate a titolo di *faute* (colpa) con la pena di due anni di reclusione e 30.000 euro di multa (deve però considerarsi che in Francia, secondo la nozione di colpa elaborata da dottrina e giurisprudenza, è esclusa la rilevanza penale della colpa lieve³⁵ e che, nella valutazione di colpa generica, il parametro di riferimento per valutare i contegni dell'agente concreto non è l'*homo eiusdem condicionis et professionis* o agente modello nostrano bensì l'uomo « normalmente diligente », il « buon cittadino », « buon padre di famiglia » o « buon professionista »³⁶, circostanza che innalza il livello di colpa penalmente rilevante in ragione del meno rigoroso parametro di riferimento con cui comparare il contegno dell'agente concreto).

3. Una seconda critica: il contrasto della normativa materia di responsabilità penale del medico con i principi di proporzione e *ultima ratio* dell'intervento penale.

Le considerazioni svolte nel paragrafo che precede paiono utili al fine di introdurre una riflessione sulla frizione dell'attuale sistema sanzionatorio per gli episodi di omicidio colposo e lesioni colpose commesse dai sanitari nell'esercizio della propria attività – e di quello derivante dall'eventuale definitiva approvazione del Disegno di legge in commento – con alcuni fondamentali principi che regolano il nostro diritto penale.

Il ricorso alla sanzione penale, come noto, costituisce infatti la risposta estrema tra tutte quelle di cui l'autorità dispone³⁷ ed il ricorso alla stessa, dall'illuminismo in poi, è consentito solamente in presenza di due requisiti: i) l'assoluta necessità della medesima anche alla luce di un bilanciamento tra i costi dell'intervento penale e i benefici che la sanzione penale provoca sulla tutela dei beni giuridici (principio di proporzione) e ii)

³⁴ Per un contributo della dottrina italiana sul tema si veda G. PAVICH, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 50 e ss.

³⁵ Si veda B. BOULOC, *Droit pénal général*, XIV ed., Parigi, Dalloz, 2005, p. 243 e ss.

³⁶ Cfr. sul punto in dottrina tra i tanti S. PETIT, *Une nouvelle définition des délits d'imprudence*, in *Gazette du palais*, 2000, p. 1171 e ss. ed E. DREYER, *Droit pénal général*, II ed., Parigi, LexisNexis, 2012, p. 543 nonché, in giurisprudenza, Cass. crim., sent. 15 aprile 2008, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, p. 910 e, in tempi meno recenti, Cass. crim., sent. 13 novembre 1980, in *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambre criminelle*, 1980, n. 298 ; Cass. crim., sent. 23 ottobre 2001, in *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambre criminelle*, 2001, p. 218.

³⁷ Tra i tanti di recente G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, cit., p. 1654.

l'inadeguatezza di qualsiasi altro strumento previsto dall'ordinamento a proteggere in egual modo il medesimo bene giuridico (principio di *ultima ratio*). Ciò in quanto la sanzione penale lede il bene, pure costituzionalmente garantito, dell'inviolabilità della libertà personale, protetto dall'art. 13 Cost.³⁸, il che comporta che la sua lesione risulti possibile unicamente ove ciò sia assolutamente necessario³⁹. Inoltre, una sanzione la cui inflizione dia luogo a benefici inferiori ai costi della sua irrogazione sarebbe percepita come sproporzionata dal soggetto cui la stessa è inflitta, con conseguente violazione del principio di rieducazione del condannato, contenuto nell'art. 27 comma 3 Cost.⁴⁰.

Tali requisiti, proprio perché ancorati ai parametri costituzionali richiamati, prescindono totalmente dall'eventuale rilevanza costituzionale del bene giuridico danneggiato o offeso con il contegno tenuto dal singolo consociato, giacché tale eventuale rilevanza costituzionale non può da sola determinare automaticamente la necessità di proteggere il relativo bene a mezzo della sanzione penale. In altre parole, come ha rilevato da tempo parte della dottrina⁴¹, non esistono nella nostra Costituzione obblighi costituzionali impliciti di tutela di un bene giuridico. Applicando tali assunti teorici alla materia di cui ci si occupa, la circostanza che i comportamenti tenuti dai sanitari siano lesivi dei beni "vita" e "salute", quindi di beni che godono in massimo grado di protezione a livello costituzionale, non appare da sola sufficiente a giustificare l'incriminazione di condotte lesive degli stessi qualunque sia il grado di colpa del soggetto agente⁴².

Con riferimento al principio di proporzione, va rilevato che esso postula, come osservato, che i vantaggi che la società si attende dalla comminatoria penale formulata per la tutela di un bene giuridico – o di una determinata modalità di lesione di un bene giuridico – siano confrontati con i costi della pena di ordine sociale, economico ed individuale in termini di pregiudizio per la libertà personale, per il patrimonio, per la reputazione del soggetto condannato e così via⁴³. Il controllo sul rispetto di tale principio passa, secondo la dottrina, per la duplice verifica sull'efficacia ed effettività della sanzione penale⁴⁴ rispetto a un determinato comportamento.

Quanto alla prima, occorre che la pena abbia a livello empirico un reale effetto di prevenzione generale tale per cui l'incriminazione di un certo tipo di contegno determini, a livello sociale, l'automatica diminuzione del medesimo. Con riferimento,

³⁸ M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 41 e ss.

³⁹ Così fra gli altri G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Vol. I, Torino, Giappichelli, 2004, p. 52 e ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, V ed., 2015, Milano, Giuffrè, 2015, p. 14; F. MANTONVANI, *Diritto penale*, VIII ed., Padova, CEDAM, 2013, p. 204 e ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 11 e ss.; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit.

⁴⁰ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 14.

⁴¹ Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano Giuffrè, 2001, p. 512.

⁴² Sulla circostanza che al giorno d'oggi si debba essere contrari all'idea che identifica *tout court* la tutela dei diritti della persona con il diritto penale si veda G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, cit., p. 1690.

⁴³ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 14.

⁴⁴ Il passaggio è chiaramente esplicitato da G. P. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1660 e ss.

invece, alla verifica sull'effettività, è necessario dimostrare l'idoneità del mezzo-pena a realizzare, mediante la diminuzione dei comportamenti costituenti illecito penale, una sorta di utile sociale che sia superiore ai costi dell'infrazione della pena⁴⁵.

Ebbene, la oramai pluridecennale storia dell'indiscriminato intervento penale nel settore sanitario sembra dimostrare che esso sia, da un lato, non solo inutile, ma addirittura dannoso, confliggendo così il suo mantenimento con il sopra menzionato principio di proporzione in ambito penale e, dall'altro, facilmente sostituibile con presidi non penali, collidendo la sua permanenza con il principio di *ultima ratio* dell'intervento penale.

Sulla dannosità di un massiccio intervento penale in ambito sanitario riteniamo che, oltre alle considerazioni già esposte in precedenza, sia opportuno rilevare come esso, in realtà, paia comportare a livello generale una diffusa lesione proprio di quei beni che astrattamente vorrebbe tutelare – ossia la vita e l'integrità fisica – in misura forse addirittura maggiore di quanto non lo facciano i contegni lesivi dei singoli sanitari che vengono penalmente sanzionati. Sulle problematiche per la salute dei cittadini derivanti dalla medicina difensiva nonché sugli enormi costi della medesima – il che comporta una dispersione di fondi che potrebbero utilmente essere destinati altrove⁴⁶ – si rinvia a quanto scritto in precedenza⁴⁷.

Non solo, come visto non pare neppure che l'intervento penale sia conforme al menzionato principio di *ultima ratio*, ben potendo altri rami dell'ordinamento, in particolare quello civile, disciplinare e amministrativo⁴⁸, assolvere al compito di sanzionare per lo meno le più lievi irregolarità nella condotta dei medici, come già avviene nella stragrande maggioranza dei Paesi europei, in cui solo di rado contegni di colpa medica ricadono nell'ambito penale⁴⁹.

4. Una terza critica: la permanente violazione del diritto alla salute, del principio di libertà terapeutica e del diritto alla autodeterminazione del paziente.

Il Disegno di legge in commento non si premura di risolvere nemmeno un ulteriore grave problema che è scaturito dall'applicazione del D. L. Balduzzi. Come osservato, infatti, l'esclusione della responsabilità per colpa lieve è stata condizionata, i) alla circostanza che il medico abbia effettivamente seguito una linea guida che tuttavia,

⁴⁵ Sul punto C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 1447; G. P. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1661.

⁴⁶ Per rendersene conto si pensi che l'importo stimato dell'ultima legge di stabilità ammonta a 27 miliardi di euro, come riportato in [questa pagina web \(repubblica.it\)](http://www.repubblica.it), ossia neanche il doppio dei costi sostenuti per le attività di medicina difensiva nell'anno 2007.

⁴⁷ Cfr. paragrafo 2.

⁴⁸ In generale, con riferimento a vari rami dell'ordinamento, proposte simili sono state fatte tra gli altri da F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 365 e ss., con riferimento agli eventi lesivi connessi ad attività ad alto rischio tecnologico, nonché da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 221 e ss., per ciò che concerne attività di impresa complesse.

⁴⁹ Si rinvia sul punto ancora al paragrafo 2.

nel caso pratico, non doveva essere seguita⁵⁰ o ii) secondo parte della giurisprudenza, al fatto che il sanitario, nel seguire una linea guida, abbia compiuto un errore⁵¹, impostazione non modificata dal testo in commento che elimina il riferimento al grado della colpa ma concepisce l'esclusione da responsabilità penale per imperizia in caso di adesione alle linee guida.

Siffatta interpretazione pare, tuttavia, porsi in frontale contrasto con il principio di libertà terapeutica, con il diritto alla salute e con il diritto all'autodeterminazione del paziente, garantiti dagli artt. 32 e 33 della Costituzione, in quanto prospetta al sanitario un beneficio da un punto di vista del possibile risvolto penale delle sue azioni, condizionato all'esecuzione delle proprie prestazioni in possibile difformità i) dalle conoscenze scientifiche più recenti e ii) dalla volontà del paziente.

Per rendersi conto di tali problematiche è sufficiente ipotizzare due casi, la cui ricorrenza appare del tutto possibile nella prassi.

Esempio a): un medico, particolarmente zelante ed attento al proprio aggiornamento professionale, apprende ad un convegno internazionale cui partecipano i più illustri studiosi di un dato tema, una metodologia, maggiormente efficace di quelle sino a quel momento conosciute ed impiegate presso la comunità scientifica, per gestire una determinata patologia, la cui descrizione è già stata pubblicata sulle più importanti riviste di settore, ma non ancora recepita dalle linee guida⁵².

Esempio b): un altro sanitario è a conoscenza di una tecnica di cura la cui validità scientifica è pacifica, perché anch'essa recepita in riviste scientifiche di settore la quale,

⁵⁰ Cfr. sul punto P. PIRAS, [In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189 \(linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica\)](#), in questa Rivista, 26.11.2012.

⁵¹ In questo senso, alcune sentenze della Corte di Cassazione hanno così, sia pur minimamente, esteso i presupposti applicativi della norma, ricomprendendo circostanze in cui di fatto il sanitario, errando nell'esecuzione delle prescrizioni di una linea guida, non sta, effettivamente, seguendo la linea guida. In questo senso si è pronunciata Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, in questa Rivista, 11 aprile 2013, con nota di F. VIGANÒ, [Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione](#), che ha rilevato come "potrà ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico e terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadrando correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore proprio nell'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore non sia lieve". In senso contrario si veda però ad esempio Cassazione penale, Sez. IV, sent. 3 febbraio 2016, n. 4468, in *Diritto penale e processo*, 2016, p. 642 e ss., in cui la Suprema Corte ha affermato "ciò che rileva al fine della non configurabilità della colpa lieve è che, rimasta accertata una errata manovra di esecuzione dell'esame strumentale in parola, tale condotta, come delineata e censurata dal CT, e come ritenuta dai giudici del merito (v. supra), indubitabilmente non può integrare l'ipotesi di colpa lieve, nell'accezione della novella, atteso che essa è sintomatica della mancata adozione di quelle necessarie attività mediche (linee guida) che avrebbero evitato la lesione procurata alla paziente".

⁵² Le linee guida, proprio perché dovrebbero cristallizzare le migliori e più condivise acquisizioni scientifiche su un dato tema, necessitano di tempi lunghi ai fini della loro adozione dovuti i) alle tempistiche necessarie alla formazione dei panel di esperti ed alla riunione dei medesimi, ii) allo studio dei testi scientifici di riferimento e iii) alla selezione, studio e stesura dei migliori contegni possibili. Sul tema delle modalità di adozione e stesura delle linee guida e sulle problematiche a ciò connesse si veda M. CAPUTO, ["Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica](#), in questa Rivista, 16 luglio 2012.

pur non essendo cristallizzata in una linea guida, è a suo giudizio meglio aderente alle esigenze del paziente, il quale peraltro vorrebbe seguire tale percorso e non, invece, quello previsto dalle linee guida.

Nelle ipotesi sopra descritte, le disposizioni del D.L. Balduzzi, che sul punto non vengono in alcun modo modificate dal D.D.L. Gelli – Bianco, pongono il sanitario di fronte a scelte drammatiche, ossia se seguire quanto previsto dalle linee guida e beneficiare dell'esclusione di responsabilità, ovvero applicare una tecnica aggiornata (nell'esempio a) o un percorso terapeutico riconosciuto e condiviso con il paziente (nell'esempio b) ma non beneficiare di siffatta esenzione di responsabilità.

Il condizionamento del beneficio dell'irresponsabilità penale all'adesione alla linea guida, introdotto dal D.L. Balduzzi e rafforzato dalle disposizioni del D.D.L. Gelli – Bianco, appare pertanto lesivo, in quanto interpretato dalla giurisprudenza nei termini che si sono prospettati, del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione del paziente, di cui all'art. 32 Cost., nonché del principio di libertà terapeutica, garantito *ex art. 33 Cost.* Con riferimento al primo, appare evidente la lesione nella misura in cui il condizionamento del beneficio all'aver seguito una linea guida rischi di indurre la classe medica a non rappresentare al paziente tecniche o possibilità terapeutiche magari più aggiornate e già cristallizzate nella comunità scientifica di riferimento – ovvero preferite dal paziente – ma non ancora recepite in linee guida bensì solo quelle contenute nei testi menzionati. Con riguardo al secondo, sembra pure significativa la violazione derivante dalla circostanza che, anche in questo caso, il medico viene indotto a seguire non la tecnica che gli appare preferibile in ragione del complesso di conoscenze scientifiche di cui è in possesso ma, ancora una volta, quella cristallizzata nel testo medesimo.

5. Una quarta critica: il congedo dal criterio del grado della colpa e l'introduzione di un generale dovere di adesione alle linee guida.

Oltre ai problemi già rilevati, ve n'è un altro che assume una significativa importanza.

Il D.L. Balduzzi, infatti, si segnalava per tutta una serie di problematiche, tra le quali la principale era la circostanza che il legislatore non avesse in alcun modo definito la colpa grave.

Le gravi conseguenze, sul piano pratico, di tale mancata definizione erano state sottolineate dalla Corte di Cassazione nella pronuncia più importante che abbia riguardato la normativa in commento⁵³, all'interno della quale i Supremi Giudici hanno rilevato che *“il legislatore ha evidentemente utilizzato lo strumento costituito dal modellamento della colpa che, come si è visto, si rinviene nella tradizione penalistica italiana proprio in tema di responsabilità medica; e che si riscontra pure in molti ordinamenti stranieri. Si è quindi scelto di distinguere tra colpa lieve e colpa grave. La nuova normativa non ha definito le due figure, né ha*

⁵³ Si tratta della già menzionata Cassazione penale, sentenza n. 16237 del 2013, in *questa Rivista*, 11 aprile 2013, con nota di F. VIGANÒ, [Linee guida](#), cit.

tratteggiato la linea di confine tra esse; e d'altra parte non vi sono elementi per ritenere che si sia voluto far riferimento a categorie estranee alla tradizione penalistica nazionale, quale si esprime nella già evocata giurisprudenza. L'assenza di una definizione legale complica senza dubbio le cose. L'esperienza giuridica insegna che, quando una categoria giuridica si scompone in distinte configurazioni, l'interprete si trova solitamente ad affrontare complesse questioni che riguardano il tratteggio dell'area di ciascuna figura e la collocazione nell'uno o nell'altro settore concettuale di comportamenti che si trovano in una sfumata zona grigia sita ai margini del metaforico segno di confine. Tale compito si preannunzia particolarmente arduo in un ambito come quello di cui ora ci si occupa. Intanto, si è al cospetto dell'elemento soggettivo del reato, quello che per sua natura maggiormente sfugge all'umana comprensione, che assai spesso non mostra segni di sé e chiede al giudice l'immane compito di scorgere e ponderare segni, indizi impalpabili dai quali inferire l'atteggiamento interiore. La difficoltà diviene massima nell'ambito della colpa, figura soggettiva d'impronta marcatamente normativa, priva di contenuto psicologico: qui, in fin dei conti, tutto si risolve nella valutazione che il giudicante esprime. Dunque, il peso dell'apprezzamento tecnicamente "discrezionale" è massimo".

Le parole della Cassazione sembravano rimproverare al legislatore del D.L. Balduzzi una eccessiva trascuratezza in punto di precisione della norma⁵⁴, che pur costituisce parte integrante del principio di legalità garantito dall'art. 25 comma 2 Cost.: il D.L. Balduzzi, infatti, avrebbe estromesso taluni contegni dall'area del penalmente rilevante, senza tuttavia aver chiarito in termini netti quali siano tali contegni, rendendo così più difficile per l'interprete comprendere quando sia necessario punire e quando no e per il medico capire quando la sua condotta colposa può essere oggetto di sanzione penale, con una valutazione rimessa ampiamente alla discrezionalità del giudicante.

Con il disegno di legge in commento il legislatore, anziché cogliere il monito dei giudici di legittimità e tentare di riparare alle lacune evidenziate non solo non ha offerto alcun tipo di possibile soluzione, ma ha addirittura peggiorato il quadro normativo, eliminando il riferimento al grado della colpa⁵⁵ ed introducendo un generale dovere per il medico di seguire le linee guida, che pare poter influire sullo stesso giudizio di valutazione della colpa in capo all'agente. Come rilevato in precedenza, l'art. 5 di tale disegno di legge prevede infatti che gli esercenti la professione sanitaria "si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 [...]". Tale norma, ad avviso di chi scrive, sembrerebbe addirittura poter avere l'effetto di mutare profondamente il quadro della responsabilità sanitaria, introducendo a livello normativo una regola cautelare scritta – il dover seguire la linea guida – che potrebbe comportare l'affermazione della sussistenza di una condotta colposa in capo all'esercente la professione medica per il solo fatto di non aver seguito tale regola cautelare.

Inoltre, l'inciso che impone al medico di discostarsi dalle linee guida in caso di "specificità del caso concreto" non pare far altro che peggiorare il quadro normativo in quanto del tutto generico, come tale passibile di possibili interpretazioni

⁵⁴ Sul punto cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, cit., p. 63 e ss.

⁵⁵ Su tale scelta si vedano le considerazioni di C. CUPELLI, [Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità](#), in questa Rivista, 16 gennaio 2017.

giurisprudenziali antitetiche e quindi anch'esso contrastante con il principio di precisione per le medesime ragioni poc'anzi esposte.

In altre parole, mentre in precedenza la valutazione sulla colpa a carico del sanitario era una valutazione di colpa c.d. generica e l'eventuale uniformarsi del medesimo ad una linea guida serviva unicamente i) prima dell'introduzione del D.L. Balduzzi, a ricostruire il contegno che avrebbe dovuto tenere l'agente modello nel caso di specie⁵⁶ nonché ii) dopo l'introduzione del D.L. Balduzzi, a beneficiare del parziale scudo offerto dalla novella normativa, se dovesse essere approvata la riforma pare che il solo fatto di non aver seguito una linea guida, per effetto di tale norma che sembra avere nell'ottica del legislatore una chiara finalità preventiva⁵⁷, possa essere foriero dell'affermazione di sussistenza del carattere colposo della condotta a titolo di colpa specifica per violazione di legge. Vero che, come ha ormai da tempo rilevato la dottrina più attenta, un giudizio di colpa rispettoso del principio di colpevolezza dovrebbe abbracciare non solo la condotta ma, nei reati d'evento – che sono quelli aventi ad oggetto la responsabilità dei sanitari – anche l'evento, tuttavia è evidente che un tale, pressoché automatico, giudizio sul carattere colposo della condotta potrebbe pesare come un macigno sulla valutazione di responsabilità del sanitario, stante anche la purtroppo sempre più consolidata prassi giurisprudenziale di non conferire un significativo valore al giudizio di colpa sull'evento⁵⁸.

L'inadeguatezza delle linee guida ad essere fonte di responsabilità a titolo di colpa specifica era stata tuttavia già rilevata da parte della giurisprudenza, all'epoca in cui si rifletteva circa la collocazione di tali testi all'interno delle "discipline", valevoli a fondare un addebito a titolo di colpa specifica ex art. 43 c.p. In sede di legittimità era stato infatti rilevato che *"le linee guida non possono fornire, infatti, indicazioni di valore assoluto ai fini dell'apprezzamento dell'eventuale responsabilità del sanitario, sia per la libertà di cura, che caratterizza l'attività del medico, in nome della quale deve prevalere l'attenzione al caso clinico particolare e non si può pregiudizialmente escludere la scelta consapevole del medico che ritenga causa cognita di coltivare una soluzione terapeutica non contemplata nelle linee guida, sia perché, come già evidenziato da alcuna delle sentenze citate, in taluni casi, le linee guida possono essere indubbiamente influenzate da preoccupazioni legate al contenimento dei costi sanitari oppure si palesano obiettivamente controverse, non unanimemente condivise oppure non più rispondenti ai progressi nelle more verificatisi nella cura della patologia"* e che conseguentemente *"deve essere allora solo ribadito che le linee guida e i protocolli, proprio in ragione delle peculiarità della attività del medico, che sfugge a regole rigorose e predeterminate,*

⁵⁶ Si veda sul punto Cass. pen., sez. IV, sent. 11 luglio 2012 n. 35922, Ingrassia, in *Diritto penale e processo*, 2013, p. 191, con nota di L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*.

⁵⁷ Le regole di condotta rilevanti ai fini del giudizio di colpa sono infatti come noto unicamente quelle con finalità preventiva che, conseguentemente, hanno lo scopo di neutralizzare o ridurre il pericolo che da quella condotta possano derivare effetti dannosi o pericolosi rilevanti ai sensi di una fattispecie di reato colposo. Sul punto si vedano diffusamente G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 339.

⁵⁸ Svolge questa considerazione con la citazione di pronunce giurisprudenziali sul punto ancora A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 170 e ss.

non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'articolo 43 c.p. "leggi, regolamenti, ordini o discipline"⁵⁹.

La circostanza che l'uniformarsi a tali testi diventi una vera e propria regola cautelare pare quindi poter generare ulteriori dubbi di costituzionalità della introducenda disciplina per le medesime ragioni sopra esposte.

Con riferimento a tale ultimo problema, nell'ottica di fornire all'interprete un possibile aiuto nell'ipotesi in cui la norma in commento dovesse essere definitivamente approvata, era stato rilevato ⁶⁰ che una soluzione per evitare una eventuale incostituzionalità della norma avrebbe potuto essere quella di valorizzare l'istituto delle "buone pratiche", facendovi rientrare tutte quelle istruzioni di comportamento, clinico e assistenziale, dotate di consenso scientifico le quali non sono ancora cristallizzate all'interno di una specifica linea guida – la quale come noto richiede molto tempo per la sua formazione – ma che tuttavia costituiscono patrimonio della Comunità di riferimento in quanto diffuse nei convegni o nei testi scientifici.

A tale qualificazione non appariva ostare il tenore letterale della norma, la quale anzi pare prestarsi, data la sua vaghezza, a ricomprendere significanti del tipo di quelli indicati, i quali paiono utili ad evitare le serie problematiche di costituzionalità della norma nei termini prospettati.

Il D.D.L. in commento pare non consentire più all'interprete una soluzione di questo tipo in quanto, esplicitamente, prevede all'articolo 6 che le buone pratiche clinico – assistenziali siano utilizzabili ai fini dell'affermazione dell'insussistenza di responsabilità in sede penale unicamente in assenza di linee guida sulla materia, circostanza che sussisterà solo in pochissimi casi, esistendo come noto linee guida su ogni ambito della scienza medica.

5.1. Una possibile definizione di colpa grave.

Tra le ragioni per le quali il legislatore ha deciso di eliminare il riferimento al grado della colpa, pare esservi anche la difficoltà della definizione della nozione di colpa grave, concetto che, sotto la vigenza dell'attuale disciplina introdotta dal D.L. Balduzzi, è gravido della conseguenza pratica della rilevanza penale o meno della condotta del

⁵⁹ Acutamente in questo senso Cassazione penale, sent. n. 35922 del 2012.

⁶⁰ Ritene condivisibilmente che la nozione di buona pratica possa essere impiegata nel senso appena menzionato C. BRUSCO, [Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. Decreto Balduzzi](#), in *questa Rivista*, 22 settembre 2013, p. 64, secondo il quale tale concetto sembra fare riferimento più che ad una disciplina regolamentata, a differenza di quanto accade nelle linee guida e nei protocolli, alla concreta attuazione delle linee guida o a procedure non previste dalle linee guida ma comunemente applicate, di cui sia riconosciuta – ad esempio in testi scientifici di cui non sia contestata l'autorevolezza – l'efficacia terapeutica o comunque la non dannosità per il paziente. Nel medesimo senso sembra anche C. PIZZIMENTI, *La responsabilità del medico tra linee guida e colpa non lieve*, cit., p. 335; volendo sul medesimo tema cfr. anche P.F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative*, cit.

sanitario, il quale non ha elementi che gli consentano con certezza di stabilire a quali condizioni la sua condotta possa essere penalmente sanzionata⁶¹.

L'estromissione dall'area del penalmente rilevante delle condotte predicate da colpa lieve nella materia di cui trattasi appariva opportuna se si considera che, a livello generale, già il Carrara, nel suo Programma del corso di diritto criminale⁶², scriveva che *"è quasi impossibile immaginare una disgrazia qualunque, che non si fosse potuta antivenire con maggiore previdenza... ma quando tale prevedibilità o prevenibilità era così difficile, così fuori dall'ordinario corso degli umani calcoli, che la maggior parte degli uomini non vi avrebbe posto mente, si avranno i termini ontologici della colpa, ma sarà colpa tanto lieve, che per gli effetti giuridici dovrà equipararsi al caso"*; e ancora, trattando proprio della necessità di escludere che i gradi più bassi della colpa diano in generale luogo a responsabilità penale *"la ragione di siffatta regola è evidente. La pubblica opinione in siffatte contingenze si muove alla pietà, non al timore. Ciascuno, portando l'esame sopra se stesso, ripete nel suo cuore, che ciò sarebbe avvenuto a tutti; e tale coscienza non è compatibile con la coscienza della necessità di una punizione. L'opinione della sicurezza non si commuove per il fatto, e poiché ognuno sente che a sua volta potrebbe trovarsi nel caso uguale di essere causa inconsapevole dell'altrui morte, quell'allarme, che non ha eccitato il fatto, non eccita invece la punizione, ed il fine della tranquillità non è manomesso. Non v'è bisogno di fare un esempio agli scioperati dove non v'è stata scioperataggine, non v'è bisogno di calmare i sospetti dei buoni dove i buoni non sentono timore. La ragione politica dell'imputabilità per colpa scompare affatto. Un omicidio, commesso per colpa lievissima, non è niente di più che una sventura, e le sventure domandano lagrime e comforti, non pene"*.

Nonostante la recente eliminazione del grado della colpa dal corpo del disegno di legge in commento, riteniamo quindi in questa sede comunque utile tentare di formulare una definizione di colpa grave e questo sia nell'eventualità che il legislatore, in "zona Cesarini", decida di reintrodurre il concetto, magari tentando finalmente di qualificarlo, sia per fornire all'interprete un aiuto per la decisione dei casi di colpa professionale medica avvenuti sotto la vigenza dell'attuale disciplina introdotta dal D.L. Balduzzi.

De lege lata, rinviando ad un successivo lavoro per ulteriori approfondimenti, riteniamo innanzitutto che alla colpa grave debba essere riconosciuta la medesima natura della colpa semplice, risultando i contegni tenuti con tale grado di colpa, maggiormente gravi di quelli tenuti con colpa semplice. La differenza tra le due forme di colpa dovrebbe essere, in altre parole solo di tipo quantitativo e non qualitativo (nessuno spazio dovrebbe, insomma, stante l'attuale assetto normativo, essere concesso a concetti come "indifferenza", "malignità" e simili ai fini della individuazione della colpa grave).

⁶¹ Tale situazione pare porre seri problemi di compatibilità, per ciò che concerne la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche con l'articolo 7 CEDU, il quale espressamente tutela altresì la prevedibilità della sanzione penale.

⁶² In questa sede si fa riferimento a F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale – Parte generale*, vol. II, X ed., Firenze, 1907, § 120.

Al fine di misurare il grado dell'elemento soggettivo colposo – nei casi in cui ciò serva ad escludere la responsabilità penale e peraltro anche nelle ipotesi in cui invece sia necessario determinare il *quantum* di pena ai sensi dell'art. 133 c.p. – pare necessario dover richiamare due criteri.

Il primo, di tipo schiettamente oggettivo e basato sul carattere normativo che il giudizio di colpa presenta all'interno del nostro ordinamento, è fondato sulla distanza che sussiste tra la condotta tenuta dall'agente nel caso concreto e quella che al suo posto avrebbe tenuto un *homo eiusdem condicionis et professionis* o omologo agente ideale. Tanto più la condotta tenuta dall'agente concreto si discosta da quella che avrebbe tenuto al suo posto l'*homo eiusdem condicionis et professionis*⁶³, ovvero, nel caso di regole cautelari codificate, dal contegno imposto dalle medesime, tanto più aumenta la gravità della sua colpa.

La funzione del parametro appena descritto, e la sua utilità al fine di verificare la gravità della colpa in una situazione concreta, può ben essere illustrata dall'esempio che segue, impostato, per comodità del lettore, su un caso di colpa c.d. specifica, in cui il contegno tenuto dall'agente concreto contrasta con una regola cautelare scritta.

Un automobilista, viaggiando su una strada il cui limite di velocità è di cinquanta chilometri orari, supera la soglia imposta dalla norma cautelare. Ma ben diversa sarà la gravità della colpa di chi viaggi a sessanta chilometri orari rispetto a quella di chi, invece, proceda alla velocità di centoventi chilometri orari. La condotta sarà infatti "semplicemente" o "lievemente" colposa, ove essa si sia estrinsecata in un superamento di soli dieci chilometri all'ora del limite consentito, mentre sarà, al contrario, "gravemente" colposa nel caso in cui la velocità sia stata di ben settanta chilometri oltre la soglia prevista dalla norma⁶⁴.

Tirando le somme, si può quindi anzitutto affermare che la colpa grave consiste nella divergenza di grado elevato tra la condotta tenuta dall'agente concreto e quella che i) nei casi di colpa specifica, è indicata dalla regola cautelare contenuta in leggi, regolamenti, ordini o discipline e ii) nei casi di colpa generica, avrebbe tenuto l'agente modello o omologo agente ideale⁶⁵.

La domanda che ci si deve porre, tuttavia, è se tale divergenza risulti da sola sufficiente ad affermare la sussistenza della colpa grave a carico dell'agente concreto.

⁶³ Tale è il parametro principale per valutare la gravità della colpa secondo gran parte della dottrina. Si veda ad esempio T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1969, p. 882; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 558; G. LOSAPPIO, *Dosimetria della colpa civile e penale*, in *L'Indice penale*, 1992, p. 713; P. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 493; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, CEDAM, 1979, p. 279; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, CEDAM, 2007, p. 344; M. ROMANO, sub art. 43 c.p., in *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., vol. I, Milano, Giuffrè, 2004, p. 470 e ss.

⁶⁴ L'esempio è riportato da F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 652 e ss. In senso simile si vedano G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 333, i quali sottolineano che qualora un automobilista abbia superato il limite orario di velocità di un solo chilometro il grado della colpa risulta minimo.

⁶⁵ F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 652.

Secondo la prevalente dottrina, la risposta a tale interrogativo deve essere negativa: la dottrina penalistica ha tentato di individuare, a fianco al criterio della divergenza tra la condotta tenuta dall'agente concreto e quella imposta dalla regola cautelare scritta ovvero ricostruita sulla base dell'agente modello, ulteriori indici da prendere in considerazione ai fini del giudizio sulla gravità della colpa e dai quali pare non potersi prescindere per un giudizio che sia rispettoso dei principi fondamentali sottesi alla sanzione penale per la responsabilità colposa.

Tra questi, un ulteriore indicatore che parte della dottrina ha considerato quale parametro di valutazione utile a valutare la gravità della colpa – e che riteniamo possa costituire il secondo criterio aggiuntivo rispetto alla divergenza tra la condotta posta in essere e quella dovuta sulla base della regola cautelare violata – è quello della prevedibilità dell'evento lesivo. Esso infatti presenta la caratteristica di risultare ampiamente graduabile, ben prestandosi a fungere da indice per la misurazione del grado della colpa⁶⁶.

L'operare di siffatto indice, tuttavia, potrebbe condurre a risultati in ordine alla gravità della colpa non necessariamente analoghi a quelli scaturenti dalla valutazione compiuta sulla base della intensità della violazione della regola cautelare. Ci si potrebbe trovare, in altre parole, di fronte ad una situazione in cui la divergenza tra la condotta imposta dalla regola cautelare e quella tenuta dall'agente concreto sia di grado elevato ma, ciò non di meno, la prevedibilità dell'evento lesivo non risulti elevata. Tale situazione può accadere, con discreta frequenza, soprattutto nell'ambito degli addebiti mossi a titolo di colpa specifica, in cui la norma predisposta dal legislatore indica con precisione il contegno che deve tenere l'agente in determinate circostanze.

Si pensi, con riferimento all'esempio riportato in precedenza, al citato automobilista che viaggia in città ad una velocità di centoventi chilometri all'ora. Ebbene, sul piano della prevedibilità in grado elevato dell'evento lesivo, un conto sarà se questi proceda a tale velocità in pieno orario notturno, su una strada deserta in cui non si vedono altri conducenti lungo la via. Altra gravità avrà invece la condotta tenuta dal medesimo automobilista qualora la violazione di settanta chilometri all'ora del limite di velocità venga tenuta su una strada molto trafficata, magari in presenza di condizioni climatiche sfavorevoli, come accade qualora sulla strada sia presente nebbia, ghiaccio o pioggia.

Il criterio della prevedibilità in concreto dell'evento lesivo risulta quindi prestarsi ad essere un indice ausiliario di definizione della gravità della colpa. La tesi che vede nella prevedibilità dell'evento per l'agente concreto un criterio ausiliario per determinare la gravità della colpa è stata sostenuta dalla dottrina penalistica italiana sin dalla fine del 1800. Già in quel tempo, Carrara rilevava, infatti, che siccome la possibilità di prevedere l'evento risulta suscettibile di essere commisurata tra un minimo ed un massimo, esprimibile anche in percentuale, risultasse del tutto logico dedurre che ad una

⁶⁶ Sottolinea la circostanza che il carattere della prevedibilità dell'evento risulta utile sia a fondare il giudizio sulla sussistenza della colpa che il grado della medesima risultando così coerente da un punto di vista sistematico F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 664.

maggiore possibilità di previsione dovesse corrispondere un maggior grado di colpa e viceversa⁶⁷.

La prevedibilità pertanto presenta la caratteristica di essere un concetto ampiamente graduabile⁶⁸.

Vi è tuttavia una fondamentale differenza rispetto alla valutazione di prevedibilità che veniva fatta un tempo: ciò che rileva non è più il grado oggettivo di possibilità o probabilità che l'evento si verifichi, bensì il grado di possibilità o probabilità che l'evento si verifichi per l'agente modello. La colpa andrà quindi considerata tanto più grave quanto maggiore risultava prevedibile l'evento per un *homo eiusdem condicionis et professionis*⁶⁹.

Questa figura, è stato osservato in dottrina, dovrebbe essere ricostruita prendendo le mosse dalla persona dell'imputato ed individuando, sulla base di alcune note distintive del medesimo, il gruppo di persone a lui omologhe all'interno delle quali andrebbe estrapolata la persona modello o ideale, ossia un agente avveduto e coscienzioso che non sia un uomo medio, ma nemmeno un soggetto sapientissimo ed espertissimo⁷⁰. Circa le note distintive provenienti dall'imputato ed utili a definire la figura dell'agente modello, esse possono essere di volta in volta individuate, in base al caso concreto, in una o più delle seguenti:

- i) nella professione, mestiere o ufficio svolto dall'agente,
- ii) nell'attività svolta nel caso specifico oggetto di giudizio dal medesimo,
- iii) nell'età dello stesso,
- iv) nelle sue caratteristiche più significative e marcate che siano durature e imm modificabili quali la struttura fisica comprensiva di eventuali menomazioni.

Alcune delle posizioni dottrinali menzionate, peraltro, paiono collegare direttamente l'elevata prevedibilità dell'evento alla gravità della difformità tra la condotta tenuta e quella dovuta anche se, a parere di chi scrive, i due criteri potrebbero,

⁶⁷ Così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1882, p. 95.

⁶⁸ Questa impostazione, peraltro, trova un proprio originario fondamento nella valutazione della gravità della colpa che veniva compiuta in diritto romano, in cui la *culpa lata* sussisteva ove ci si trovasse in presenza di una prevedibilità per l'agente, in grado massimo; la *culpa levis* ove tale prevedibilità sussistesse solamente in grado medio e invece la *culpa levissima* nel caso in cui l'evento potesse essere previsto nel caso concreto solamente da un soggetto dotato di intelligenza straordinaria e poco comune. La prevedibilità della colpa, secondo tale impostazione, comportava che in relazione ad una determinata condotta, è possibile sostenere che la verifica di un evento risulti impossibile, possibile, probabile, molto probabile ovvero quasi certa. Sul tema della graduabilità della colpa si vedano F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 244. Sostengono in maniera pacifica la graduabilità del criterio della prevedibilità dell'evento altresì F. CARRARA, *Programma del corso di diritto penale*, cit., p. 95; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, CEDAM, 2007, p. 354; M. ROMANO, *sub art. 43 c.p.*, cit., p. 471.

⁶⁹ In questo senso M. ROMANO, *sub art. 43 c.p.*, cit. In materia di reati fallimentari si veda inoltre C. PEDRAZZI, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, Zanichelli, 2003, p. 135 in cui il chiaro Autore evidenzia, nel reato di bancarotta fallimentare di cui all'art. 217 comma 1 n. 4 l. fall., che il requisito della misura grave della colpa postuli un'agevole conoscibilità del dissesto ed un elevato grado di prevedibilità del risultato di aggravamento facendo pertanto esplicito riferimento alla circostanza che la prevedibilità dell'evento risulti criterio idoneo ad accertare il grado della colpa del soggetto agente.

⁷⁰ F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello*, cit., p. 16.

specie nel caso in cui l'agente violi regole cautelari di tipo scritto, anche essere tenuti distinti, come nell'esempio riportato poc'anzi. Nell'ipotesi effettuata in precedenza, infatti, la divergenza tra la condotta tenuta dall'agente concreto e quella oggettivamente dovuta – in quanto imposta da una regola cautelare di tipo codificato – risulta elevata, eppure la colpa non risulterà grave se la prevedibilità dell'evento sarà presente in grado non elevato e ciò in quanto solamente questo ultimo giudizio consente di soggettivizzare il rimprovero per colpa, adeguandolo alle peculiarità della situazione concreta.

Da un punto di vista lessicale, la locuzione “prevedibilità in concreto dell'evento” risulterà analoga a quella di “riconoscibilità in concreto del pericolo di verificazione dell'evento”⁷¹, la quale conferisce rilievo ai fattori precedenti e concomitanti della condotta da cui dipende il giudizio sull'*an* e sul *quantum* della colpa e non solamente a quelli successivi⁷².

Concludendo, *de lege lata*, la valutazione della gravità della colpa dovrebbe risultare fondata su due differenti indici:

- i) il grado di divergenza tra la condotta tenuta dal soggetto agente e quella imposta dalla regola cautelare;
- ii) il grado di prevedibilità dell'evento lesivo, per un *homo eiusdem conditionis et professionis*, che si trovi ad operare nella medesima situazione in cui l'agente ha agito nel caso concreto.

È tuttavia necessario, a nostro avviso e sulla base delle posizioni della dottrina menzionata, che i due indici siano presenti contemporaneamente ai fini della sussistenza della colpa grave e che, conseguentemente, non possa parlarsi di colpa grave in assenza della sussistenza di uno dei due criteri appena individuati, non essendo i due criteri slegabili l'uno dall'altro.

La gravità della colpa, se si accede a questa ricostruzione, potrebbe anche essere rappresentata graficamente su un piano cartesiano in cui si colloca, sull'asse delle x, l'intensità della violazione della regola cautelare e, sull'asse delle y, la prevedibilità dell'evento. Più intensa è la violazione della regola cautelare e maggiore è la prevedibilità dell'evento, più lontano dall'origine sarà il valore di riferimento da considerare sulle assi del menzionato piano cartesiano. Collegando, con una linea retta, i valori segnati e colorando il triangolo così ottenuto – i cui tre vertici sarebbero costituiti dall'origine del nostro piano e dai punti posti sulle due assi in corrispondenza dei valori della violazione della regola cautelare e prevedibilità dell'evento – si potrà verificare già da un punto di vista visivo la differenza intercorrente tra contegni in cui entrambi i valori sono presenti in grado elevato e contegni in cui, differentemente, uno dei due valori sia presente in grado minimo.

Una tale impostazione per la valutazione della gravità della colpa certamente potrebbe essere utilizzata per le ipotesi di colpa specifica – in cui la regola cautelare è cristallizzata in una norma scritta e quindi è facile misurare quanto il contegno tenuto dall'agente concreto si discosti da quello dell'agente modello – mentre potrebbe variare,

⁷¹ Utilizzano questa espressione al posto di quella di prevedibilità dell'evento G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 302.

⁷² Si veda sul punto F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello*, cit., p. 214 e ss.

nelle ipotesi di colpa generica, a seconda che si acceda o meno alla tesi della “doppia misura della colpa”.

Circa la collocazione della colpa nella sistematica del reato, infatti, ad una tesi che inquadra la colpa nella categoria dogmatica della colpevolezza⁷³, se ne affianca un'altra secondo cui alla colpa va assegnata una doppia funzione (o misura, o posizione o rilevanza)⁷⁴ tale per cui essa, oltre a rilevare sul piano della colpevolezza (c.d. misura soggettiva della colpa) assume un ruolo già sul piano del fatto tipico (c.d. misura oggettiva della colpa)⁷⁵.

In particolare, a mente di questa seconda posizione, mentre in sede di tipicità si accerterebbe la violazione di un dovere oggettivo di diligenza, in sede di colpevolezza si individualizzerebbe il giudizio accertando se il soggetto che ha agito in concreto era in grado di impersonare il tipo ideale di agente collocato nella situazione concreta⁷⁶. La parametrizzazione della condotta dell'agente concreto con quella di un agente di riferimento, rileverebbe quindi già sul piano del fatto tipico, essendo poi necessario

⁷³ Cfr. ad esempio P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, p. 265 e ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 313 e ss.

⁷⁴ In questi termini S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 413; A. MANNA, *Corso di diritto penale – Parte generale*, II ed., Padova, CEDAM, 2012, p. 213 e ss. (sulla c.d. “misura soggettiva” della colpa, cfr. p. 390 e ss.); A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – Parte generale*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 261 – 262. Colloca la colpa già tra gli elementi del fatto tipico anche F. PALAZZO, *Corso di diritto penale – Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 319 e ss. Sempre nella manualistica, particolarmente significativo in ragione dell'analisi delle tipologie di reato suddivise in base ai binomi omissivo/commissivo e doloso/colposo, G. FIANDACA, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, VI ed., 2009. In termini simili cfr. pure M. ROMANO, *sub art. 43 c.p.* in *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., vol. I, Milano, Giuffrè, 2004, p. 457 e ss.; G. LOSAPPIO, *Dosimetria della colpa civile e penale*, in *Indice penale*, 1992, p. 711; U. PIOLETTI, *Fattispecie soggettiva e colpevolezza nel delitto colposo. Linee di un'analisi dogmatica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 529 e ss.; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale: lineamenti di una teoria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 90 e ss. e, più di recente, F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI – R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 70 e ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Indice penale*, 2012, p. 21 e ss. Tratta del fatto colposo evidenziando la necessità di considerare la colpa come già pertinente al fatto anche G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 149 e ss. Sembrano aderire all'impostazione appena menzionata, con riferimento ad un'ipotesi di colpa grave di recente introduzione, L. RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa “non lieve” del medico: è vera imperizia?*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 428 e con specifico riferimento ai reati omissivi, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1992, p. 821 e ss. In chiave comparatistica si veda altresì la monografia di A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2011, che propone di anticipare l'integrità degli elementi individualizzanti già a livello di fatto tipico. Nella dottrina tedesca si veda a favore di questa posizione, tra gli altri, H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale* (traduzione italiana a cura di C. PEDRAZZI), in *Jus*, 1952, p. 44.

⁷⁵ Per un'analisi della tematica anche in prospettiva storica e comparatistica si veda l'ampio lavoro di F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993, p. 133 e ss.

⁷⁶ Cfr. ancora S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., p. 445. In termini non dissimili si vedano pure D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasia tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, nota a Cass. pen., sez. IV, sent. n. 35823 del 2001, in *Cassazione penale*, 2002, p. 3845.

concludere la valutazione con la misura personalistica o individualizzante di tale giudizio⁷⁷.

Seguendo tale tesi, l'impostazione sopra menzionata potrebbe essere utile anche al fine del giudizio di colpa generica in quanto, al fine della valutazione sull'intensità della violazione della regola cautelare posta in essere dall'agente concreto, si sostituirebbe alla norma positiva, da collocarsi sull'asse delle x, quella derivante dall'individuazione della medesima sulla base del parametro oggettivo di diligenza, prudenza o perizia. La valutazione sulla prevedibilità dell'evento, invece, verrebbe comunque compiuta sul parametro dell'agente modello, andando così a rappresentare graficamente il giudizio sulla "misura soggettiva" della colpa.

Impiegando, invece, la tesi del collocamento della colpa nell'ambito della colpevolezza, in caso di colpa grave sarà sufficiente verificare se la condotta dell'agente concreto si discosti in maniera significativa da quella dell'agente modello, rientrando il giudizio di prevedibilità dell'evento già nella costruzione della regola cautelare di diligenza, prudenza e perizia. Queste considerazioni, ovviamente, non valgono nei medesimi termini per i reati colposi di mera condotta. In essa la valutazione circa la gravità della medesima dovrà essere effettuata, oltre che sull'intensità della violazione della regola cautelare, non sulla base della prevedibilità di un evento, che in realtà non sussiste, ma sulla base della rappresentabilità della verifica del fatto di reato.

Al di là dei dubbi circa l'inquadramento dogmatico della colpa, che chiaramente non possono essere sciolti in questa sede ma che comunque non paiono determinare un reale mutamento di prospettiva con riferimento ai temi che si stanno analizzando, un problema particolarmente significativo che le definizioni di colpa grave appena illustrate potrebbero comportare, e che chi scrive non ignora, è costituito dalla effettiva delimitazione della colpa lieve e grave nei casi dubbi. Se, infatti, tornando all'ipotesi dell'automobilista che circola sulla rete autostradale, un soggetto che marcia a centoquaranta chilometri orari all'alba in una strada semideserta, in assenza di problemi di altro tipo (ad esempio asfalto bagnato, difetti della vettura, etc.), può sicuramente essere considerato, qualora si verifichi un evento lesivo, in colpa lieve e per contro un soggetto che procede a duecentotrenta chilometri orari di sera ed in un tratto di strada affollato certamente può essere ritenuto, sempre qualora si verifichi un'offesa a terzi, in colpa grave, il problema è costituito dai casi incerti: *quid iuris* se l'automobilista, che ha poi cagionato l'evento lesivo, viaggiava a centosessanta chilometri all'ora su una strada mediamente trafficata?

⁷⁷ La dottrina citata, dopo avere inizialmente parlato di "misura soggettiva della colpa", ritiene subito opportuno sostituire tale definizione con quella di "misura personalistica o individualizzante" del giudizio. Ciò in quanto la menzionata rilevanza della colpa a livello del fatto tipico, essendo già fondata su una comparazione del comportamento dell'agente concreto con quello di un agente modello, risulta già essere in realtà qualificabile come "misura oggettivo-soggettiva" (così S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Ibidem*).

Come è stato sottolineato⁷⁸, meno una norma penale è accertabile in sede processuale, più il principio di legalità va sotto *stress*, con conseguente rischio che la medesima venga dichiarata incostituzionale o, ciò che forse è anche peggio, che l'indeterminatezza creata si risolva in una totale discrezionalità ed arbitrio per il giudicante, con conseguente grave compromissione del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge⁷⁹. Gli indici sopra indicati utili a misurare la gravità della colpa posseggono la caratteristica, a tratti inevitabile nel diritto penale⁸⁰, di soffrire, come del resto anche altre figure presenti in tale ramo dell'ordinamento, di una certa indeterminatezza: si pensi ai concetti di tenuità e di irrilevanza del fatto⁸¹, ovvero all'offensività, in cui l'interprete svolge un ruolo determinante nello stabilire la distinzione tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che invece non lo è.

Per eliminare, almeno in parte, l'inevitabile *quantum* di incertezza che connota i criteri suindicati, una vera e propria stella polare che dovrebbe ad avviso di chi scrive orientare l'interprete potrebbe essere costituita dalla regola probatoria dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che risulta avere esplicito riconoscimento normativo nell'art. 533 del codice di procedura penale e che costituisce il vero e proprio limite normativo al libero convincimento del giudice⁸².

Applicata ai criteri che si sono in precedenza indicati, la regola richiamata imporrebbe al giudice di condannare esclusivamente nel caso in cui egli abbia verificato con assoluta certezza sia la gravità della violazione della regola cautelare che, soprattutto, la prevedibilità dell'evento per l'agente modello. La prevedibilità in grado elevato dell'evento e, conseguentemente, la gravità della colpa potrà essere quindi

⁷⁸ C. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi d'azione"*, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 149.

⁷⁹ Cfr. F. BASILE, *Fisionomia e ruolo*, cit., p. 28.

⁸⁰ Si veda sul punto l'opera di O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006. Nel medesimo senso di recente G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite? Una formula "bella e infedele"*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 985 e ss. il quale sottolinea che l'interazione tra fonti interne e fonti sovranazionali che caratterizza l'attuale sistema penale ha indubitabilmente reso ancora maggiore il potere discrezionale del giudice in sede di valutazione dei fatti penalmente rilevanti e di applicazione delle sanzioni relative.

⁸¹ Hanno rilevato l'inevitabilità della discrezionalità di cui trattasi in generale in alcuni istituti del diritto penale e in particolare con riguardo alla tenuità ed irrilevanza del fatto anche i membri della Commissione Palazzo all'interno della propria relazione concernente la formulazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa volti alla riforma del sistema sanzionatorio penale. Cfr. sul punto [Le conclusioni della Commissione Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale](#), in *questa Rivista*, 10 febbraio 2014, e la Relazione allegata, in particolare p. 12 in cui, a proposito di tenuità del fatto su cui si tornerà più avanti, si legge "è evidente che l'istituto della particolare tenuità, nella misura in cui opera sul piano giudiziario per realizzare una depenalizzazione in concreto, anziché sul piano astratto – legislativo, si caratterizza per una vistosa discrezionalità, soprattutto in ragione della sua natura di clausola generale. Tuttavia, si è osservato che l'ambito della discrezionalità che verrebbe riconosciuto al giudice non sembra più vasto dei criteri di valutazione che normalmente gli vengono riconosciuti nel nostro sistema con riferimento ad altri istituti".

⁸² C. SOTIS, *Formule sostanziali*, cit., p. 1152. Sul medesimo tema si veda anche C. PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di "civil law"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 610 e ss. Sul tema del valore dell'oltre ogni ragionevole dubbio e dei suoi effetti sulle categorie del diritto penale sostanziale si veda il fondamentale contributo apportato dal Professor Federico Stella e in particolare F. STELLA, *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, Giuffrè, 2004.

ritenuta sussistente solamente ove ci si trovi in presenza di indici probatori che dimostrino chiaramente la sua sussistenza, con conseguente sua esclusione nelle situazioni di incertezza quale quella che si è precedentemente descritta.

Una tale soluzione sarà attuabile, da parte degli interpreti, solo laddove, finalmente, si decida di fare sul serio con il giudizio in tema di colpa, e per farlo un primo passo deve essere quello di abbandonare formule tralatizie, presunzioni, e sovrapposizioni concettuali le quali contribuiscono a creare incertezze interpretative ed a generare arbitrio, con violazione dei principi che governano il nostro diritto penale, sostanziale e processuale.

Un riscontro positivo in ordine all'utilizzabilità dei criteri descritti nei termini che si sono precisati pare essere stato fornito da parte della giurisprudenza formatasi sulle disposizioni del D.L. Balduzzi e, in particolare, dalla sentenza Cantore⁸³, in cui sono stati individuati dei veri e propri indicatori utili a definire il grado della colpa. La Suprema Corte, infatti, si è in tale pronuncia mossa su due direttrici in modo sostanzialmente conforme alla soluzione appena prospettata, ritenendo che la presenza di siffatto grado di colpa vada valutato

i) sulla base della divergenza tra la condotta tenuta e quella che si sarebbe dovuta porre in essere sulla base della norma cautelare violata⁸⁴ e

ii) sul grado di prevedibilità della realizzazione del medesimo⁸⁵.

Tali valutazioni andrebbero compiute, secondo la Corte, non in astratto, ma sulla base del profilo soggettivo dell'agente concreto cioè dalla prospettiva del sopra menzionato agente modello o omologo agente ideale. A differenza di quanto da noi proposto, tuttavia, parrebbe che la corte ritenga che la valutazione sulla sussistenza della colpa grave possa essere compiuta anche impiegando uno solo degli indicatori appena menzionati, ipotesi che non appare del tutto condivisibile per le ragioni anzidette.

Nell'individuare il parametro effettivo su cui valutare il discrimine tra la condotta da tenere e quella effettivamente tenuta, poi, la Suprema Corte ha statuito che esso debba essere ricercato nelle linee guida e nelle virtuose pratiche mediche e che si potrà parlare di colpa grave solamente quando ci si trovi in presenza di una ragguardevole violazione dell'agire dell'individuo rispetto alle direttive standardizzate, naturalmente osservando la situazione in cui versava il professionista nel caso concreto⁸⁶.

⁸³ Trattasi della già menzionata Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, che costituisce senz'altro, per l'ampiezza delle motivazioni e delle riflessioni ivi contenute, la più significativa pronuncia intervenuta sul D.L. Balduzzi.

⁸⁴ Rileva la Corte che, ad esempio, occorrerà analizzare di quanto si è superato il limite di velocità consentito; o in che misura si è disattesa una regola generica di prudenza.

⁸⁵ A tal proposito la Corte evidenzia che occorrerà altresì considerare quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell'evento, quanto fosse evitabile la sua realizzazione.

⁸⁶ Infatti, rileva la Suprema Corte, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si trovi ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati, come si è esposto, rendono difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli *standard*. E quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata

6. Una quinta critica: la mancata soluzione dei problemi legati all'individuazione delle linee guida valide ad escludere la responsabilità penale.

Il recente passaggio del D.D.L. dal Senato della Repubblica pare aver eliminato uno dei pochi aspetti positivi del Disegno di legge in commento, concernente la selezione dei soggetti deputati ad emanare le linee guida valide ad escludere la responsabilità penale del sanitario, aspetto che appariva di fondamentale importanza in quanto sembrava recepire almeno parzialmente le critiche emerse da parte di quella dottrina che aveva fatto notare che, di per sé, la circostanza che una regola di condotta sia cristallizzata in una linea guida non tutela necessariamente la salute del paziente, risultando spesso tali testi prodotti per scopi antitetici rispetto alla sua cura, quali ad esempio il contenimento dei costi⁸⁷.

Nella versione approvata dalla Camera dei Deputati, infatti, si prevedeva che tali testi potessero essere emanati solamente da Società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato da parte del Ministero della Salute. Quanto alla nozione di "società scientifica", essa è quella originariamente prevista dal Decreto del Ministero della Salute 31 maggio 2004, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 153 del 2004, intitolato "*Requisiti delle Società Scientifiche*", che individua all'art. 1 comma 3 i requisiti che debbono possedere le società ai fini di rientrare all'interno della categoria, ossia:

a) rilevanza di carattere nazionale, con organizzazione presente in almeno 12 regioni, anche mediante associazione con altra Società o Associazione della stessa professione, specialità o disciplina;

b) rappresentatività di almeno il 30% dei professionisti attivi nella specializzazione o disciplina o specifica area o settore di esercizio professionale;

c) atto costitutivo e Statuto redatti per atto pubblico contenenti varie indicazioni tra cui i) denominazione dell'Ente, indicazioni del patrimonio e della sede; ii) previsione dell'ammissione, senza limitazioni, di tutti i soggetti che operano nelle varie strutture e settori di attività del Servizio sanitario nazionale (aziende ospedaliere, aziende USL, aziende universitarie, IRCCS, ospedali classificati, case di cura private accreditate, ecc.) o in regime libero professionale (non discriminazione in relazione al luogo di lavoro); iii) previsione dell'ammissione, senza limitazioni, di tutti i soggetti, in possesso dei requisiti previsti dallo statuto, appartenenti alla categoria professionale o al settore specialistico o disciplina dei servizi del S.S.N., che la società o l'associazione rappresenta, ovvero con attività lavorativa nel settore o nell'area interprofessionale che

dall'impellente, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del terapeuta che, pur uniformandosi ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e determini la negativa evoluzione della patologia.

⁸⁷ Sul punto, tra i tanti, si veda ampiamente A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 68. Con specifico riferimento ad alcuni casi in cui le linee guida hanno avuto il vero obiettivo di contenere i costi ed evitare il contenzioso legale al posto della salute del paziente cfr. P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, CEDAM, 2008, p. 176.

la società o l'associazione rappresenta (non discriminazione personale); iv) previsione, tra le finalità istituzionali, anche di attività di aggiornamento professionale e di formazione permanente nei confronti degli associati con programmi annuali di attività formativa; v) previsione, tra le finalità istituzionali, anche della collaborazione con il Ministero della salute, le Regioni, le Aziende sanitarie e gli altri organismi e istituzioni sanitarie pubbliche; previsione, tra le finalità istituzionali, anche dell'elaborazione di linee guida in collaborazione con l'Agenzia per i Servizi Sanitari Regionali (A.S.S.R.) e la F.I.S.M.; vi) promozione di trials di studio e di ricerche scientifiche finalizzate e rapporti di collaborazione con altre società e organismi scientifici; vii) previsione di assenza di finalità di lucro; previsione di non esercizio di attività imprenditoriali o partecipazione ad esse, salvo quelle necessarie per le attività di formazione continua; viii) previsione dell'espressa esclusione di finalità sindacali; ix) previsione di finanziare le attività sociali solo attraverso i contributi degli associati e/o di enti pubblici nonché di soggetti privati, con esclusione di finanziamenti che configurino conflitto di interesse con il S.S.N., anche se forniti attraverso soggetti collegati; x) previsione di finanziare le attività ECM attraverso l'autofinanziamento e i contributi degli associati e/o enti pubblici e privati, ivi compresi contributi delle industrie farmaceutiche e di dispositivi medici, nel rispetto dei criteri e dei limiti stabiliti dalla Commissione nazionale per la formazione continua; previsione di sistemi di verifica del tipo e della qualità delle attività svolte; indicazione del procedimento per la elezione democratica degli Organi con votazione a scrutinio segreto e con durata limitata nel tempo; xi) espressa esclusione di retribuzione delle Cariche sociali; xii) approvazione da parte dell' assemblea degli iscritti o degli organismi statutari democraticamente eletti dei Bilanci preventivi e dei consuntivi; regolamentazione delle convocazioni dell'assemblea e degli altri organismi associativi nonché delle modalità con cui l'Assemblea stessa e gli altro organismi deliberano; norme relative all'estinzione della Società ed alla eventuale devoluzione del patrimonio.

Aspetti problematici della norma approvata dalla Camera dei Deputati apparivano i) la necessità di prestare estrema attenzione nella fase attuativa, demandata *in toto* alla regolamentazione effettuata da parte del Ministero, con fissazione dei criteri con i quali tali "società scientifiche" potranno domandare di iscriversi all'interno dell'elenco di cui trattasi e ii) la circostanza che la norma pare prevedere il controllo ministeriale non sulla linea guida, bensì sulla sola società che la emana e non è detto che una tale modalità di controllo sia sufficiente ad evitare che tra le linee guida valide ad escludere la responsabilità penale ritornino proprio quelle, improntate al contenimento dei costi, che si volevano escludere.

L'intervento da parte del Senato, anziché risolvere i problemi appena sottolineati, ha prescritto che le linee guida alla cui adesione è subordinata l'esclusione dell'imperizia da parte del sanitario siano tutte quelle *"elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati"* oltre a quelle emanate, mantenendo la medesima impostazione e le stesse problematiche contenute nel testo approvato dalla Camera, *"dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico – scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute dalle società scientifiche"*

iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute”⁸⁸, prescrivendo altresì che “le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborate dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG)”⁸⁹.

L’estensione della possibilità di emanazione delle linee guida a tutti gli “enti e istituzioni pubblici e privati”, i quali, si badi, non debbono essere iscritti all’interno dell’apposito elenco delle società scientifiche e tecnico-scientifiche sopra menzionato, pare quindi avere completamente svilito la portata innovativa della norma, in quanto sembra che i testi l’adesione ai quali comporterà l’esclusione da responsabilità penale del sanitario saranno gli stessi impiegati oggi, con tutte le rilevanti problematiche che ne conseguono.

7. Le (poche) idee positive contenute nel Disegno di legge.

Esaurita la fase di critica delle innovazioni contenute nel Disegno di legge in commento appare utile segnalare alcuni profili (pochi, a dire il vero) che meritano invece, almeno nelle intenzioni, condivisione, racchiusi all’interno dell’articolato normativo.

In primo luogo, appare convincente la ricollocazione topografica delle norme in commento, che passerebbero dal D.L. Balduzzi all’interno del codice penale, in ossequio all’idea-guida che il codice penale contenga il catalogo delle figure di reato fondamentali.

Secondariamente, anche in questo caso in via teorica, positiva sembrerebbe essere la ricerca di una specializzazione dei soggetti tecnici deputati ad offrire ai giudici la propria collaborazione al fine del giudizio vertente sulle materie di cui trattasi, così come la precisazione della necessità di eliminare qualsiasi conflitto di interessi presente in capo a tali professionisti. Tale necessità ha infatti dato luogo alla previsione contenuta nell’art. 15 del Disegno di Legge, in cui si è stabilito che “nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, l’autorità giudiziaria affida l’espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3, non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi [...]”.

Ancora, viene statuito che negli albi dei periti di cui all’art. 67 delle norme di attuazione del codice di rito “devono essere indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina. In sede di revisioni degli albi è indicata, relativamente a ciascuno degli esperti di cui al periodo precedente, l’esperienza professionale maturata, con riferimento al numero e alla tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati” ed ancora che i medesimi albi debbano essere “aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a

⁸⁸ Cfr. Art. 5 D.D.L. Gelli – Bianco.

⁸⁹ *Ibidem*.

quella medico – legale, un’idonea e adeguata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche riferite a tutte le professioni sanitarie, tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento”.

Se lodevole pare l’obiettivo perseguito dalla norma, vista la circostanza, sottolineata dalla dottrina, che sovente l’impreparazione di consulente tecnici e periti nelle materie di giudizio ha condotto a condanne inique⁹⁰, meno convincente sembra la sua realizzazione.

La disposizione infatti, nei termini in cui è stata scritta, non sembra innovare significativamente le procedure. Difatti, leggendo il testo, si evidenzia che solo gli elenchi di cui all’art. 67 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale sono soggetti agli aggiornamenti ed alle novelle introdotte dall’articolato normativo in commento. Tuttavia, come noto, la necessità di scegliere all’interno di tale albo non vale né per il giudice – per il quale l’art. 221 prevede nella nomina del perito la facoltà di scelta “tra gli iscritti negli appositi albi o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina”⁹¹ – né tantomeno per il Pubblico Ministero⁹² – in favore del quale il combinato disposto degli articoli 359 c.p.p. e 73 disp. att. c.p.p. prescrive la possibilità di scegliere il proprio consulente senza formalità alcuna e, conseguentemente, rimane aperta la possibilità che entrambe le figure decidano di avvalersi di soggetti non ricompresi in tali elenchi.

Peraltro, come noto, il giudice non ha alcun obbligo di disporre perizia, potendo nella propria decisione riferirsi unicamente alle opinioni espresse dai consulenti tecnici, il che ulteriormente rafforza l’idea che la normativa, anche sotto questo profilo, non sia in realtà in grado di apportare un’innovazione significativa in termine di tutele per la classe medica.

8. Una proposta: la generalizzata irrilevanza penale della colpa lieve in ambito sanitario.

⁹⁰ In generale, sulla molteplicità e contraddittorietà delle opinioni scientifiche che sovente vengono sostenute all’interno dei processi si veda in senso critico F. CENTONZE, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 1232 e ss. Il problema è affrontato anche in F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000. In tema di responsabilità medica, il tema della difficoltà dell’accertamento sulle cause di eventuali eventi lesivi è trattato tra gli altri da A. FIORI, *Medicina legale e della responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 697; A. GENTILOMO, *Consulenze e consulenti. Un discorso sul metodo*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1997, p. 47 e ss. In materia di processi per amianto è possibile consultare riflessioni non dissimili in S. ZIRULIA, *Causalità e amianto: l’eterno “duello” tra i consulenti tecnici delle parti*, in *Il corriere del merito*, 2012, p. 277 e ss.; R. BARTOLI, [La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto](#), in questa *Rivista*, 22 luglio 2014.

⁹¹ L’art. 67 disp. att. c.p.p. prevede unicamente al comma 4 un onere motivazionale in capo al Giudice che scelga di non nominare quale perito un soggetto iscritto agli elenchi.

⁹² Ai sensi dell’art. 73 disp. att. c.p.p. l’organo requirente non ha nemmeno l’onere di motivare le ragioni per le quali ha selezionato l’esperto al di fuori dell’elenco di cui all’art. 67 disp. att. c.p.p.

Tirando le somme di quanto si è avuto modo sin qui di esporre ci pare di aver dimostrato i) che la disciplina attuale della responsabilità penale della classe sanitaria risulta poco attenta ai principi di proporzione, sussidiarietà e *ultima ratio* dell'intervento penale ed altresì ii) che il D.D.L. Gelli – Bianco non comporta alcun progresso sotto tale profilo ma anzi acuisce talune problematiche, introducendo norme in parte dannose ed in parte non risolutive.

Stante la comprovata inefficacia degli interventi riformatori degli ultimi anni, che si sono dimostrati incapaci di creare una normativa idonea a superare le problematiche analizzate nel presente contributo e soprattutto di contrastare il dilagante fenomeno della medicina difensiva, una soluzione da adottare pare essere, a parere di chi scrive, una generalizzata esclusione della rilevanza penale di condotte realizzate in ambito sanitario che siano cagionate per colpa lieve.

L'esperienza della sanzione penale di contegni solo gravemente colposi, del resto, pur non essendo la regola, come avviene in altri Paesi europei⁹³, è già presente nel nostro ordinamento con riferimento i) al reato previsto dall'art. 217 comma 1 n. 2 l. fall., che punisce con la reclusione da sei mesi a due anni, se dichiarato fallito, l'imprenditore che *"ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti"*; ii) al reato previsto dall'art. 217 comma 1 n. 3 l. fall. che sanziona con la medesima pena l'imprenditore il quale *"ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento"*; iii) al reato previsto dall'art. 217 comma 1 n. 4 l. fall. che ancora sanziona in egual modo lo stesso soggetto nel caso in cui abbia *"aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa"*⁹⁴ iv) al reato di cui all'art. 64 del codice di procedura civile, che sanziona per colpa grave il consulente che sanziona con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda fino € 10.329 *"il consulente tecnico che incorre in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti"*.

Non è questa la sede per approfondire oltre l'argomento della scelta delle categorie professionali per le quali tale limitazione di responsabilità apparirebbe corretta, né per trattare del tema dell'opportunità di una generalizzata eliminazione dei reati sanzionati a titolo di colpa lieve, quel che appare certo è tuttavia che, per le ragioni sino a qui esposte, nella responsabilità penale del sanitario una tale limitazione appaia necessaria e non più prorogabile in ragione dell'esigenza di proteggere i fondamentali beni giuridici della vita e dell'incolumità individuale di tutti i cittadini e di dare al diritto penale quell'approccio liberale che lo dovrebbe contraddistinguere nell'epoca contemporanea⁹⁵.

⁹³ Cfr. *supra*.

⁹⁴ Per una generale analisi della tematica dei reati menzionati si rinvia a C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, Vol. IV – *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 829 e ss., nonché a MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, p. 609 e ss.

⁹⁵ D. PULITANO, [Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo](#), in questa Rivista, 5 maggio 2013, p. 16 e ss.; G. P. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1690.

RICHIESTA DI ESTRADIZIONE E GIUDICATO TRANSNAZIONALE: LA CASSAZIONE ESALTA IN NE BIS IN IDEM IN ÀMBITO EUROPEO

Nota a [Cass., sez. VI, sent. 15 novembre 2016 \(dep. 21 dicembre 2016\),
n. 54467, Pres. Rotundo, Rel. Fidelbo, Ric. Resnelli](#)

di Adriano Spinelli

Abstract. La pronuncia della Corte di cassazione in commento rappresenta un ulteriore e importante tassello nel processo di costante rafforzamento dello spazio giuridico europeo, poiché è qui definitivamente affermata la totale equiparazione del giudicato intervenuto in uno Stato membro dell'Unione europea al giudicato interno. Il principio del ne bis in idem in ambito europeo è, dunque, indiscutibilmente riconosciuto e, con esso, le complessive garanzie processuali, tra cui l'impossibilità di acconsentire a una richiesta di estradizione per fatti in ordine ai quali è già intervenuta la condanna da parte di un giudice di uno Stato membro.

SOMMARIO: 1. I contorni della vicenda. – 2. L'evoluzione normativa. – 3. Punti fermi della giurisprudenza. – 4. Conclusioni.

1. I contorni della vicenda.

La sentenza in commento prende le mosse da una richiesta di estradizione avanzata dalla Repubblica turca nei confronti di un soggetto già giudicato per gli stessi fatti – associazione e traffico illecito di sostanze stupefacenti – dall'autorità giudiziaria tedesca.

Identità del fatto non revocata in dubbio dalla Corte territoriale, la quale, tuttavia, ha ritenuto che l'art. 9 della Convenzione europea di estradizione – ed il divieto di *bis in idem* ivi sancito – avesse validità esclusivamente nei rapporti processuali interni, con la conseguenza che al giudicato straniero non poteva essere attribuita alcuna efficacia preclusiva all'extradizione.

Accogliendo entrambi i motivi di ricorso redatti dalla difesa del condannato¹, la Suprema Corte coglie l'opportunità per affermare a chiare lettere la solida vigenza del principio del divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto in ambito europeo, poggiando la conclusione tanto sull'evoluzione della normativa convenzionale, tanto sull'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, in particolare europea.

2. L'evoluzione normativa.

Ancor prima d'essere un fenomeno normativo, la creazione di uno "spazio giuridico europeo" – che passa, indubbiamente, anche attraverso il consolidamento del principio del *ne bis in idem* transfrontaliero – è un fenomeno culturale, che comporta l'abbandono dell'«inattaccabile spirito nazionalistico degli Stati»², nonché il ripensamento del concetto di "potestà punitiva", da ancorare a una «dimensione tendenzialmente solidaristica»³; carattere culturale del fenomeno che traspare in modo cristallino dalle storiche argomentazioni addotte dalla giurisprudenza costituzionale a sostegno della portata meramente interna del divieto di cui all'art. 649 c.p.p. e della legittimità dell'art. 11 c.p., quali: la «diversa valutazione sociale e politica dei fatti umani» e la necessità di «una pressoché identica valutazione, nella coscienza dei popoli, delle varie forme delittuose e della entità e pericolosità della delinquenza in ciascuno Stato»⁴.

Così escluso che il divieto di *bis in idem* potesse avere valenza di principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto, la giurisprudenza⁵ – anche di

¹ Oltre a censurare la decisione della Corte territoriale circa la riconosciuta inefficacia del giudicato straniero, la Corte di cassazione non condivide nemmeno le conclusioni cui il giudice di secondo grado è giunto circa l'inadeguatezza della documentazione prodotta dalla difesa, volta a dimostrare la condizione disumana del sistema carcerario turco.

² N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 106.

³ P. P. PAULESU, *Riflessioni in tema di ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 637.

⁴ Cfr. Corte cost., 18 aprile 1967, nr. 48, in *Giur. cost.*, 1967, 299 s., con nota di M. CHIAVARIO, *La compatibilità del ne bis in idem previsto dall'art. 11 comma primo c.p. con il diritto internazionale generalmente riconosciuto*. Sentenza della quale si riporta il passaggio completo: «Si può auspicare per il futuro l'avvento di una forma talmente progredita di società di Stati da rendere possibile, almeno per i fondamentali rapporti della vita, una certa unità di disciplina giuridica e con essa una unità, e una comune efficacia, di decisioni giudiziarie. Ben diversa tuttavia, pur nel suo continuo evolversi, si presenta la realtà attuale, dove la valutazione sociale e politica dei fatti umani, in ispecie nel campo penale, si manifesta con variazioni molteplici e spesso profonde da Stato a Stato. E ciò in conformità dei diversi interessi e dei variabili effetti e riflessi della condotta degli uomini in ciascuno di essi, con la conseguente tendenza a mantenere come regola, nell'autonomia dei singoli ordinamenti, il principio della territorialità. Una efficacia preclusiva della sentenza penale in campo internazionale presupporrebbe d'altronde, oltre la già rilevata identità di riflessi sociali e politici, anche una assai larga uniformità di previsione delle varie fattispecie penali, e una pressoché identica valutazione, nella coscienza dei popoli, delle varie forme delittuose e della entità e pericolosità della delinquenza in ciascuno Stato; condizioni che non sussistono o non sussistono in misura adeguata».

⁵ Si veda Corte cost., 3 marzo 1997, nr. 58, in *Giur. cost.*, 1997, 597 ss., ove si chiarisce che il *ne bis in idem*, pur non essendo principio di diritto internazionale generale, «è tuttavia principio tendenziale cui si ispira oggi

legittimità⁶ – riteneva che, una volta ravvisata la giurisdizione italiana a norma degli artt. 6 e 11 c.p., un secondo giudizio sul medesimo fatto potesse essere evitato solo a condizione che esistesse una Convenzione, ratificata e resa esecutiva, avente carattere vincolante solo ed esclusivamente per gli Stati contraenti⁷.

Se questa impostazione è ancora valida sul piano propriamente internazionale, nell'ambito dell'Unione, come afferma la Corte di cassazione nella sentenza in commento, merita di essere rimeditata, anche tenuto conto delle pronunce delle Corti europee, che qualificano il divieto di *bis in idem* come un principio generale.

L'iter normativo convenzionale illustrato dalla Corte di legittimità inizia ricordando come l'applicazione generalizzata del principio e la sua elevazione a diritto fondamentale del cittadino siano avvenute con il Protocollo aggiuntivo nr. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸, il quale – al pari dell'art. 14 § 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che opera sul versante internazionalistico⁹ – riconosce al giudicato un'efficacia preclusiva limitata, poiché circoscrive l'operatività del divieto di *bis in idem* alle decisioni assunte all'interno dello Stato¹⁰.

La Corte di cassazione ricorda, poi, come i primi riconoscimenti del valore europeo del giudicato si ebbero con la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970¹¹, nonché con la Convenzione sulla

l'ordinamento internazionale e risponde del resto ad evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati».

⁶ *Ex pluribus*, Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2014, nr. 29664, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 482.

⁷ M. PAGLIA, voce *Ne bis in idem internazionale*, in *Dig. disc. pen.*, 2005, Agg., II, Milano, 934, ove si evidenzia la necessità di rinvenire nella Convenzione internazionale una disposizione specifica circa il divieto in esame, non essendo le norme ivi contenute estensibili in via analogica.

⁸ Il cui art. 4 recita: «nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato».

⁹ Ne sottolinea i termini «sfocati» M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 495 s., poiché l'art. 14 cit., da un lato, è riferito soltanto alla preesistenza di una «sentenza definitiva» e, dall'altro lato, guardando al «reato» e non al «fatto», consentirebbe di sostenere la duplicabilità internazionale del giudizio nel momento in cui ad uno stesso fatto sia attribuita una diversa qualificazione giuridica. Auspicava un'interpretazione estensiva della norma, volta a ricomprendere nel suo ambito di applicazione il giudicato transnazionale, ID., *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984, II, 250 s.; altrettanto, P. P. RIVELLO, sub art. 649 c.p.p., in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, VI, 1991, 437.

¹⁰ A. MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello «spazio giudiziario europeo»*, in *Legis. pen.*, 2006, 632 s.. Come ricorda J. A. E. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 37, ulteriore limite della disposizione è dato dalla circostanza che essa non è strumento vincolante per tutti gli Stati, non essendo stato il Protocollo da tutti gli Stati ratificato (es. Paesi Bassi e Germania) e, in un caso, nemmeno firmato (Regno Unito). L'effetto nazionalistico del giudicato, in relazione all'art. 14 § 7 PIDCP è ufficializzato nella Decisione del 2 novembre 1987 del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, in *Il comitato dei diritti dell'uomo e il ne bis in idem internazionale*, in *Ind. pen.*, 1988, 124 ss.

¹¹ Esemplificativa della necessità del riconoscimento convenzionale del principio è Cass. pen., sez. I, 3 luglio 1997, nr. 4625, in *Cass. pen.*, 1999, 1788 ss., con nota di R. BARBERINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale*, ove la Corte di cassazione ha escluso l'applicabilità - in relazione ad un giudicato tedesco, ossia l'ordinamento di riferimento nel caso in commento - del divieto di *bis in idem* previsto dall'art. 53 della

trasmissione europea dei giudizi repressivi del 1972 e con la Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987 sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* in ambito europeo e ratificata dall'Italia con la l. 16 ottobre 1989, n. 350; Convenzione, quest'ultima, che riconosce nel divieto di un secondo giudizio sul medesimo fatto un «effetto internazionale del giudicato reso in ciascuno degli Stati membri».

Una cogenza sempre maggiore è stata acquisita dal principio del *ne bis in idem* in ambito europeo con la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen¹², (di seguito CAAS), adottata il 19 giugno 1990 e ratificata dall'Italia con la l. 30 settembre 1993, n. 388, e, in particolare, con il Protocollo al Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 - con cui sono stati autorizzati tredici Stati membri, compresa l'Italia, ad attuare una cooperazione rafforzata nel campo di applicazione dell'*acquis* di Schengen - che ha conglobato nel sistema normativo comunitario il meccanismo convenzionale sul divieto di *bis in idem*¹³.

Viene così sancita, in via generale, dall'art. 54 CAAS l'efficacia preclusiva dell'azione penale per lo stesso fatto in qualunque altro Stato membro¹⁴, sebbene talune

Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi, non essendo stata tale Convenzione ratificata dalla Germania.

¹² Con tale Convenzione il *ne bis in idem* acquisisce il carattere di «intangibilità in ambito comunitario» secondo R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di diritto processuale penale*, in L. KALB (a cura di), *Esecuzione e rapporti con le autorità giurisdizionali straniere*, Torino, 2009, VI, 55.

¹³ L'art. 54 CAAS stabilisce che «una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra parte contraente, a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della parte contraente, non possa più essere eseguita».

¹⁴ Per un esaustivo esame si rinvia a R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1120 ss.

limitazioni siano previste dal successivo art. 55 CAAS¹⁵; limitazioni operanti nel nostro ordinamento, secondo quanto disposto dall'art. 7 comma 1, l. 388 del 1993¹⁶.

Evidente è l'evoluzione normativa, di cui le menzionate disposizioni convenzionali rappresentano l'approdo¹⁷; tuttavia, lo precisano anche i giudici di legittimità, è solo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – cosiddetta Carta di Nizza – e con la sua parificazione ai Trattati istitutivi, avutasi per effetto del Trattato di Lisbona, che il principio del *ne bis in idem* assume le vesti di un «vero e proprio diritto a tutela dell'imputato», correlato al giusto processo¹⁸. È l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁹, infatti, ad essere norma con funzione di garanzia generale, estesa a tutto il territorio dell'Unione²⁰, vincolante²¹, direttamente

¹⁵ Dispone l'articolo 55 CAAS: «1. Una Parte contraente può, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente convenzione dichiarare di non essere vincolata dall'articolo 54 in uno o più dei seguenti casi:

a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in tutto o in parte. In quest'ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata;

b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente;

c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio.

2. Una Parte contraente che effettua una dichiarazione in relazione all'eccezione menzionata al paragrafo 1, lettera b) preciserà le categorie di reati per le quali tale eccezione può essere applicata.

3. Una Parte contraente potrà in ogni tempo, ritirare la dichiarazione relativamente ad una o più delle eccezioni di cui al paragrafo 1.

4. Le eccezioni che sono state oggetto di una dichiarazione ai sensi del paragrafo 1 non si applicano quando la Parte contraente di cui si tratta ha, per gli stessi fatti, richiesto l'instaurazione del procedimento penale all'altra Parte contraente o concesso estradizione della persona in questione.

¹⁶ Eccezioni che hanno indotto taluno a sostenere che, in tal modo concepito, il principio *de quo* potesse condurre a «risultati casuali, persino arbitrari». Cfr. S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, Annali, II-1, 715 s.

¹⁷ Si rimanda, per un attento esame dell'evoluzione del composito assetto normativo sovranazionale, a N. GALANTINI, [Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive](#), in *questa Rivista*, 22 febbraio 2011.

¹⁸ R. NORMANDO, *Il giudicato: forza esecutiva ed effetti*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB (diretto da), *Procedura penale*, Torino, 2015, IV, 545. Evoluzione della normativa convenzionale che - unitamente all'istituto del riconoscimento della sentenza straniera, per quanto attiene al panorama nazionale, e all'irrobustimento del cosiddetto *ne bis in idem* estradizionale, che tiene conto anche alla mera litispendenza - incarna il passaggio dalla limitata visione del principio quale divieto di doppia punizione a più ampie «interpretazioni evolutive secondo cui già da oggi il canone in parola sarebbe annoverabile tra i principi di diritto consuetudinario». Così, L. LUPARIÀ, *La litispendenza internazionale tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Milano, 2012, 60 ss., spec. 72.

¹⁹ Art 50 CDFUE: «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

²⁰ G. DE AMICIS, [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4, 2014, 202 s.

²¹ Per esplicita previsione dell'art. 6 par. 1 TUE.

applicabile all'interno dei singoli ordinamenti nazionali²² e prevalente rispetto alle norme interne e convenzionali²³ eventualmente contrastanti²⁴.

Nella sentenza in commento, i giudici di legittimità ricordano altresì come il carattere vincolante e la portata generale del principio enunciato nell'art. 50 della Carta subiscano una limitazione per effetto della disposizione immediatamente successiva; l'art. 51, infatti, prevede che la Carta di Nizza si applichi agli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», lasciando così prive di tutela quelle materie e legislazioni che non rappresentano diretta attuazione di tale diritto.

La Corte di cassazione, tuttavia, aderisce a quell'orientamento dottrinale e, soprattutto, della giurisprudenza europea, per il quale l'art. 51 cit. deve essere interpretato in modo estensivo, riconoscendo che esso «imponga il rispetto dei diritti fondamentali in tutti quei casi in cui la normativa interna, pur non costituendo attuazione della normativa europea, venga comunque ad incidere in un'area di competenza dell'Unione o in settori già disciplinati dal diritto dell'Unione»²⁵.

²² M. CAIANIELLO, [Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2015, 81, con rimandi anche alla giurisprudenza della Corte costituzionale.

²³ Il riferimento è alla possibile antinomia esistente tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE, poiché quest'ultimo non contempla le deroghe invece previste dall'art. 55 della Convenzione di attuazione. Sostiene la prevalenza della Carta dei diritti fondamentali, P. P. PAULESU, *Ne bis in diem e conflitti di giurisdizione*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, 420 s. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, Uff. g.i.p., 6 luglio 2011, Giud. Curami, in *Corr. merito*, 2012, 600 ss., con nota di F. CERQUA, *Un passo ulteriore verso l'affermazione del ne bis in idem europeo*. Contra, C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. merito*, 2012, 1610 ss., spec. 1621. Il tema della compatibilità tra le disposizioni *de quibus* è stato oggetto di esame anche da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale ha affermato l'irrelevanza della diversa formulazione letterale ed ha sostenuto che «eventuali limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali garantiti dalla Carta sono ammissibili in quanto previste dalla legge e nella misura in cui rispettino il contenuto essenziale di quei diritti e di quelle libertà, dovendo inoltre perseguire finalità di interesse generale ed essere idonee a conseguire tale scopo». Si veda, al proposito, N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di Giustizia sul caso Spasic*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, 145. In ordine alla menzionata pronuncia, si veda altresì N. RECCHIA, [Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2015, 71 ss., spec. 79 ss.

²⁴ La giurisprudenza della Corte di Giustizia afferma che le disposizioni interne contrastanti con la Carta devono essere disapplicate «senza dover chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». Si veda sul punto, D. VOZZA, [I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea](#), nota a Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, 300. Sul rapporto ed il bilanciamento normativo ai vari livelli di legislazione, M. DANIELE, [La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali](#), in *questa Rivista*, 6 aprile 2016. Altresì evidenzia la valenza meramente suppletiva e integrativa delle norme interne, in specie dell'art. 11 c.p., R. NORMANDO, *Il valore*, cit., 53 s.

²⁵ Così, R. ALONSO GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2003, 5 ss.; già, S. GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, ivi, 2001, 205 ss. Nella giurisprudenza europea si veda Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, 296 con nota di D. VOZZA, *I confini applicativi*, cit.

Così, conclude la Suprema Corte, il caso sottoposto all'attenzione dei giudici territoriali non poteva dirsi privo della tutela apprestata dalla Carta di Nizza, poiché la materia coinvolta – ossia il traffico di sostanze stupefacenti – è espressamente prevista dall'art. 81 par. 1, TFUE e, pertanto, è da considerarsi sicuramente sussistente quel criterio di collegamento minimo ed indispensabile con il diritto dell'Unione e la sua applicazione, dal quale scaturisce il corredo di diritti e garanzie tra cui il divieto d'essere processato due volte per i medesimi fatti.

3. Punti fermi della giurisprudenza.

Delineato, seppur sommariamente, il percorso normativo concernente il principio del *ne bis in idem* in ambito europeo, talune osservazioni devono essere infine dedicate ai temi principali affrontati dalla giurisprudenza sovranazionale, volti a definire siffatto principio nei suoi tratti essenziali e negli elementi costitutivi - la preesistenza di una decisione (*bis*) e l'identità del fatto (*idem*) -, sebbene la Corte di cassazione non abbia avuto modo di soffermarsi su tali punti.

Torna immediatamente il carattere culturale fenomeno giuridico, cui s'accennava nelle primissime battute: fin dalla prima pronuncia emessa sotto l'egida di Schengen la Corte di Giustizia individua il presupposto del principio del *ne bis in idem* nell'esistenza di un rapporto di fiducia reciproca tra gli Stati membri; legame fiduciario che impone d'accettare l'applicazione del diritto penale vigente in altri Stati membri «anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse»²⁶.

Con la medesima pronuncia, e venendo al primo degli elementi costitutivi indicati (*bis*), la Corte di Giustizia afferma che ciò che rileva è il carattere di definitività del provvedimento applicativo della sanzione, mentre recessivo – se non addirittura irrilevante – è l'organo che lo pronuncia²⁷. Provvedimento che, oltre ad essere irrevocabile²⁸, deve poggiare su un'istruzione approfondita nel merito²⁹. Questi sono i caratteri che il provvedimento nazionale deve presentare affinché possa esercitare

²⁶ Corte di Giustizia CE, 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügge*, C-187/01 e 385/01, in *Cass. pen.*, 2003, 1688 ss., con nota di E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*.

²⁷ Nella specie, il provvedimento sanzionatorio era costituito dall'accordo con il pubblico ministero per il pagamento di una somma di denaro avente efficacia estintiva.

²⁸ La stabilità del giudicato è interpretata in modo estensivo dalla Corte di Giustizia, la quale ha avuto modo di affermare che il *ne bis in idem* deve essere applicato dalle autorità giurisdizionali di uno Stato membro firmatario dell'Accordo di Schengen anche con riguardo alle sentenze contumaciali, che nell'ordinamento dello Stato che ha reso la decisione può determinare la celebrazione di un nuovo processo se il condannato ricompare. Così, Corte di Giustizia CE, 11 dicembre 2008, *Bourquain*, C-297/07, in *Guida dir.*, 2009, 98 ss., con nota di M. CASTELLANETA, *Interpretazione estensiva nell'area Schengen delle garanzie da osservare nel processo penale*. Sul tema, in termini dubitativi, in ragione dell'assetto processuale interno – che vede un numero sempre maggiore di strumenti processuali atti a rescindere il giudicato – P. P. PAULESU, *Riflessioni*, cit., 642.

²⁹ Corte di Giustizia UE, 29 giugno 2016, *Kossowski*, C-486/14, in *curia.europa/juris/document*. Nello stesso senso, Corte di Giustizia UE, 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03, in *Raccolta*, I-2009.

efficacia ostativa alla celebrazione di un secondo giudizio nei confronti della medesima persona per lo stesso fatto.

E in relazione a ciò che può definirsi “*idem*”³⁰ l’interrogativo è il seguente: l’identità concerne il “fatto”, il “reato” o il “bene giuridico protetto”? La giurisprudenza europea ha adottato una visione sostanzialistica del principio, il quale era pertanto legato alla condotta materiale, e ciò escludeva che la diversità dell’interesse giuridico tutelato nel singolo ordinamento potesse consentire la celebrazione di un secondo giudizio³¹.

Ciò posto, residua oggi il dilemma relativo alla portata del vocabolo “reato” contenuto nell’art. 50 CFDEU, differente tanto dalla locuzione “medesimi fatti”, propria dell’art. 54 CAAS, quanto dal termine “infrazioni”, impiegato nell’art. 4, Protocollo nr. 7 CEDU. Se è possibile sostenere con una buona dose di certezza che la diversità terminologica tra la CAAS e la Carta, per quanto rilevante, non sembra sufficiente a indurre la Corte di Giustizia a tornare sui propri passi, restringendo il raggio operativo del principio del *ne bis in idem*, per come fino ad oggi interpretato³², altrettanta sicurezza, quantomeno di primo acchito, non sussiste in ordine all’ultimo termine di confronto con l’art. 50 della Carta: l’art. 4, Protocollo nr. 7 CEDU. Solidamente riferita quest’ultima disposizione al fatto storico nella sua dimensione fenomenica³³, traslarne il contenuto nell’art. 50 della Carta è un’operazione che può destare taluni timori, anche in considerazione della tendenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea ad affermare l’autonomia dell’interpretazione del divieto di *bis in idem* rispetto a quello offerto dalla Corte EDU³⁴.

Ciò nonostante, il dato normativo sembra venire in soccorso: l’art. 52 par. 3 CFDEU, infatti, prevede che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione». Posto altresì che le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* chiariscono che i riferimenti della Carta alla Convenzione EDU riguardano anche i relativi Protocolli, appare ragionevole sostenere la possibile omogeneità interpretativa in questo sistema integrato di fonti, nonostante le diversità lessicali, ed esaltare, così, la dimensione naturalistica del principio³⁵.

³⁰ Per una ricostruzione del concetto si veda L. LUPARIA, *La litispendenza internazionale*, cit., 83 ss.

³¹ Corte di Giustizia CE, 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04, in *Cass. pen.*, 2006, 2295. In dottrina, P. P. PAULESU, *Riflessioni*, cit., 644 s. concorda, sottolineando come l’interesse giuridico tutelato sia idoneo a costituire il parametro di riferimento, essendo legato alle specificità culturali di ogni singolo Stato membro.

³² C. Amalfitano, *La discutibile inderogabilità*, cit., 1612.

³³ Si vedano, tra le molte, Corte EDU, 4 marzo 2014, nr. 18640, *Grande Stevens c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 2304 ss., nonché Corte EDU, 10 febbraio 2009, nr. 8163, *Zolotukhin c. Russia*, *ivi*, 2009, 2196 s.

³⁴ Da ultimo, in tempi non lontani, la citata Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åklagaren*, C-617/10. Si veda, sul tema, C. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren*, in www.diritticomparati.it, 6 marzo 2013.

³⁵ J. A. E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, cit., 49. Altresì, P. P. PAULESU, *Riflessioni*, cit., 643. Sostanzialmente concorde, sebbene ritenga doveroso un certo grado di cautela, in ragione delle conclusioni contrarie autorevolmente elaborate dall’Avvocato Villalón nella Causa *Fransson*, F. VIGANÒ, [Doppio binario](#)

4. Conclusioni.

Volgendo al termine, non può che osservarsi come la pronuncia qui esaminata rappresenti un importante tassello nella definizione dei connotati dello spazio giuridico europeo; il principio del *ne bis in idem* è stato qui esaminato da un'angolazione particolare. Non si tratta del mero mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere e dei riflessi preclusivi sulla potestà punitiva nazionale; si tratta, invero, di equiparare una sentenza emessa in uno Stato membro al giudicato interno e di attribuire a siffatto giudicato il connotato dell'ultrattività, idoneo a limitare i rapporti giurisdizionali internazionali.

Sembra, dunque, che non sussista più alcun limite all'operatività del principio del *ne bis in idem* in ambito europeo.

[sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, 234.

LA SUCCESSIONE “MEDIATA” DELLE NORME PENALI E IL DELITTO DI USURA: DISORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

*A margine di [Tribunale di Cosenza](#),
[decreto di archiviazione 21 settembre 2016, G.I.P. Branda](#)*

di Andrea Chibelli

Abstract. *Il provvedimento in epigrafe affronta il tema degli effetti intertemporali della modifica legislativa del criterio di calcolo del tasso soglia di usura, discostandosi motivatamente da un indirizzo interpretativo inaugurato qualche anno fa dalla Corte di Cassazione. La nota, dopo aver brevemente passato in rassegna gli orientamenti emersi sulla questione della successione “mediata” delle norme penali, analizza l’innovativa soluzione adottata dal giudice di merito, soffermandosi sulle criticità dell’impostazione ricostruttiva precedentemente avallata dalla giurisprudenza di legittimità e sui nuovi spunti problematici derivanti dal quadro normativo sovranazionale.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso di specie. – 3. La successione “mediata” tra dottrina e giurisprudenza. – 3.1. Gli orientamenti emersi nel dibattito interpretativo. – 3.2. La tendenziale prevalenza del criterio c.d. strutturale. – 4. La successione “mediata” e le caratteristiche strutturali del reato di usura. – 4.1. La peculiare configurazione del delitto di usura c.d. presunta nell’attuale assetto normativo. – 4.2. L’impatto successorio del d.l. n. 70/2011: la soluzione della giurisprudenza di legittimità. – 4.3. ... e la diversa soluzione adottata dal G.I.P. del Tribunale di Cosenza. 5. Riflessioni conclusive. – 5.1. I profili problematici dell’orientamento della giurisprudenza di legittimità: il criterio strutturale “preso sul serio”. – 5.2. Una chiosa finale: il criterio logico – formale alla prova della normativa CEDU.

1. Premessa.

Con il decreto di archiviazione in commento il G.I.P. del Tribunale di Cosenza si occupa di uno dei temi più controversi del diritto penale intertemporale, quello relativo alla c.d. successione mediata delle norme penali. Locuzione, questa, ormai invalsa nel lessico penalistico, con la quale si fa riferimento all’annosa problematica dell’identificazione degli effetti successori da attribuire alle modifiche legislative che non incidono direttamente sulla norma incriminatrice, ma sugli elementi normativi a vario titolo richiamati da quest’ultima.

Infatti, investito di una richiesta di archiviazione di un procedimento penale per il delitto di usura di cui all’art. 644 c.p., il giudice cosentino è stato chiamato ad affrontare

la questione del se la modifica del criterio di calcolo per la determinazione del tasso usurario, introdotta con il decreto legge 14 maggio 2011, n. 70 (*Disposizioni urgenti per l'economia*), convertito nella legge 12 luglio 2011, n. 106, sia idonea a produrre un effetto retroattivamente abolitivo, consentendo di escludere la penale responsabilità degli indagati per fatti commessi durante la vigenza del precedente criterio di identificazione del limite di liceità dei tassi di interesse. Interrogativo, questo, a cui il giudice dà risposta affermativa con una decisione che appare di sicuro rilievo anche perché si discosta motivatamente da un orientamento interpretativo precedentemente inaugurato dalla Corte di Cassazione, che, in altra occasione, aveva invece ritenuto estranea alla disciplina della successione di leggi penali nel tempo *ex art. 2 c.p.* il mutamento del criterio di computo della soglia di usurarietà del tasso di interesse introdotto dalla novella del 2011.

Prima però di affrontare la sostanza del ragionamento seguito dal G.I.P., appare opportuno effettuare una più puntuale ricognizione della vicenda oggetto del provvedimento in esame, per poi passare all'esame delle questioni problematiche sollevate dal fenomeno della successione "mediata" – sia in generale sia con specifico riguardo al reato di usura – nonché all'analisi della innovativa soluzione interpretativa adottata dal giudice di merito e delle criticità del diverso indirizzo esegetico abbracciato dalla giurisprudenza di legittimità nel recente passato.

2. Il caso di specie.

L'occasione per occuparsi della questione in esame trae origine da un procedimento penale instaurato a carico dei rappresentanti di un istituto di credito: in particolare, oggetto dell'indagine era un contratto di finanziamento, concluso dall'ente creditizio, caratterizzato dalla previsione di interessi sospettati di avere natura usuraria. In dettaglio, l'accordo contrattuale stipulato stabiliva che, in cambio del finanziamento, la controparte dovesse versare, in favore dell'istituto di credito, interessi corrispettivi con tasso pari all'Euribor a sei mesi, maggiorato di uno *spread* semestrale di due punti percentuali, nonché, in caso di mora, un tasso ulteriormente maggiorato di quattro punti¹. L'ipotesi accusatoria riguardava proprio l'applicazione di tassi superiori alle disposizioni normative vigenti nel periodo di svolgimento della vicenda contrattuale. Si trattava di stabilire, dunque, se la pattuizione avesse o meno superato il tasso soglia normativamente previsto alla data della conclusione dell'accordo negoziale (29 ottobre 1999).

Prima di rispondere a tale interrogativo il G.I.P. del Tribunale di Cosenza, investito di una richiesta di archiviazione avversata dalla controparte contrattuale, ricorda che la disciplina normativa originariamente introdotta dall'art. 2, 4° co., della legge 7 marzo 1996, n. 108 (*Disposizioni in materia di usura*) assegnava natura usuraria ai tassi che superavano il tasso medio del periodo "*aumentato della metà*". Tuttavia, il

¹ Dalla lettura del provvedimento in commento si ricava che alla data del 27 ottobre 1999 il tasso Euribor era pari al 3,57 %, sicché, nella vicenda in esame, gli interessi corrispettivi concordati ammontavano al 5,57% (3,57 + 2) e quelli moratori al 9,57% (3,57 + 2 + 4).

giudice rammenta altresì che, come anticipato, il legislatore ha più recentemente modificato questo criterio di calcolo e, con il citato d.l. n. 70/2011, ha stabilito che il limite oltre il quale gli interessi sono ritenuti usurari è determinato aumentando il tasso effettivo globale medio (T.E.G.M.) di un quarto, con l'aggiunta di un margine di ulteriori quattro punti percentuali. Novità legislativa, quest'ultima, che, secondo il giudice cosentino, assume precipuo rilievo nel caso di specie, perché la valutazione di liceità della menzionata pattuizione di interessi moratori – fissati al 9,57 % (3,57 + 2 + 4) – muterebbe radicalmente a seconda del criterio adottato². Infatti, se vagliata secondo il primo dei citati criteri di calcolo del tasso soglia, la determinazione convenzionale degli interessi di mora porterebbe a ritenere integrata una condotta usuraria, mentre, se si facesse applicazione del secondo criterio di computo, la pattuizione rimarrebbe al di sotto della soglia normativamente prevista, con la conseguenza di escludere il rilievo penale dei fatti oggetto di indagine³.

Da qui la necessità, avvertita dal G.I.P., di verificare se il *novum* normativo del 2011 abbia portata retroattiva. In particolare, si tratta di stabilire se la modifica legislativa di un elemento normativo della fattispecie – quale è il tasso soglia di usura –, laddove determina un trattamento più favorevole per il reo, possa essere ricondotta nello spazio applicativo della disciplina della successione delle leggi penali nel tempo, di cui al citato art. 2 del codice penale.

3. La successione “mediata” tra dottrina e giurisprudenza.

Per poter meglio comprendere la portata e le implicazioni del ragionamento seguito dal giudice del Tribunale di Cosenza nel provvedimento in commento appare allora necessario ripercorrere – sia pur sinteticamente – la tematica della c.d. successione mediata delle norme penali e il dibattito che essa ha innescato sia in dottrina che in giurisprudenza⁴.

² Come noto, la questione se, ai fini del calcolo del superamento del tasso soglia di usura, debbano essere computati gli interessi moratori unitamente a quelli corrispettivi, è controversa. Tuttavia, maggiormente diffuso appare il convincimento – a cui aderisce il provvedimento in commento – che include gli interessi moratori nelle soglie di usura. In argomento, *ex multis*, G. MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 438 ss.; A. PALMIERI, *Usura e sanzioni civili: assetti ancora instabili*, in *Foro it.*, 2014, I, 149 ss.; A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi moratori: questioni attuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 501 ss.

³ Infatti, sottolinea il giudice nella motivazione del provvedimento in esame, “posto che la rilevazione trimestrale relativa al momento di conclusione del contratto indicava per i mutui a tasso variabile un tasso medio del 4,90%, il vecchio criterio porterebbe ad una soglia del 7,35 (4,90 + ½ 4,90); ed invece, l'applicazione del nuovo metodo ex d.l. 70/2011 determinerebbe l'innalzamento della soglia al 10,125 % (4,90 + ¼ di 4,90 + 4), sicché – almeno per quanto riguarda gli interessi moratori – la scelta del criterio è decisiva per la determinazione della rilevanza penale, ravvisabile nella prima ipotesi ed invece esclusa nella seconda”.

⁴ Si occupano specificamente della tematica in esame G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 243 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 225 ss. Nella manualistica

Ai fini del corretto inquadramento del problema una premessa è d'obbligo. È infatti opportuno ricordare che, nel configurare le singole fattispecie criminose, il legislatore utilizza concetti sia naturalistici che normativi: i primi descrivono una realtà fisica o psichica, materiale o immateriale, percepibile con i sensi e attraverso l'esperienza (ad esempio, è di tale tipo il concetto di "uomo" quale oggetto materiale del delitto di omicidio *ex art. 575 c.p.*); i secondi, invece, contribuiscono a tratteggiare il fatto di reato attraverso il sintetico riferimento ad altre norme – giuridiche ed extragiuridiche – destinate ad assumere un ruolo nell'individuazione degli elementi costitutivi o accidentali dell'illecito penalmente rilevante (ad esempio, fanno parte di questa categoria la nozione di "altruità della cosa" nei delitti contro il patrimonio o quella di "reato" oggetto di incolpazione nel delitto di calunnia di cui all'*art. 368 c.p.*). Tale constatazione induce a interrogarsi su quale effetto produca sull'operatività della disposizione penale il mutamento normativo che incida non sulla previsione incriminatrice in sé (modifica c.d. immediata della fattispecie), bensì sulle diverse norme da quest'ultima presupposte o richiamate⁵. In particolare, si pone il problema di stabilire se operino anche con riguardo a tali modifiche "extrapenali"⁶ le regole successorie dettate dall'*art. 2* del codice penale con specifico riferimento al rapporto diacronico tra "leggi penali"⁷.

In particolare, i maggiori dubbi sorgono con riguardo agli effetti intertemporali da riconoscere alle modifiche "mediate" della fattispecie penale che producono conseguenze favorevoli per il reo, ad esempio estromettendo dall'ambito applicativo dell'incriminazione comportamenti che in precedenza vi erano ricompresi⁸. Ci si chiede,

cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Padova, 2013, 86 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, 7ª ed., Bologna, 2014, 106 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Milano, 2015, 119 ss.; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale Parte generale*, 5ª ed., Milano, 2016, 111.

⁵ Sulla distinzione tra modifiche mediate e immediate, oggi diffusamente recepita nella dottrina italiana, cfr. T. PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1356 ss.

⁶ Tali norme sono definite in senso lato ed improprio "extrapenali", semplicemente perché diverse da quella incriminatrice propriamente detta, ma, in concreto, esse possono assumere la natura più varia, assumendo la configurazione ora di norme penali differenti da quella incriminatrice (è il già citato caso del "reato" oggetto di incolpazione nel delitto di calunnia) ora di norme giuridiche di natura non penale (è il caso del provvedimento che si annota) ora di norme di natura extragiuridica richiamate da elementi normativi (è l'ipotesi delle regole etico – sociali che individuano il comune sentimento del pudore e che delimitano il divieto di atti osceni di cui all'*art. 527 c.p.*). Sul punto, cfr. S. CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, 46; G.L. GATTA, [Abolito criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione](#), in *questa Rivista*, 15 ottobre 2010.

⁷ La giurisprudenza si è da tempo posta il problema dell'impatto successorio delle modifiche "mediate" delle fattispecie penali, interrogandosi al riguardo fin dal Secondo dopoguerra. In particolare, i primi dubbi interpretativi sono emersi proprio in relazione al problema della punibilità della condotta di calunnia qualora il fatto oggetto dell'incolpazione cessi, per legge posteriore, di costituire reato. Cfr. il *leading case*, ordinariamente citato nel dibattito dottrinale, Cass. Sez. III, 7 aprile 1951, Ottazzi, in *Giust. Pen.*, 1951, II, c. 1073 ss. In dottrina, sulla disciplina generale della successione delle leggi penali nel tempo, cfr., per tutti, A. PAGLIARO, *Legge penale nel tempo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1047 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 101 ss.

⁸ Nell'ipotesi in cui la modifica della norma richiamata dalla disposizione penale determina un ampliamento della sfera del penalmente rilevante vi sono pochi dubbi circa gli effetti successori da ricollegare alla normativa sopravvenuta: infatti, vi un consenso pressoché unanime nell'escludere che la modifica di uno

infatti, se e quando, in simili casi, sia possibile attribuire un retroattivo effetto abolitivo alla modifica extrapenale “di favore” in forza dell’applicazione estensiva del c.d. principio di retroattività favorevole sancito dal citato art. 2, 2° co., c.p. Principio che, come noto, si configura proprio come un’espressa deroga al canone di irretroattività del *novum* normativo previsto dall’art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. preleggi): infatti, esso impone l’applicazione della sopravvenuta legge abolitiva anche ai fatti pregressi, a quei fatti, cioè, che, in forza dell’ordinario principio *tempus regit actum*, sarebbero suscettibili di sanzione in quanto commessi nella vigenza della precedente – e più severa – disciplina incriminatrice. Una deroga al canone della normale irretroattività della legge che, secondo l’indirizzo esegetico prevalente, rinviene il proprio fondamento giustificativo sia nel *favor libertatis* che innerva l’intera disciplina penalistica sia in insopprimibili esigenze di eguaglianza di trattamento sanzionatorio⁹. Esigenze che escludono che possa continuare a trovare applicazione, anche solo ai fatti pregressi, un precetto penale non più accompagnato da una valutazione legislativa e sociale di disvalore¹⁰.

Ed è proprio con riferimento al problema dell’operatività del principio di retroattività favorevole dinanzi a modifiche “mediate” della fattispecie penale che si registrano, dunque, i maggiori contrasti interpretativi: infatti, nella prassi applicativa sono emerse soluzioni ermeneutiche variegiate, sovente legate alla peculiarità delle fattispecie sottoposte alla attenzione delle Corti¹¹.

degli elementi normativi di una fattispecie criminosa, se e in quanto in grado di criminalizzare condotte precedentemente irrilevanti dal punto di vista penale, possa trovare applicazione anche ai fatti commessi sotto la vigenza della pregressa disciplina incriminatrice. In quest’ottica interpretativa, l’impossibilità che la novità normativa trovi applicazione per il passato costituisce, difatti, proprio il portato di un principio fondamentale di civiltà giuridica, consacrato dall’art. 11 delle c.d. preleggi, che, nel regolare l’efficacia della legge nel tempo, espressamente sancisce che “la legge non dispone che per l’avvenire”. Un principio, questo, che si “colora” di ancor più stringenti sfumature individual – garantistiche in sede penale, a mente di quanto espressamente sancito dagli artt. 2, 1° co., c.p. e 25, 2° co., della Costituzione. In realtà, secondo l’indirizzo interpretativo prevalente, il divieto di retroattività della legge “sfavorevole” sopravvenuta rappresenta, ancor prima, il logico corollario di una semplice constatazione: le qualificazioni normative operano, per loro natura, solo per il futuro e non possono essere lambite dal meccanismo successorio descritto dall’art. 2, 1° co., c.p. (che meglio si attaglia, invece, alla successiva criminalizzazione di condotte individuate in relazione a preesistenti elementi di fatto). Sul punto, cfr. L. RISICATO, *La restaurata ostilità delle sezioni unite nei confronti delle modifiche mediate della fattispecie penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 319. Sul principio di irretroattività in generale si vedano altresì, *ex multis*, S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, in *Digesto disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 82 ss.; M. GAMBARDILLA, *L’art. 2 del codice penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1194.

⁹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 114.

¹⁰ L’orientamento interpretativo maggioritario concorda nel ritenere che, se l’abolizione del reato esprime una scelta politico – criminale del legislatore, il quale ritiene non più meritevole di repressione penale una classe di fatti in precedenza inclusi nel catalogo dei reati, sarebbe contraddittorio ed irragionevole continuare a punire – con la più severa sanzione prevista dall’ordinamento – l’autore di un fatto ormai tollerato dall’ordinamento giuridico. Sul punto, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 97.

¹¹ G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, cit., 236 ss.

3.1. Gli orientamenti emersi nel dibattito interpretativo.

In sintesi, gli indirizzi esegetici elaborati da dottrina e giurisprudenza sono essenzialmente riconducibili a tre filoni.

Secondo un primo orientamento, al fine di stabilire se il mutamento del concetto normativo richiamato o presupposto dalla disposizione incriminatrice possa realmente estendere il proprio effetto favorevole anche ai fatti commessi in precedenza occorre valutare l'incidenza della modifica "mediata" della fattispecie penale sulla concreta punibilità del reo¹². È la c.d. tesi del fatto concreto (o della "doppia punibilità in concreto"): se un fatto risulta concretamente punibile sia in base alla vecchia norma che alla nuova, allora non vi è abolizione del reato; se invece un fatto, punibile nella vigenza della vecchia, non risulta più concretamente perseguibile in base alla nuova fattispecie ricorre il fenomeno abolitivo¹³.

Per un diverso orientamento ermeneutico, invece, l'operatività dell'*abolitio criminis* dipenderebbe dall'idoneità della modifica "mediata" ad incidere sul disvalore della fattispecie incriminatrice¹⁴. In particolare, secondo questa tesi, si rende necessario verificare, volta per volta, se la novità extrapenale muti o meno il disvalore che il legislatore ha inteso perseguire con l'incriminazione: in questa prospettiva, si configura un'ipotesi di *abolitio criminis* nel caso in cui la successione delle leggi extrapenali abbia fatto venir meno l'originario significato offensivo del fatto di reato, interrompendo la "continuità" del tipo di illecito stigmatizzato dal legislatore. Infatti, è solo in questo caso che, secondo l'opinione in esame, la modifica "mediata" della fattispecie criminosa manifesterebbe la volontà del legislatore di elidere la *ratio puniendi* originariamente sottesa alla previsione incriminatrice. Con la conseguenza di rendere penalmente irrilevanti fatti che, in seguito ad una rinnovata valutazione legislativa, non appaiono più meritevoli di pena, e ciò quand'anche essi siano stati posti in essere prima dell'intervento normativo.

Infine, un terzo orientamento interpretativo propone l'adozione di un criterio logico – formale, fondato sul confronto strutturale delle fattispecie astratte in

¹² Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 106 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., 269 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2007, 168; A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 2698 ss.

¹³ Questa impostazione ricostruttiva parte da un presupposto: tutte le norme che contribuiscono a delineare il fatto di reato, essendo esplicitamente o implicitamente richiamate dalla disposizione incriminatrice, sono in quest'ultima incorporate, con la conseguenza che ogni modifica di tali elementi normativi comporta, in sostanza, un mutamento della legge penale, riconducibile nello spazio applicativo dell'art. 2 c.p. E, in tutti i casi in cui il *novum* normativo abbia inciso su una fonte extrapenale restringendo l'ambito operativo di una fattispecie criminosa, sarebbe destinata a trovare applicazione la regola prevista dal secondo comma dell'art. 2 c.p. Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, 8ª ed., Milano, 2006, 44. In giurisprudenza, aderisce a questo orientamento esegetico Cass. Sez. Un., 23 maggio 1987, Tuzet.

¹⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 83 ss.; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, 1ª ed., Roma – Bari, 1989, 114 ss.

successione, quand'anche esse siano formate dalla combinazione di norme penali ed extrapenali (è il criterio della c.d. doppia punibilità in astratto)¹⁵.

In dettaglio, allo scopo di identificare gli effetti intertemporali delle modifiche "mediate" della fattispecie penale, questa opzione esegetica ripudia sia il criterio basato sul mero raffronto delle fattispecie concrete sia il criterio valutativo basato sulla "continuità di tipo di illecito" e, invece, ritiene necessaria un'indagine circa il ruolo che, in seno alla fattispecie legale astratta, svolge la norma extrapenale oggetto di modifica. Infatti, secondo l'orientamento in commento, sarà configurabile una *abolitio criminis* nelle ipotesi di modifiche "mediate" qualora, confrontando la struttura delle fattispecie legali che si succedono nel tempo, possa ritenersi che, proprio in virtù del ruolo rivestito dal concetto normativo, lo *ius superveniens* abbia inequivocabilmente mutato la fattispecie originata dal collegamento tra la norma penale e la modificata norma extrapenale e, in tal modo, abbia inciso sul disvalore espresso dalla figura criminosa così come descritta dal legislatore, riducendo l'ambito del penalmente rilevante.

Il funzionamento di tale criterio si fonda dunque su un confronto tra fattispecie astratte, a sua volta basato su una valutazione della funzione svolta dalla norma extrapenale nella cornice dell'ipotesi criminosa. Al riguardo, i fautori di questo orientamento, riprendendo una distinzione già utilizzata in sede di applicazione dell'art. 47, co. 3, c.p., valorizzano la differenza tra norme "integratrici" e norme "non integratrici" della fattispecie penale: le prime sono quelle che perimetrano l'area di tipicità dell'illecito in quanto contribuiscono a delineare la definizione stessa del reato o ad incorporarne il precetto; le seconde, invece, sono quelle che, pur incidendo su elementi normativi richiamati in sede di descrizione della previsione criminosa, sono incapaci di influire sulla fisionomia della fattispecie penale in quanto portatrici di un significato e di una funzione autonomi rispetto alle norme richiamate¹⁶. In quest'ottica interpretativa, solo le prime, e non già le seconde, in quanto "ontologicamente" partecipano alla fattispecie penale, ne muterebbero la natura e, di conseguenza, sarebbero assoggettate alla eccezionale regola successoria prevista per le norme penali abrogative dall'art. 2, 2° co., c.p. È infatti soltanto con riguardo a tali norme che ha senso l'applicazione di un principio dettato specificamente per le norme incriminatrici e che è espressamente contraddetto dal canone generale della normale irretroattività della legge previsto per tutte le altre tipologie di norme.

In particolare, l'indirizzo in commento riconosce natura integratrice, in primo luogo, alla norma extrapenale chiamata ad integrare una c.d. norma penale in bianco, ovvero una norma incriminatrice che è caratterizzata dalla previsione di un precetto destinato a completarsi attraverso il rinvio ad una norma esterna in funzione di

¹⁵ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3ª ed., Milano, 2001, 273 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 5ª ed., Torino, 2013, 609 ss.; C. PECORELLA, sub Art. 2 c.p., in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci – E. Dolcini, I, 3ª ed., Milano, 2011, 81 ss.; G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici*, cit., 245 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., 262 ss.; M. ROMANO, sub Art. 2, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed., Milano, 2004, 57 ss.

¹⁶ Cfr. G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici*, cit., 245 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 106.

integrazione tecnica. In secondo luogo, la medesima funzione integratrice è assegnata alla norma definitoria: infatti, quest'ultima, in quanto preordinata a chiarire il significato di termini usati in una disposizione incriminatrice, sostituisce idealmente la parte della previsione sanzionatoria che la richiama, con ciò contribuendo a tracciare il perimetro di rilevanza penale dell'illecito¹⁷. Infatti, secondo l'indirizzo in commento, in entrambi i casi citati la norma extrapenale svolge, all'interno della fattispecie, un ruolo fondamentale: essa concorre, in via generale ed astratta, ad individuare il contenuto del precetto penale o a perimetrare la portata del comando, esprimendo il disvalore stigmatizzato dal legislatore con la previsione criminosa.

Pertanto, secondo questa linea ricostruttiva, soltanto quando la modifica abbia l'effetto di intaccare una norma extrapenale con valenza definitoria o incorporata in una disposizione con un precetto in tutto o in parte incompleto, potrà configurarsi quell'effettiva incisione della fisionomia della fattispecie astratta di reato in grado di fare entrare in gioco le regole successive dettate dall'art. 2 c.p. (e, in particolare, l'effetto retroattivamente abolitivo previsto dal secondo comma della disposizione citata). Invece, qualora il mutamento sopravvenuto si limiti a modificare un elemento normativo semplicemente richiamato dalla previsione criminosa, non potrà ravvisarsi alcuna incisiva modifica del nucleo dell'incriminazione, con la conseguenza che, in assenza dell'alterazione della struttura essenziale della fattispecie, la disposizione sanzionatoria resterà immutata, lasciando fermi il disvalore e il rilievo penale del fatto in precedenza commesso (con l'esclusione, quindi, dell'applicazione del principio dettato dall'art. 2, 2° co, c.p.).

3.2. La tendenziale prevalenza del criterio c.d. strutturale.

Orbene, negli ultimi anni la giurisprudenza di legittimità ha mostrato una tendenziale adesione a quest'ultima impostazione teorica, adottando il criterio strutturale della c.d. doppia punibilità in astratto anche per le ipotesi di successione di norme "integratrici" della legge penale, seppure talora frammisto al riferimento ad un criterio di carattere sostanziale attento alla permanenza del disvalore penale della fattispecie¹⁸.

In particolare, con un indirizzo interpretativo inaugurato dalla sentenza *Magera* del 2007 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito che, in caso di successione di norme extrapenali richiamate da una disposizione incriminatrice, non ci si può limitare a considerare se il fatto, punito in base alla legge anteriore, sia sanzionato, o meno, in base a quella posteriore, ma, al contrario, per individuare lo spazio applicativo del secondo comma dell'art. 2 c.p. "*occorre prendere in esame la fattispecie e*

¹⁷ Cfr. M. ROMANO, *Commentario*, cit., 57 ss.

¹⁸ Ci si riferisce alle note sentenze Cass., Sez. Un., 27 settembre 2007, n. 2451, *Magera*; Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2008, n. 19601, *Niccoli*; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, *Rizzoli*. Per una panoramica comparativa di queste pronunce della Corte di Cassazione si veda G.L. GATTA, [Abolito criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione](#), cit.

stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato”¹⁹. Con la conseguenza che “la successione avvenuta tra norme extrapenali non incide [...] sulla fattispecie astratta, ma comporta più semplicemente un caso in cui in concreto il reato non è più configurabile, quando rispetto alla norma incriminatrice la modificazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto”.

Tuttavia, nonostante l'autorevole intervento dell'organo nomofilattico, il dibattito interpretativo non può dirsi sopito, mentre la prassi applicativa continua a conoscere soluzioni non univoche²⁰. E ciò essenzialmente per due ordini di ragioni: da un lato, perché il criterio strutturale è sempre passibile di un'errata applicazione²¹; dall'altro lato, perché nella stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite – e in particolare nella citata sentenza *Magera* – si individua un criterio di accertamento dell'*abolitio criminis* ulteriore e diverso da quello strutturale, i cui contorni sono però apparsi incerti e sfuggenti in sede ermeneutica²². Infatti, si legge nella sentenza *Magera*, “oltre che rispetto alle norme integratrici di quelle penali, l'art. 2 c.p. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento, ma per l'assetto giuridico che realizzano”²³. Non è chiaro, però, quando possa dirsi che la norma richiamata “rileva solo per la qualificazione di un elemento” della fattispecie – sicché modificandosi non può produrre un effetto retroattivamente abolitivo – e quando invece “rileva per l'assetto giuridico che realizza” – sicché, al contrario, modificandosi può comportare *abolitio*

¹⁹ Questo indirizzo pretorio, ancorato al confronto strutturale tra fattispecie astratte, richiama espressamente la soluzione già da tempo elaborata dai giudici di legittimità per distinguere, nell'ambito delle modifiche “immediate” della fattispecie penale, tra la successione di norme abolitive (art. 2, 2° co., c.p.) e quella di norme meramente modificative (art. 2, 4° co. c.p.), ovverosia il caso della *abolitio criminis* e quello della c.d. *abrogatio sine abolitione*. Il riferimento giurisprudenziale è qui Cass., Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano. In tema, cfr., tra gli altri, M. SCOLETTA, *L'abolitio criminis parziale tra vincoli costituzionali e aporie processuali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, 536 ss.

²⁰ Cfr. G.L. GATTA, [Abolitio criminis e successione di norme “integratrici” nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione](#), cit. Per un esempio settoriale dei disorientamenti giurisprudenziali in tema di modifiche “mediate” della fattispecie penale, si veda A. MARTUFI, *Eterointegrazione penale e norme europee. Il caso della legislazione penale alimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 720 ss.

²¹ Ad esempio, secondo una parte della dottrina, un caso di errata applicazione del c.d. criterio strutturale si configurerebbe nella citata sentenza Niccoli del 2008, nella quale Cassazione ha escluso che la modifica dei requisiti per l'assoggettabilità dell'impresa al fallimento abbiano determinato *abolitio criminis* parziale del reato di bancarotta. Infatti, in chiave critica si è sostenuto che, diversamente da quanto ritenuto dai giudici di legittimità, nell'ipotesi in esame ci si troverebbe dinanzi ad una modifica di norma integratrice della fattispecie penale, poiché la riforma dell'art. 1 della legge fallimentare avrebbe comportato una modifica della norma che definisce il concetto di “imprenditore fallito”, soggetto attivo della bancarotta, e, quindi, di una vera e propria norma partecipe della struttura della figura criminosa, in quanto tale soggetta alla regola successoria ex art. 2, 2° co., c.p. Sul punto, cfr. G.L. GATTA, [Abolitio criminis e successione di norme “integratrici” nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione](#), cit.

²² Cfr. L. RISICATO, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite*, cit., 320; G.L. GATTA, [Abolitio criminis e successione di norme “integratrici” nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione](#), cit.

²³ Cass., Sez. Un., 27 settembre 2007, *Magera*, cit., punto 6.

criminis. Invero, a ben guardare, la Corte sembra qui tratteggiare un approccio valutativo residuale, con il quale i giudici di legittimità hanno evidentemente inteso non sbarrare la strada all'utilizzo, accanto ad un criterio logico – formale ancorato ad una valutazione strutturale della fattispecie astratta, anche di un criterio di accertamento del fenomeno abolitivo a carattere “sostanziale”, maggiormente attento alla *ratio* dell'incriminazione e al disvalore stigmatizzato dal legislatore (cioè allo “assetto giuridico” realizzato dalla combinazione della norma penale e di quella extrapenale)²⁴. Un criterio che appare, però, ambiguo e di indefinita applicazione, e che si presta ad un uso strumentale da parte della prassi pretoria, come testimoniato, tra l'altro, proprio dalla presa di posizione della giurisprudenza di legittimità sulla vicenda successiva che ha interessato il reato di usura dopo la modifica del procedimento di calcolo della soglia di liceità dei tassi di interesse²⁵.

4. La successione “mediata” e le caratteristiche strutturali del reato di usura.

Come anticipato, la problematica delle modificazioni “mediate” della fattispecie penale è tornata all'attenzione degli interpreti proprio con riguardo alla recente modifica normativa in tema di usura.

Infatti, con il citato d.l. n. 70 del 2011 il legislatore ha innovato l'art. 2, 4° co., della legge n. 108/1996, modificando il meccanismo per calcolare il limite oltre il quale gli interessi pattuiti sono da ritenersi sempre usurari e, quindi, illeciti. Da qui il problema, affrontato dal decreto di archiviazione in commento, di perimetrare l'impatto del *novum* normativo sui fatti commessi nella vigenza della precedente disciplina legislativa.

Per dirimere questo nodo interpretativo appare necessario analizzare le caratteristiche strutturali dell'ipotesi delittuosa incisa dalla modifica legislativa, per poi passare in rassegna il dibattito innescato dalla novità normativa e, in particolare, le divergenti prese di posizione assunte, sul punto, dalla giurisprudenza di legittimità e dal provvedimento emanato dal G.I.P. del Tribunale di Cosenza.

4.1. La peculiare configurazione del delitto di usura c.d. presunta nell'attuale assetto normativo.

Nella specie, a venire in rilievo è l'ipotesi criminosa della c.d. usura presunta (o oggettiva), individuata dal combinato disposto del primo e del terzo comma (primo periodo) dell'art. 644 c.p., ossia la fattispecie che punisce la pattuizione o la dazione di interessi che si definiscono usurari in quanto superano un tasso soglia stabilito dallo

²⁴ Sul punto, di recente, A. CAPPELLINI, *Modifiche “mediate” e falso nummario: la Cassazione conferma la tesi strutturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 338.

²⁵ Ritiene che il recupero di un margine di apprezzamento sostanziale del disvalore della norma extrapenale risponda alla pragmatica esigenza, avvertita dalle Sezioni Unite, di giustificare soluzioni divergenti in sede applicativa, L. RISICATO, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite*, cit., 320.

Stato²⁶. Una figura delittuosa imperniata sul concetto di “*interesse usurario*”, dunque: è quest’ultimo, infatti, che, determinando il contenuto della “prestazione usuraria”, contribuisce alla descrizione del comportamento vietato dalla disciplina incriminatrice.

Al riguardo, occorre però evidenziare che il legislatore penale non fornisce direttamente una definizione di interesse usurario, ma si limita a stabilire che la soglia oltre la quale gli interessi sono sempre considerati usurari è prevista dalla legge (art. 644, co. 3, primo periodo, c.p.) e deve essere computata tenendo conto “*delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito*” (art. 644, co. 4, c.p.).

Chiaro il modello normativo sotteso al disegno codicistico *ex art. 644, 1° co., c.p.*: abbandonato il riferimento ai dati soggettivi (stato di bisogno della vittima e approfittamento dello stesso), è l’oggettivo superamento di una certa soglia che determina la rilevanza penale del fatto ed è la legge a fissare tale soglia, cioè a stabilire il limite oltre il quale gli interessi pattuiti si presumono sempre usurari²⁷.

Ne deriva che, per l’integrazione dell’usura c.d. presunta, è necessaria e sufficiente la pattuizione di un tasso di interessi che ecceda il limite consentito – cioè il tasso soglia – anche in difetto della prova che il soggetto attivo abbia approfittato di uno stato di difficoltà della vittima.

Nondimeno, alla luce dell’attuale disposto dell’art. 644 c.p., la determinazione legale del tasso usurario costituisce, oggi, il risultato di un complesso meccanismo normativo. Infatti, come anticipato, nel delimitare l’ambito di rilevanza penale della c.d. usura presunta, l’art. 644 c.p. rinvia, in chiave di integrazione, alla normativa extrapenale²⁸. E la disciplina a cui il codice penale fa riferimento è proprio quella contenuta nella citata legge n. 108 del 1996, nella quale è previsto un elastico meccanismo di determinazione della soglia di usurarietà dei tassi di interesse: in dettaglio, quest’ultima è individuata in relazione ad un’aliquota calcolata in termini percentuali a

²⁶ Per un inquadramento del delitto in esame, in dottrina, si segnalano, tra gli altri: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, a cura di C.F. Grosso, 15ª ed., I, Milano, 2008, 397 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, II, Delitti contro il patrimonio*, 3ª ed., Padova, 2009; D. MANZIONE, *L’usura*, 1ª ed., Milano, 2013; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, I Delitti contro il patrimonio*, vol. II, t. II, Bologna, 7ª ed., 2015, 224 ss.; R. ACQUAROLI, *L’usura*, in AA.VV., *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, 2ª ed., a cura di F. Viganò – C. Piergallini, in *Trattato teorico - pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo – C. E. Paliero, Torino, 2015, 785 ss. In particolare, sulla c.d. usura presunta cfr. altresì A. FIORELLA, *Appunti sulla struttura del delitto di usura*, in AA.VV., *Mercato del credito e usura*, a cura di F. Macario – A. Manna, Milano, 2002, 232; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale Parte speciale*, t. III, 6ª ed. Roma, 2015, 244.

²⁷ L’attuale testo dell’art. 644 c.p. è il risultato dell’incisiva riforma attuata dalla citata legge n. 108 del 1996, con la quale il legislatore ha significativamente modificato la struttura del reato, introducendo un meccanismo di presunzione assoluta, rispondente alla *ratio* di eliminare le incertezze che avevano caratterizzato l’interpretazione dell’elemento costitutivo dello “stato di bisogno” nella disciplina previgente. Sul punto, cfr. M.N. MASULLO, *A due anni dalla riforma del delitto di usura: una riflessione sulla nuova scelta strategica*, in *Cass. pen.*, 1998, 2198 ss.

²⁸ Scelta, quest’ultima, causata dalla evidente difficoltà di cristallizzare nella norma incriminatrice una soglia quantitativa suscettibile, per sua natura, di continue modificazioni in quanto inevitabilmente esposta agli incessanti cambiamenti dello scenario economico. In argomento, P. MAGRI, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, in *Trattato di diritto penale – parte speciale*, diretto da G. Marinucci – E. Dolcini, vol. VII, t. II, Padova, 2007, 26.

partire dai tassi globali medi (T.G.E.M.) relativi alla categoria di operazioni in cui il credito di volta in volta accordato è ricompreso, periodicamente rilevati dalle autorità amministrative e “fotografati” in un decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze²⁹.

Ci si trova davanti, dunque, ad un duplice rinvio: innanzitutto, il riferimento è alla normativa di rango primario, contenuta nella citata legge n. 108 del 1996, che detta i principi e i criteri di accertamento della soglia – limite dei tassi di interesse; e, poi, il rimando è ad un’ulteriore fonte – di natura secondaria – rappresentata dai decreti ministeriali preposti a dare attuazione ai principi previsti dalla legge attraverso un’attività tecnica di rilevazione periodica dei tassi finanziari.

Ebbene, come dianzi accennato, la recente novella legislativa ha inciso proprio sul meccanismo di calcolo fin qui descritto, sostanzialmente innalzando la percentuale che distingue l’usura dalla legittima remunerazione del denaro dato in prestito. Infatti, prima della citata modifica l’art. 2, 4° co., della legge n. 108 del 1996 fissava il limite di usurarietà degli interessi nel tasso medio risultante dall’ultima rilevazione trimestrale pubblicata *“aumentato della metà”*. Dopo la recente riforma, per individuare quel limite il tasso medio non deve più essere aumentato della metà, bensì, come anticipato, *“di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali”*, con l’ulteriore precisazione che *“la differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali”* (art. 8, 5° co., lett. d, convertito con legge 106/2011)³⁰.

Non c’è dubbio che questa nuova disposizione assuma un rilievo piuttosto significativo anche per i suoi riflessi in campo penalistico: infatti, il nuovo meccanismo di calcolo del tasso soglia appare idoneo a restringere l’ambito di rilevanza penale del delitto di usura, escludendone l’operatività in tutti quei casi in cui l’interesse concretamente praticato non superi il limite così come innalzato dal d.l. n. 70 del 2011. Ponendo così il problema di delimitare l’efficacia temporale dello *ius superveniens* “di favore” in relazione ai fatti commessi nella vigenza della precedente disciplina normativa.

²⁹ L’art. 2, 1° co., della legge n. 108 del 1996 indica analiticamente il procedimento per la determinazione dei tassi soglia, stabilendo che *“il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d’Italia e l’Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall’Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d’Italia”* ai sensi della legge bancaria, *“nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale”*.

³⁰ La novità normativa introdotta con il d.l. n. 70/2011 (non a caso denominato “Decreto sviluppo”) rinviene la propria giustificazione nella necessità, avvertita dal legislatore storico, di evitare che la previsione di un tasso soglia troppo basso generasse il controproducente effetto di disincentivare il mercato del credito “legale”, con conseguenze ancor più negative in una congiuntura economica – come quella attuale – già fortemente sfavorevole. Sul punto cfr. F. BOMBA, *La riforma del delitto di usura e questioni di diritto intertemporale*, in *Archivio penale* n. 3/2012. Sulla novella legislativa, si veda R. MARCELLI, *Soglie d’usura: prime riflessioni sui parametri di determinazione*, in ilcaso.it, 13 giugno 2011.

4.2. L'impatto successorio del d.l. n. 70/2011: la soluzione della giurisprudenza di legittimità.

All'indomani dell'intervento novellistico, questo problema è stato affrontato la Corte di Cassazione, che, chiamata pronunciarsi sull'influenza diacronica della previsione contenuta nel d.l. n. 70/2011, ha escluso la portata retroattiva della novità normativa³¹.

In dettaglio, i giudici di legittimità sono pervenuti a questa conclusione in base ad un duplice rilievo: da un lato, hanno escluso la natura integratrice della norma extrapenale in successione; dall'altro lato, hanno ritenuto il *novum* normativo inidoneo a manifestare la volontà legislativa di attenuare il disvalore del fatto posto in essere nella vigenza della precedente normativa.

Infatti, pur riconoscendo la natura di norma penale in bianco della disposizione contenuta nell'art. 644 c.p., la Suprema Corte ha escluso che, nella specie, possa porsi un problema di successione "mediata" di norme penali, e ciò in ragione della ritenuta incapacità della modifica normativa di incidere sulla struttura essenziale della fattispecie astratta del reato di usura. Invero, aderendo espressamente all'orientamento inaugurato dalla citata sentenza *Magera*, la Corte ha ritenuto che la modifica dei criteri di rilevazione del tasso soglia – al pari delle modifiche legate all'andamento dei tassi finanziari rilevati trimestralmente dall'autorità amministrativa – non comporti alcun mutamento della norma incriminatrice e, conseguentemente, non renda applicabili le regole successorie *ex art. 2 c.p.*, e ciò per la semplice ragione che tale modifica – incidendo su una "*fonte diversa da quella penale, con carattere di temporaneità*" – si sarebbe limitata a regolamentare diversamente i presupposti per l'applicazione della norma penale, senza tuttavia escludere l'illiceità oggettiva della condotta³².

A conferma di tale assunto i giudici di legittimità giungono inoltre ad affermare che la modifica attuata con il d.l. n. 70/2011 non avrebbe inteso sminuire il disvalore sociale della condotta posta in essere nella vigenza della disciplina precedente, e ciò in quanto la novella in esame avrebbe inciso soltanto sul meccanismo di determinazione del tasso soglia, ovvero su un elemento per sua natura "contingente", destinato a variare anche con riferimento a valutazioni di carattere economico che hanno valore per l'arco temporale di applicazione della relativa normativa e non vengono meno a seguito della successiva modifica della disciplina stessa, modifica suscettibile così di produrre effetti solo per il periodo successivo. La norma extrapenale abrogata resterebbe, dunque, in vigore per il periodo anteriore all'abolizione, impedendo, per lo stesso frangente

³¹ Il riferimento è a Cass., sez. II, 19 dicembre 2011, n. 46669, Chi.dem s.r.l., in *Dir. pen. proc.*, 730 ss., con commento di M. PILONI, *Usura bancaria e commissione di massimo scoperto: l'elemento oggettivo e soggettivo del reato*. Su questa pronuncia si vedano altresì R. MARCELLI, *Le azioni legali e il rischio di usura dopo la sentenza Cass. pen. 46669/2011. Prime riflessioni*, in ilcaso.it, 1 novembre 2013; F. BOMBA, *La riforma del delitto di usura e questioni di diritto intertemporale*, cit.; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale Parte speciale*, cit., 266; A. SALERNO, *Il sistema del diritto penale. I principi generali del diritto penale*, 1ª ed., Roma, 2016, 199.

³² Al riguardo, la Corte testualmente afferma che "*il principio espresso dall'art. 2 cod. pen. troverebbe applicazione solo nella diversa ipotesi in cui la nuova disciplina, anziché limitarsi a regolamentare diversamente i presupposti per l'applicazione della norma penale, modificando i criteri di individuazione del tasso soglia, avesse esclusa l'illiceità oggettiva della condotta*".

temporale, l'applicazione della nuova normativa, in quanto, secondo i giudici di legittimità, *"sarebbe contrario al sistema considerare ampliato, ora per allora, il raggio di azione di quest'ultima norma, non differenziando la punizione dei fatti commessi sotto il vigore della legge abrogatrice da quelli commessi successivamente"*.

Conclusione, quest'ultima, che, nell'iter argomentativo seguito dalla Cassazione nella sentenza citata, sarebbe corroborata da un ulteriore rilievo: infatti, secondo la Corte, la portata dell'intervento innovativo – circoscritto alla modifica dei criteri di individuazione del tasso soglia – e la mancanza di norme transitorie – *"certamente non dovuta a disattenzione"* – esprimerebbero la volontà legislativa di delimitare l'ambito operativo della novità normativa, con l'effetto di renderla applicabile esclusivamente alle condotte poste in essere dopo la sua entrata in vigore, senza produrre effetti su preesistenti situazioni, regolate dalla normativa precedente.

In quest'ottica, lo *ius superveniens* avrebbe avuto la più limitata funzione di variare il contenuto del precetto punitivo per il futuro, lasciando tuttavia intatto il significato offensivo delle condotte precedentemente compiute, come tali ancora meritevoli e bisognose di sanzione³³.

4.3. ... e la diversa soluzione adottata dal G.I.P. del Tribunale di Cosenza.

Invece, come anticipato, ad un risultato diametralmente opposto perviene il decreto di archiviazione in commento, che, prendendo convintamente le distanze dell'approdo interpretativo a cui è giunta la Suprema Corte nel 2011, suggerisce una diversa soluzione esegetica.

L'iter argomentativo seguito dal G.I.P. del Tribunale di Cosenza parte da un presupposto indiscutibile: a seguito della modifica del criterio di calcolo della soglia di usurarietà degli interessi, si è ridotta l'area di rilevanza penale per determinate operazioni creditizie, e, in particolare, per quelle in cui i tassi normalmente praticati risultano di entità contenuta. Occorre pertanto chiedersi, ai fini dell'applicazione della regola successoria *ex art. 2, 2° co., c.p.*, quale sia il ruolo, all'interno della fattispecie criminosa dell'usura, da assegnare alla norma extrapenale che disciplina il

³³ Del resto, afferma la Corte in motivazione, la normativa antiusura è caratterizzata dalla *"natura formale"* dei criteri di individuazione del tasso soglia accentuando *"l'esigenza di valutare il disvalore con il riferimento alle condotte relative alla determinazione del tasso soglia vigente al momento del fatto"*. In altri termini, secondo i giudici di legittimità, la natura *"formale"* dei criteri di determinazione del tasso soglia escluderebbe che essi attengano alla *"sostanza"* dell'illecito penale, con la conseguenza che eventuali modifiche non sortirebbero alcun effetto rispetto a condotte poste in essere prima della novella normativa, condotte che continuerebbero pertanto ad essere penalmente sanzionate in quanto comunque ricollegabili alla tutela del bene protetto dalla disciplina del reato di usura. Nondimeno, in chiave critica, si è evidenziato che, riconosciuta la natura *"formale"* dei criteri di individuazione del tasso soglia si finisce, inevitabilmente, per smarrire il referente materiale del bene giuridico, riducendo quest'ultimo a *"vuoto simulacro"*, con la conseguenza che la punizione rinverrebbe il proprio fondamento sulla *"mera disobbedienza, manifestazione di una cattiva volontà del soggetto agente"*. In quest'ottica, si conclude, *"invocare la migliore tutela del bene giuridico o il perdurante disvalore penale del fatto [...] non ha alcun senso"*. Così, F. BOMBA, *La riforma del delitto di usura e questioni di diritto intertemporale*, cit., 6.

procedimento di calcolo della soglia – limite dei tassi di interesse. E, da una piana lettura del disposto di cui all'art. 644 c.p., il giudice ricava la funzione essenziale di tale operazione di computo: in quest'ottica interpretativa, il tratto fondamentale che caratterizza il reato di usura, nella sua attuale configurazione, è proprio costituito dal superamento del tasso soglia, con la conseguenza che il procedimento di determinazione della soglia assurge al ruolo di *"principale elemento che serve a connotare la condotta illecita"*. Ne deriva, secondo il giudice cosentino, che la trasformazione di questo procedimento di calcolo si ripercuote necessariamente sulla stessa definizione legale di interesse usurario e, per tale via, sulla fisionomia dell'ipotesi delittuosa prevista e punita dall'art. 644 c.p., introducendo un elemento che ritaglia un'area di rilevanza penale più circoscritta, in coincidenza con una nuova e più contenuta nozione di interesse usurario. Con l'effetto di estromettere dall'ambito operativo della norma incriminatrice dell'usura una serie di fatti che prima vi erano ricompresi, producendo così un effetto abolitivo destinato a retroagire ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p.

In altri termini, facendo applicazione del criterio logico – formale avallato dalla giurisprudenza di legittimità, il giudice del Tribunale di Cosenza ha comparato le fattispecie astratte in successione e, una volta verificata l'avvenuta metamorfosi del modello legale di comportamento tipizzato dalla disciplina penale, ha dichiarato il fenomeno successorio sottoposto al suo scrutinio pienamente riconducibile nella sfera di operatività dell'art. 2 del codice penale.

Argomentazione, questa, che consente al G.I.P. di superare il rilievo, contenuto nella sentenza della Cassazione del 2011, in base al quale l'assenza di una disciplina transitoria impedirebbe l'applicazione retroattiva del *novum* normativo: infatti, secondo il provvedimento in commento, tale disciplina non era assolutamente necessaria, attesa la natura "integratrice" della norma extrapenale modificata dal d.l. n. 70/2011, in quanto tale automaticamente deputata a trovare applicazione anche per il passato in forza della previsione dettata dall'art. 2, cpv., c.p.

E questa conclusione sarebbe confermata, nella prospettazione del giudice di merito, anche da una ulteriore valutazione di carattere teleologico, attenta alla *ratio legis* sottesa alla novità normativa. Infatti, la scelta del legislatore di modificare il criterio di calcolo della soglia – limite dei tassi di interesse risponderebbe all'esigenza, da più parti avvertita, di assicurare una risposta sanzionatoria più efficace e proporzionata, superando le criticità riscontrate nella precedente prassi applicativa³⁴. Si tratterebbe, dunque, di una modifica che incide direttamente sulla graduazione della offensività della fattispecie astratta, attuata dal legislatore per esigenze di ragionevolezza e parità

³⁴ Infatti, come sottolineato dal giudice del Tribunale di Cosenza in motivazione, il nuovo criterio di calcolo si è reso necessario per assicurare una risposta differenziata in relazione alla maggiore o minore offensività della condotta, evitando di trattare allo stesso modo situazioni diverse, ovverosia operazioni finanziarie con interessi di entità contenuta e prossima alla soglia, da un lato, e operazioni con tassi medi elevati, dall'altro. E infatti *"il nuovo criterio di calcolo (tasso medio, aumentato di ¼, e ulteriormente aumentato di 4 punti) [...] porta ad un innalzamento della soglia per gli interessi di entità contenuta e addirittura ad una sua contrazione per i tassi a doppia cifra"*. Inoltre, la scelta del legislatore di prevedere un differenziale (di 4 punti) in misura fissa servirebbe altresì ad evitare che *"per operazioni con tassi di interesse contenuti la soglia di riferimento sia meno influenzabile da piccole oscillazioni nelle rilevazioni trimestrali del tasso medio"*.

di trattamento sanzionatorio. Una modifica che si riverbera, dunque, sul disvalore stigmatizzato dalla norma incriminatrice, manifestando la volontà del legislatore di rinunciare a punire anche i fatti precedentemente commessi. Considerazione, quest'ultima, che sembra riecheggiare quell'approccio valutativo residuale che, secondo i principi dettati dalle Sezioni Unite a partire dalla più volte citata sentenza *Magera*, attribuisce al giudice un margine di apprezzamento sostanziale del disvalore della norma extrapenale e, ai fini della verifica dell'impatto successorio del *novum* normativo, assegna rilievo all'incidenza che la modifica "mediata" della disposizione incriminatrice produce sull'"assetto giuridico" realizzato dall'incriminazione.

Per tutte queste ragioni, il giudice di merito non ravvisa, nel caso di specie, l'ipotesi di reato di usura inizialmente attribuita agli indagati, escludendo che il tasso di interessi praticato nella vicenda in esame possa essere considerato usurario, e ciò in quanto inferiore al tasso soglia così come ricalcolato alla luce della novella del 2011.

5. Riflessioni conclusive.

La conclusione a cui giunge il giudice del Tribunale di Cosenza nel provvedimento in commento appare senz'altro condivisibile. In particolare, merita apprezzamento nella parte in cui mostra di "prendere sul serio" i principi ermeneutici elaborati dalle Sezioni Unite nel corso degli ultimi anni. Invero, se, in base a quell'autorevole insegnamento, l'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto, sembra corretta la scelta del giudice di merito di analizzare prioritariamente le caratteristiche strutturali dell'ipotesi delittuosa di usura e la funzione dei concetti normativi in essa richiamati. Così disvelando l'erroneità dell'opzione interpretativa avallata dalla Cassazione nel proprio precedente del 2011.

5.1. I profili problematici dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità: il criterio strutturale "preso sul serio".

Infatti, la soluzione a cui è approdata la Suprema Corte non convince appieno per diverse ragioni.

Innanzitutto, a differenza del ragionamento sotteso al provvedimento in esame, l'iter motivazionale tracciato dai giudici di legittimità nella sentenza citata sembra confondere le due tipologie di fonti normative richiamate dall'art. 644 c.p.: da un lato, la disciplina dettata dalla legge n. 108 del 1996, che fissa i criteri di calcolo della soglia di usurarietà dei tassi di interesse; dall'altro lato, i decreti ministeriali che, in funzione di integrazione tecnica della disciplina legislativa, cristallizzano le periodiche variazioni dei tassi medi per tipo di operazione finanziaria. Infatti, l'art. 2, co. 4, della legge n. 108 del 1996 (oggetto della modifica attuata dal d.l. n. 70 del 2011) non si atteggia – diversamente da quanto ritenuto dai giudici di legittimità nella summenzionata pronuncia – come una fonte extrapenale con "*carattere di temporaneità*", bensì si configura

come una fonte del diritto primaria, indifferente a variabili di tipo temporale o economico, che descrive un meccanismo di predeterminazione legale diretto a guidare l'interprete nella individuazione degli interessi usurari. Il meccanismo di calcolo del tasso soglia non può dunque essere equiparato alle rilevazioni trimestrali del tasso effettivo globale medio raccolte nei decreti del Ministero dell'Economia, ovverosia in una fonte secondaria connotata – questa sì – da un intrinseco carattere di temporaneità³⁵.

Distinzione, quest'ultima, che l'interprete non può obliterare in sede di applicazione dell'art. 644 c.p., in quanto l'eterogeneità delle due fonti normative richiamate dalla norma incriminatrice rispecchia una differenza sostanziale: infatti, mentre le rilevazioni dei tassi di interesse non aggiungono nulla alla descrizione della fattispecie legale astratta e al disvalore di cui essa è espressione; il meccanismo di quantificazione del tasso limite contribuisce a “riempire” di contenuto la stessa nozione penalmente rilevante di interesse usurario, incidendo sulla sua definizione legale. E ciò in base ad un semplice rilievo: a mutare, nel primo caso, è soltanto il parametro economico – finanziario (il tasso d'interesse medio per tipo di operazione), ovverosia un elemento che, per espressa previsione normativa, appare caratterizzato da una congenita – e fisiologica – provvisorietà. E che pertanto non risulta in alcun modo in grado di incidere sulla descrizione della fattispecie legale astratta e sul disvalore da essa espresso³⁶. Ed è pertanto altrettanto indubbio che, ai fini della punibilità per il reato di usura, ad assumere rilievo è l'accertamento dell'usurarietà del tasso di interesse al momento in cui esso è stato stabilito, a prescindere dal successivo andamento delle rilevazioni effettuate dalle autorità amministrative. Con la conseguenza che, quand'anche esse siano più favorevoli per il reo – in quanto, innalzando il tasso di interesse medio, portano verso l'alto anche la soglia di usurarietà –, non potrebbe comunque realizzarsi alcuna *abolitio criminis*³⁷. Conclusione, quest'ultima, che rinviene conferma nello stesso dato normativo: infatti, il legislatore, con una norma di interpretazione autentica (art. 1, 1° co., d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito nella

³⁵ F. BOMBA, *La riforma del delitto di usura e questioni di diritto intertemporale*, cit., 3.

³⁶ Sul punto, cfr. G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, cit., 756; F. MUCCIARELLI, *Commento alla L. 7 marzo 1996, n. 108 – Disposizioni in materia di usura*, in *Legisl. pen.*, 1997, 547. In argomento, T. VITARELLI, *Rilievo penale dell'usura e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 787 ss.; D. PIVA, *Questioni aperte e profili problematici in tema di usura*, in *Illyrius*, n. 1/2012, 127 ss.

³⁷ In realtà, a tale conclusione l'indirizzo interpretativo prevalente giunge attraverso percorsi ermeneutici differenti. In primo luogo, in sede esegetica si tende a disconoscere efficacia retroattivamente abolitiva alla fluttuazione del tasso soglia perché tale modifica inciderebbe sul fatto e non sul precetto (cfr. T. VITARELLI, *Rilievo penale dell'usura e successione di leggi*, cit., 813; A. MANNA, *Usura (la nuova normativa sull')*, cit., 663). In base ad un'impostazione più sostanzialistica, si è poi osservato che il “significato umano e sociale” della condotta va valutato quando essa è posta in essere, e non in frangenti successivi, non rilevando dunque cambiamenti contenutistici dell'elemento normativo, cui la norma penale rinvia, dopo il compimento della condotta (così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, cit., 425). Invece, secondo un altro orientamento, pur configurandosi i decreti ministeriali come norme *in toto* integratrici del precetto, non opererebbe a favore dell'agente la loro successione nel tempo in quanto norme temporanee, e quindi regolate dall'art. 2, 5° co., c.p.: in quest'ottica, la disciplina sui tassi opererebbe pertanto come legge temporanea, come tale esclusa dall'ambito applicativo delle regole successorie (cfr. A. FIORELLA, *Appunti sulla struttura del delitto di usura*, cit., 242).

legge 28 febbraio 2001, n. 24), ha opportunamente chiarito che, ai fini della consumazione del reato di usura, rileva esclusivamente il momento della pattuizione o della promessa degli interessi, ricollegandosi soltanto a questo frangente temporale la penale rilevanza della condotta, indipendentemente dalle successive vicende afferenti al carattere usurario del tasso.

Diversamente, con la novella del 2011 il legislatore ha inciso direttamente sulla normativa primaria richiamata dalla disposizione incriminatrice, modificando in radice il criterio di calcolo del limite di usurarietà dei tassi di interesse. Quindi, in questo caso la modifica non riguarda più soltanto il singolo tasso medio praticato dalle banche e dagli intermediari finanziari, rilevato trimestralmente con decreto ministeriale, ma investe la definizione stessa del concetto di interessi usurari. Pertanto, a venire in considerazione non sono più variazioni di un tasso quantificato pur sempre mediante la medesima operazione di calcolo, bensì a mutare è proprio lo stesso procedimento matematico di determinazione del tasso soglia.

Alla luce di questa constatazione, non è revocabile in dubbio che, se viene modificato il procedimento di calcolo della soglia di usura, a variare è, in definitiva, proprio il nucleo sul quale la legge fonda l'intero disvalore del reato: da questo angolo prospettico, la trasformazione del meccanismo di quantificazione del tasso – limite esprimerebbe una “scelta di campo” del legislatore, ovverosia l'opzione politico – criminale di rinunciare a punire i fatti antecedentemente commessi, consentendo di praticare in via generale interessi più elevati. Opzione legislativa a cui non può non seguire, allora, l'applicabilità dei principi regolatori della successione di norme penali.

Soluzione, questa, a cui, del resto, era già pervenuta una parte della dottrina, da tempo propensa a configurare, nell'ipotesi in esame, una vera e propria successione di norme extrapenali “integratrici”, e ciò in quanto il *novum* legislativo, andando ad incidere sul meccanismo di calcolo del tasso soglia, apparirebbe in grado di ridisegnare l'ambito applicativo del delitto di usura e di determinare così una riduzione dell'area dell'incriminazione³⁸.

³⁸ Approdo interpretativo, quest'ultimo, a cui l'orientamento dottrinale in commento perviene attraverso due distinti percorsi ermeneutici. Il primo itinerario interpretativo parte dalla configurazione dell'art. 644 c.p. come una norma penale in bianco, il cui precetto, ancorato alla nozione di interesse usurario, sarebbe destinato a completarsi attraverso il rinvio alla disciplina extrapenale che fissa i criteri di accertamento dell'usurarietà dei tassi di interesse (cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, cit., 424 ss.; D. MANZIONE, *L'usura*, cit., 47 ss.). In quest'ottica, le norme che presiedono alla individuazione della soglia – limite dei tassi di interesse si attergerebbero a vere e proprie norme “integratrici” del precetto *ex* art. 644 c.p., con la conseguenza che la loro modifica finirebbe per riverberarsi sulla fisionomia della fattispecie penale di usura, attivando la regola successoria di cui all'art. 2, 2° co., c.p. Invece, il secondo sentiero esegetico muove dalla valenza definitoria della norma extrapenale richiamata dalla disposizione incriminatrice: in questa prospettiva, poiché la descrizione della condotta vietata dalla legge penale è strettamente legata alla determinazione legale della soglia di usurarietà dei tassi di interesse, il mutamento di tale determinazione inciderebbe sulla stessa definizione di interesse usurario penalmente rilevante ai sensi dell'art. 644, co. 3 c.p., con la conseguenza che, in caso di avvento di una definizione più restrittiva, la novità normativa produrrebbe l'effetto di ridurre l'area di tipicità della fattispecie e, quindi, sarebbe giocoforza destinata a retroagire in forza del secondo comma dell'art. 2 c.p. (cfr. L. TROYER, S. CAVALLINI, *Usura presunta e commissione di massimo scoperto: il disorientamento dell'operatore bancario tra*

Conclusione, quest'ultima, a cui si perviene proprio attraverso la piana applicazione di quel criterio strutturale adottato dalle Sezioni Unite e richiamato dagli stessi giudici di legittimità nel proprio precedente del 2011. Infatti, è indubbio che, confrontando la struttura delle fattispecie in successione, l'ipotesi delittuosa *ex art. 644 c.p.* abbia subito una parziale abolizione: la riscrittura del procedimento di calcolo del tasso soglia, nella misura in cui, innalzando il tasso usurario, restringe la sfera di tipicità dell'usura, ha determinato un effetto parzialmente abolitivo, con estromissione dall'area di tipicità di tutti i casi di promessa o dazione, realizzati prima dell'introduzione della novella, di un interesse con tasso che si colloca al di sotto del nuovo limite legale.

Ma questa valutazione sembra assente nel ragionamento seguito dalla Corte di legittimità, che, a ben guardare, motiva l'esclusione del fenomeno abolitivo non già all'esito di un'attenta analisi della struttura del reato, bensì sulla base del perdurante interesse dello Stato a punire condotte non più penalmente rilevanti.

Ragionamento, questo, che sposta così l'attenzione sul piano dell'offesa al bene giuridico protetto dalla disciplina del reato di usura. E finisce così per "riesumare", per vie traverse, quel criterio valutativo, fondato sulla valorizzazione dell'identità/omogeneità del bene giuridico tutelato dalle norme in successione, che non è più quello seguito dall'orientamento esegetico maggioritario, in quanto, tra l'altro, non in grado di assicurare un risultato ermeneutico affidabile. Criterio che, come anticipato, essendo ancorato alla sfuggente definizione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice³⁹, è particolarmente idoneo a prestarsi ad un suo strumentale da parte degli interpreti, consentendo di giustificare soluzioni applicative anche diametralmente opposte⁴⁰. E la vicenda in esame lo dimostra: infatti, il riferimento ad un approccio discrezionale di carattere "sostanziale", contenuto sia nella decisione della Corte di Cassazione che nel provvedimento di archiviazione in esame, conduce ad esiti interpretativi radicalmente divergenti. Infatti, se nel primo caso, il rilievo accordato all'oggetto della tutela penale apprestata dall'art. 644 c.p. conduce ad escludere la portata retroattiva del *novum* normativo, nel secondo caso, all'opposto, è posto a sostegno dell'efficacia retroattiva della modifica legislativa. Incertezze interpretative, queste, che, d'altronde, rispecchiano il mai sopito dibattito sull'esatta individuazione

"indicazioni erranee" dell'Autorità ed "autentiche" del Legislatore al vaglio della Suprema Corte, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 955, nonché, già in precedenza, G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, cit., 757).

³⁹ Sull'evoluzione interpretativa che ha interessato la categoria del bene giuridico protetto dalla norma penale e sui relativi problemi interpretativi, cfr., nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 4 ss.

⁴⁰ Nell'ipotesi in esame, la soluzione interpretativa patrocinata dalla Suprema Corte ben si presta a soddisfare l'esigenza di assicurare alla giustizia condotte di "sopraffazione" economica poste in essere in danno di soggetti deboli, così evitando che l'applicazione della novella del 2011, contenente una normativa che – per usare le stesse parole dei giudici di legittimità – "ha introdotto un regime maggiormente favorevole agli istituti bancari in relazione al reato di usura", possa determinare sacche di impunità in riferimento a preesistenti situazioni, a tutto detrimento dei clienti delle banche. Pone l'accento su tali aspetti A. SCARCELLA, *La manovra non è retroattiva - Il decreto sviluppo non salva le banche dalla condanna per usura*, in ipsosa.it.

degli interessi presidiati dalla disposizione di cui all'art. 644 c.p.⁴¹. Con ciò confermando, ancora una volta, l'opinabilità di un criterio di accertamento dell'effetto abolitivo di una modifica "mediata" della fattispecie penale che poggia su considerazioni di taglio squisitamente "sostanzialistico".

5.2. Una chiosa finale: il criterio logico – formale alla prova della normativa CEDU.

Ciò detto, la vicenda in esame offre anche l'occasione per chiedersi se il criterio logico – formale utilizzato dal giudice di merito sia ancora attuale alla luce del quadro normativo sovranazionale e, in particolare, di alcuni "spunti" problematici derivanti dai principi dettati dalla Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Infatti, alla luce del ruolo ormai assunto dalla normativa CEDU nel nostro ordinamento, appare necessario comprendere se il predetto criterio strutturale sia o meno compatibile con i principi convenzionali che governano la successione delle leggi penali nel tempo e, in particolare, con le garanzie dettate dalla Convenzione con riguardo all'applicazione retroattiva della norma più favorevole per il reo.

Come è evidente, il discorso si intreccia con il percorso evolutivo che ha caratterizzato il c.d. principio della retroattività favorevole nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴². È noto, infatti, che, in anni recenti, tale principio ha trovato nuova linfa proprio grazie all'attività esegetica della Corte di Strasburgo: a

⁴¹ Sebbene sia collocato nel codice tra i delitti contro il patrimonio mediante frode (Libro II, Titolo XIII, Capo II), sull'individuazione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di usura si registrano, da sempre, opinioni profondamente diverse: per alcuni tale ipotesi delittuosa sarebbe posta a presidio dell'ordinamento del credito o più in generale dell'economia pubblica (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, cit., 418 s.; M. ZANCHETTI, *Cronaca di un reato mai nato: costruzione e decostruzione normativa della fattispecie di <<usura sopravvenuta>>*, cit., 302), e ciò quantomeno nell'ipotesi di usura "presunta" alla luce della novella del 1996: in quest'ottica, l'introduzione di un limite legale oltre il quale gli interessi sono sempre usurari sarebbe funzionale alla scelta di strutturare la fattispecie dell'usura in termini marcatamente oggettivi, depurata dalla componente dell'approfitamento (così F. MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 515); per altri, invece, all'usura dovrebbe riconoscersi natura plurioffensiva rispetto al diritto all'autonoma determinazione del contenuto del contratto e agli interessi attinenti alla sfera personale e patrimoniale della vittima (L. VIOLANTE, *Il delitto di usura*, Milano, 1970, 235 ss.); per altri ancora il bene giuridico tutelato dall'art. 644 c.p. sarebbe comunque quello del patrimonio individuale, sia pure diversamente protetto nelle diverse ipotesi di usura (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro il patrimonio*, cit., 225; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, cit., 232).

⁴² Sul canone della c.d. retroattività *in mitius* si vedano, nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, cit. 102 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 83 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 111 ss. Sul rilievo sovranazionale del principio in esame, cfr., *ex multis*, F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2012, 2005 ss.; F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1173 ss..

partire dalla celebre sentenza sul caso Scoppola, i giudici della Corte EDU hanno ricondotto il canone della retroattività favorevole entro l'ambito applicativo del principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU⁴³. Principio che, pertanto, attualmente include il canone di applicazione retroattiva, in favore del reo, del trattamento sanzionatorio più mite sopravvenuto rispetto alla commissione del fatto, in coerenza, tra l'altro, con quanto previsto dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Il principio di retroattività favorevole è così assunto al rango di diritto fondamentale dell'uomo, ormai considerato parte integrante del patrimonio costituzionale dei Paesi membri dell'Unione Europea⁴⁴.

Considerazione, quest'ultima, che non può non spingere l'interprete a chiedersi allora se la scelta esegetica della (maggioritaria) giurisprudenza nazionale di riconoscere un effetto retroattivamente abolitivo ai soli casi di successione di norme "integratrici" del precetto sia coerente con la latitudine applicativa che il principio di retroattività favorevole ha assunto a livello sovranazionale⁴⁵. E ciò soprattutto nella parte in cui questa opzione interpretativa si traduce – di fatto – in una limitazione dell'ambito applicativo del canone della *lex mitior*, in base alla quale la ricorrenza del fenomeno abolitivo è da escludere in via generale, salvo debite e giustificate eccezioni, identificabili nelle sole ipotesi di modifica della fattispecie legale astratta⁴⁶.

In altri termini, ci si domanda se un'opzione pretoria restrittiva – come quella avallata dalla Corte di Cassazione – non si ponga in contrasto con la cogenza riconosciuta al principio nell'attuale quadro sovranazionale⁴⁷. Con la conseguenza di indurre a preferire un'interpretazione estensiva che, ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali ex art. 7 CEDU, valorizzi gli effetti della successione delle norme extrapenali sul fatto concreto sottoposto allo scrutinio giudiziale.

Da questo angolo prospettico, la distinzione tra norme "integratrici" e norme "non integratrici" sarebbe destinata ad evaporare, in favore di un più pragmatico criterio discrezionale ancorato agli effetti che la modifica "mediata" della fattispecie penale produce sulla concreta punibilità del reo.

⁴³ Corte EDU, Grande Camera, Scoppola c. Italia (2), 17 settembre 2009, in *Hudoc*. In senso conforme, nella giurisprudenza successiva, si vedano Corte EDU, Morabito c. Italia, 27 aprile 2010, e Corte EDU, Agrati ed altri c. Italia, 7 giugno 2011, in *Hudoc*.

⁴⁴ CGUE, Grande Sez., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/2, C-391/2 e 403/2, Berlusconi e a., in curia.europa.eu, §§ 67 – 69.

⁴⁵ Non pare che, ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali dettate dall'art. 7 CEDU in materia penale, assuma rilievo la circostanza che, nella specie, si tratta di successione di norme extrapenali richiamate dalla disposizione incriminatrice: infatti, adottando il ben noto approccio pragmatico seguito dalla Corte EDU, nulla osta a che anche le modifiche "mediate" della fattispecie penale, se e in quanto incidenti sull'incriminazione, siano considerate rientranti nello spazio applicativo dell'art. 7 CEDU. Sul punto, cfr. A. CAPPELLINI, *Modifiche "mediate" e falso nummario*, cit., 340.

⁴⁶ In argomento, A. MARTUFI, *Eterointegrazione penale e norme europee*, cit., 728; A. CAPPELLINI, *Modifiche "mediate" e falso nummario*, cit., 340.

⁴⁷ Sul tema si veda anche F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani 2012*, diretto da R. Garofoli e T. Treu, Roma, 2012, 153 ss.

Soluzione, questa, non implausibile, soprattutto se si pone mente alle conclusioni esegetiche a cui la Corte EDU è giunta al diverso scopo di assicurare la massima operatività al principio del *ne bis in idem*⁴⁸: infatti, a tale fine, i giudici di Strasburgo hanno eletto il “fatto concreto” quale parametro di riferimento, chiarendo che, per l’applicazione del divieto di doppio giudizio, non è necessario verificare se gli elementi costitutivi del fatto tipizzato dalle due norme contestate allo stesso soggetto siano o meno identici, bensì solo se i fatti sussunti in esse e giudicati nei due procedimenti siano o meno i medesimi⁴⁹. Approdo esegetico, questo, che recepisce il più favorevole criterio dell’*idem factum*, anziché la più restrittiva nozione di *idem legale*, incentrando l’analisi sul “fatto” inteso nella sua accezione concreta e non sul raffronto strutturale fra le fattispecie tipiche⁵⁰.

Ebbene, come insegna la vicenda giurisprudenziale del divieto di *bis in idem*, in un futuro non lontano potrebbe emergere dalle attualmente scarse statuizioni della Corte di Strasburgo un orientamento volto ad applicare il criterio del “fatto concreto” anche nel diverso settore della successione di norme extrapenali, privilegiando un risultato interpretativo che, allo scopo di garantire l’incondizionata operatività del principio della retroattività favorevole, conduca all’ampliamento senza limite alcuno dell’area di applicabilità dell’*abolitio criminis* in caso di modifiche “mediate”. Con la conseguenza di ritenere che la *lex posterior* che incide su uno degli aspetti di rilevanza del fatto storico, necessario per ricondurlo alla fattispecie normativa, sia destinata a trovare applicazione anche per il passato, in forza dell’art. 7 CEDU.

Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, troverebbe conferma, anche per tale via, l’esito a cui perviene la decisione in commento, mentre rinverrebbe radicale smentita la soluzione propugnata dalla Cassazione nel 2011. Soluzione che, si ribadisce, era fondata proprio sulla scelta – secondo la nostra opinione, erronea – di configurare il mutamento del criterio di calcolo del tasso soglia come mera variazione di fatto, in quanto tale esclusa dallo spazio operativo dell’art. 2, co. 2, c.p. Opzione che

⁴⁸ Nell’ordinamento sovranazionale, il principio del *ne bis in idem* trova diretto riconoscimento sia nel sistema Convenzionale, all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione, che nel diritto dell’Unione Europea, all’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali. In tema, N. RECCHIA, [Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2015, 71 ss.

⁴⁹ A partire dalla sentenza *Zolotukhin* (Corte EDU, Grande Camera, *Zolotukhin c. Russia*, 10 febbraio 2009, in *Hudoc*), la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si caratterizza, ai fini dell’accertamento di una duplicazione sanzionatoria penale, per un’attenzione spiccatamente sostanzialistica, rivolta al fatto concreto, che abbandona un approccio interpretativo che guardi esclusivamente ai rapporti astratti e strutturali fra le norme potenzialmente convergenti sulla medesima fattispecie. Nella stessa direzione si colloca anche la celebre sentenza *Grande Stevens* (Corte EDU, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, in *Hudoc*). Sul punto, tra gli altri, cfr. E. PENCO, [Il principio di specialità amministrativa](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2015, 63 ss.

⁵⁰ Per una recente applicazione, nell’ordinamento interno, dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte EDU, cfr. Corte Cost., 21 luglio 2016, n. 200. In argomento, da ultimo, D. FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazional-europeo*, in *Archivio penale*, n. 1/2017; B. LAVARINI, *Il ‘fatto’ ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 1/2017.

sarebbe destinata a cedere, però, dinanzi ad un'eventuale interpretazione estensiva influenzata dai principi convenzionali.

Come è evidente, si tratta di una soluzione interpretativa che apre la strada a scenari inediti: ricondurre il fenomeno della c.d. successione mediata di norme penali entro lo statuto del "fatto concreto" significherebbe riconoscere un effetto retroattivamente abolitivo a *tutte* le modifiche comunque in grado di incidere sulla concreta possibilità di punire l'agente per un comportamento che, in base ad una modifica extrapenale posteriore, non costituisce più reato.

Con effetti dirompenti, tra l'altro, proprie nel campo dell'usura: se, alla luce dell'art. 7 CEDU, il fenomeno della successione di norme extrapenali appare destinato a non esaurirsi nelle vicende modificative della (sola) fattispecie astratta, non si potrebbe infatti disconoscere un effetto retroattivamente abolitivo anche alle fluttuazioni dei tassi medi di interesse, attuata attraverso l'avvicinarsi dei decreti ministeriali preordinati alla loro rilevazione. Con la conseguenza che, qualora tali variazioni siano in concreto più favorevoli per il reo – in quanto, innalzando il tasso di interesse medio, portano verso l'alto anche la soglia di usurarietà –, si "eroderebbe" il fatto incriminabile (che, se commesso oggi, non configurerebbe più reato) e si realizzerebbe pertanto una vera e propria *abolitio criminis*, destinata a trovare applicazione anche alle condotte poste in essere nella vigenza della più severa normativa incriminatrice. Conclusione, quest'ultima, che, però, si pone in stridente contrasto con il disposto del citato art. 1, 1° co., d.l. n. 394 del 2000, ovverosia con la norma di interpretazione autentica con la quale il legislatore ha assegnato rilevanza, ai fini della valutazione dell'usurarietà degli interessi concordati, esclusivamente al momento della pattuizione o della promessa degli interessi, privando di rilievo le successive vicende afferenti al carattere usurario del tasso⁵¹. E che lascerebbe dunque emergere una potenziale antinomia tra la disciplina nazionale e il principio di retroattività favorevole *ex art. 7 CEDU*.

Tuttavia, vi è da chiedersi se quest'ultimo sia veramente un risultato auspicabile e convenzionalmente necessitato. E la risposta, a nostro sommo avviso, non può che essere negativa.

⁵¹ In quest'ottica interpretativa, la norma di interpretazione autentica contenuta nella citata legge n. 394/2000 potrebbe anche essere letta come una limitazione, posta dal legislatore, all'operatività del principio della retroattività favorevole, e ciò perlomeno nella parte in cui non consente l'applicazione del parametro economico – finanziario più favorevole sopravvenuto *medio tempore*. In tale prospettiva ricostruttiva, il tema si intreccia con quello dei limiti al principio della retroattività favorevole, che sembrerebbe diversamente risolto dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU: invero, secondo il giudice delle leggi, poiché un'eventuale deroga alla retroattività della *lex mitior* deve rispettare il principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*, la norma di interpretazione autentica in esame dovrebbe essere sottoposta ad un "test di ragionevolezza", comparando il principio in questione con gli interessi, di rango almeno pari a quello in discussione, che ne giustificano il sacrificio (cfr. Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 393; Id., 19 luglio 2011, n. 236); invece, in base agli ultimi pronunciamenti della Corte di Strasburgo, nessun limite sarebbe – in linea di massima – ammissibile (Corte EDU, *Mihai Toma v. Romania*, 24 aprile 2012, in *Hudoc*), con la conseguenza che la deroga al principio della retroattività favorevole si porrebbe in contrasto con l'obbligo internazionale gravante sullo Stato italiano di rispettare l'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU. Sul punto, F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 2005.

Infatti, in assenza di prese di posizione nette da parte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (o della Corte di Giustizia dell'Unione europea)⁵², non può che osteggiarsi una soluzione interpretativa tendente a recuperare l'ormai superata tesi del "fatto concreto" per individuare gli effetti intertemporali delle modifiche "mediate" della fattispecie penale. Invero, il criterio logico – formale, fondato sulla comparazione strutturale delle fattispecie in successione, appare, ancora oggi, come il più affidabile principio – guida per identificare l'impatto successorio delle modifiche "mediate" delle norme penali. Quello che meglio consente di coniugare il rispetto dei principi sottesi alle regole successorie fissate dal legislatore nazionale con il nucleo "garantista" del canone di legalità penale consacrato dallo stesso art. 7 CEDU. Così impedendo l'acritica applicazione, in un diverso campo del diritto penale, presidiato da differenti principi e caratterizzato da disparati interessi, di esiti interpretativi elaborati al fine di delimitare l'ambito operativo del canone del *ne bis in idem*⁵³.

In realtà, sono note le ragioni che, da tempo, hanno indotto dottrina e giurisprudenza a ripudiare, nell'interpretazione dell'art. 2 c.p., la tesi del "fatto concreto". Al riguardo, si è infatti evidenziato il pericolo che, utilizzando il criterio della c.d. doppia punibilità in concreto, si pervenga ad un risultato interpretativo incompatibile con il principio costituzionale di irretroattività. E ciò per un semplice motivo: alla stregua di tale criterio, vi è successione modificatrice se il fatto concreto sia riconducibile a due fattispecie che si avvicinano nel tempo, e ciò quand'anche le due fattispecie siano in realtà costituite da elementi eterogenei tra loro. Ma non vi è chi non veda come ciò determini il rischio di attribuire rilevanza penale a elementi che prima non l'avevano: è infatti possibile che un fatto concreto rientri per aspetti diversi nella previsione di due norme incriminatrici in successione. In questi casi, dunque, la permanente punibilità di un comportamento non sarebbe fatta dipendere dalla scelta legislativa di continuare a punire una determinata condotta, bensì dall'accidentale eventualità che, anche in relazione a profili diversi, un determinato fatto, già sanzionato in base alla normativa previgente, lo sia anche alla luce della nuova cornice legislativa. E ciò anche qualora, al contrario, la volontà legislativa sia proprio quella di segnare la discontinuità rispetto al passato e, attraverso la riformulazione della fattispecie penale, non continuare più a perseguire determinati comportamenti, in precedenza vietati, ed iniziare a sanzionare altre tipologie di condotte, in passato estranee al perimetro applicativo dell'incriminazione. In quest'ottica, si finirebbe per applicare retroattivamente la norma incriminatrice, in contrasto con quanto disposto dall'art. 25, 2°, Cost. (e dall'art. 7 CEDU), facendo dipendere – in sostanza – da fattori casuali la

⁵² Di recente, sul tema dell'impatto successorio delle modifiche "mediate" della fattispecie penale è intervenuta CGUE, Sez. IV, 6 ottobre 2016, C-218/15, Paoletti e altri, in curia.europa.eu.

⁵³ Esiti interpretativi, tra l'altro, che sono ben lungi dal costituire l'approdo definitivo del cammino ermeneutico intrapreso dai giudici di Strasburgo in sede di delimitazione del perimetro applicativo del divieto di *bis in idem*, come comprovato dal recente approfondimento, in chiave parzialmente correttiva, effettuato da Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, in *Hudoc*.

soluzione del problema, senza che sia possibile tracciare a priori il limite tra lecito e illecito in rapporto a tipologie di comportamento previamente determinate⁵⁴.

Pertanto, anche alla luce di tali considerazioni, non è revocabile in dubbio che il criterio c.d. strutturale sia lo strumento ermeneutico che assicura l'esito interpretativo più attendibile, e ciò anche nell'ipotesi di successione "mediata" di norme penali.

Con quest'ultima affermazione naturalmente non si intendono trascurare le innegabili difficoltà che, nella prassi applicativa, incontra l'interprete interessato ad applicare, ai fini dell'individuazione degli effetti intertemporali delle modifiche "mediate" della fattispecie penale, il predetto criterio. E la prima difficoltà risiede proprio nel discernere tra norme extrapenali "integratrici" e norme "non integratrici" della fattispecie criminosa. Distinzione non sempre agevole e, come testimoniato dalla vicenda giurisprudenziale in esame, talora fonte di confusione e di fraintendimenti interpretativi.

Nondimeno, al netto di errori e di fisiologiche criticità interpretative, l'approccio logico – formale appare come quello che, se applicato con rigore, permette di capire quando trovino effettivamente applicazione le regole successorie dettate dall'art. 2 c.p. e quando, invece, operi l'ordinaria disciplina che regola l'efficacia della legge nel tempo. Così agevolando l'approdo ad un risultato esegetico che consenta, per quanto possibile, di schivare il rischio di arbitrii interpretativi e di valutazioni altamente discrezionali (e, quindi, incontrollabili), e di evitare di frustrare le istanze individual-garantistiche sottese ai principi che presiedono alla successione delle norme penali nel tempo e al *favor libertatis* che ne costituisce la matrice comune, sbarrando la strada sia a fenomeni di retroattività "occulta" delle norme penali sfavorevoli all'agente sia ad interpretazioni in grado di compromettere le esigenze di parità di trattamento sanzionatorio, presidiate dagli artt. 3 Cost. e 2, co. 2 e 4, c.p. Se è vero, infatti, che il canone di retroattività favorevole sembra aver ormai assunto, nel panorama normativo sovranazionale, una rilevanza molto ampia, è altresì pacifico che un'analogia – se non più estesa – portata è assegnata dalle tradizionali costituzionali delle moderne liberal-democrazie al c.d. principio di irretroattività sfavorevole, autentico strumento di garanzia della libera autodeterminazione individuale. E ciò impone pertanto l'adozione di una soluzione esegetica che, in presenza di un conflitto diacronico tra norme penali, consenta di pervenire ad un esito interpretativo attendibile e oggettivamente prevedibile, in grado di mettere l'interprete nella condizione di comprendere, in caso di *ius superveniens*, se ci si trova davanti ad una nuova incriminazione, ad una *abolitio criminis*, ad una modifica della fattispecie penale o ad un ininfluyente avvicendamento di norme nel tempo.

Obiiettivo, quest'ultimo, che, come insegna la vicenda in esame, può essere raggiunto soltanto attraverso una lucida e rigorosa analisi del dato normativo, che guidi l'interprete nel difficile compito di distinguere le norme extrapenali realmente integratrici del precetto penale e quelle solo apparentemente in grado di incidere sulla fattispecie criminosa astratta, consentendo così di sceverare i casi in cui la modifica

⁵⁴ In argomento, da ultimo, M. GAMBARDELLA, *Le norme penali e processuali nel tempo e nello spazio*, in *Archivio penale*, n. 3/2016. Sulla ritenuta inaffidabilità del criterio del fatto concreto, si veda altresì, M. SCOLETTA, *L'abolitio criminis parziale tra vincoli costituzionali e aporie processuali*, cit., 533 ss.



2/2017

“mediata” si riverbera sulla cornice di tipicità del reato trasformando il “volto” dell’incriminazione dalle ipotesi in cui essa si limita a creare solo una nuova e diversa situazione di fatto rispetto alla precedente, che, in quanto tale, una volta accaduta, non può più subire variazioni.

**LA DEPENALIZZAZIONE DEL REATO
DI "IMMIGRAZIONE CLANDESTINA":
UN'OCCASIONE MANCATA PER IL SISTEMA PENALE ITALIANO**

di Carol Ruggiero

Abstract. *Con l'art. 2, co. 3, lett. b) della legge 28 aprile 2014, n. 67, il Parlamento ha delegato il Governo ad abrogare e a trasformare in illecito amministrativo il reato di "Ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato" di cui all'art. 10-bis T.u.imm. L'esecutivo, tuttavia, facendo leva sul "carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalla fattispecie in esame" ha preferito non esercitare la delega rispetto a tale contravvenzione, perdendo così la preziosa occasione di eliminare dal sistema penale italiano una norma ineffettiva ed assolutamente incompatibile con il quadro assiologico costituzionale.*

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. n. 8/2016 e la mancata depenalizzazione dell'art. 10-bis T.u.imm. – 2. Le linee di tendenza della politica legislativa in materia di immigrazione. – 3. Profili di incostituzionalità della fattispecie di "immigrazione clandestina". – 3.1 Regime sanzionatorio ed ineffettività della norma. – 4. Conclusioni.

1. Il d.lgs. n. 8/2016 e la mancata depenalizzazione dell'art. 10-bis T.u.imm.

Con i decreti legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016¹ è stata finalmente data attuazione all'art. 2, co. 2 e 3, della legge delega 28 aprile 2014, n. 67², per la riforma del sistema sanzionatorio penale.

Come noto, il Governo, esercitando il mandato conferitogli dal Parlamento, con il primo provvedimento ha abrogato numerose fattispecie penali, trasformandole in illeciti civili per i quali è prevista, oltre al risarcimento del danno, l'applicazione di una

¹ Il d. lgs. n. 7 reca "Disposizioni in materia di abrogazioni di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2, co. 3, l. 28 aprile 2014, n. 67". Il d. lgs. n. 8, invece, è rubricato "Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'art. 2, comma 2 della l. 28 aprile 2014, n. 67", entrambi in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2016.

² Recante "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili", in G.U. n. 100 del 2 maggio 2014.

sanzione pecuniaria civile devoluta alla Cassa delle ammende³; con il secondo, invece, ha “derubricato” molte figure di reato a meri illeciti amministrativi⁴.

Facendo particolare riferimento all’ampia opera di depenalizzazione realizzata con il d.lgs. n. 8, preme in questa sede evidenziare l’esclusione dallo spettro applicativo di tale intervento normativo di alcuni reati, tra i quali è stato discutibilmente ricompreso anche quello di “Ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato” di cui all’art. 10-*bis* T.u.imm. (più comunemente conosciuto come reato di “clandestinità” o di “immigrazione clandestina”).

Sul punto giova rammentare come l’art. 2, co. 3, lett. b) della legge delega sopra ricordata avesse disposto l’abrogazione e la trasformazione di questa fattispecie in illecito amministrativo, *“conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia”*.

In sostanza, in base a quanto stabilito dalla legge delega n. 67/2014, doveva essere depenalizzato soltanto il primo ingresso irregolare nel territorio dello Stato, previsione che tuttavia avrebbe mantenuto un peso amministrativo con l’esplicita possibilità di ricorrere alla sanzione dell’espulsione. Al contrario, avrebbero conservato rilievo penale le altre figure di reato previste nel d.lgs. n. 286/1998 (T.u.imm.), legate per lo più all’inosservanza dei provvedimenti amministrativi adottati in materia. Tra queste ritroviamo: la violazione delle misure disposte dal questore in caso di concessione del termine per la partenza volontaria (art. 13, co. 5.2, T.u.imm.); la trasgressione del divieto di reingresso in Italia dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione (art. 13, co. 13 e 13-*bis*, T.u.imm.); l’infrazione delle misure disposte dal questore in alternativa al trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione (art. 14, co. 1-*bis*, T.u.imm.); l’ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore (disposto ai sensi dell’art. 14, co. 5-*ter* e 5-*quater*, T.u.imm.)⁵.

Se queste erano le chiare indicazioni provenienti dal Parlamento, resta davvero poco comprensibile la decisione del Governo di non esercitare la delega rispetto alla contravvenzione in parola.

Secondo quanto esposto nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 8/2016, *“le ragioni politiche sottese alla scelta di non attuare le direttive di depenalizzazione vanno ricercate nel carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalla fattispecie in esame: per tali*

³ Rientrano in questo gruppo le fattispecie di falsità in scrittura privata e in fogli firmati in bianco (artt. 485 e 486 c.p.); l’ingiuria (art. 594 c.p.); la sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.); le c.d. “appropriazioni indebite minori” (art. 647 c.p.); il danneggiamento non aggravato (art. 635, co. 1, c.p.).

⁴ La depenalizzazione, invece, ha riguardato tutti i reati puniti con la sola pena pecuniaria (con importanti eccezioni tassativamente indicate), nonché alcune fattispecie previste dal codice penale e già punite con pene detentive sole, congiunte o alternative a pene pecuniarie, tra le quali: il delitto di atti osceni (art. 527, co. 1, c.p.); le pubblicazioni e gli spettacoli osceni (art. 528, co. 1 e 2, c.p.); il rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto (art. 652 c.p.); l’abuso della credulità popolare (art. 661 c.p.); le rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive (art. 668 c.p.). La “derubricazione” di cui al d.lgs. n. 8, infine, ha investito anche una pluralità di reati previsti da leggi speciali (tra i quali, ad esempio, l’omesso versamento delle ritenute previdenziali per importi inferiori a 10.000 euro ex art. 2, co. 1-*bis*, d.l. n. 463/1983).

⁵ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Una depenalizzazione a due marce*, in AA.VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di M. DANIELE - P.P. PAULESU, Torino, 2015, p. 32.

*materie, in assenza di un intervento sistematico di più ampio respiro, lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito"*⁶.

È evidente, dunque, come l'azione (*rectius*, l'omissione) del Governo sia stata dettata prevalentemente dal timore di incontrare lo sfavore dell'opinione pubblica, con pericolose ricadute in termini di perdita di consenso elettorale.

Si tratta di una presa di posizione certamente poco condivisibile laddove si consideri il suo aperto contrasto non solo con le scelte politico-criminali effettuate a monte dall'organo parlamentare (di certo dotato di maggior rappresentatività rispetto all'esecutivo), ma anche con le spinte riformistiche che sempre più frequentemente provengono dalla società civile, dagli operatori del diritto e dal mondo scientifico⁷.

2. Le linee di tendenza della politica legislativa in materia di immigrazione.

La mancata depenalizzazione della contravvenzione in esame dimostra, ancora una volta, come l'opzione fondamentale della normativa italiana in tema di immigrazione resti "quella di regolare il fenomeno in senso protezionistico o proibizionistico, limitandone i flussi"⁸.

A fronte delle ondate ormai quotidiane di migranti in fuga da conflitti bellici o da condizioni di vita indegne, l'Italia – e l'Europa più in generale – preferisce trincerarsi

⁶ Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 8/2016, p. 5. Tra l'altro, la preoccupazione del Governo di andare incontro ad obiezioni di illegittimità costituzionale per il mancato esercizio della delega, lo ha portato a chiarire che "ciascuna previsione di depenalizzazione ha autonomia strutturale rispetto all'intero contesto di prescrizioni impartite al legislatore delegato. Questi, pertanto, nel momento in cui ritiene di svolgere una precisa opzione di opportunità politica, non esercitando la delega in riguardo ad un reato oggetto delle previsioni di depenalizzazione, dà luogo ad un parziale recepimento della stessa, per esercizio frazionato del potere devolutogli che non intacca la conformità alle direttive nella parte in cui, invece, la delega è attuata" (*Ivi*, p. 4).

⁷ Cfr. A. CAPUTO, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 389 ss.; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, 2009, 5, p. 11, in cui l'Autore sottolinea come "il secondo pacchetto sicurezza costituisca la prima volta nel nostro Paese in cui si riproducono, sia pure in forma ovviamente diversa, delle leggi che a ragione possono definirsi razziali"; L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, p. 15 ss.; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. Pen.*, 2011, 2, p. 446 ss.; L. MASERA, *Terra bruciata attorno al clandestino tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *AA.VV., Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di O. MAZZA - F. VIGANÒ, Torino, 2010, p. 27 ss.; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2013, 1, p. 17 ss.; G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, p. 189 ss.

Appare ormai concorde per l'abrogazione del reato *de quo* anche la Procura nazionale antimafia, la quale di recente ha evidenziato come la contravvenzione in questione ostacoli le indagini volte all'accertamento della responsabilità dei trafficanti che gestiscono gli sbarchi sul territorio italiano (cfr. L. MILELLA, "Roberti: il reato di immigrazione clandestina? Legge che ha solo ostacolato le indagini sui trafficanti", in *repubblica.it*, 8 gennaio 2016).

⁸ A. CAVALIERE, *op. cit.*, 2013, 1, p. 19.

all'interno dei propri confini, riducendo il complesso fenomeno delle migrazioni moderne a mero problema di legalità e di ordine pubblico.

Assecondando tale logica, si è così progressivamente formato nel nostro ordinamento un vero e proprio "diritto speciale" dei migranti, di natura in parte amministrativa ed in parte penale, dal carattere marcatamente repressivo e poliziesco⁹.

Tali connotazioni si rinvencono già nella normativa extrapenale dettata in materia. Si fa riferimento, oltre che alla disciplina dei respingimenti e a quella dell'espulsione amministrativa, al trattenimento dei migranti nei famigerati centri di identificazione ed espulsione (C.I.E.), da taluno meglio qualificati in termini di "galere amministrative"¹⁰. Si tratta di strutture che ospitano gli stranieri destinati all'espulsione, in attesa dell'esecuzione del provvedimento, per un periodo di tempo che, prima della legge 30 ottobre 2014, n. 163, poteva durare fino a 18 mesi, e che oggi è stato ridotto ad un massimo di 3 mesi¹¹. Va, peraltro, evidenziato come il termine limite in parola abbia, da ultimo, subito un'ulteriore variazione con l'approvazione del decreto legislativo n. 142/2015 che, in attuazione della direttiva 2013/33/UE sulle norme relative all'accoglienza e al riconoscimento della protezione internazionale, ha previsto, in alcune circostanze, il trattenimento dei richiedenti asilo fino a 12 mesi¹².

Si discute ormai da lungo tempo in ordine alla costituzionalità di questa sanzione amministrativa che, attraverso la consueta "truffa delle etichette", cela in realtà quella che è una vera e propria forma di detenzione in strutture para-carcerarie, senza, tuttavia, le tutele proprie del diritto, del processo e dell'esecuzione penale¹³.

⁹ Cfr. A. CAPUTO, *Verso un diritto speciale per gli immigrati?*, in *Questione giustizia*, 2000, 6, p. 1178 ss; *Id.*, *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 1, p. 45 ss.

¹⁰ L'espressione è stata utilizzata dal Sen. Gianrico Carofiglio nel corso della seduta n. 90 del 12 novembre 2008 dell'Assemblea del Senato.

Tali strutture sono state introdotte nel nostro ordinamento dall'art. 12 della c.d. "legge Turco-Napolitano" (l. n. 40/1998) con la denominazione di Centri di permanenza temporanea ed assistita (C.P.T.A.) e poi trasformate, con il d.l. n. 92/2008, in "Centri di identificazione ed espulsione" (C.I.E.).

Allo stato attuale sono quattro i C.I.E. funzionanti (Brindisi, Caltanissetta, Roma, Torino) con circa 574 posti disponibili di cui effettivi 359. Sul punto cfr. COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI (SENATO DELLA REPUBBLICA - XVII LEGISLATURA), *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, in *senato.it*, gennaio 2017, p. 12.

Per un'analisi critica cfr. R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione: le norme vigenti, i motivi di illegittimità costituzionale e le proposte di riforma*, in *Questione giustizia*, 2014, 3, p. 51 ss.; A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 3, p. 573 ss.

¹¹ Cfr. L. MASERA, [Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un C.I.E.: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?](#), in *questa Rivista*, 10 novembre 2014.

¹² Cfr. art. 6 d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

¹³ In tali strutture, infatti, il migrante subisce una limitazione della libertà personale in assenza di un preventivo provvedimento giurisdizionale. Il controllo dell'autorità giudiziaria viene effettuato dal giudice di pace solo in un secondo momento, entro le 48 ore successive all'adozione della misura, in sede di convalida. Quest'ultima, tra l'altro, avviene con una procedura semplificata, sulla base delle informazioni prodotte dalla questura e del colloquio con lo straniero affiancato da un interprete e dal proprio legale.

Riconoscendo, dunque, che il trattenimento nei C.I.E. costituisce un'autentica limitazione della libertà personale, la sua legittimazione, contrariamente a quanto avviene oggi, dovrebbe essere ricondotta entro il perimetro costituzionale dell'articolo 13 Cost.¹⁴, con tutte le sue garanzie: dalla riserva di giurisdizione alla riserva di legge assoluta, dalla durata della misura coercitiva alla tempistica per la sua successiva convalida¹⁵.

Passando dalla disciplina amministrativa a quella più strettamente penalistica, l'espressione maggiormente emblematica di una gestione ciecamente restrittiva ed autoritaria dei flussi migratori è certamente rappresentata dal reato di "clandestinità" di cui all'art. 10-bis T.u.imm. (*infra*, par. 3). Non bisogna tuttavia sottovalutare la portata che pure hanno le altre fattispecie penali previste nel testo unico del 1998, legate per lo più all'inosservanza dei provvedimenti amministrativi adottati in questo settore. Si fa riferimento, in particolare, alla violazione del divieto di reingresso in Italia dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione (art. 13, co. 13 e 13-bis, T.u.imm.)¹⁶, nonché all'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore disposto ai sensi dell'art. 14, co. 5-ter, T.u.imm.¹⁷.

¹⁴ In tal senso cfr. C. cost., sentenza 10 aprile 2001, n. 105, nella quale la Consulta ha sostenuto che il trattenimento dei migranti nei C.I.E. determina una compressione sia della libertà fisica che dell'integrità morale dello straniero e comporta una degradazione della dignità dell'uomo, fatto che costituisce un sicuro indice dell'ascrivibilità della misura all'art. 13 Cost.

Tra l'altro, particolare è la constatazione del fatto che una simile forma di limitazione della libertà personale, se nel nostro ordinamento pone evidenti problemi di costituzionalità rispetto all'art. 13 Cost., nelle fonti sovranazionali, invece, risulta pienamente legittimata dall'art. 5, co. 1, lett. f) della C.E.D.U., che facoltizza siffatte misure restrittive "se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione". Sembra, dunque, che la Convenzione in parola riconosca all'inviolabilità della libertà personale garanzie molto più limitate rispetto a quelle previste dalla nostra Carta fondamentale.

¹⁵ Cfr. COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI (SENATO DELLA REPUBBLICA - XVII LEGISLATURA), *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, cit., p. 10.

¹⁶ Cfr. G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, cit., p. 195, in cui l'Autore sottolinea come si tratti dell'unica figura di reato in tema di soggiorno irregolare punita ancora con pena detentiva, la cui compatibilità con il diritto europeo è stata posta in dubbio da alcune recenti pronunce della giurisprudenza di merito. Sul punto cfr. L. MASERA, [Approda alla Corte di giustizia U.E. la controversa questione della compatibilità con la c.d. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato \(art. 13, co. 13, T.u.imm.\)](#), in questa Rivista, 2 luglio 2014.

¹⁷ Proprio su quest'ultima fattispecie, originariamente sanzionata con la reclusione, è intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea la quale, con la famosa pronuncia El Dridi (sentenza 28 aprile 2011, causa C-61/11), ha stabilito che in questi casi la pena detentiva, comportando la permanenza dello straniero nel territorio dell'Unione europea e ritardando il suo rimpatrio, rischia di compromettere l'instaurazione di una efficace politica di allontanamento dei migranti irregolari. Di conseguenza, l'allora governo di centro-destra, con il d.l. n. 89/2011, modificò la norma prevedendo la sola pena pecuniaria, che oggi resta l'unica sanzione applicabile. L'intervento della Corte europea ha dunque determinato un risultato utile nella legislazione italiana in materia, seppur sulla base di argomentazioni che, in conformità ad una politica migratoria restrittiva, risultano certamente poco condivisibili. Sulla pronuncia *de qua* cfr. F. VIGANÒ, [La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14, co. 5-ter, T.u.imm.](#), in questa Rivista, 29 aprile 2011.

Orbene, una siffatta disciplina, forse utile per scopi di tornaconto elettorale, fornisce una visione soltanto parziale e, per di più, distorta del fenomeno migratorio. Difatti, inquadrando la questione come mero problema di ordine pubblico, non si considerano le ragioni storiche e geopolitiche che sono alla base delle migrazioni moderne; non si cercano soluzioni di lungo periodo in grado di governare i flussi in modo strutturato ed ordinario, ponendo fine alla prassi della “perenne emergenza”¹⁸; si trascurano, infine, le ricadute positive collegate al fenomeno in termini socio-culturali ed economici.

Sotto il primo profilo, infatti, il contatto tra la popolazione locale ed i migranti determina preziose esperienze di interscambio culturale che costituiscono le basi più solide per la costruzione di modelli di convivenza sociale avanzati in cui viene naturalmente garantito il rispetto delle proprie identità in un clima di coesione e di crescita collettiva¹⁹. Sul piano economico, poi, appare evidente come le migrazioni moderne siano il frutto della globalizzazione e lo specchio della delocalizzazione produttiva²⁰. Se, infatti, le imprese sono libere di stabilirsi laddove il lavoro costa meno, non bisogna di certo stupirsi del fatto che la forza-lavoro compia il percorso inverso, emigrando verso quei paesi in cui è meglio retribuita e dove ha la possibilità di trovare migliori condizioni di vita. Inoltre, sono tutt’altro che trascurabili gli effetti positivi sull’economia nazionale legati alla presenza di manodopera straniera. Ciò è facilmente percepibile non solo rispetto a settori produttivi nevralgici, come l’agricoltura, ma anche in termini di contributi fiscali e previdenziali versati dai migranti, a fronte della pressoché totale assenza di prestazioni di *welfare* ricevute²¹.

Pertanto, solo attraverso una visione d’insieme ed un’approfondita conoscenza del fenomeno migratorio si può arrivare a comprendere la necessità di un cambiamento drastico nella politica legislativa italiana in tema di ingresso e soggiorno degli stranieri, cominciando dall’individuazione dei reali beni giuridici meritevoli di tutela “che sono [...] principalmente quelli degli stessi migranti. E una tale revisione radicale richiede una rifondazione ardua, ma non impossibile [...] della stessa politica europea dell’immigrazione”²², eventualmente anche attraverso la messa in discussione di quello “spazio semantico denso e contraddittorio, complesso e ambivalente cui si è dato il nome di cittadinanza”²³.

¹⁸ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011, p. 1 ss.

¹⁹ Esempio appare, in proposito, il modello di integrazione sociale realizzato nella cittadina calabrese di Riace, in cui l’attuazione di politiche di inclusione sociale in favore dei migranti ha portato alla ripopolazione di questo piccolo paesino della Locride. In tal senso cfr. A. SARLO - M. IMPERIO - F. MARTINELLI, *Immigrazione e politiche di inclusione in Calabria*, Venezia, 2014, p. 39 ss.

²⁰ Per le condizioni di profonda emarginazione sociale determinate dalle politiche economiche di stampo neoliberista cfr. S. MOCCIA, *Vite da scarto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2014, 2-3, p. 12 ss.

²¹ Cfr. OECD, *Is migration good for the economy?*, in *Migration Policy Debates* (oecd.org), maggio 2014, p. 2, in cui si legge “migrants contribute more in taxes and social contributions than they receive in individual benefits”.

²² A. CAVALIERE, *op. cit.*, p. 43.

²³ A. RIVERA, *Estranei e Nemici. Discriminazione e violenza razzista in Italia*, Roma, 2003, p. 52. Cfr. A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Dir. pubb. com. eur.*, 2003, 2, p. 623, nota n. 11, in cui l’Autore sostiene che l’espressione “cittadinanza cosmopolitica” andrebbe sostituita con quella di “residenza cosmopolitica”, atteso il carattere reazionario progressivamente assunto dal

3. Profili di incostituzionalità della fattispecie di “immigrazione clandestina”.

Una volta chiarite le linee di tendenza generali della legislazione italiana in materia di immigrazione, risulta certamente più agevole la comprensione delle perplessità legate alla mancata depenalizzazione del reato di “clandestinità”.

Correva l’anno 2009 quando l’allora governo di centro-destra decise di introdurre questa nuova fattispecie contravvenzionale punendo con l’ammenda da 5.000 a 10.000 euro “lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato” in violazione delle disposizioni del T.u.imm. (d.lgs. 286/1998), nonché di quelle di cui all’art. 1, l. n. 68/2007, relativo ai soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio.

Le condotte tipizzate dalla norma, dunque, sono essenzialmente due. La prima si riferisce all’ingresso irregolare dello straniero²⁴ (c.d. “*crossborder*”) nel territorio statale in violazione delle disposizioni vigenti in materia; la seconda, invece, incrimina la permanenza irregolare del medesimo soggetto (c.d. “*overstayer*”) che, pur essendo entrato regolarmente in Italia, vi permane in assenza di un valido titolo.

Ciò premesso, sin dalla sua entrata in vigore la norma in esame ha posto innumerevoli dubbi di legittimità costituzionale, molti dei quali, tuttavia, sono stati espressamente smentiti dalla Consulta nella nota pronuncia del 5 luglio 2010, la n. 250.

Tra le censure avanzate, una delle più rilevanti ha riguardato l’impossibilità di individuare una “situazione di valore” offendibile e tutelabile, “la cui difesa si pone come compito fondamentale del diritto penale dello stato sociale di diritto”²⁵.

Su questo punto la Consulta ha replicato che il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice sarebbe, in realtà, agevolmente identificabile nell’interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori. Si tratterebbe di un vero e proprio oggetto giuridico “di categoria”, comune a buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998, il quale potrebbe senz’altro essere offeso dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero.

In realtà sembra maggiormente condivisibile, e certamente più conforme ai principi fondamentali della nostra Carta fondamentale, l’opinione di quanti ritengono che il controllo e la gestione dei flussi migratori “non costituiscono un bene giuridico meritevole di tutela penale. Essi piuttosto identificano la *ratio* sottesa all’intera disciplina amministrativa dell’immigrazione e non un bene giuridico, né finale né strumentale. Bene giuridico è l’oggetto che si vuol tutelare attraverso le regole, non l’insieme delle regole stesse. Un tale modo di intendere il bene giuridico ne cancella ogni funzione di

termine “cittadinanza”. Quest’ultima, infatti, costituisce oggi più uno strumento di esclusione di diritti e prerogative, piuttosto che di promozione dei valori di inclusione e coesione sociale.

²⁴ Il termine “straniero”, secondo l’accezione tecnica di cui all’art. 1, co. 1, T.u.imm., indica il cittadino di uno Stato non appartenente all’Unione europea o l’apolide, con esclusione, dunque, dei cittadini comunitari.

²⁵ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, p. 175.

critica della legislazione, elevando a lesione del bene la mera disobbedienza alle regole”²⁶.

Oltre ai dubbi relativi all’oggettività giuridica della norma, molti, poi, hanno messo in discussione la sua piena rispondenza ai principi di materialità ed offensività del reato.

Invero, se l’ingresso e la permanenza irregolare possono considerarsi delle condotte commissive od omissive ed in quanto tali posso soddisfare quel *minimum* richiesto dal principio di materialità²⁷, lo stesso discorso non può essere fatto rispetto all’offensività, attesa l’assoluta l’impossibilità di riscontrare nella fattispecie descritta una condotta idonea a ledere o porre in pericolo beni giuridici meritevoli di tutela.

Non è dunque un caso se numerosi studiosi hanno definito l’art. 10-*bis* T.u.imm. un vero e proprio “reato di mera disobbedienza”, modello criminale molto prossimo all’idea di una “colpevolezza d’autore”²⁸, in contrasto con quella che oggi è la funzione pacificamente riconosciuta al diritto penale. “Con l’introduzione del reato di immigrazione clandestina, infatti, non si punisce – come nel diritto penale classico – un fatto ma una condizione personale: è, secondo una acuta definizione «il migrante che diventa reato»”²⁹.

Anche questo *vulnus* costituzionale, tuttavia, non è stato riscontrato dai giudici della Consulta. In particolare, la Corte costituzionale ha dichiarato infondate le questioni concernenti i principi di materialità ed offensività osservando che oggetto dell’incriminazione *de qua* non sarebbe un modo d’essere della persona, ma uno specifico comportamento trasgressivo delle norme vigenti in materia di controllo dei flussi migratori³⁰. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative «*fare ingresso*» e «*trattenersi*» nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull’immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata.

²⁶ A. CAVALIERE, *op. cit.*, p. 32.

²⁷ Cfr. *Ivi*, pp. 32-33.

²⁸ A proposito della “colpevolezza d’autore”, frequente è la distinzione tra “colpevolezza per il carattere” e “colpevolezza” per lo stile di vita. “In particolare, la teoria della ‘colpevolezza per il carattere’ pretende che all’agente si possa muovere l’addebito di non aver frenato in tempo le pulsioni antisociali, in modo da formarsi un carattere meno malvagio e meno propenso a delinquere. La teoria della ‘colpevolezza per la condotta di vita’, dal canto suo, pretende di incentrare il giudizio di disapprovazione sullo stesso modello o stile di vita e sulle scelte esistenziali del reo, che starebbero all’origine della sua inclinazione al delitto” (G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 316.).

²⁹ L. PEPINO, *op. cit.*, p. 15.

³⁰ Un’ipotesi di vera e propria colpa d’autore è stata, invece, riscontrata in un’altra pronuncia della Consulta avente ad oggetto l’aggravante di cui all’art. 61 n. 11-*bis* c.p., così come modificato nel 2008. La Corte, nella specie, ha sostenuto che in base alla novellata disciplina “la qualità di immigrato diventa uno stigma che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve e distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità [...]. Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l’art. 25, co. 2, Cost. che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive, pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali” (C. cost., sentenza 5 luglio 2010, n. 249, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, p. 1172 ss.).

Un ulteriore, ma non ultimo, profilo di incostituzionalità dell'art. 10-*bis* T.u.imm. riguarda, infine, il contrasto con l'art. 27, co. 3, Cost. Difatti, il connotato dell'indiscutibile dannosità sociale che dovrebbe caratterizzare ogni fattispecie penale "costituisce la condizione indispensabile, perché, da un lato la generalità dei consociati possa approvare la criminalizzazione di un fatto e, d'altro canto, il singolo possa legittimamente, nonché, eventualmente con proficuità essere avviato al recupero sociale"³¹. Pertanto, la carenza di offensività che contraddistingue la contravvenzione in esame sembra porre ostacoli tutt'altro che irrilevanti alla piena soddisfazione di quelle esigenze di prevenzione generale e speciale positiva oggi ricollegate alla sanzione penale.

Discorso in parte analogo riguarda, poi, la misura sostitutiva dell'espulsione che, disponendo l'allontanamento del migrante dal territorio nazionale, rende difficilmente comprensibili le modalità di realizzazione del finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost.

Anche su quest'ultimo punto, tuttavia, la Consulta, per correre ai ripari da eventuali censure di incostituzionalità, ha trovato una comoda via d'uscita sostenendo la natura interamente amministrativa della sanzione in parola³².

3.1. *Regime sanzionatorio ed ineffettività della norma.*

È necessario, da ultimo, porre in rilievo come il reato di "clandestinità" presenti profili problematici non solo rispetto alla formulazione della fattispecie astratta, e alla sua dubbia compatibilità con il quadro assiologico costituzionale dettato in materia penale, ma anche in ordine al suo regime sanzionatorio.

Come già anticipato, l'art. 10-*bis* T.u.imm. configura una contravvenzione, di competenza del giudice di pace, punita con la sola pena pecuniaria dell'ammenda.

Una prima incongruenza si riscontra nella parte in cui la norma esclude la possibilità di applicare al reato in esame l'art. 162 c.p. Sembrerebbe, infatti, configurarsi una vera e propria disparità di trattamento laddove, a differenza delle altre contravvenzioni previste nel sistema penale, in questa fattispecie il condannato non può beneficiare di quella peculiare causa estintiva del reato conosciuta come "oblazione"³³.

Tuttavia, la principale critica mossa nei confronti del regime sanzionatorio in esame riguarda la sua assoluta ineffettività. Ci si è chiesti, infatti, che senso abbia "punire con una pena pecuniaria uno straniero irregolare che – proprio perché privo di permesso

³¹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 174.

³² Cfr. C. cost., ordinanza 14 luglio 1999, n. 369.

³³ L'oblazione è una causa di estinzione del reato riservata alle contravvenzioni. Essa consiste nel pagamento di una somma di denaro di entità proporzionale rispetto alla misura massima della pena edittale stabilita per la contravvenzione, con effetto di estinzione del reato. Il codice penale vigente prevede due forme di oblazione: la prima è quella prevista dall'originario art. 162 c.p.; la seconda è stata introdotta all'art. 162-*bis* c.p. con la legge n. 689/1981 (cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, pp. 798-799).

di soggiorno – non può accendere un conto corrente, non può essere assunto regolarmente, non può intestarsi beni immobili o mobili registrati”³⁴.

Muovendo da tale considerazione, parte della dottrina³⁵ ha sostenuto che la vera sanzione di questo reato non sarebbe l’ammenda ma la sanzione sostitutiva dell’espulsione prevista dall’art. 16, co. 1, T.u.imm.³⁶.

Ed è proprio su questo punto che emerge “un’ulteriore irragionevolezza del sistema: la sanzione sostitutiva nell’ambito del diritto penale è infatti di norma una sanzione meno grave di quella principale [...]. Qui si assiste, invece, veramente ad un paradosso: la sanzione sostitutiva [...] è più grave rispetto alla pena principale”³⁷.

Sempre sotto il profilo sanzionatorio merita, infine, di essere evidenziato un ulteriore punto debole della disciplina, derivante dalle possibili interferenze tra procedimento penale ed amministrativo a carico del migrante irregolare.

A tal fine è necessario chiarire preliminarmente che quando lo straniero viene sorpreso in condizione di “clandestinità”, parallelamente alla denuncia per il reato di cui all’art. 10-bis T.u.imm., di norma deve essere obbligatoriamente espulso in via amministrativa dal prefetto. Pertanto, dal momento dell’accertamento dell’irregolarità, si configurano a suo carico due procedimenti paralleli, entrambi volti all’allontanamento dal territorio nazionale: quello penale e quello amministrativo.

Orbene, se nelle more dello svolgimento del processo penale l’Amministrazione esegue l’espulsione coattivamente, il giudice, ai sensi dell’art. 10-bis, co. 5, T.u.imm., pronuncia sentenza di non luogo a procedere. In caso contrario il processo penale prosegue e, laddove si pervenga ad una pronuncia di condanna, si irrogherà la pena pecuniaria dell’ammenda, sostituibile con l’espulsione.

Si viene così a determinare un meccanismo farraginoso a fronte del quale “lo straniero [...] fa collezione di espulsioni: quella amministrativa del prefetto e quella del giudice di pace, con enorme dispendio di risorse e denaro pubblico”³⁸.

³⁴ G. SAVIO, *Le buone ragioni per abrogare il reato di clandestinità: un atto necessario e di onestà*, in *asgi.it*, 11 gennaio 2016, p. 2.

³⁵ Cfr. A MANNA, *op. cit.*, p. 450.

³⁶ Tale disposizione, rubricata “*Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*”, al primo comma prevede che “*Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell’applicare la pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell’articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell’articolo 163 del codice penale ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all’articolo 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell’articolo 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l’esecuzione immediata dell’espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell’espulsione*”.

³⁷ A. MANNA, *op. cit.*, p. 452.

³⁸ G. SAVIO, *op. cit.*, p. 4. Rispetto all’argomentazione del dispendio di disponibilità pubbliche non si conviene con G. L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, cit., p. 196, laddove l’Autore sostiene che queste stesse risorse “potrebbero essere impiegate altrimenti, anche e proprio per aumentare il numero dei rimpatri e dei respingimenti, se non in missioni umanitarie di soccorso dei naufraghi nel Mare di Sicilia, o per azioni di solidarietà verso i paesi del terzo mondo”, in ragione della necessità, già evidenziata (vedi *supra*, par. 2), di liberarsi da approcci restrittivi e protezionistici nella gestione dei flussi migratori. In tal senso cfr. C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini*

È perspicuo, dunque, come la repressione penale dell'immigrazione irregolare giri ormai a vuoto, "inserendosi in modo del tutto inefficace, simbolico e stigmatizzante – e, dunque, costituzionalmente illegittimo – in un sistema sanzionatorio amministrativo che, a sua volta, si avvita su se stesso"³⁹.

4. Conclusioni.

Alla luce di quanto fin qui detto, appare più che evidente come la fattispecie brevemente esaminata risulti davvero poco compatibile con un sistema penale teleologicamente finalizzato all'attuazione dei principi costituzionali fondamentali⁴⁰. Nonostante il diverso avviso della Corte costituzionale, infatti, non può condividersi l'assunto per il quale il bene giuridico di riferimento dell'art. 10-bis T.u.imm. sia rappresentato dall'interesse dello Stato alla gestione dei flussi migratori, né si riesce a negare il forte *deficit* di offensività che caratterizza la norma, con tutte le sue ricadute negative rispetto al finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost. D'altronde, anche se, per assurdo, si volesse andare oltre alle censure di incostituzionalità appena evidenziate, l'analisi del profilo sanzionatorio della fattispecie mostra tutta la sua ineffettività e simbolicità, attraverso la previsione astratta di una pena pecuniaria realisticamente poco praticabile e di una pena sostitutiva che – oltre a generare dubbi di ragionevolezza del sistema – va a sovrapporsi confusamente alle sanzioni amministrative di allontanamento.

Tali considerazioni, unitamente alle precedenti valutazioni inerenti al quadro legislativo italiano in materia di immigrazione (*supra*, par. 2), non solo generano forti perplessità in ordine alla scelta dell'esecutivo di non procedere alla depenalizzazione del reato di "clandestinità", ma portano a ritenere che l'esercizio della suddetta delega da parte del Governo sia una condizione necessaria ma non ancora sufficiente per approntare le basi di un diritto penale dell'immigrazione costituzionalmente orientato. A tal fine, infatti, sembra imprescindibile, come già evidenziato, che il legislatore porti avanti un'ampia opera di riforma⁴¹ la quale, prendendo le distanze dalle politiche migratorie restrittive e protezionistiche adottate fino ad oggi con risultati più che fallimentari, sperimenti percorsi alternativi di integrazione ed inclusione sociale.

extracomunitari: presidi penali ed amministrativi al fenomeno dell'immigrazione, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2002, p. 237 ss.

³⁹ A. CAVALIERE, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁰ Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 2009, p. 37 ss; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 17 ss.

⁴¹ In questa direzione cfr. ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Il manifesto ASGI per riformare la legislazione sull'immigrazione*, in *asgi.it*, 20 gennaio 2013.

**LA NATURA DELLE SANZIONI COMMUNABILI NEI CONFRONTI
DEGLI ESPONENTI AZIENDALI AI SENSI DEL TESTO UNICO BANCARIO.
RIFLESSIONI A MARGINE DI DUE RECENTI PRONUNCE
DELLA SUPREMA CORTE**

Nota a [Cass. civ., Sez. II, sent. 24 febbraio 2016, n. 3656, Pres. Bucciante, Rel. Matera, Girotti c. Banca d'Italia](#) e [Cass. civ., Sez. II, sent. 28 settembre 2016, n. 19219, Pres. Petitti, Rel. Criscuolo, Piccinelli-Maisto-Manzitti c. Banca d'Italia](#)

di Federico Urbani

Abstract. *Con le pronunce in commento, la Corte di Cassazione ha sancito la natura "amministrativa" delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali bancari ai sensi del previgente articolo 144 TUB, applicabile ratione temporis ai casi sottoposti allo scrutinio del Giudice di legittimità. Tuttavia, tale norma è stata recentemente riformata per mano del Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 72, che ha trasfuso le citate disposizioni sanzionatorie nel nuovo articolo 144-ter TUB. Le pronunce in esame hanno pertanto indotto l'interprete a chiedersi se la ricordata soluzione possa essere tuttora accolta, data l'evidente afflittività delle sanzioni di cui al novellato articolo 144-ter TUB. Il presente contributo effettua un'indagine circa la natura sostanziale delle citate sanzioni – sia essa amministrativa oppure penale – alla luce dei "criteri Engel", analizzati e ribaditi in più occasioni dalla Corte EDU, da ultimo nel noto caso Grande Stevens e altri c. Italia.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I "criteri Engel". – 3. Le sanzioni amministrative (sostanzialmente penali) in materia di abusi di mercato previste dal Testo Unico della Finanza. – 4. La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo Unico Bancario. – 5. La desumibilità *a contrario* della natura penale delle vigenti sanzioni previste dal Testo Unico Bancario nella recente giurisprudenza della Suprema Corte.

1. Introduzione.

La recente giurisprudenza nazionale e sovranazionale – in particolare, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – ha affrontato in più occasioni la peculiare questione riguardante l'individuazione della natura delle disposizioni sanzionatorie previste dai legislatori europei in materia finanziaria e bancaria. Specificamente, i giudici chiamati a pronunciarsi su tale argomento si sono domandati se (e in base a quali criteri) esse debbano rientrare nel novero delle norme amministrative, oppure di quelle penali.

Numerose pronunce hanno infatti individuato e analizzato i criteri in base a cui una sanzione possa dirsi “penale” – al di là del *nomen iuris* formalmente attribuitole – ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo¹, eventualità da cui discende l’applicazione di diverse salvaguardie formali e sostanziali, quali i diritti fondamentali a essere sottoposto a un giusto processo² e a non essere processato, ed eventualmente sanzionato, due volte per la medesima condotta (cosiddetto divieto di *bis in idem*)³.

Con le sentenze in commento⁴ la Suprema Corte ha affrontato tale questione in relazione alle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali in conformità a quanto disposto dal Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario), ai sensi del previgente articolo 144 TUB, ora sostituito con sostanziali modifiche dall’articolo 144-ter TUB.

In particolare, nel confermare la natura formalmente e sostanzialmente amministrativa della disciplina sanzionatoria di cui al previgente articolo 144 TUB (applicabile *ratione temporis* ai casi esaminati dai giudici di legittimità), la Suprema Corte ha indotto a interrogarsi se tale soluzione possa ritenersi tuttora valida in ragione del dettato del nuovo articolo 144-ter TUB.

2. I “criteri Engel”.

Sull’individuazione dei criteri in base ai quali determinare la natura di una disposizione sanzionatoria, le conclusioni più significative sono state raggiunte ormai alcuni decenni fa e confermate in svariate occasioni dalla Corte EDU, da ultimo nel noto caso *Grande Stevens e altri c. Italia*⁵, commentato da numerosi Autori data l’innegabile importanza dei principi enunciati e la specifica attinenza all’ordinamento italiano⁶.

¹ Il testo della Convenzione, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, è disponibile in [questa pagina web](#).

² L’articolo 6, paragrafo 1 della Convenzione dispone, fra l’altro, che: “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”.

³ L’articolo 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione (sottoscritto a Strasburgo il 22 novembre 1984) prevede che: “Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato”.

⁴ Si tratta di Cass., II sez. civ., *Girotti c. Banca d’Italia*, sent. 24 febbraio 2016, n. 3656, Pres. Bucciante, Rel. Matera e Cass., II sez. civ., *Piccinelli, Maisto, Manzitti c. Banca d’Italia*, sent. 28 settembre 2016, n. 19219, Pres. Petitti, Rel. Criscuolo. Quest’ultima pronuncia è stata commentata, con particolare riferimento alla rispondenza dei procedimenti sanzionatori amministrativi dinanzi alla CONSOB e alla Banca d’Italia rispetto ai canoni del giusto procedimento, interpretati conformemente alla CEDU, da S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d’Italia e giurisprudenza “riduzionista” della Cassazione*, in *Dir. Banca Merc. Fin.*, 3/2016, 543 ss.

⁵ *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4 marzo 2014, Corte di Strasburgo, Seconda Sezione, Ricorsi n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, disponibile in [questa pagina web](#).

⁶ Con la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* la Corte EDU ha sancito la natura penale delle disposizioni sanzionatorie “amministrative” in materia di abusi di mercato contenute nel Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza). Pertanto la Corte, da un lato, ha rimarcato la necessità di garantire

Si allude, in particolare, ai parametri interpretativi delineati per la prima volta dalla Corte di Strasburgo nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*⁷, volti a individuare i criteri generali (e comuni) in base a cui determinare la natura “penale” o meno di una certa norma sanzionatoria, ossia: (a) la qualificazione formale e nominale della disposizione sanzionatoria; (b) la reale natura sostanziale dell’illecito; (c) lo scopo – punitivo e general-preventivo, non solo riparatorio – e il grado di severità (*rectius*, afflittività) della sanzione⁸.

I tre criteri, è opportuno specificarlo, sono alternativi e non cumulativi⁹, infatti la qualificazione formale della sanzione non osta a una diversa determinazione fondata sulla natura dell’illecito o sull’afflittività della sanzione possibilmente comminabile, garantendo la preminenza del dato concreto rispetto a quello nominalistico e la flessibilità della valutazione della Corte. Essi sono stati utilizzati in svariate occasioni dalla Corte EDU¹⁰, con il fine di determinare, in base a un’analisi caso per caso, quali

un giusto processo ai sensi della Convenzione, dall’altro, ha bocciato il sistema del “doppio binario” sanzionatorio amministrativo-penale al tempo vigente in quanto contrastante con il divieto di *bis in idem*. Nel rinviare a quanto si dirà *infra*, si vedano, fra gli altri: F. VIGANÒ, [Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, 219 ss.; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. Soc.*, 4/2014, 693 ss.; A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. Comm.*, 5/2014, 855 ss.; G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (“materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. Soc.*, 5/2014, 953 ss.; M. GARGANTINI, *Public Enforcement of Market Abuse Bans. The ECtHR Grande Stevens Decision*, in *J. Fin. Reg.*, 1/2015, 149 ss.; P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU*, in *Giur. Comm.*, 3/2015, 478 ss.; C. SANTORIELLO, *La sentenza Ifil-Grande Stevens, la giurisprudenza comunitaria sul divieto di punire più volte la medesima condotta e le conseguenze sulla responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 4/2014, 43 ss., ove l’Autore dedica particolare attenzione agli effetti della sentenza in esame sul dettato normativo del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

⁷ *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza dell’8 giugno 1976, Corte di Strasburgo, Sessione Plenaria, Ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, disponibile in [questa pagina web](#).

⁸ In questo senso si è espressa la Corte EDU nel ricordato *leading case*, risalente a quaranta anni fa, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ai paragrafi 82-83: “*In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States. The very nature of the offence is a factor of greater import [...]. However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. [...]. It is on the basis of these criteria that the Court will ascertain whether some or all of the applicants were the subject of a ‘criminal charge’ within the meaning of Article 6 para. 1*”.

⁹ G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 958-959, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., 868. Ne rimarca inoltre la sussidiarietà C.E. PALIERO, “*Materia penale*” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” a una svolta “radicale”, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 3/1985, 919, ove si chiarisce che il terzo criterio Engel non deve necessariamente sussistere “rispetto a casi già soddisfacentemente ‘risolti’ attraverso i primi due criteri”.

¹⁰ Si vedano, per tutti, i casi: *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984; *Lauko c. Slovacchia*, 2 settembre 1998; *Sergey Zolotukhin c. Russia*, 10 febbraio 2009; *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011; *Tsonyo Tsonov c. Bulgaria*, 16 ottobre 2012.

sanzioni (generalmente “amministrative”) potessero in effetti essere definite penali in relazione summenzionati “criteri Engel”, nonostante una qualificazione formale differente¹¹. D'altronde, se la Corte non potesse prescindere dalla qualificazione formale della misura, la salvaguardia dei principi fondamentali di cui alla Convenzione risulterebbe svilita, in assenza di una piena capacità definitoria.

Nella determinazione della natura di una disposizione sanzionatoria, detti criteri assurgono dunque a parametro di valutazione¹², dovendosi prescindere, come si è accennato, dal mero dato nominalistico ed essendo invece necessario dare risalto agli elementi caratterizzanti della fattispecie, nella loro portata sostanziale¹³. A tale riguardo, la Corte EDU ha infatti precisato che: *“The Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention”*¹⁴.

3. Le sanzioni amministrative (sostanzialmente penali) in materia di abusi di mercato previste dal Testo Unico della Finanza.

In conformità ai “criteri Engel”, con la ricordata sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, la Corte EDU ha recentemente sancito la natura penale delle disposizioni sanzionatorie – formalmente definite “amministrative” dal legislatore nazionale – contenute nell’articolo 187-ter del Testo Unico della Finanza in materia manipolazione del mercato, secondo principi e argomenti estendibili alle equivalenti sanzioni di cui all’articolo 187-bis TUF, in materia di abuso di informazioni privilegiate.

Ciò, in sintesi, poichè:

¹¹ È stato, peraltro, lo stesso giudice delle leggi italiano a riprendere tale interpretazione, confermando che: *“Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull’interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto”* (Corte Costituzionale, 4 giugno 2010, n. 196).

¹² Così anche C.E. PALIERO, *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., 908.

¹³ V. MANES, *Commento all’art. 7 CEDU*, in S. BERTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Padova, 2012, 260, ove l’Autore chiarisce che *“il progressivo chiarimento della nozione [di sanzione penale] è frutto di una copiosa elaborazione giurisprudenziale, di approccio spiccatamente pragmatico ed attento alle circostanze del caso concreto, che ha via via ampliato il campo di applicazione ed i margini di operatività delle garanzie alla nozione riconnesse, consentendo al contempo di smascherare vere e proprie ipotesi di ‘truffa delle etichette’”*; P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5/2012, 877 ss.; G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 957-958; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens: dal bis in idem all’e pluribus unum?*, in *Riv. Soc.*, 5/2015, 869; C. AMALFITANO, R. D’AMBROSIO, *Commento sub art. 50 CDFUE*, in M. MASTROIANNI, O. POLICINO, A. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea*, Milano, 2017, 1032.

¹⁴ *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, paragrafi 49-50, commentata da C.E. PALIERO, *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., 894 ss.

a) tali norme hanno lo scopo di “garantire l’integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni [ossia] interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale”;

b) le sanzioni possibilmente comminabili “visto il loro ammontare, [sono] di una innegabile severità che comportava per gli interessati conseguenze patrimoniali importanti”¹⁵;

c) l’inflizione delle già elevate sanzioni pecuniarie è accompagnata: (i) dalla perdita temporanea dell’onorabilità del soggetto sanzionato; (ii) dall’incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo in società quotate per una durata variabile da due mesi a tre anni; (iii) dal possibile divieto (stabilito dalla CONSOB), rivolto alle società quotate, alle società di gestione e alle società di revisione, di avvalersi della collaborazione dell’autore dell’illecito, per una durata massima di tre anni; (iv) dalla possibile richiesta agli ordini professionali la sospensione temporanea dell’interessato dall’esercizio della sua attività professionale; nonché (v) dall’applicazione della confisca del prodotto o del profitto dell’illecito e dei beni utilizzati per commetterlo¹⁶.

L’evidente severità delle sanzioni e delle misure accessorie previste dalle norme di cui agli articoli 187-bis e 187-ter del Testo Unico della Finanza ha pertanto portato la Corte EDU a statuire che “le sanzioni in causa rientrano, per la loro severità, nell’ambito della materia penale”¹⁷, evenienza da cui la Corte ha tratto la conclusione secondo cui tanto il sistema del “doppio binario”, ossia il concorso di sanzioni “amministrative” e penali, quanto il procedimento sanzionatorio CONSOB al tempo vigente contrastavano con i

¹⁵ Al tempo della commissione dell’illecito contestato dalla CONSOB, l’autorità poteva infliggere sanzioni pecuniarie, rispettivamente, sino a 3 e 5 milioni di Euro, innalzabili fino al triplo del loro importo massimo ordinario o fino a dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall’illecito ove il livello di tali sanzioni apparisse inadeguato rispetto alla gravità della condotta. Peraltro, pare importante notare che l’articolo 39, comma 3 della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 (Legge sul Risparmio), non applicabile *ratione temporis* al caso *Grande Stevens e altri c. Italia*, aveva addirittura quintuplicato l’importo delle possibili sanzioni, portando i massimi edittali, rispettivamente, a 15 e 25 milioni di Euro (la norma “moltiplicatrice” contenuta nella Legge sul Risparmio non trova più applicazione a seguito dell’entrata in vigore del Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 72). A tale proposito, G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 959 ha parlato di “importi vertiginosi”; C.E. PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr. Mer.*, 5/2006, 615 di sanzioni “ai limiti del draconiano”; M. MIEDICO, *Gli abusi di mercato*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, in F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2012, 70, in cui l’Autrice parla di “un inspiegabile inasprimento delle sanzioni già severe”. Sul principio enunciato dalla Corte EDU si rinvia altresì a C.E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, cit., 912-913.

¹⁶ Si vedano M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani*, cit., 710, ove l’Autore chiarisce che “più concretamente, tra gli indici rilevanti per identificare le sanzioni penali, si possono annoverare la circostanza che la sanzione sia applicabile alla generalità dei consociati, la percezione sociale dell’offensività della condotta, la possibilità di privazione della libertà personale, ma anche la misura di sanzioni esclusivamente pecuniarie”; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens*, cit., 873, ove gli Autori rimarcano che: “Le sanzioni ‘amministrative’ per gli abusi di mercato non appartenerebbero affatto a tale categoria: esse incidono pesantemente non solo sul patrimonio del destinatario, ma anche - con le misure interdittive - sul suo onore e sulla sua ‘libertà professionale’, presentando, così, un elevato ‘degree of stigma’”.

¹⁷ *Grande Stevens e altri c. Italia*, paragrafo 99, conclusione ripresa e condivisa in S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d’Italia*, cit., 547.

dettami CEDU (il primo perché integrante un caso di *bis in idem*, il secondo per violazione del canone del giusto processo).

Appare dunque chiaro l'approccio generale tenuto dalla Corte EDU: essa ha sviluppato, al fine di meglio tutelare i diritti fondamentali degli individui, così come sanciti dalla Convenzione che la istituisce, un modello interpretativo flessibile¹⁸, ossia un sistema di verifica sulla natura (eventualmente penale) della sanzione che va al di là del semplice dato definitorio, così da cogliere la natura ultima della stessa¹⁹.

Nel caso di specie, l'elevato ammontare della sanzione comminabile e la severità delle misure poste *a latere* di quest'ultima – fra cui l'incapacità di assumere taluni incarichi, il divieto di collaborare con numerose realtà d'impresa e la confisca del prodotto o profitto dell'illecito – sono stati ritenuti indici specifici di un'afflittività tipica dell'ordinamento penale²⁰, da cui discende la necessità di garantire le tutele fondamentali di questa particolare normativa.

4. La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo Unico Bancario.

Alla luce delle considerazioni sopra riportate, occorre ora affrontare la questione oggetto della presente analisi, sollecitata dalle pronunce in commento, prendendo le mosse sia dagli astratti "criteri Engel", sia dall'analisi effettuata in concreto dalla Corte EDU in relazione alle fattispecie sanzionatorie di cui agli articoli 187-*bis* e 187-*ter* TUF nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*. In particolare, pare opportuno domandarsi se le sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali degli enti creditizi italiani ai sensi del Testo Unico Bancario abbiano natura amministrativa, come disposto dal legislatore, oppure penale. In quest'ultimo caso, infatti, emergerebbe la necessità di applicare le garanzie fondamentali del *ne bis in idem* e (soprattutto) del giusto processo ai procedimenti sanzionatori in ambito bancario.

¹⁸ G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 959, ove si fa riferimento a "indici connotati da significativi margini di elasticità".

¹⁹ In questo senso, esplicitamente, le sentenze della Corte EDU *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, paragrafo 81; *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, paragrafi 49-50; *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, paragrafo 27; *Malige c. Francia*, 23 settembre 1998, paragrafo 34; *Escoubet c. Belgio*, 28 ottobre 1999, paragrafo 35.

²⁰ Non a caso A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 858-859, ha parlato di una disciplina "rigorosa e severa, che prevede [...] pesanti sanzioni amministrative, pecuniarie e interdittive [caratterizzata da una] inaudita severità delle sanzioni previste, penali e amministrative, principali e accessorie, senza dimenticare la portata pesantemente punitiva della confisca, prevista per equivalente pure in sede amministrativa (soluzione del tutto particolare)". Si veda altresì F. VIGANÒ, [Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem](#), cit., 225: "Simili parossistici livelli sanzionatori evidenziano secondo la Corte la natura schiettamente repressivo-punitiva dell'apparato sanzionatorio, con un'evidente funzione dissuasiva che è, per l'appunto, tipica delle sanzioni sostanzialmente penali, indipendentemente dalla loro qualificazione dall'ordinamento nazionale (§ 96)".

A tale riguardo assume rilevanza quanto previsto all'articolo 144-ter del Testo Unico Bancario²¹, ove si dispone che: *“Fermo restando quanto previsto per le società e gli enti nei confronti dei quali sono accertate le violazioni, per l'inosservanza delle norme [poste dal TUB in materia di governance, gruppi bancari, vigilanza (anche su base consolidata) e attività creditizia], si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 5.000 fino a 5 milioni di Euro nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, di direzione o di controllo, nonché del personale, quando l'inosservanza è conseguenza della violazione di doveri propri o dell'organo di appartenenza”*.

L'inosservanza dei doveri posti dalla legge bancaria in capo agli amministratori (siano essi membri del consiglio di amministrazione, di sorveglianza o di gestione), ai sindaci e ai direttori generali può dunque comportare la comminazione di una sanzione pecuniaria di ammontare sino a 5 milioni di Euro, ossia pari a quella “base” prevista dal Testo Unico della Finanza in materia di manipolazione del mercato e ritenuta penale dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*. Inoltre, tale somma può essere elevata fino al doppio dell'ammontare del vantaggio ottenuto ove quest'ultimo sia superiore al citato massimale, così da garantire una maggiore efficacia del provvedimento punitivo (articolo 144-ter, comma 4 per rinvio all'articolo 144, comma 9 TUB)²².

A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'articolo 144-ter, comma 3 TUB, *“con il provvedimento di applicazione della sanzione, in ragione della gravità della violazione accertata e tenuto conto dei criteri stabiliti dall'articolo 144-quater, la Banca d'Italia può applicare la sanzione amministrativa accessoria dell'interdizione, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni, dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso intermediari autorizzati ai sensi del presente Decreto Legislativo, del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209, o presso fondi pensione”*.

Alla luce di tali previsioni di legge, non pare irragionevole domandarsi se le sanzioni previste dall'articolo 144-ter TUB abbiano raggiunto l'“evidente eccesso repressivo”²³ riscontrato da tempo in ambito di repressione delle condotte di *market abuse*, tale da far rientrare le stesse nel novero di quelle “penali”.

Vi è infatti un evidente parallelismo fra le sanzioni di cui all'articolo 144-ter del Testo Unico Bancario e quelle contenute negli articoli 187-bis e 187-ter del Testo Unico della Finanza:

i) l'ammontare (assai elevato) delle possibili sanzioni pecuniarie “base” ai sensi della prima norma è del tutto assimilabile ai massimali individuati dalle seconde;

²¹ Il testo vigente dell'articolo 144-ter TUB è stato introdotto dal Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 72, atto che ha recepito nell'ordinamento nazionale la Direttiva 2013/36/UE sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento (Capital Requirements Directive IV o CRD IV).

²² L'ammontare massimo della sanzione non è dunque definito in misura fissa, dovendo essere determinato *per relationem* in base al vantaggio effettivamente conseguito in regione dell'illecito, il cui valore potrebbe essere ben più elevato della misura di 5 milioni di Euro.

²³ A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 857.

ii) l'ammontare di tali sanzioni è innalzabile a somme ancor più significative, senza alcun tetto massimo, al fine di garantire effettività al provvedimento punitivo, ancorché *per relationem*;

iii) sono presenti misure aggiuntive rispetto alla mera sanzione pecuniaria, a carattere precipuamente afflittivo, mirate a impedire il compimento di talune attività in capo al soggetto eventualmente destinatario della sanzione.

Alla luce dell'analisi comparata fra le sanzioni penali contenute nel Testo Unico della Finanza – così definite dalla Corte EDU – e quelle “amministrative” previste dall'articolo 144-ter del Testo Unico Bancario, emerge con vivida chiarezza la natura penale di queste ultime, a nulla rilevando il *nomen iuris* di norme “amministrative” attribuito loro dal legislatore italiano, in ossequio all'approccio “antiformalista” sovranazionale²⁴. Infatti, se si attribuisse valenza preminente – o comunque sufficiente – al dato nominalistico, si negherebbe la stessa effettività dei “criteri Engel”, in quanto il sindacato della Corte EDU troverebbe un invalicabile ostacolo nella volontà (formale) dei legislatori nazionali²⁵.

Il fine di dette sanzioni è evidentemente quello di garantire la sana e prudente gestione degli enti creditizi, con lo scopo di tutelare la posizione del mercato interno bancario, degli investitori, dei clienti e, in generale, degli *stakeholders* delle imprese bancarie, interessi collettivi di tipica tutela del diritto penale²⁶.

²⁴ Così, in materia di *market abuse*, ma in ragione di un principio generale sancito nella CEDU, G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 904.

²⁵ Argomento “nominalistico”, al contrario, valorizzato da A. PAPPALARDO, *Commento sub art. 144 TUB*, in C. COSTA (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2013, 1737, ove si rimarca l'importanza del “tenore letterale della rubrica” della norma, che fa riferimento a sanzioni “amministrative”, del fatto che le disposizioni del TUB facciano riferimento alla “tipologia amministrativa della sanzione” e, infine, del fatto che la potestà sanzionatoria sia posta in capo a un'autorità amministrativa e non a un giudice. Sulla scorta di tali assunti, l'Autore – pur concedendo che si tratti “di norme che nel loro complesso richiamano palesemente, con i dovuti adattamenti, le corrispondenti categorie penalistiche” – afferma che la “natura amministrativa delle fattispecie previste dall'art. 144 non appare [per le ragioni sopra indicate] revocabile in dubbio”.

²⁶ In questo senso si esprime M. CONDEMI, *Commento sub art. 144 TUB*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2012, 2395 (“è da osservare che nella materia bancaria e finanziaria le fattispecie sanzionabili vengono selezionate ed individuate avendo presente il bene oggetto della complessiva azione di vigilanza, oggetto questo ben compendiato nell'art. 5 del T.U.B., in cui si precisa che i poteri vengono esercitati 'avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario’”). Nello stesso senso A. PAPPALARDO, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 1737, ove si sostiene che le misure in esame “costituiscono un ulteriore strumento di tutela dei medesimi beni giuridici protetti, per l'ipotesi di comportamenti maggiormente lesivi, dalle disposizioni penali”; F. CARDARELLI, *Commento sub art. 144 TUB*, in F. BELLÌ, G. CONTENTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO, V. SANTORO (a cura di), *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, 2334. Si veda altresì C.E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cit., 912, ove l'Autore rimarca la rilevanza della “struttura del precetto”, ossia se esso sia “indirizzato alla collettività dei consociati, secondo il modello pedagogico generalpreventivo, tipico delle norme penali”. Ciò al pari dell'interesse a “garantire l'integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni” (caso *Grande Stevens* e altri c. Italia,) o di quello a “tutelare la libera concorrenza del mercato” (caso *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*), generalmente propri del diritto penale.

L'ammontare delle sanzioni pecuniarie (addirittura privo di un massimale definibile *ex ante*) è assai elevato, pari o superiore a quello previsto dal Testo Unico della Finanza oggetto di analisi nella sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, mirato, più che a riparare un danno economico, a dissuadere dalla commissione di ulteriori illeciti e a punire l'agente, con evidente scopo afflittivo²⁷ tramite la comminazione di sanzioni "vertiginose", "draconiane e "inspiegabilmente aspre"²⁸.

Infine, le misure accessorie sopra descritte manifestano innegabilmente un grado di severità che comporta per gli interessati conseguenze patrimoniali, professionali e personali possibilmente irreversibili²⁹, quale certamente è "l'interdizione, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni, dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso intermediari autorizzati ai sensi del presente Decreto Legislativo, del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209, o presso fondi pensione", ai sensi dell'articolo 144-ter, comma 3 TUB.

Elementi, tutti, che non possono che confermare la natura sostanzialmente penale delle sanzioni di cui all'articolo 144-ter TUB, in applicazione dei principi ribaditi nella sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* dalla Corte EDU ed estendibili con ragionevolezza e prudenza alla diversa disciplina sanzionatoria in esame³⁰.

Evenienza da cui discende, come si è accennato, l'esigenza di applicare alla disciplina sanzionatoria e al relativo procedimento amministrativo dinnanzi l'autorità di vigilanza bancaria le garanzie fondamentali del *ne bis in idem* e, in particolar modo, del giusto processo, così da assicurare una piena tutela dei diritti fondamentali dell'individuo³¹.

²⁷ Così M. CONDEMI, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 2395, ove l'Autore sostiene che le disposizioni in commento "sono da inquadrare tra quelle aventi carattere punitivo"; F. CARDARELLI, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 2336-2337 ove l'Autrice, invece, rimarca che lo strumento sanzionatorio in esame è dotato di un potere "repressivo particolarmente incisivo" (commentando, peraltro, le ben più miti cornici sanzionatorie vigenti nel 2003); S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d'Italia*, cit., 555.

²⁸ Con riferimento alla disciplina del Testo Unico della Finanza, questi i termini utilizzati, rispettivamente, da G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 959, C.E. PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio*, cit., 615, M. MIEDICO, *Gli abusi di mercato*, cit., 70. Rimarca il costante innalzamento delle sanzioni di cui al Testo Unico Bancario M. CONDEMI, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 2395-2396.

²⁹ *Supra*, nota n. 16, M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani*, cit., 710; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 873.

³⁰ Soluzione recentemente fatta propria da parte del Consiglio di Stato con sentenza della Sesta Sezione, 23 marzo 2016, n. 1199, in relazione alle sanzioni comminabili dalla Banca d'Italia ai sensi dell'articolo 195 TUF, atteso che "non par dubbio che nella specie la sanzione applicata dalla Banca d'Italia [...] abbia natura afflittiva".

³¹ Sulla rispondenza a tale ultimo principio del vigente sistema procedimentale della Banca d'Italia, si vedano, in senso fortemente critico riguardo l'adeguatezza delle salvaguardie procedimentali: S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d'Italia*, cit., 555-558, ove l'Autore evidenzia due puntuali criticità (la distinzione fra funzioni e il diritto di accesso ai documenti dell'istruttoria); V. D'ALESSANDRO, *La procedura sanzionatoria amministrativa nei mercati finanziari*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 1/2016 (Supplemento), 5 ss. e, in particolare, 13 ss. ove l'Autrice sostiene che "il rito [dinnanzi l'Autorità] non presenta la medesima ampiezza di garanzie che è, invece, propria del processo ordinario di cognizione; poiché esso non prevede la possibilità di richiedere l'esperimento di mezzi di prova a sostegno delle proprie ragioni (siano essi prove testimoniali o accertamenti tecnici), ma senz'altro, anche a seguito della elaborazione dei c.d. "criteri

5. La desumibilità *a contrario* della natura penale delle vigenti sanzioni previste dal Testo Unico Bancario nella recente giurisprudenza della Suprema Corte.

Le conclusioni raggiunte, secondo cui alle sanzioni “amministrative” di cui all’articolo 144-ter TUB dovrebbe essere riconosciuta natura penale, da un punto di vista sostanziale³², possono essere tratte, altresì, in base a un’argomentazione *a contrario* fondata su quanto statuito nelle due recenti pronunce della Corte di Cassazione in commento.

Con le sentenze (in parte gemelle) n. 3656 e 19219 del 2016, la Seconda Sezione Civile della Suprema Corte ha infatti confermato, con ampie argomentazioni e puntuali riferimenti, la natura sostanzialmente amministrativa delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali degli enti creditizi italiani, nella loro formulazione previgente alla riforma del citato articolo 144-ter, per mano del Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 72³³. In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato la fondamentale differenza fra le sanzioni previste dal previgente articolo 144 TUB (disposizione trasfusa, con notevoli modifiche, nel nuovo articolo 144-ter) e quelle di cui agli articoli 187-bis e 187-ter TUF, come analizzati dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*³⁴.

Infatti, l’articolo 144 TUB, ora abrogato e sostituito dal 144-ter, prevedeva che “*nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 2580 a Euro 129.110 per l’inosservanza delle norme [poste dal TUB in materia di governance, gruppi bancari, vigilanza (anche su base consolidata), attività creditizia] o delle relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie*”.

In ragione del dato normativo applicabile *ratione temporis* ai casi esaminati, la Seconda Sezione Civile, ha chiarito che – alla luce dell’ammontare relativamente contenuto della sanzione pecuniaria possibilmente comminabile, “*assolutamente non comparabile*” con quello oggetto di analisi da parte della Corte EDU nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*, e considerata l’assenza di sanzioni accessorie evidentemente

Engel” ad opera della Corte EDU, si sta assistendo ad un potenziamento delle tradizionali garanzie processuali-procedimentali”; nonché P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob*, cit., 487-488.

³² Conclusione sostenuta in S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d’Italia*, cit., 555, C. AMALFITANO, R. D’AMBROSIO, *Commento sub art. 50 CDFUE*, cit., 1036 e, se ben s’intende, data per assunta da V. D’ALESSANDRO, *La procedura sanzionatoria amministrativa nei mercati finanziari*, cit., 10. Inoltre, si segnala la posizione già ricordata di M. CONDEMI, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 2394-2396, che parlava di intento non riparatorio, bensì repressivo delle sanzioni nei confronti degli esponenti aziendali bancari con riferimento alla previgente (e meno afflittiva) disciplina. *Contra* A. PAPPALARDO, *Commento sub art. 144 TUB*, cit., 1737, il quale, come si è detto, attribuisce valore determinante al dato formale-nominalistico della normativa nazionale.

³³ Si veda C. AMALFITANO, R. D’AMBROSIO, *Commento sub art. 50 CDFUE*, cit., 1036, ove gli Autori richiamano talune pronunce di merito che hanno recentemente accolto la tesi della Suprema Corte in commento, in particolare: Corte d’Appello di Milano, 25 gennaio 2016, n. 377; Corte d’Appello di Roma 25 luglio 2014, 23 febbraio 2016 e 2 marzo 2016.

³⁴ C. AMALFITANO, R. D’AMBROSIO, *Commento sub art. 50 CDFUE*, cit., 1035-1036.

afflittive, quali la perdita dei requisiti di onorabilità e l'incapacità ad assumere taluni incarichi professionali³⁵ – le sanzioni di cui al previgente articolo 144 TUB non potevano in alcun modo dirsi penali³⁶, traendo come conseguenza l'inapplicabilità delle garanzie fondamentali di cui alla CEDU ai procedimenti sanzionatori di competenza della Banca d'Italia.

Tuttavia, con la riforma delle norme in esame recata dal Decreto Legislativo 12 maggio 2015, n. 72, il legislatore nazionale ha (fatalmente) fatto verificare le condizioni negative che avevano portato la Suprema Corte a sancire la natura formalmente e sostanzialmente amministrativa delle sanzioni previste dal Testo Unico Bancario in relazione alla violazione della disciplina speciale in materia di *governance* bancaria, gruppi bancari, vigilanza (anche su base consolidata) e attività creditizia. Infatti, non pare più sussistere la *“diversa disciplina sul piano dell'entità della sanzione applicabile alla fattispecie”* valorizzata dalla Cassazione al fine di negare la natura sostanzialmente penale delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali bancari³⁷.

Come è stato condivisibilmente sostenuto, *“è assai agevole replicare [all'interpretazione giurisprudenziale in esame] che la forte afflittività di un provvedimento sanzionatorio – assunta dalla Corte Europea come parametro per qualificare tale provvedimento come “penale” – va valutata in rapporto allo specifico contesto, o mercato, nel quale opera il sanzionato e nel quale la sanzione viene anche, per obbligo di legge, pubblicizzata. In quest'ottica è incontestabile, in primis, il grave danno reputazionale che un provvedimento sanzionatorio arreca, [in secondo luogo che] anche nel caso della Banca d'Italia alla sanzione pecuniaria si può accompagnare, “in parallelo”, un provvedimento interdittivo [e in terzo luogo che] con le recenti*

³⁵ In Cass. Civ., Sez. II, 28 settembre 2016, n. 19219 la Suprema Corte ha sostenuto che: *“È sufficiente considerare, al riguardo, che il citato art. 144 - nel testo applicabile ratione temporis alla fattispecie in esame -, prevede quale massimo edittale della sanzione pecuniaria irrogabile, la somma di Euro 129.110,00, assolutamente non comparabile con quella di Euro 5.000.000,00 (in alcune circostanze ulteriormente elevabile), prevista per le violazioni ex art. 187 ter TUF. Inoltre, all'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 144 TUB non si accompagnano sanzioni accessorie; laddove l'applicazione delle sanzioni pecuniarie di cui all'art. 187 ter TUF comporta, per i rappresentanti delle società coinvolte, ai sensi dell'art. 187 quater, la sanzione accessoria della perdita temporanea (per una durata tra i due mesi e i tre anni) dei requisiti di onorabilità e, per gli esponenti aziendali di società quotate, l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito di società quotate e di società appartenenti al medesimo gruppo di società quotate. Né alle sanzioni previste dall'art. 144 TUB si accompagna una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 187 sexies TUF, secondo cui l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo”*.

³⁶ In Cass. Civ., Sez. II, 28 settembre 2016, n. 19219, la Corte parla di *“impossibilità di assimilare le sanzioni de quibus a quelle irrogate dalla Consob, ai fini della qualificazione delle medesime come sostanzialmente penali, attesa la intrinseca afflittività che connota le seconde, e che è invece carente per le prime”*.

³⁷ Come evidenziato altresì in S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d'Italia*, cit., 555 e 561; C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Commento sub art. 50 CDFUE*, cit., 1036: *“C'è da osservare che l'importo delle sanzioni amministrative in materia bancaria e finanziaria è stato di recente considerevolmente aumentato in attuazione della dir. 2013/36 (cfr. i nuovi artt. 144 e 144-ter t.u.b. nonché 190 e 190-bis t.u.f., così come modificati dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, in G.U. del 12 giugno 2015, n. 134) e che quindi alla luce della modifica del quadro normativo di riferimento anche l'orientamento della Corte di cassazione potrebbe mutare”*.

modifiche i massimali della sanzioni pecuniarie “bancarie” sono stati enormemente elevati” (corsivo nel testo)³⁸.

Appare dunque ragionevole ritenere che – riformato l’articolo 144 nel nuovo articolo 144-ter TUB, ove ora si prevedono sanzioni evidentemente afflittive dalle importanti conseguenze patrimoniali, professionali e personali, e attesa l’esigenza di tutela dei soggetti sottoposti a procedimento sanzionatorio – la disciplina bancaria in esame rientri nella “*matière pénale*”, con le significative conseguenze sopra descritte.

³⁸ S. AMOROSINO, *Principi del giusto procedimento, procedura sanzionatorie di Consob e Banca d’Italia*, cit., 561.

ITINERARIO GIURISPRUDENZIALE SULLA RESPONSABILITÀ MEDICA COLPOSA TRA ART. 2236 COD. CIV. E LEGGE BALDUZZI (ASPETTANDO LA RIFORMA DELLA RIFORMA)

di Fabio Basile

Abstract. *Da tempo è avvertita l'esigenza di apporre un limite alla responsabilità penale dell'operatore sanitario che incorra in colpa nell'esercizio della sua attività professionale: un limite che possa segnare un accettabile punto di equilibrio tra esigenze di tutela della salute del paziente, salvaguardia della professionalità e serenità del medico e, in tempi più recenti, anche contenimento della spesa pubblica in ambito sanitario. La giurisprudenza, dopo aver sperimentato la (controversa) strada della delimitazione della responsabilità offerta dall'art. 2236 cod. civ., si è dovuta confrontare con il novum della Legge Balduzzi, la quale, tuttavia, ha fornito, sotto più aspetti, una risposta inadeguata alle suddette esigenze.*

SOMMARIO: 1. I problemi della responsabilità medica in generale, e della colpa medica in particolare. – 2. La colpa medica alla ricerca di un limite: l'art. 2236 c.c. – 2.1. (Segue): la giurisprudenza tra il 1973 e il 2012. – 3. Il contesto nel quale è maturata l'esigenza di una riforma. – 3.1. L'aumento del contenzioso giudiziario. – 3.2. L'espansione della c.d. medicina difensiva. – 3.3. La tendenza alla positivizzazione delle regole dell'arte medica: le linee-guida. – 4. La riforma del 2012. – 4.1. Primo problema interpretativo: che cosa sono "le linee-guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica"? – 4.2. Secondo problema interpretativo: non è contraddittorio parlare di colpa in relazione alla condotta di un medico che ha rispettato le linee-guida? – 4.3. Terzo problema interpretativo: qual è l'effettivo ambito di applicazione della Legge Balduzzi? – 4.3.1. In particolare: la Legge Balduzzi riguarda solo i casi di colpa per imperizia? – 4.3.1.1. La conseguente necessità di distinguere tra imperizia e imprudenza/negligenza. – 4.3.1.2. Esercizi giurisprudenziali di distinzione dell'imperizia dalla imprudenza/negligenza. – 4.3.1.3. Verso il superamento della rilevanza della distinzione. – 4.4. Quarto problema interpretativo: che cos'è la colpa grave? – 4.4.1. Esempificazioni di colpa grave tratte dall'applicazione giurisprudenziale. – 4.5. Quinto problema interpretativo: la Legge Balduzzi è applicabile retroattivamente? – 4.6. Sesto e ultimo problema interpretativo: la Legge Balduzzi ha cambiato qualcosa in merito alla responsabilità civile del medico? – 5. Chiusa. Dalla padella alla brace?

1. I problemi della responsabilità medica in generale, e della colpa medica in particolare.

L'accertamento della responsabilità medica per i reati di lesioni personali e omicidio (colposi, ma talora anche dolosi o preterintenzionali) costituisce il campo sul quale si sono formati, e talora scontrati, numerosi e diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, nel tentativo di offrire soluzione ad alcuni gravi problemi che un siffatto accertamento implica. Tra quelli più rilevanti ricordiamo:

- il problema della riconducibilità del trattamento terapeutico, e in particolare dell'intervento chirurgico, nella nozione di "malattia" di cui all'art. 582 c.p.¹;
- il problema dell'accertamento del nesso di causalità, soprattutto nelle ipotesi di causalità omissiva²;
- il problema del trattamento terapeutico eseguito senza il consenso del paziente³;
- infine, il problema della colpa del medico.

È proprio all'indagine di quest'ultimo problema che il presente contributo è dedicato; e l'indagine sarà condotta soprattutto guardando alla prassi applicativa, per verificare, in particolare, come la riforma del 2012, la c.d. Legge Balduzzi, sia stata accolta, e 'metabolizzata', dalla nostra giurisprudenza di legittimità: e ciò mentre siamo in attesa, a breve, della riforma della riforma (il riferimento è al d.d.l. Gelli-Bianco, attualmente in discussione al Parlamento).

Prima, tuttavia, di giungere all'illustrazione della giurisprudenza più recente, sarà necessario effettuare un breve viaggio nel passato, per verificare orientamenti, tendenze e problematiche che hanno preparato il terreno all'intervento legislativo del 2012.

2. La colpa medica alla ricerca di un limite: l'art. 2236 c.c.

Il problema "della colpa professionale in generale e in ispecie della colpa professionale dei sanitari" costituisce "una delle questioni più tormentate e controverse in tema di colpa punibile". Questa frase sembra scritta oggi, eppure risale ad uno scritto di Battaglini del 1953⁴, a conferma della perenne attualità del problema della colpa medica, problema che possiamo sintetizzare in una brevissima formula: *ricerca di un limite*.

La nostra giurisprudenza, infatti, da tempi risalenti e con varietà di soluzioni, è da sempre alla ricerca di un limite alla colpa del sanitario, un limite che possa, tuttavia, risultare al contempo funzionale anche all'esigenza di un'efficace tutela della salute del paziente (e, in tempi più recenti, funzionale altresì alle esigenze di contenimento della spesa pubblica in ambito sanitario).

Almeno fino ai primi anni Settanta, tuttavia, tale limite era sbilanciato in netto favore della classe medica, nei confronti della quale la giurisprudenza si esprimeva in termini ampiamente benevoli, al punto che l'esclusione della colpa medica costituiva la regola, mentre il suo riconoscimento l'eccezione, riservata ai soli casi più plateali ed estremi.

In tal senso si veda, ad esempio, la seguente sentenza del 1967: *"la colpa del sanitario deve essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la*

¹ Sul punto, v. Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008 (dep. 21 gennaio 2009), Giulini, n. 2437, CED 241752.

² La celebre sentenza Franzese (Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002 – dep. 11 settembre 2002, Franzese, n. 30328, CED 222138) riguardava proprio, come è noto, un caso di responsabilità medica.

³ V. ancora Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, cit.

⁴ E. BATTAGLINI, *La colpa professionale dei sanitari*, in *Giust. pen.*, 1953, II, p. 503.

*scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perché nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile. Pur tuttavia la esclusione di colpa professionale medica trova un limite nella condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica"*⁵.

Sul piano tecnico-normativo, il fondamento di una siffatta benevolenza veniva rinvenuto, come è noto, in una disposizione del codice civile, e segnatamente nell'art. 2236 c.c., il quale – sotto la rubrica "Responsabilità del prestatore d'opera" – così recita: *"se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave"*.

L'applicabilità del limite della colpa grave anche in sede penale era sostenuta in forza di ragioni di coerenza e di unità dell'ordinamento giuridico: veniva evidenziata, infatti, la potenziale contraddizione in cui si sarebbe caduti considerando penalmente rilevante una condotta che, in ambito civilistico, sarebbe risultata, invece, lecita⁶.

Grazie anche all'influenza degli scritti di Alberto Crespi, l'applicazione dell'art. 2236 c.c. a favore del medico venne, tuttavia, contenuta alle sole ipotesi (statisticamente, però, le più frequenti) di *colpa per imperizia*. Parrebbe, infatti, conforme alla *ratio* della disposizione civilistica in esame che, se in taluni contesti professionali (tra cui quello medico) non sia esigibile, per la particolare difficoltà tecnica della prestazione richiesta, il massimo della perizia, si possa, tuttavia, sempre attendere dall'operatore il massimo della diligenza e della prudenza⁷.

Questo orientamento favorevole ad applicare l'art. 2236 c.c. in sede di valutazione della colpa penale per imperizia del medico ottenne, nel 1973, l'autorevole avallo della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione della legittimità costituzionale, in relazione all'art. 3 Cost., degli artt. 42 e 589 c.p., "i quali consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa particolare"⁸.

La Corte costituzionale ritenne, infatti, non fondata la questione⁹, con una motivazione, a dire il vero, a tratti poco chiara e non convincente. All'interno di tale motivazione, tuttavia, ritroviamo un'affermazione di grande rilievo, la quale fornisce la chiave di lettura della lunga storia giurisprudenziale della "ricerca di un limite" alla responsabilità medica per colpa: *"la particolare disciplina in tema di responsabilità penale*

⁵ Cass., 6 marzo 1967 (dep. 6 luglio 1967), Izzo, n. 447, CED 104929, in *Giust. Pen.*, 1967, II, p. 1158.

⁶ In prospettiva di ricostruzione storica della giurisprudenza in materia, v. P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale* – II. *I delitti colposi*, Padova, 2009, p. 322 ss.

⁷ A. CRESPI, voce *Medico-chirurgo*, in *Dpen*, vol. VII, Torino, 1993, p. 592; nello stesso senso, in precedenza, ID., *La responsabilità penale nel trattamento medico chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 102 ss.

⁸ Così l'ordinanza del Tribunale di Varese 12 luglio 1971, n. 380, che aveva sollevato l'eccezione di incostituzionalità. Si noti, peraltro, che la disuguaglianza lamentata dal giudice rimettente si configurava, nel caso di specie, non già tra i medici e tutti gli altri consociati bensì, nello stesso ambito sanitario, tra laureati e non laureati: il procedimento *a quo* vedeva, infatti, imputati per omicidio colposo, in concorso tra loro, un medico odontoiatra (laureato) e un odontotecnico (diplomato) e l'applicazione dell'art. 2236 c.c. avrebbe potuto condurre a esiti processuali differenti per i due imputati in relazione al medesimo episodio.

⁹ Corte cost., sentenza 28 novembre 1973, n. 166.

desumibile dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) c.p., in relazione all'art. 2236 c.c., per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata (come si legge nella relazione del Guardasigilli al codice civile, n. 917) «di fronte a due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in casi di insuccessi, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista»¹⁰.

2.1. (Segue): la giurisprudenza tra il 1973 e il 2012.

Negli anni successivi all'intervento della Corte costituzionale si formarono tre differenti orientamenti nella giurisprudenza penale di legittimità in merito al problema della colpa medica:

1) un primo orientamento, rimasto maggioritario almeno fino ai primi anni Novanta, il quale ha continuato ad applicare l'art. 2236 c.c. in sede di valutazione della colpa penale del medico¹¹. Ma come riconosce in tempi più recenti la stessa Corte di Cassazione, un siffatto *“orientamento indulgente della giurisprudenza ha finito col coprire anche casi di grave leggerezza ed ha determinato una situazione di privilegio per la categoria, che è parsa ad alcuni giuristi anche in contrasto col principio costituzionale d'uguaglianza. Si è pure ritenuto che tanta comprensione verso comportamenti spesso gravemente censurabili fosse espressione della deteriore visione paternalistica della medicina”*¹²;

2) un secondo orientamento, il quale, in reazione al precedente, si è attestato su posizioni più rigorose, respingendo la possibilità di applicare, in sede penale, l'art. 2236 c.c. e che, pertanto, valuta la colpa del medico sulla base delle regole generali in tema di colpa, contenute nell'art. 43 c.p. Alle esigenze di unità e coerenza dell'intero ordinamento giuridico, invocate dai sostenitori del primo orientamento, viene ora contrapposta l'esigenza di unità e coerenza del sistema penale, che non può tollerare metri diversi nella valutazione della colpa. Quale espressione di siffatto orientamento, si veda, ad esempio, la seguente sentenza del 1997: *“in tema di colpa professionale medica l'accertamento va effettuato in base non alle norme civilistiche sull'inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale, ma a quelle penali; ciò in quanto la condotta colposa, implicante giudizio di responsabilità penale, incide su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, e non già su aspetti patrimoniali-economici”*¹³;

3) negli anni immediatamente precedenti alla novella legislativa, si forma anche un terzo orientamento, in qualche senso intermedio tra i primi due, giacché con esso si sostiene che l'art. 2236 c.c., pur essendo norma inapplicabile in sede penale, è comunque espressione di un criterio di razionalità, rispondente ad una regola di esperienza cui il

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Tra le sentenze più recenti che aderiscono a tale orientamento, v. Cass., 2 ottobre 1990 (dep. 6 novembre 1990), Fonda, n. 14446, CED 185685-6.

¹² Cass., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), Cantore, n. 16237, CED 255105 (di seguito: Cass. 2013, Cantore).

¹³ Cass., 29 settembre 1997 (dep. 11 febbraio 1998), Azzini, n. 1693, CED 210351.

giudice penale validamente può attenersi nel valutare la colpa del medico. Emblematica di tale orientamento è una sentenza del 2007¹⁴, secondo cui *“in tema di colpa professionale, qualora la condotta incida su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, i parametri valutativi debbono essere estratti dalle norme proprie al sistema penale e non già da quelle civilistiche sull’inadempimento nell’esecuzione del rapporto contrattuale”*; ciò nondimeno, *“nella fattispecie della colpa professionale medica, l’art. 2236 c.c. può trovare applicazione come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l’addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà”*¹⁵.

3. Il contesto nel quale è maturata l’esigenza di una riforma.

Oltre che per le incertezze provocate dalla convivenza della pluralità degli orientamenti giurisprudenziali sopra brevemente illustrati, la situazione della responsabilità medica colposa era divenuta particolarmente complessa anche in virtù di tre fattori, emersi, in termini particolarmente rilevanti, soprattutto negli ultimi decenni:

- 1) l’aumento del relativo contenzioso giudiziario;
- 2) il notevole sviluppo della c.d. medicina difensiva;
- 3) la tendenza crescente alla positivizzazione delle regole dell’arte medica.

Su ciascuno di questi tre fattori conviene brevemente soffermarsi al fine di comprendere meglio il contesto in relazione al quale il legislatore si è proposto di intervenire con la novella del 2012 (contesto, peraltro, sostanzialmente rimasto immutato fino ad oggi).

3.1. L’aumento del contenzioso giudiziario.

Come messo in evidenza da recenti ricerche¹⁶, negli ultimi anni si è registrata un’impennata dei processi penali relativi a casi di responsabilità medica, tra l’altro dovuta anche al fatto che la parte civile (il paziente o i suoi eredi) mira ad ottenere un ristoro economico – tramite gli strumenti del processo penale, a torto o a ragione ritenuti

¹⁴ Cass., 21 giugno 2007 (dep. 26 ottobre 2007), Buggè, n. 39592, CED 237875.

¹⁵ In senso conforme, v. Cass., 5 aprile 2011 (dep. 26 aprile 2011), Montalto, n. 16328, CED 251960, nonché, alla vigilia dell’entrata in vigore della Legge Balduzzi, Cass., 22 novembre 2011 (dep. 1 febbraio 2012), Di Lella, n. 4391, CED 251941, in cui si precisa che siffatta regola di esperienza va, in particolare, applicata *“qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza, in quanto la colpa del terapeuta deve essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell’intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto”*.

¹⁶ Si vedano i vari contributi raccolti in G. FORTI, M. CATINO, F. D’ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010. Di recente, per una parziale contestazione dell’affermazione secondo cui negli ultimi decenni si sarebbe verificato un *“aumento abnorme di procedimenti e processi a carico dei medici in relazione ad eventi infausti occorsi ai pazienti da loro seguiti”*, v. C. BRUSCO, [Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica](#), in questa Rivista, 14 luglio 2016, p. 1 ss.

più rapidi, più efficaci e meno onerosi di quelli offerti dal processo civile – delle proprie aspettative di salute rimaste frustrate¹⁷; il contenzioso penale avviato a carico del medico ha, in tal modo, anche ricadute economiche sulle strutture sanitarie e sulle società assicuratrici¹⁸.

In effetti, i sorprendenti passi in avanti compiuti dalla medicina negli ultimi decenni se, da un lato, hanno accresciuto le possibilità di sconfiggere malattie e superare disabilità, dall'altro lato hanno pure alimentato aspettative talora miracolistiche nei pazienti di ottenere la guarigione e, di pari passo, hanno incrementato la loro indisponibilità psicologica ad accettare eventuali esiti infausti dell'intervento terapeutico¹⁹.

Per altro verso occorre considerare che, grazie ad un'evoluzione socio-culturale degli ultimi decenni e ad una maggiore accessibilità di informazioni in ambito sanitario (anche se, purtroppo, non sempre si tratta di informazioni debitamente controllate), il paziente si è ormai ampiamente svincolato da una sorta di succubanza rispetto alla figura di un medico onnisciente e infallibile, ed è pertanto più predisposto a criticare l'operato del medico, facendo valere, all'occorrenza, tali ragioni di critica anche attraverso l'attivazione di un contenzioso giudiziario²⁰.

Inevitabili sono, pertanto, le ricadute negative a carico del medico di tali nuove dinamiche, destinate a produrre uno stato di angoscia e preoccupazione, capace di ripercuotersi sul piano personale, sulle scelte professionali e, non ultimo, sulla sua situazione patrimoniale. Per giunta, occorre considerare che il medico, inserito in complesse strutture sanitarie, è spesso l'ultimo anello di una lunga catena organizzativa, ma è il solo, dei vari anelli di tale catena, a doversi confrontare direttamente con il paziente: il medico rischia, di conseguenza, di essere chiamato a rispondere anche di disfunzioni che, in realtà, prescindono dalla sua persona e dal suo operato (si pensi, ad esempio, ad una difettosa organizzazione dei turni, ad un sottodimensionamento del personale, alla mancata predisposizione o al mancato aggiornamento di protocolli e *check list*, o ancora alla carenza di macchinari evoluti presso l'ospedale in cui il medico opera)²¹.

¹⁷ In argomento, v. M. BILANCETTI, *La responsabilità penale per colpa professionale medica è destinata a ridimensionarsi anche in Italia?*, in *Giur. It.*, 2003, p. 1982 ss., il quale, in reazione a tale diffusa tendenza ad utilizzare il processo penale come via breve per ottenere il risarcimento civilistico, evidenzia l'opportunità di "riconduurre l'azione risarcitoria nella sede sua propria cioè quella civile, così come del resto avviene in tanti Paesi ove forse è stata più avvertita e più garantita la necessità di soddisfare la legittima pretesa risarcitoria senza penalizzare inutilmente chi esercita una attività che ha come connotato inevitabile il rischio attinente ad un bene fondamentale della persona cioè la vita e la salute".

¹⁸ Già nel 2001, rilevava F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 884, che "in Italia l'aumento delle accuse ai medici è stato molto elevato negli ultimi 10-15 anni e già all'inizio degli anni '90 gli esborsi da parte delle Compagnie di assicurazione per R.C. medica sono stati il triplo dei premi introitati".

¹⁹ Per tali riflessioni, v. F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1061 ss.

²⁰ Sul punto, v. ancora F. INTRONA, *Un paradosso*, cit., p. 889 ss.

²¹ Si tratta di problematiche ormai ampiamente indagate dalla dottrina penalistica italiana; in argomento, ex plurimis, v. L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, p. 1085 ss.; A.

3.2. L'espansione della c.d. medicina difensiva.

La preoccupazione del medico, e della struttura sanitaria, di evitare possibili conseguenze sanzionatorie o risarcitorie, o anche il solo instaurarsi di un procedimento penale (processo “pubblico” per definizione) è il principale fattore all’origine della c.d. medicina difensiva.

Come è noto, si parla di medicina difensiva *positiva* quando il medico – spinto dalla suddetta preoccupazione – prescrive test, trattamenti o visite non strettamente necessari nel caso specifico ma a scopo esclusivamente cautelativo: e così viene prescritto un numero eccessivo di esami diagnostici, talora inutili, o vengono suggeriti farmaci molto potenti quando la terapia potrebbe invece essere avviata con farmaci più blandi, o si dispone il ricovero ospedaliero quando per contro si potrebbe seguire la via ambulatoriale, o ancora si consigliano consulti con medici specialistici in una fase assolutamente precoce del trattamento, sottoponendo così il paziente a pratiche, oltreché non necessarie, anche potenzialmente invasive; si parla, invece, di medicina difensiva *negativa* quando il medico evita pazienti o trattamenti ad alto rischio, adottando, per contro, atteggiamenti astensionistici (il rifiuto di eseguire procedure particolarmente complesse, la mancata presa in carico di pazienti con patologie rare o estremamente delicate, lo spostamento del paziente in altro reparto o in altra struttura), con evidente pregiudizio per soggetti che necessiterebbero di cure in tempi celeri²².

Le ricadute negative sulla salute dei pazienti, connesse alle pratiche di medicina difensiva, è evidente, in quanto “il medico non opera più soltanto un bilanciamento tra rischi temuti e benefici auspicati per la salute, che solo porterebbe a identificare il «miglior» trattamento della patologia, ma mette in conto un proprio rischio di esposizione «giudiziaria», sino a lasciarsene pesantemente condizionare. Questa alterazione nei rapporti tra medico e paziente, riprodotta su ampia scala, comporta altresì una gestione non razionale delle risorse, con danni all’economia del servizio sanitario, che a cascata si ripercuotono su quantità e qualità delle prestazioni erogabili e, in definitiva, sugli stessi utenti”²³.

3.3. La tendenza alla positivizzazione delle regole dell’arte medica: le linee-guida.

MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, Torino, 2009.

²² Oltre agli Autori cit. alla nota precedente, v. R. BARTOLI, *I costi “economico-penalistici” della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1107 ss.; P. POLI, [Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 86 ss.

²³ A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 2.

In parte come forma di reazione alla crescita del contenzioso giudiziario (v. *supra*, 3.1), in parte come risposta all'esigenza di razionalizzazione e maggior efficienza della professione medica, negli ultimi decenni – seguendo una prassi originata negli anni Settanta negli Stati Uniti – si assiste ad una crescente tendenza alla positivizzazione delle regole operative che governano l'attività dei medici e dei sanitari in generale: all'elaborazione, insomma, delle c.d. linee-guida²⁴.

Di recente, la Cassazione ci ha offerto una sintetica ed efficace definizione di linee-guida, ricalcata sulla definizione già fornita dall'*Institute of Medicine* statunitense: si tratta di "raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche"²⁵.

Sempre secondo la Cassazione, "le linee-guida costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche. [Attraverso di esse] si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta"²⁶.

Le linee-guida comportano, indubbiamente, una serie di *vantaggi*, che qui di seguito cerchiamo di richiamare in un rapido elenco²⁷:

- oggettivizzano il sapere medico e, quindi, riducono il margine di errore derivante dal ragionamento veloce ed intuitivo che il medico deve effettuare in situazioni di emergenza;
- risolvono il problema dell'accesso "al" e dell'eccesso "del" sapere scientifico, permettendo al medico un più semplice e razionale aggiornamento;
- tendono ad una uniformazione delle prassi mediche riducendo eventuali disuguaglianze nella distribuzione di servizi e prestazioni;
- conducono il rapporto medico-paziente da una visione paternalistica, in cui il medico è depositario di un sapere irraggiungibile ed il paziente soggetto a questo, ad un rapporto più trasparente, che favorisce la c.d. "alleanza terapeutica".

Ancora più lungo è, tuttavia, anche l'elenco degli *svantaggi* che possono ritrovarsi connessi alle linee-guida:

- trattandosi di regole standardizzate, basate su studi scientifici statistici, non possono tener conto della specificità dei singoli casi concreti;

²⁴ Analizzano tale tendenza, tra gli altri, P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 175 ss.; O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 61 ss.; A. DI LANDRO, *Dalle linee-guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e misura soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, p. 26 ss. M. CAPUTO, [*"Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? Linee-guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*](#), in *questa Rivista*, 16 luglio 2012, p. 1 ss.

²⁵ Cass., 11 maggio 2016 (dep. 6 giugno 2016), Denegri, n. 23283, CED 266903-4 (di seguito: Cass. 2016, Denegri).

²⁶ Cass. 2013, Cantore.

²⁷ Le considerazioni qui di seguito svolte sono tratte dagli Autori cit. *supra*, nota 24.

- non possono coprire ogni ambito e ogni settore: come efficacemente rilevato da Marinucci, “lo spazio coperto dalle linee-guida e dai protocolli non può esaurire l’immensa varietà delle situazioni di pericolo che il sanitario deve individuare con la dovuta diligenza e perizia”²⁸;

- rischiano di formalizzare in maniera eccessiva l’attività medica, addirittura favorendo manifestazioni di medicina difensiva: “cullando l’idea dell’impunità, il medico è indotto ad attenersi sempre e comunque, anche quando il caso concreto è peculiare e impone un diverso trattamento terapeutico rispetto a quello in esse previsto”²⁹;

- spesso le indicazioni in esse contenute sono difficilmente realizzabili nelle diverse realtà per competenza, tecnologie disponibili e *assessment* assistenziale;

- talora esse perseguono lo scopo di razionalizzare e di limitare la spesa sanitaria, e non, primariamente, di tutelare la salute del paziente;

- infine – e sul punto dovremo ritornare anche in seguito – non esiste alcun repertorio “ufficiale” delle linee-guida, né esiste un sistema di accreditamento delle stesse: le linee-guida vengono, di fatto, elaborate, peraltro in numero sempre crescente, da una pluralità di soggetti, portatori di interessi talora tra loro confliggenti (dal Ministero della salute all’Istituto Superiore della Sanità; da organismi regionali ad associazioni di professionisti; da aziende ospedaliere a centri di ricerca, dalle compagnie assicuratrici alle – almeno negli Stati Uniti – case farmaceutiche).

4. La riforma del 2012.

L’oscillazione degli orientamenti giurisprudenziali sopra illustrata (*supra*, 2.1), e l’azione congiunta, e potenzialmente esplosiva, dei tre fattori appena ricordati (*supra*, 3.1 e ss.: crescita del contenzioso giudiziario, della medicina difensiva e della positivizzazione delle *leges artis*) avevano reso improcrastinabile un intervento legislativo. Dopo un lungo *iter* preparatorio, con una forte accelerazione finale dovuta alla imminente chiusura della legislatura (... e in fase di accelerazione si è forse sciupato molto del precedente lavoro preparatorio), è stato così emanato il d.l. 13 settembre 2012, n. 158 recante “Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute” (c.d. decreto Balduzzi, dal nome dell’allora Ministro della salute) convertito, con modificazioni, nella l. 8 novembre 2012, n. 189, entrata in vigore poco più di quattro anni fa, l’11 novembre 2012³⁰.

²⁸ G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 4.

²⁹ P. PIRAS, *La colpa medica: non solo linee-guida*, in *questa Rivista*, 27 aprile 2011; v. pure G. STAMPANONI BASSI, *In tema di accertamento della responsabilità medica: sulla rilevanza delle “linee-guida”*, in *www.archiviopenale.it*, 2013/2, p. 4.

³⁰ Tra i primi commenti alla Legge Balduzzi, v. D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 73; C. BRUSCO, *Linee-guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, *ivi*, p. 51; P. POLI, *Legge Balduzzi*, cit., p. 86 ss.

In questa sede interessa in particolare l'art. 3, comma 1, della citata legge, rubricato "Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie", il quale così recita: *"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"*³¹.

Si tratta, con tutta evidenza, di una formulazione poco felice, per nulla perspicua, capace, tuttavia, di rivolgere al medico almeno un primo, forte messaggio: *ti conviene seguire le linee-guida!*³².

Per il resto, il testo dell'art. 3, comma 1, è apparso, fin da subito, deludente sotto molteplici punti di vista. Come, in effetti, ha osservato la stessa Corte di Cassazione in una delle primissime applicazioni della novella, "non vi è dubbio che l'intervento normativo, se sottoposto a critica serrata, mostrerebbe molti aspetti critici. Si è in effetti in presenza, per quel che qui interessa, di una disciplina in più punti laconica, incompleta; che non corrisponde appieno alle istanze maturate nell'ambito del lungo dibattito dottrinale e della vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica. È mancata l'occasione per una disciplina compiuta della relazione terapeutica e delle sue patologie"³³.

Era, pertanto, inevitabile che in sede di applicazione, da parte delle nostre corti, di tale "laconica e incompleta disciplina" sorgessero ben presto plurimi problemi, alla cui illustrazione e analisi sono dedicate le pagine seguenti.

4.1. Primo problema interpretativo: che cosa sono "le linee-guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica"?

Il primo problema che in sede di applicazione della novella i giudici si sono posti, è consistito nella identificazione delle linee-guida e delle buone pratiche cui la legge intende fare riferimento: e si tratta di problema di non poco conto!

Per quanto riguarda, in primo luogo, le "linee-guida", le difficoltà non risiedono tanto nella definizione del concetto (definizione che, del resto, abbiamo già sopra fornito, senza incontrare particolari ostacoli: *supra*, 3.3), quanto nell'individuazione di *quali* linee-guida possano essere legittimamente utilizzate all'interno di un giudizio penale ai sensi della Legge Balduzzi.

³¹ Tale formulazione è interamente frutto della legge di conversione. Il testo originario dell'art. 3, comma 1, contenuto nel d.l. 158/2012, non toccava i profili della responsabilità penale ed era così formulato: "Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee-guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale".

³² Per tale rilievo v. A. VALLINI, *L'art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, in *Giur. It.*, 2014, p. 2060.

³³ Cass. 2013, Cantore.

Va, infatti, ribadito che non esiste alcun repertorio ‘ufficiale’ delle linee-guida, né esiste un sistema di accreditamento delle stesse: pertanto, le linee-guida possono fortemente diversificarsi quanto a metodologia, scopo e contenuti; quanto a origine (centralizzata o locale, pubblica o privata) e affidabilità dei redattori; quanto a grado di aggiornamento; quanto a livello di precisione e ‘perentorietà’ delle raccomandazioni in esse contenute³⁴.

Dalla giurisprudenza di legittimità è finora pervenuta, peraltro, un’indicazione univoca solo circa le linee-guida che *non* possono essere utilizzate ai fini della valutazione, in sede penale, della condotta del sanitario: “le linee-guida per avere rilevanza nell’accertamento della responsabilità del medico (...) *non* devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente”³⁵.

Ancora maggiore è la confusione relativa all’altro concetto qui rilevante, quello di “buone pratiche”.

Anzitutto non è chiaro in che rapporto esse si collochino rispetto alle linee-guida, vale a dire se formino con esse una sorta di *endiadi*, con cui si indicherebbe lo stesso fenomeno sostanziale (dove, forse, l’unica differenza potrebbe essere scorta nel fatto che, mentre le linee-guida sono sempre trasfuse in un testo scritto, le buone pratiche potrebbero non aver ancora ricevuto una formalizzazione ‘nero su bianco’), oppure se attraverso tale locuzione il legislatore abbia voluto riferirsi a qualcosa di sostanzialmente differente, richiamando, ad esempio, i *protocolli*, vale a dire i modelli rigidi che prescrivono nel dettaglio comportamenti da riprodurre fedelmente nell’esecuzione del singolo trattamento³⁶.

Eppure un chiarimento del significato di tale locuzione e dei suoi rapporti con le linee-guida potrebbe assumere un’importanza cruciale in sede applicativa, perché da ciò dipenderebbe una fetta importante dell’ambito di applicazione della novella legislativa e del parametro di esonero della responsabilità per colpa “non grave” dei medici. Per ora, invece, non ci risulta nessuna sentenza di legittimità che si sia confrontata con l’interpretazione della locuzione “buone pratiche” (il che potrebbe anche significare che finora nessun difensore ha ritenuto congruo o comunque strategicamente opportuno giocare la carta delle buone pratiche, attesa la vaghezza e genericità di tale locuzione).

Per superare, allora, le difficoltà di individuazione e reperimento delle linee-guida (e delle buone pratiche, salvo quanto appena sopra rilevato), utilizzabili nel giudizio penale, la giurisprudenza ha posto a carico dell’imputato l’onere di allegazione delle stesse.

Come si legge, infatti, nella sentenza Cass. 2014, Pulcini, “*in tema di responsabilità medica, ai fini dell’applicazione della causa di esonero da responsabilità prevista dall’art. 3 del*

³⁴ Così, quasi alla lettera, A. VALLINI, *L’art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi*, cit., p. 2060.

³⁵ Cass., 24 gennaio 2013 (dep. 11 marzo 2013), Pagano, n. 11493, CED 254756 (di seguito: Cass. 2013, Pagano); si tratta, in ordine temporale, della prima applicazione in assoluto della Legge Balduzzi da parte della Corte di Cassazione.

³⁶ Sul punto v., anche per ulteriori riferimenti, L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 202; P. POLI, *Legge Balduzzi*, cit., p. 88.

D.L. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, è necessaria l'allegazione delle linee-guida alle quali la condotta del medico si sarebbe conformata, al fine di consentire al giudice di verificare:

a) la correttezza e l'accreditamento presso la comunità scientifica delle pratiche mediche indicate dalla difesa;

b) l'effettiva conformità ad esse della condotta tenuta dal medico nel caso in esame"³⁷.

Insomma, se il medico intende giovare dell'esonero di responsabilità, spetta a lui indicare le linee-guida cui si sarebbe attenuto con la sua condotta.

4.2. Secondo problema interpretativo: non è contraddittorio parlare di colpa in relazione alla condotta di un medico che ha rispettato le linee-guida?

Come fin da subito rilevato dalla sentenza Cass. 2013, Cantore, "una prima lettura della norma induce a cogliervi una *contraddizione*: un terapeuta che rispetta le linee-guida e che è al contempo in colpa".

Tale rilievo della Corte riprende, peraltro, un'osservazione già acutamente formulata in dottrina all'indomani dell'entrata in vigore della Legge Balduzzi: "la neonata disposizione reca in sé un peccato originale: una vera e propria contraddizione in termini, perché ipotizza la colpa nonostante il rispetto delle linee-guida (...). Com'è possibile che sia in colpa il medico che si attiene a linee-guida? Potremmo battezzare la nuova disposizione: *in culpa sine culpa*"³⁸.

Ma la stessa sentenza Cass. 2013, Cantore, ritiene che tale "contraddizione è in realtà solo apparente", giacché essa può essere superata non appena si consideri:

1) in primo luogo "che le linee-guida *non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti*. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico. Potrà ben accadere, dunque, che il professionista debba modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia e che, in alcuni casi, si trovi a doversi addirittura derogare radicalmente. Il legislatore ha evidentemente tenuto conto di tale situazione, disciplinando l'*evenienza di un terapeuta rispettoso delle «istruzioni per l'uso» e tuttavia in colpa*"³⁹;

2) in secondo luogo, e soprattutto, che le linee-guida *non valgono come regole cautelari "scritte" ai sensi dell'art. 43 c.p.* La loro inosservanza, pertanto, non fonda, di per sé, un rimprovero per colpa specifica e, reciprocamente, la loro osservanza non mette, di per sé, al riparo da un rimprovero per colpa specifica⁴⁰.

³⁷ Cass., 18 dicembre 2014 (dep. 21 maggio 2015), Pulcini, n. 21243, CED 263493 (di seguito: Cass. 2014, Pulcini); in senso analogo, v. pure Cass., 6 marzo 2015 (dep. 9 ottobre 2015), V., n. 40708, in *Leggi d'Italia*.

³⁸ P. PIRAS, *In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee-guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica)*, in *questa Rivista*, 26 novembre 2012.

³⁹ Cass. 2013, Cantore.

⁴⁰ Cass. 2013, Cantore.

Questo secondo profilo – l’assimilabilità, o meno, delle linee-guida alle regole cautelari scritte – è stato, invero, a lungo dibattuto in giurisprudenza e in dottrina, ma proprio nella giurisprudenza più recente, alla vigilia della novella della Legge Balduzzi, aveva finito per prevalere l’orientamento negativo.

Fondamentale sul punto risulta infatti la sentenza Ingrassia del 2012⁴¹, con la quale la Cassazione, dopo aver ripercorso la propria giurisprudenza degli ultimi anni, giunge in sostanza alla seguente conclusione: non vi è alcun automatismo tra il rispetto o il mancato rispetto delle linee-guida e l’addebito per colpa del medico⁴².

Ecco, infatti, la massima tratta da detta sentenza: “in tema di responsabilità medica, le linee-guida – provenienti da fonti autorevoli, conformi alle regole della miglior scienza medica e non ispirate ad esclusiva logica di economicità – possono svolgere un ruolo importante quale atto di indirizzo per il medico; esse, tuttavia, avuto riguardo all’esercizio dell’attività medica che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assurgere al rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma dell’art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline), non essendo né tassative né vincolanti e, comunque, non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la migliore soluzione per il paziente. D’altro canto, le linee-guida, pur rappresentando un utile parametro nell’accertamento dei profili di colpa riconducibili alla condotta del medico, non eliminano la discrezionalità giudiziale insita nel giudizio di colpa; il giudice resta, infatti, libero di valutare se le circostanze concrete esigano una condotta diversa da quella prescritta dalle stesse linee-guida (...)”⁴³.

Tale orientamento è stato, quindi, ribadito anche dalla sentenza Cass. 2013, Cantore, a tenore della quale le linee-guida “non danno luogo a norme propriamente cautelari e [la loro violazione] non configura[no], quindi, ipotesi di colpa specifica”; in realtà, “l’osservanza o l’inosservanza delle guida terapeutica *indizierà* soltanto la presenza o l’assenza di colpa, ma non implica l’automatica esclusione o affermazione dell’imputazione soggettiva”⁴⁴.

Se si parte, pertanto, dal presupposto che le linee-guida non coincidano con le regole cautelari (scritte), risulta esente da contraddizioni logiche la possibile coesistenza, in relazione al medesimo caso di specie, tra:

- rispetto delle linee-guida, da un lato
- addebito di colpa, dall’altro.

⁴¹ Cass., 11 luglio 2012 (dep. 19 settembre 2012), Ingrassia, n. 35922, CED 254618; su tale sentenza, v. la nota di L. Riscato, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 191 ss.

⁴² F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1235.

⁴³ Si tratta della massima CED 254618.

⁴⁴ In termini sostanzialmente analoghi, v. anche Cass. 2016, Denegri, cit.; nonché Cass., 29 ottobre 2015 (dep. 3 febbraio 2016), Siracusa, n. 4468 [di seguito: Cass. 2015, Siracusa], in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, p. 642, con nota di R. BARTOLI, *Ancora difficoltà a inquadrare i presupposti applicativi della legge c.d. Balduzzi*.

4.3. Terzo problema interpretativo: qual è l'effettivo ambito di applicazione della Legge Balduzzi?

A questo punto disponiamo anche dei dati per individuare l'effettivo ambito di applicazione della Legge Balduzzi, che poggia su tre presupposti:

1. il medico (e, più in generale, il sanitario) ha seguito le linee-guida⁴⁵;
2. nel seguire le linee-guida il medico è incorso in colpa (e che tale evenienza non sia di per sé inconcepibile è stato dimostrato nel precedente paragrafo);
3. questa colpa è lieve.

Secondo la sentenza Cass. 2013, Cantore, questi tre presupposti potrebbero ricorrere in due costellazioni di casi, che per semplicità potremmo chiamare "errore di adattamento" ed "errore di strategia".

La prima ipotesi – *l'errore di adattamento delle linee-guida al caso concreto* – ricorrerà allorché "il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dalle linee-guida (...), inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, *nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico*. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore sia non lieve"⁴⁶.

La seconda ipotesi – vale a dire *l'errore di strategia* – potrà ricorrere allorché, "sebbene in relazione alla patologia trattata le linee-guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura di *discostarsi radicalmente dallo standard*, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria"⁴⁷.

⁴⁵ V., da ultimo, ancora Cass. 2015, Siracusa, cit.: la legge Balduzzi *non* è applicabile in un caso in cui "in nessun momento del giudizio è stato effettuato un riferimento ad una eventuale conformità della condotta medica rispetto a linee-guida esistenti".

⁴⁶ V. la stessa identica affermazione ripetuta nella motivazione della sentenza Cass., 9 ottobre 2014 (dep. 17 novembre 2014), Stefanetti, n. 47289, CED 260739-40 (di seguito: Cass. 2014, Stefanetti); del resto, l'estensore della sentenza Cantore è lo stesso della sentenza Stefanetti (Rocco Blaiotta).

⁴⁷ Anche tale affermazione è ripetuta, in termini identici, nella sentenza Cass. 2014, Stefanetti, cit. e, in termini analoghi, da Cass., 20 marzo 2015 (dep. 23 aprile 2015), Rota, n. 16944, CED 263389 [di seguito: Cass. 2015, Rota], nonché Cass., 19 gennaio 2015 (dep. 6 marzo 2015), Manzo, n. 9923 [di seguito: Cass. 2015, Manzo], in *questa Rivista*: "l'articolo 3 della legge n. 189 del 2012 (...), appare porre un limite alla possibilità per il giudice di sancire la responsabilità del medico che abbia rispettato le linee-guida e le *best practices*: nel senso che potrebbe pur sempre essere riconosciuta la responsabilità penale del medico per omicidio e lesioni personali che si sia attenuto ad esse, ma ciò solo allorché invece avrebbe dovuto discostarsene in ragione della *peculiare situazione clinica del malato* e questo non abbia fatto per 'colpa grave', quando cioè la necessità di discostarsi dalle linee-guida era macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato".

4.3.1. In particolare: la Legge Balduzzi riguarda solo i casi di colpa *per imperizia*?

Più complesso risulta un ulteriore profilo, vale a dire se l'applicazione della Legge Balduzzi sia subordinata alla ricorrenza di un quarto presupposto, oltre ai tre già menzionati (il medico ha seguito le linee-guida; nel seguire le linee-guida è incorso in colpa; questa colpa è lieve): la Legge Balduzzi è applicabile solo in caso di *colpa per imperizia*?

La sentenza Cass. 2013, Cantore, pur senza assumere toni netti e *tranchant* sul punto, aveva osservato che la Legge Balduzzi “trova il suo terreno d’elezione nell’ambito dell’imperizia”. Tale “terreno d’elezione”, tuttavia, nelle sentenze successive si è rapidamente trasformato in “terreno esclusivo”, sicché fino a tempi recentissimi la Cassazione ha ritenuto applicabile la Legge Balduzzi soltanto in caso di colpa per imperizia: “il medico imprudente e negligente non potrebbe invocare una pretesa adesione alle linee-guida per escludere la propria responsabilità”, si afferma, infatti, in una sentenza del maggio 2015⁴⁸; analogamente, solo qualche giorno prima la Cassazione aveva statuito che “in tema di responsabilità medica, la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve prevista dall’art. 3 D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (...), operando soltanto per le condotte professionali conformi alle linee guida, non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza, perché le linee guida contengono solo regole di perizia”⁴⁹.

Tale orientamento sembrerebbe, peraltro, aver ricevuto, sia pur solo in un *obiter dictum*, anche l’avallo della Corte costituzionale, ad avviso della quale “occorre anche considerare come, nelle prime pronunce emesse in argomento, la giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto – in accordo con la dottrina maggioritaria – che la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata venga in rilievo solo in rapporto all’addebito di imperizia, giacché le linee-guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia: non, dunque, quando all’esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente”⁵⁰.

Come è stato correttamente rilevato, a tale restrizione dell’ambito di applicazione della Legge Balduzzi si approda in virtù di una sorta di sillogismo:

- *premessa maggiore*: la Legge Balduzzi ha ad oggetto le linee-guida;
- *premessa minore*: le linee-guida contengono solo regole di perizia;

⁴⁸ Cass., 28 maggio 2015 (dep. 30 giugno 2015), Bottini, n. 27185, in *Leggi d'Italia* (di seguito: Cass. 2015, Bottini).

⁴⁹ Cass., 27 aprile 2015 (dep. 25 giugno 2015), Caldarazzo, n. 26996, CED 263826; negli stessi termini, Cass. 2015, Rota, cit. Prima della sentenza Cass. Cantore, 2013, cit., v. Cass. 2013, Pagano, cit., secondo la quale, quando si tratta di colpa per negligenza ed imprudenza, “non può trovare applicazione il *novum* normativo di cui all’art. 3 della L. n. 189 del 2012 (...). Tale norma non può (...) involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza”.

⁵⁰ Corte cost., ord. 6 dicembre 2013, n. 295: con tale ordinanza viene dichiarata la manifesta inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale della norma in questione, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, co. 2, 27, 28, 32, 33 e 111 Cost., dal Tribunale di Milano.

- *conclusione*: la Legge Balduzzi ha ad oggetto solo regole di perizia⁵¹, e quindi si applica solo nei casi di colpa per imperizia.

4.3.1.1. La conseguente necessità di distinguere tra imperizia e imprudenza/negligenza.

Ammettiamo per ipotesi che la limitazione della Legge Balduzzi alle sole ipotesi di colpa per imperizia sia corretta: a questo punto diventerebbe, però, *fondamentale poter distinguere l'imperizia dalla imprudenza/negligenza*.

In tal modo rischiamo, tuttavia, di inoltrarci in un campo di sabbie mobili.

Tradizionalmente, infatti, la dottrina, pur proponendo delle distinte definizioni di negligenza, imprudenza e imperizia, lo fa solo con un dichiarato intento didascalico, al fine di meglio illustrare un concetto sostanzialmente unitario: quello di colpa (generica). Come scriveva, ad esempio, Giorgio Marinucci, a sua volta riprendendo un insegnamento di Marcello Gallo, “non è il caso di dare eccessiva importanza alla distinzione fra l’una o l’altra delle tre forme di colpa in esame: le qualifiche relative (...) rilevano solo perché delimitano all’esterno ciò che è colpa da quella che colpa non è. D’altro canto, una sopravvalutazione della distinzione potrebbe portare — soprattutto sul terreno processuale — a eludere il vero e autentico problema della individuazione «di ciò che è colpa»: problema che si risolve — come sappiamo — con l’indicazione della singola regola di condotta che si assume trasgredita dal soggetto, la cui determinazione è solo vagamente agevolata dal richiamo alle qualifiche di imprudenza, negligenza e imperizia”⁵².

In tal senso è, in realtà, orientata tutta la dottrina e in tal senso sembra orientata anche la giurisprudenza, dal momento che non risulta che nelle sentenze dei nostri giudici siano mai stati eretti steccati netti e insormontabili tra colpa per negligenza, colpa per imprudenza e colpa per imperizia.

In passato, l’unico ambito in cui una tale distinzione aveva assunto un qualche rilievo era stato proprio quello della responsabilità medica, e ciò a proposito della controversa applicabilità, anche in sede penale, dell’art. 2236 c.c.: come abbiamo visto (*supra*, 2), infatti, tale norma, secondo l’orientamento più accreditato, sarebbe (stata) applicabile alla responsabilità medica per colpa, ma solo nell’ipotesi di colpa per imperizia.

È, pertanto, proprio in relazione all’art. 2236 c.c. e alla sua applicabilità alla responsabilità penale per colpa del medico che, per quanto riguarda la dottrina, troviamo il più raffinato tentativo di definire l’imperizia distinguendola dalla imprudenza e dalla negligenza: “l’imperizia è concetto proprio dell’esercizio di una professione e si configura nella violazione delle «regole tecniche» della scienza e della

⁵¹ P. PIRAS, [Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi](#), in *questa Rivista*, 24 aprile 2015, pag. 2.

⁵² G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora in ID., *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 182.

pratica (o *leges artis*) con ciò differenziandosi dalla imprudenza e negligenza alla cui base vi è la violazione di cautele attuabili secondo la comune esperienza”⁵³.

Proprio tale definizione risulta oggi ripresa dalle sentenze di legittimità, impegnate a limitare l’ambito di applicazione della Legge Balduzzi ai soli casi di colpa per imperizia. Si veda in tal senso, ad esempio, la sentenza Cass. 2015, Rota: “rientra nella nozione di imperizia il comportamento attivo o omissivo che si ponga in contrasto con le regole tecniche dell’attività che si è chiamati a svolgere”.

A quanto pare, quindi, il tratto distintivo dell’imperizia consisterebbe nella violazione di “regole tecniche”, il che, però, a ben vedere finisce solo per spostare il problema definitorio dal concetto di “imperizia” a quello di “regole tecniche”.

4.3.1.2. Esercizi giurisprudenziali di distinzione dell’imperizia dalla imprudenza/negligenza.

Che il problema definitorio in esame sia tutt’altro che risolto, che, insomma, il confine tra negligenza/imprudenza, da un lato, e imperizia, dall’altro, non risulti affatto tracciato in modo netto e preciso – per quanto da tale confine la giurisprudenza faccia dipendere una conseguenza di grande importanza: l’applicabilità, o meno, della Legge Balduzzi – risulta in modo palese dalle sentenze che, in relazione a singoli casi concreti, hanno dovuto stabilire se si trattava di ipotesi di negligenza/imprudenza, ovvero di imperizia.

Si considerino, ad esempio, le seguenti tre sentenze:

- la sentenza Cass. 2013, Cantore, riguarda il caso di un medico il quale, per fronteggiare un’ernia discale recidivante, aveva proceduto ad un’operazione di pulizia del disco erniario, durante la cui esecuzione, tuttavia, egli spingeva lo strumento chirurgico ad una profondità superiore a 3 centimetri, in tal modo provocando la lesione della vena e dell’arteria iliaca, con conseguente decesso della paziente: la Cassazione qualifica tale comportamento come *imperito*;

- la sentenza Cass. 2015, Piccardo⁵⁴, parla nuovamente di *imperizia* in relazione alla condotta di un medico impegnato in un intervento di plastica protesica: il medico, nel posizionare con una sorta di pistola (*Trocar*) le *clips* di ancoraggio di una protesi sintetica (una retina di materiale biocompatibile) alla parete addominale della paziente, ‘sbaglia mira’ e spara erroneamente alcune di tali *clips* nella vescica, così provocando alla paziente dolori e complicanze varie (quindi, una malattia ai sensi dell’art. 590 c.p.);

- la sentenza Cass. 2015, Rota, infine, riguarda il caso di un medico impegnato in una manovra di inserimento della guida metallica di un catetere vascolare (c.d. incannulazione) all’interno di una vena giugulare; la suddetta manovra veniva, tuttavia, effettuata forzando eccessivamente lo scorrimento della guida metallica all’interno del catetere, così da cagionare lo sfondamento dell’atrio destro del cuore, con conseguente

⁵³ A. CRESPI, *La responsabilità penale*, cit., p. 84.

⁵⁴ Cass., 8 maggio 2015 (dep. 27 maggio 2015), Piccardo, n. 22405, CED 263736.

decesso del paziente; ma questa volta la Cassazione qualifica la condotta del medico come *imprudente*.

Tutti e tre i casi riferiti riguardano medici che usano impropriamente i ‘ferri’ del loro mestiere (lo strumento chirurgico per ripulire il disco erniario; la pistola spara-clips; la guida metallica del catetere vascolare): ma quale è, allora, la ragione per cui nei primi due casi la manovra scorretta è stata qualificata in termini di imperizia, e nel terzo caso, invece, in termini di imprudenza? Siamo tentati di ritenere che *l’unica ragione* di tale divergente qualificazione risieda nella *indisponibilità di una chiara definizione di imperizia* che possa fornire indicazioni stringenti ai giudici in sede applicativa.

Che le cose stiano nei termini anzidetti, che insomma la giurisprudenza non incontri reali vincoli nel qualificare la condotta ora come imperita ora come imprudente/negligente, sembra confermato anche dagli altri tre casi, qui sotto riportati, tutti relativi a medici che non si comportano come si sarebbe comportato il medico-modello, che quindi violano “regole tecniche”, vere e proprie *leges artis*, e non certo “cautele attuabili secondo la comune esperienza”⁵⁵, ma le cui condotte, ciò nondimeno, vengono qualificate in termini di imprudenza o negligenza, e non già – come invece avremmo potuto aspettarci – di imperizia:

- nella sentenza Cass. 2013, Pagano, al medico viene rimproverata *colpa per negligenza* per non aver operato, pur in presenza di tracciati cardiocografici significativi di concreto rischio per il benessere del feto, un costante monitoraggio della accertata situazione di preallarme, e per non aver predisposto ed eseguito un intervento di parto cesareo che, se operato, avrebbe evitato l’asfissia *intrapartum* ed il conseguente decesso della neonata;

- nella sentenza Cass. 2015, Bottini, al medico, che aveva eseguito l’intervento chirurgico e disposto successivamente per il decorso post-operatorio, viene rimproverata *colpa per imprudenza e negligenza* per aver somministrato un farmaco, notoriamente allergizzante, pur sapendo che la paziente era un soggetto allergico, senza avere proceduto, nel pre-operatorio, ad alcun approfondimento, essendosi limitata la raccolta anamnestica a quanto riferito dalla paziente, senza il riscontro di adeguata documentazione sanitaria;

- nella sentenza Cass. 2014, Pulcini, infine, al medico viene rimproverata *colpa per negligenza e imprudenza* per non aver valutato, a fronte della sintomatologia del paziente, la probabilità che fosse in atto una cardiopatia ischemica con rischio di eventi clinici gravi a breve termine, omettendo di trattenere il paziente in osservazione per gli approfondimenti diagnostici del caso.

Insomma, come riconosciuto da un autorevole “applicatore” della Legge Balduzzi, “non è sempre facile la qualificazione della condotta come negligente o imperita e spesso neppure possibile: si pensi ai casi di esistenza di plurimi trattamenti farmacologici per la medesima patologia, ai casi di alternativa tra trattamenti chirurgici e farmacologici, alla mancata o ritardata richiesta di accertamenti preliminari ritenuti

⁵⁵ Si riveda sopra, la definizione di imperizia, imprudenza, negligenza, proposta da Crespi e accolta, almeno in teoria, della giurisprudenza.

necessari ecc. Il medico ha compiuto la sua scelta perché non adeguatamente informato sulle conseguenze che ne sarebbero derivate (imperizia) o per semplice trascuratezza, mancanza di attenzione o disinteresse (negligenza)? Al giudice di merito (ma anche a quello di legittimità: me ne sono reso conto facendo questa ricerca) è sufficiente valutare, sotto il profilo soggettivo, se sia stata violata la regola cautelare non di qualificare questa violazione”⁵⁶.

Da questa breve indagine sul campo, trova conferma il timore sopra esposto: il confine tra imperizia, da un lato, e imprudenza/negligenza, dall’altro, non può essere tracciato in termini chiari e precisi; di conseguenza, l’individuazione di tale confine nel caso concreto risulta ampiamente affidata alla discrezionalità del giudicante. Ma tutto ciò comporta il rischio di una qualificazione della colpa in termini di imperizia anziché di imprudenza/negligenza, o viceversa, in vista dell’applicazione, o non applicazione, dell’esonero da responsabilità previsto dalla Legge Balduzzi⁵⁷.

4.3.1.3. Verso il superamento della rilevanza della distinzione.

Di fronte a siffatta difficoltà di distinguere l’imperizia dalla imprudenza/negligenza e alle conseguenti imprevedibili applicazioni giurisprudenziali che ne conseguono, va salutata con favore una recente sentenza che intende superare la limitazione dell’ambito di applicazione della Legge Balduzzi alla sola colpa per imperizia.

Si tratta della sentenza Cass. 2016, Denegri, ad avviso della quale “la limitazione della responsabilità del medico in caso di colpa lieve, prevista dall’art. 3, comma primo, legge 8 novembre 2012, n. 189, opera, in caso di condotta professionale conforme alle linee-guida ed alle buone pratiche, *anche nella ipotesi di errori connotati da profili di colpa generica diversi dall’imperizia*”⁵⁸.

Senz’altro convincenti paiono pure i due argomenti posti a base di tale svolta:

1) “la scienza penalistica non offre indicazioni di ordine tassativo, nel distinguere le diverse ipotesi di colpa generica, contenute nell’art. 43, terzo alinea, c.p. (...). Allo stato della elaborazione scientifica e giurisprudenziale, neppure la distinzione tra colpa per imprudenza (tradizionalmente qualificata da una condotta attiva, inosservante di cautele ritenute doverose) e colpa per imperizia (riguardante il comportamento, attivo od omissivo, che si ponga in contrasto con le *leges artis*) offr[e] uno strumento euristico conferente, al fine di delimitare l’ambito di operatività della novella sulla responsabilità

⁵⁶ C. BRUSCO, *Informazioni statistiche*, cit., p. 4.

⁵⁷ Già attenta dottrina ha, del resto, censurato una serie di applicazioni giurisprudenziali in cui, al fine di non applicare la Legge Balduzzi, si fa perno su una sorta di “*imperizia mascherata*”, vale a dire su rimproveri di colpa per negligenza o imprudenza, che in realtà celano anche profili (se non preponderanti quantomeno paritari) di imperizia: P. PIRAS, [Culpa levis sine imperitia non excusat](#), cit., p. 1 ss.; C. CUPELLI, [La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione \(e i rischi della riforma alle porte\)](#), in *questa Rivista*, 27 giugno 2016.

⁵⁸ Cass. 2016, Denegri, cit.

sanitaria; ciò in quanto si registra una intrinseca opinabilità, nella distinzione tra i diversi profili della colpa generica, *in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità, nelle regole di cautela*";

2) la *littera legis* della disposizione di cui all'art. 3 della L. n. 189 del 2012 "non contiene alcun richiamo al canone della perizia"⁵⁹.

Tale svolta era stata, a ben vedere, anticipata in due sentenze che, per lo meno *obiter dictum*, lasciavano presagire il superamento della rilevanza della distinzione tra imperizia e imprudenza/negligenza. Secondo Cass. 2015, Cerracchio, infatti, "in tema di responsabilità medica, la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve prevista dall'art. 3 (...), pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia [e qui si riprende la formula già usata da Cass. 2013, Cantore], può tuttavia venire in rilievo *anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza* [qui, invece, si prepara la svolta!]"⁶⁰.

Analogamente, secondo Cass. 2014, Stefanetti⁶¹, in sede di applicazione della Legge Balduzzi "non può (...) escludersi che le linee-guida pongano regole rispetto alle quali *il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza*; come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera della accuratezza di compiti magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale".

4.4. Quarto problema interpretativo: che cos'è la colpa grave?

Come fin da subito segnalato dalla sentenza Cass. 2013, Cantore, "il tema più nuovo ed oscuro introdotto dalla nuova disciplina [è] quello della distinzione tra colpa lieve e colpa grave".

Pertanto è doveroso rilevare preliminarmente che la Legge Balduzzi non usa la locuzione "colpa grave", ma si limita ad escludere la responsabilità per "colpa lieve", il che, almeno in teoria, potrebbe lasciare aperta la porta ad interpretazioni che, al di sopra della colpa lieve (e quindi al di fuori dell'area di esonero dalla responsabilità penale), collochino non solo una colpa grave ma anche una colpa ordinaria, una colpa, cioè, che non sia né lieve, né grave.

Ad ogni modo, il grado della colpa, e segnatamente la gravità della colpa, grazie alla Legge Balduzzi viene ora a giocare un ruolo ampiamente inedito nel nostro ordinamento penale: da criterio tradizionalmente incidente solo sul *quantum respondeatur*, vale a dire sulla commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p., il suo rilievo viene, infatti, ora anticipato alla stessa valutazione dell'*an respondeatur*, all'esserci o non-esserci del reato⁶².

⁵⁹ Condivide tali due argomenti, e quindi la svolta operata dalla sentenza Cass. 2016, Denegri, C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico*, cit., p. 1 ss.

⁶⁰ Cass., 1 luglio 2015 (dep. 16 novembre 2015), Cerracchio, n. 45527, CED 264897.

⁶¹ Cass. 2014, Stefanetti, cit.

⁶² Prima della Legge Balduzzi tale ruolo era giocato dalla colpa grave (o da forme analoghe alla colpa grave) solo in alcune disposizioni incriminatrici di rilevanza pratica indubbiamente minore:

Ma torniamo alla sentenza Cass. 2013, Cantore, giacché con essa la Cassazione, al fine di contenere “il peso dell’apprezzamento tecnicamente discrezionale”, si impegna in un articolato tentativo di compensare l’assenza di una definizione legislativa di colpa grave⁶³.

Preliminarmente la sentenza ricorda che “qualche indicazione può essere fornita proprio dalla già evocata giurisprudenza di questa Corte suprema [in relazione a 2236 c.c.]. Come si è visto, per un lungo periodo si è ritenuto che la responsabilità colposa del sanitario potesse configurarsi solo in caso di macroscopica violazione delle regole più elementari dell’*ars medica*: la plateale ignoranza o l’altrettanto estrema assenza di perizia nell’esecuzione dell’atto medico. Naturalmente, in casi di tale genere non vi può essere dubbio sulla gravità della colpa. Tuttavia tale definizione appare riduttiva (...). Occorre considerare che lo stato attuale della medicina appare assai più complesso e sofisticato: la valutazione sull’adeguatezza dell’approccio terapeutico non può essere realisticamente rapportata a poche, essenziali regole di base. Al contrario, si assiste al proliferare di complesse strategie diagnostiche e terapeutiche, governate da ‘istruzioni’ articolate, spesso tipiche di ambiti specialistici o superspecialistici. In tali contesti sarebbe riduttivo discutere di gravità della colpa con riguardo alle sole regole basilari”⁶⁴.

Ciò premesso, la sentenza Cass. 2013, Cantore – seguendo un approccio del tutto simile a quello che, a distanza di pochi mesi, seguiranno anche le Sezioni Unite in relazione al dolo eventuale⁶⁵ – individua *una pluralità di indicatori*, dalla cui presenza è rilevabile la gravità della colpa⁶⁶:

1) “poiché la colpa costituisce la violazione di un dovere obiettivo di diligenza, un primo parametro attinente al profilo oggettivo della diligenza riguarda la *misura della*

- nell’art. 64 del codice di procedura civile, in cui si prevede la responsabilità penale del consulente tecnico all’interno del processo civile unicamente “per colpa grave”;

- l’art. 217, comma 1, n. 4, l. fall., che punisce l’imprenditore il quale abbia aggravato il proprio dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o “con *altra grave colpa*”;

- l’art. 217, comma 1, n. 3, l. fall., che punisce l’imprenditore nel caso in cui questi abbia compiuto operazioni di “*grave imprudenza*” al fine di ritardare il fallimento;

- l’art. 217, comma 1, n. 2, l. fall., infine, che punisce parimenti l’imprenditore qualora questi abbia consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni “*manifestamente imprudenti*”.

In altri sistemi penali europei, invece, molto più frequente (e risalente) è il ricorso ad un criterio di responsabilità (*an respondeatur*) per colpa “qualificata”: si pensi, solo a titolo di esempio, alla *imprudencia grave* spagnola; alla *negligência grosseira* portoghese; alla *faute caractérisée* e alla *mise en danger délibérée de la personne d’autrui* del codice penale francese; alla *Leichtfertigkeit* del diritto penale tedesco e austriaco; infine, alla *gross negligence* dell’ordinamento penale inglese. In proposito, sia consentito rinviare a F. BASILE, *La colpa in re illicita. Un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, p. 556 ss.

⁶³ Volendo, per un tentativo di precisazione del concetto di colpa grave, elaborato sulla scorta di un confronto con l’elaborazione della dottrina e della giurisprudenza tedesche sul concetto di *Leichtfertigkeit*, v. F. BASILE, *La colpa in re illicita*, cit., p. 650 ss.

⁶⁴ Cass. 2013, Cantore, cit.

⁶⁵ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, Espenhahn (caso Thyssen Krupp), di cui si veda, in particolare, la massima CED 261105 e, in motivazione, il § 51.

⁶⁶ I seguenti passaggi della sentenza Cass. 2013, Cantore, cit., saranno identicamente ribaditi, a distanza di qualche mese, nella sentenza Cass. 2014, Stefanetti, cit.

divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere. Occorrerà cioè considerare di quanto ci si è discostati da tale regola. Così, ad esempio, occorrerà analizzare di quanto si è superato il limite di velocità consentito; o in che misura si è disattesa una regola generica di prudenza”;

2) *“occorrerà altresì considerare quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell’evento, quanto fosse in concreto evitabile la sua realizzazione”;*

3) *“vi è poi nel grado della colpa un profilo soggettivo che riguarda l’agente in concreto. Si tratta cioè di determinare la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell’agente. Quanto più adeguato il soggetto all’osservanza della regola e quanto maggiore e fondato l’affidamento dei terzi, tanto maggiore il grado della colpa. Il quantum di esigibilità dell’osservanza delle regole cautelari costituisce fattore importante per la graduazione della colpa. Ad esempio, per restare al nostro campo, l’inosservanza di una norma terapeutica ha un maggiore disvalore per un insigne specialista che per comune medico generico. Per contro il rimprovero sarà meno forte quando l’agente si sia trovato in una situazione di particolare difficoltà per ragioni quali, ad esempio, un leggero malessere, uno shock emotivo o un’improvvisa stanchezza”;*

4) *“altro elemento di rilievo sul piano soggettivo è quello della motivazione della condotta. Come si è già accennato, un trattamento terapeutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se compiuto per una ragione d’urgenza”;*

5) *“infine, un profilo soggettivo è costituito dalla consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, dalla previsione dell’evento. Si tratta della colpa cosciente, che rappresenta la forma più prossima al dolo”;*

6) infine, *“l’eventuale concorso di colpa di più agenti o della stessa vittima”⁶⁷.*

La Corte precisa, altresì, che “non sempre ed anzi di rado la valutazione della colpa è fondata su un unico indicatore. Ben spesso coesistono fattori differenti e di segno contrario. In tale caso si ritiene che il giudice debba procedere alla ponderazione comparativa di tali fattori, secondo un criterio di equivalenza o prevalenza non dissimile da quello che viene compiuto in tema di concorso di circostanze”⁶⁸.

Proprio quest’ultima precisazione smorza sul nascere alcune possibili ragioni di critica rispetto al predetto elenco: elenco, a ben vedere, non privo di doppioni (ad es., la “misura della divergenza” sembra duplicarsi nel “quantum di prevedibilità ed evitabilità”) e non privo di ambiguità (ad es., in relazione alla “previsione dell’evento”, criterio che, se rigorosamente applicato, rischia di pregiudicare proprio il sanitario accorto e scrupoloso, ben consapevole della pericolosità del suo intervento⁶⁹). Ma se tali indicatori – come per l’appunto ci dice la Corte nel passaggio da ultimo citato – non sono

⁶⁷ Cass. 2013, Cantore, cit. (la numerazione *a latere* non è presente nel testo della sentenza, ma è stata da noi aggiunta).

⁶⁸ Cass. 2013, Cantore, cit.; ribadisce, più di recente, la necessità di una valutazione comparativa di plurimi indicatori, Cass. 2016, Denegri, cit.

⁶⁹ Per una più generale critica all’inquadramento della colpa con previsione come ipotesi aggravata di colpa, v. F. BASILE, *La colpa in re illicita*, cit., p. 619 ss., anche per i doverosi riferimenti alla dottrina tedesca ed italiana.

né tassativi, né vincolanti, e comunque si prestano ad una valutazione comparativa, allora ecco che proprio in sede di valutazione comparativa gli eventuali doppioni e le eventualità ambiguità potranno essere neutralizzati e corretti.

4.4.1. Esemplicazioni di colpa grave tratte dall'applicazione giurisprudenziale.

L'applicazione giurisprudenziale di questi anni ha fornito alcune perifrasi, e, meglio ancora, alcune esemplificazioni, che indubbiamente aiutano a diradare la nebbia che potrebbe addensarsi intorno al concetto di colpa grave.

Così, ad esempio, Cass. 2015, Manzo, e Cass. 2015, Rota, affermano che il medico, il quale si attenga alle linee-guida, versi ciò nondimeno in colpa grave allorché avrebbe invece dovuto discostarsi dalle linee-guida in ragione della peculiare situazione clinica del malato e siffatta “necessità di discostarsi dalle linee-guida era *macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato*”.

Inoltre, la seconda delle sentenze appena citate – la quale si riferiva alla morte di un paziente causata dalla scorretta manovra di inserimento della guida metallica di un catetere in vena – riprendendo, in senso adesivo, la parte espositiva della sentenza di condanna d'appello, riferisce che “i giudici di merito hanno evidenziato, per sottolineare la gravità della colpa, *sotto il profilo oggettivo*, che la regola generica di prudenza (che consigliava di non forzare eccessivamente l'introduzione della guida metallica a fronte di una riscontrata resistenza) era stata *violata in misura «alquanto rilevante»*, essendo peraltro certamente prevedibile (anche in base alla letteratura medica illustrata dai periti) che detta guida potesse cagionare lesioni quale quella effettivamente verificatasi; *sotto il profilo soggettivo*, invece, è stato sottolineato che [l'imputato] è uno *specialista nel campo in questione*, eseguendo questo tipo di procedura fin dal 2003 con l'ausilio di un medico più anziano e dal 2008 in maniera autonoma, per cui era *massima nel caso di specie l'esigibilità dell'osservanza di quella regola cautelare*. Si è anche sottolineato che benché l'intervento fosse stato deciso con una certa urgenza (ovvero per il pomeriggio del giorno in cui si era verificato il malfunzionamento del catetere), ciò non sembrava avere inciso in alcun modo sulla condotta del sanitario”⁷⁰.

Pronunciandosi, invece, in relazione al caso di un paziente il quale, pur essendosi recato a causa di un forte malore in pronto soccorso, ne veniva dimesso e decedeva poco dopo per infarto, la sentenza Cass. 2014, Pulcini, conferma la condanna del medico del pronto soccorso giacché questi, all'esito dei primi esami, “non valutò la probabilità che fosse in atto una cardiopatia ischemica con rischio di eventi clinici gravi a breve termine, omettendo di trattenere il paziente in osservazione per gli approfondimenti diagnostici (esami ematici e controllo ripetuto degli enzimi cardiaci), i quali avrebbero potuto *con elevata probabilità* scongiurare l'evento letale, e pervenendo alle dimissioni con diagnosi errata. In tal modo il giudice territoriale ha correttamente individuato *un evidente caso di errore diagnostico* (...). Né è possibile ricondurre l'addebito, sotto il profilo soggettivo,

⁷⁰ Cass. 2015, Manzo, cit.

al canone della colpa lieve, concernendo il medesimo un'ipotesi di omesso approfondimento ai fini diagnostici, rientrante nell'ambito dei «casi non difficili e fronteggiabili con interventi conformi agli standard» (...) e non la soluzione di un caso clinico di speciale difficoltà⁷¹.

4.5. Quinto problema interpretativo: la Legge Balduzzi è applicabile retroattivamente?

La giurisprudenza intervenuta dopo l'entrata in vigore della Legge Balduzzi ha giustamente ritenuto che la stessa possa essere applicata retroattivamente.

Come si ribadisce, infatti, in una delle ultime pronunce in materia, la novella "ha dato luogo ad una *abolitio criminis* parziale degli artt. 589 e 590 c.p., avendo ristretto l'area penalmente rilevante individuata dalle predette norme incriminatrici, giacché oggi vengono in rilievo unicamente le condotte qualificate da colpa grave (...). L'evidenziato parziale effetto abrogativo comporta, conseguentemente, l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 2 c.p., comma 2, e quindi l'efficacia retroattiva del combinato disposto di cui alla L. n. 189 del 2012, art. 3, e artt. 589 e 590 c.p."⁷².

La medesima sentenza appena citata precisa, altresì, che "nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore dell'art. 3 della L. n. 189 del 2012, relativi ad ipotesi di omicidio o lesioni colpose ascritte all'esercente la professione sanitaria, in un ambito regolato da linee-guida, di talché il processo verta sulla loro applicazione, stante l'intervenuta parziale *abrogatio criminis* delle richiamate fattispecie, in osservanza dell'art. 2, comma 2, c.p. occorre procedere d'ufficio all'accertamento del grado della colpa, giacché le condotte qualificate da colpa lieve sono divenute penalmente irrilevanti"⁷³.

Si noti, altresì, che, almeno in linea teorica, l'applicazione retroattiva della Legge Balduzzi, in applicazione della seconda parte dell'art. 2, comma 2, c.p. ("se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali"), potrebbe investire anche i procedimenti già conclusi con sentenza definitiva: il medico condannato per colpa (lieve) che ha seguito le linee-guida potrebbe, infatti, chiedere la revoca della condanna ai sensi dell'art. 673, comma 1, c.p.p.: in pratica, tuttavia, non sarà affatto agevole rinvenire nella motivazione della sentenza di condanna lo specifico rilievo, da un lato, di una colpa lieve del condannato e, dall'altro, dell'osservanza, da parte dello stesso, delle linee-guida, sicché, di fatto, assai difficile sarà per il condannato in via definitiva far valere retroattivamente la legge Balduzzi ai sensi dell'art. 2, comma 2, seconda parte, c.p.

4.6. Sesto e ultimo problema interpretativo: la Legge Balduzzi ha cambiato qualcosa in merito alla responsabilità civile del medico?

⁷¹ Cass. 2014, Pulcini, cit.

⁷² Cass. 2016, Denegri, cit.; nello stesso senso, in precedenza: Cass. 2013, Pagano; Cass. 2013, Cantore, cit.; Cass. 2015, Manzo, cit.

⁷³ Cass. 2016, Denegri, cit.

La seconda parte dell'art. 3, co. 1, della Legge Balduzzi si occupa della responsabilità civile del medico, dettando la seguente disposizione:

“In tali casi [cioè nei casi in cui l'esercente la professione sanitaria, pur essendo in colpa, non risponde penalmente grazie all'esonero derivante dal rispetto delle linee-guida e delle buone pratiche] *resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

Un primo messaggio di tale disposizione è univoco: l'esonero da responsabilità penale per colpa lieve non esclude la responsabilità civile; il fatto che il medico versi in colpa lieve e abbia osservato le linee-guida potrà, tuttavia, incidere, sulla misura del risarcimento del danno.

Un secondo messaggio di tale disposizione, invece, pare più ambiguo, per non dire più insidioso: la Legge Balduzzi, infatti, parlando di responsabilità civile del medico, richiama l'art. 2043 c.c., anziché l'art. 1218 c.c., sollevando così inevitabilmente un dubbio: con tale richiamo il legislatore del 2012 ha voluto intervenire d'imperio sulla disputa (che si riteneva ormai sopita) intorno alla natura della responsabilità civile del medico, qualificandola quale *responsabilità aquiliana extracontrattuale*, contrariamente agli approdi della giurisprudenza che, almeno dal 1999, la inquadra(va), invece, nello schema della *responsabilità contrattuale da “contatto sociale”*⁷⁴?

È ovvio, infatti, che il diverso inquadramento avrebbe importanti ricadute pratiche per quanto concerne, ad esempio, la durata del termine di prescrizione (decennale in caso di responsabilità contrattuale, quinquennale, invece, in caso di responsabilità aquiliana), e l'onere di allegazione e di prova (onere decisamente più gravoso se l'attore agisce per richiedere il riconoscimento di una responsabilità aquiliana).

Ebbene, in proposito, la Sesta Sezione della Cassazione, ricucendo uno “strappo” praticato dalla giurisprudenza di merito⁷⁵, con due ordinanze del 2014 ha precisato che “l'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, nel prevedere che «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve», fermo restando, in tali casi, «l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile», *non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale*, ma intende

⁷⁴ La tesi della responsabilità contrattuale da “contatto sociale” è di matrice dottrinale (C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, I, pp. 147 e ss.; più recente, ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, pp. 443 ss.) ed è penetrata nella giurisprudenza di legittimità a partire dalla celebre sentenza Cass. Civ., Sez. III, 22 aprile 1999, n. 589, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 294.

⁷⁵ Trib. Milano, sez. I civ., sentenza n. 9693 del 17 luglio 2014, in *questa Rivista*, 23 dicembre 2014, con nota di C. PARODI, [Secondo il Tribunale di Milano la legge Balduzzi ha cambiato le regole: la responsabilità del medico ospedaliero è extracontrattuale](#).

solo escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve"⁷⁶: la natura della responsabilità civile del medico, insomma, non sarebbe in nulla mutata.

5. Chiusa. Dalla padella alla brace?

Al di là degli intenti che l'hanno animata, la Legge Balduzzi non sembra aver apportato l'auspicata delimitazione della responsabilità penale del medico che potesse segnare un equo punto di equilibrio tra esigenze di tutela della salute del paziente, contenimento della spesa pubblica, salvaguardia della professionalità e serenità dell'operatore sanitario; di sicuro, invece, essa ha introdotto nuovi dubbi interpretativi e difficoltà applicative, tanto da essere stata autorevolmente bollata come "una riforma dalla portata limitata e di non agevole praticabilità"⁷⁷.

La giurisprudenza, e in particolare la Corte di Cassazione, si è tuttavia impegnata in questi anni in un meritorio percorso interpretativo per sciogliere i dubbi e superare le difficoltà, giungendo ad esiti che – considerato il limite insuperabile della *littera legis* – possono ritenersi senz'altro congrui ed apprezzabili. E proprio mentre la giurisprudenza giungeva faticosamente a tali esiti, il legislatore ha messo mano ad una nuova riforma della responsabilità penale del medico; purtroppo, però, il disegno di legge Gelli-Bianco non sembra aver fatto tesoro dell'elaborazione giurisprudenziale intervenuta sulla Legge Balduzzi (ad esempio, nel d.d.l. si ripropone la rilevanza della categoria della "imperizia", mentre il problema dell'incertezza di contenuti della colpa grave è stato grossolanamente superato ... eliminando il limite della colpa grave). Dobbiamo prepararci, pertanto, ad una nuova, forse anche più profonda delusione – e ad una nuova attività di elaborazione giurisprudenziale che cercherà, ove possibile, di salvare il salvabile dell'intervento legislativo⁷⁸.

⁷⁶ Cass. civ., ordinanza n. 8940 del 17 aprile 2014; Cass. civ., ordinanza n. 27391 del 24 dicembre 2014.

⁷⁷ G. CANZIO, *I nuovi confini del diritto alla salute e della responsabilità medica*, in *Giur. It.*, 2014, p. 2082.

⁷⁸ Per alcuni primi commenti al d.d.l. Gelli-Bianco, v. P. PIRAS, [La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco](#), in questa *Rivista*, 25 marzo 2016; C. CUPELLI, [Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità](#), *ivi*, 16 gennaio 2017; le perplessità si appuntano soprattutto sull'ultima versione del d.d.l., come bene mette in luce P. POLI, [Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali](#), *ivi*, 20 febbraio 2017.

LA NON PROPORZIONALITÀ DEL TRATTAMENTO SANZIONATORIO COME LIMITE ALL'OPERATIVITÀ DEL PRINCIPIO CONVENZIONALE DELLA RETROATTIVITÀ *IN MITIUS*

Nota a [Corte E.D.U., Sezione Quinta, sent. 12 luglio 2016](#)
[\(definitiva il 28 novembre 2016\), Ruban c. Ucraina](#)

di Andrea Galante

Abstract. A distanza di quasi otto anni dal *leading case* *Scoppola c. Italia* (n. 2), che sembrava aver sancito l'operatività in termini assoluti del principio di retroattività della legge penale favorevole, la Corte di Strasburgo sembra aprire la strada a possibili bilanciamenti di quest'ultimo principio. Nel caso di specie, relativo alla successione di più leggi penali modificative del trattamento sanzionatorio previsto per il reato di omicidio doloso aggravato, la Corte ritiene la non proporzionalità del trattamento sanzionatorio risultante dall'applicazione del principio della *lex mitior* un valido limite all'operatività del principio stesso. Con riferimento all'ordinamento italiano, la pronuncia qui annotata sembra confermare, a posteriori, la correttezza dell'interpretazione nel senso della relatività del principio di retroattività della legge penale favorevole sostenuta dalla Corte Cost. nella sentenza n. 236 del 2011.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La successione di leggi penali nel tempo nel caso di specie. – 3. L'evoluzione della giurisprudenza convenzionale in tema di retroattività della legge penale favorevole. – 4. La motivazione della sentenza. – 5. Una (prima) esplicita apertura alla relatività del principio? – 6. Conseguenze per l'ordinamento italiano e considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Nella sentenza in epigrafe la Quinta Sezione della Corte di Strasburgo, a maggioranza, ha deciso che non vi è violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel caso in cui un tribunale nazionale condanni un soggetto, responsabile di alcuni gravi reati, alla pena prevista per questi dalla legge *relativamente* più favorevole successiva ai fatti e non alla pena prevista per i medesimi reati dalla legge *assolutamente* più favorevole, egualmente successiva ai fatti.

La pronuncia qui oggetto di commento è divenuta definitiva il 28 novembre 2016, a seguito del rigetto della richiesta avanzata dal ricorrente di riferire il caso alla Grande Camera.

Introdotta brevemente la questione oggetto della pronuncia ed evidenziata la definitività di quest'ultima in ambito nazionale e convenzionale, si procederà ora nel seguente ordine: innanzitutto, si illustreranno le vicende che stanno alla base del ricorso per asserita violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU. Si presterà particolare attenzione alla successione di leggi penali nel tempo e alla pronuncia di illegittimità costituzionale che, congiuntamente, hanno determinato la pluralità di modifiche del trattamento sanzionatorio per il reato di omicidio aggravato previsto, al tempo dei fatti, dall'articolo 93 del Codice penale ucraino del 1960.

In un secondo momento, si ricapitoleranno brevemente i principi e l'evoluzione della giurisprudenza alsaziana in tema di retroattività della *lex mitior*.

Infine, seguiranno: l'analisi, nel modo più approfondito possibile, della motivazione della sentenza qui annotata, il commento della stessa e lo studio delle sue possibili ripercussioni sull'ordinamento italiano.

2. La successione di leggi penali nel tempo nel caso di specie.

Il ricorrente lamentava la mancata applicazione nei suoi confronti della legge penale più favorevole in vigore dopo la commissione dei fatti e, quindi, la violazione del principio della retroattività *in mitius*.

La scansione temporale del quadro normativo pertinente la vicenda è fondamentale per comprendere il prosieguo.

Il ricorrente è stato condannato per i reati di omicidio aggravato e di associazione per delinquere commessi in Ucraina tra l'agosto 1996 e l'ottobre 1999. In questo intervallo temporale era in vigore il Codice penale del 1960 che, all'art. 93, prevedeva per l'omicidio aggravato (il reato che qui principalmente interessa) la pena della reclusione da otto a quindici anni o la pena di morte (T₁).

Il 29 dicembre 1999 la Corte Costituzionale ucraina dichiara l'incostituzionalità della pena di morte (T₂); le pertinenti disposizioni del Codice penale sono dichiarate nulle dalla data della decisione e non vi è la previsione di alcun regime transitorio fino all'intervento di riforma del Codice penale stesso da parte del Parlamento.

Quest'ultimo si ha il successivo 20 febbraio 2000, attraverso la sostituzione della pena di morte, come pena prevista per alcuni reati tra cui quello di omicidio aggravato, con la pena dell'ergastolo; la legge di riforma del Codice penale entra in vigore il 29 marzo 2000 (T₃).

Infine, a decorrere dal 1 settembre 2001 è in vigore il nuovo Codice penale: in virtù dell'art. 115, § 2, l'omicidio aggravato è punito con la pena della reclusione da dieci a quindici anni oppure con l'ergastolo (T_{3-bis}).

Il ricorrente viene condannato con sentenza definitiva nel 2010 alla pena dell'ergastolo.

Dalle vicende giustappunto ripercorse si nota che vi è stata la successione di due leggi favorevoli successive ai fatti criminosi e precedenti alla sentenza definitiva di condanna: la «legge assolutamente più favorevole», che è stata in vigore dal 29 dicembre 1999 al 29 marzo 2000 e che prevedeva per l'omicidio aggravato la pena della reclusione da otto a quindici anni, è il risultato della dichiarazione di illegittimità costituzionale della pena di morte prevista nel Codice penale del 1960; la «legge relativamente favorevole», in vigore a partire dal 29 marzo 2000 e successivamente confermata nel massimo edittale previsto per il reato di omicidio aggravato dall'art. 115 del nuovo Codice penale, prevede per la medesima fattispecie la pena dell'ergastolo, in alternativa a quella della reclusione.

3. L'evoluzione della giurisprudenza convenzionale in tema di retroattività della legge penale favorevole.

Delineata, nel paragrafo precedente, la successione temporale delle leggi penali pertinenti la vicenda da cui origina il ricorso a Strasburgo, si tenterà ora di tratteggiare, in modo completo ed al tempo stesso conciso, i principi e l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in tema di retroattività *in mitius*.

Si è già anticipato che si sogliono distinguere tre fasi temporali.

A) Fino alla sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2)¹ della Corte di Strasburgo.

Nel testo della Convenzione EDU, a differenza di quanto avviene in altri documenti internazionali a tutela dei diritti umani², non è sancito espressamente il principio della retroattività della legge penale favorevole³. Questa – per così dire – mancanza è il risultato di una precisa scelta da parte degli estensori della Convenzione; infatti, vi erano (e vi sono) asimmetrie tra gli Stati aderenti alla Convenzione circa il riconoscimento e la validità del principio⁴.

Con la sentenza *X. c. Germania* del 1978 la Commissione EDU escludeva che il diritto all'applicazione retroattiva della *lex mitior* rientrasse nell'art. 7 CEDU.⁵ Infatti, mancando nell'art. 7 della Convenzione una previsione analoga a quella dell'art. 15, § 1, del Patto di New York del 1966, i giudici concludevano affermando che il ricorso è da considerarsi manifestamente infondato in quanto i fatti, che al momento della condanna non costituivano più illecito penale secondo la pertinente disciplina nazionale, erano tuttavia tali al momento della loro commissione.

¹ Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), sent. 17 settembre 2009.

² In particolare, si fa riferimento all'art. 15 del Patto di New York del 1966, il cui testo era già in fase di discussione al tempo della redazione della Convenzione EDU.

³ Così, tra molti, BERNARDI A., *Art. 7*, in BARTOLE S.-CONFORTI B.-RAIMONDI G. (diretto da), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2001, 296; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 350; GRABENWARTER C., *European Convention on Human Rights. Commentary*, CH Beck, München, 2014, 181.

⁴ La circostanza è stata evidenziata anche nella *Partly Dissenting Opinion* del Giudice Nicolaou, condivisa dai Giudici Bratza, Lorenzen, Jočiné e Sajó in Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), cit.

⁵ Commissione EDU, *X. c. Germania*, decisione 6 marzo 1978.

Questa impostazione veniva successivamente confermata in *Le Petit c. Regno Unito*⁶ del 2000 e in *Zaprianov c. Bulgaria*⁷ del 2003.

Tuttavia, se da un lato l'articolo 7 non prevedeva il principio della retroattività *in mitius*, dall'altro lato l'applicazione della legge penale più favorevole da parte dei giudici nazionali non era (e non è) in contrasto con il medesimo articolo⁸.

B) Com'è noto, la sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2)⁹ segna un punto di svolta importante, in quanto la Corte compie un deciso *overruling*¹⁰ rispetto all'orientamento di cui si è dato conto alla lettera precedente.

Senza ripercorrere i fatti da cui originò il ricorso alla Corte di Strasburgo¹¹, è qui sufficiente ricordare che si trattava di un caso di *lex mitior* intermedia (simile, nei suoi tratti fondamentali, a quello oggetto della presente nota)¹²; la Corte europea colse l'occasione per affermare che l'art. 7 della Convenzione EDU non contempla solo il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, ma anche, implicitamente, quello di retroattività della legge penale meno severa¹³.

⁶ Corte EDU, *Le Petit c. Regno Unito*, decisione sull'ammissibilità 5 dicembre 2000, § 2, in cui si afferma che «Article 7 does not guarantee the right to have a subsequent and favourable change in the law applied to an earlier offence».

⁷ Corte EDU, *Zaprianov c. Bulgaria*, decisione sull'ammissibilità 6 marzo 2003, § 6, in cui si ripete la stessa frase riportata alla nota precedente.

⁸ Così è stato deciso in Corte EDU, *G. c. Francia*, sent. 27 settembre 1995, §§ 26-27, dove si afferma che «[the] application [of the new law], admittedly retrospective, therefore operated in the applicant's favour. In conclusion, there has been no violation of Article 7 § 1 of the Convention». Lo stesso principio è stato ribadito anche in Corte EDU, *Karmo c. Bulgaria*, parziale decisione sull'ammissibilità 9 febbraio 2006.

⁹ Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), cit.

¹⁰ MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, 139, parla di «chiaro overruling»; MAZZACUVA F., *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in MANES V.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 413, di «autentico overruling»; in termini equivalenti anche VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1994. Sulla sentenza si veda anche GARUTI G., *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, in *Dir. proc. pen.*, 2009, 1427 ss.

¹¹ Per una disamina della vicenda da cui è scaturito il ricorso si rinvia, *ex multis*, a GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013, 59 ss.; ICHINO G., *L'"affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *CP*, 2010, 841 ss.; POLI F., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 3, 15; VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, cit., 218, n. 5.

¹² Sul problema della validità del principio di retroattività *in mitius* anche rispetto alla *lex mitior* intermedia si veda PECORELLA C., *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in DOLCINI E.-PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, 621 ss.

¹³ Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), cit., § 109.

Questa conclusione venne sostenuta principalmente attraverso la valorizzazione della c.d. dottrina del consenso¹⁴ e, a rinforzo, mediante l'argomento dell'interpretazione evolutiva della Convenzione¹⁵.

Il principio convenzionale della retroattività favorevole incontra però da subito due limiti: possono essere applicate retroattivamente solo le leggi favorevoli intervenute prima della sentenza definitiva di condanna ed il principio vale solamente per le disposizioni che riguardano i reati e le pene.

Rimane, invece, aperta la questione dell'assolutezza (entro i limiti precedentemente evidenziati) o della derogabilità (a fronte di interessi pari o superiori) del principio¹⁶.

Il fondamento di quest'ultimo nell'art. 7 della Convenzione, quindi nell'ambito di un «inviolable core right», dovrebbe far propendere nel primo senso; tuttavia, non si può attualmente non riconoscere la ragionevolezza di alcune deroghe al principio¹⁷.

C) Le successive pronunce dei giudici di Strasburgo in tema di retroattività *in mitius* si inseriscono nel solco tracciato con la sentenza *Scoppola*, pur se, talvolta, con sbavature non secondarie.

Così, mentre nel caso *Morabito c. Italia* del 2010 venne confermato l'*overruling* dell'anno precedente¹⁸, nel caso *Previti c. Italia* del 2013 la Corte decise per la non violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU, aggiungendo che, in ogni caso, la disciplina nazionale sulla prescrizione derogante al principio della retroattività *in mitius* «non appar[iva] né irragionevole né arbitraria»¹⁹.

¹⁴ *Ivi*, §§ 105 e 106. A supporto dell'argomento secondo cui vi è stata la progressiva formazione di un consenso a livello europeo ed internazionale la Corte richiama: l'art. 9 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, l'art. 49, co. 1, della Carta di Nizza, la sentenza della CGCE *Berlusconi e altri* del 2005, la giurisprudenza della Corte di Cassazione francese, lo Statuto della Corte Penale Internazionale e la giurisprudenza del TPIY. Inoltre, i giudici di Strasburgo sottolineano che l'Italia prevede il principio già dal 1930, seppur a livello di legge ordinaria.

¹⁵ *Ibidem*, § 104. L'adozione del metodo dell'interpretazione evolutiva per uno sviluppo nel tempo delle garanzie convenzionali era già stata segnalata da DELMAS-MARTY M., *Fecondité des logiques juridiques sous-jacentes*, in DELMAS-MARTY M. (a cura di), *Raisonner la raison d'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, 491 ss. Si veda anche JACOBS F., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1975, 18 e PREBENSEN S.C., *Evolutionary interpretation of the European Convention of Human Rights*, in AA.VV., *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Carl Heynemas Verlag KG, Berlin, 2000, 1132 ss.

¹⁶ Per tutti PALAZZO F., *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Diritto pen. e proc.*, 2012, X, 1174-1175 e VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit., 2005 ss.

¹⁷ Sul tema si deve necessariamente rinviare a VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, cit., 221 ss.

¹⁸ Corte EDU, *Morabito c. Italia*, decisione sulla ricevibilità 27 aprile 2010, in cui si ribadisce che «la Convention soumet les dispositions définissant les infractions et les peines qui les répriment à des règles particulières en matière de rétroactivité, qui incluent le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce».

¹⁹ Corte EDU, *Previti c. Italia*, sent. 12 febbraio 2013, § 84.

Infine, con la recente sentenza *Gouarré Patte c. Andorra*, la Corte ha evitato di pronunciarsi sul rapporto tra legge penale più favorevole e giudicato²⁰.

Concludendo su questo punto, non si può nascondere, da un lato, la persistente criticità da parte di alcuni Stati membri nel riconoscere l'operatività del principio²¹ e, dall'altro lato, i tentativi di limitarne la portata da parte di alcune Corti costituzionali nazionali²².

Pertanto, attualmente e forse inevitabilmente, la retroattività *in mitius* può essere considerata come un principio avente natura (solo) tendenzialmente assoluta²³.

4. La motivazione della sentenza.

La mancata applicazione al ricorrente, da parte dei giudici nazionali, delle pertinenti disposizioni più favorevoli del Codice penale, ovvero quelle in vigore tra il 29 dicembre 1999 (T₂) ed il 29 marzo 2000 (T₃), determina una violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU?

Questa è la questione a cui la Corte ha dovuto dare una risposta nel caso qui oggetto di nota.

Per comprendere la conclusione, già sopra anticipata, a cui sono giunti i giudici di Strasburgo, è ora necessario ripercorrere la motivazione della sentenza.

Innanzitutto, seguendo la consueta struttura delle sue pronunce, la Corte ribadisce i principi generali relativi all'art. 7 della Convenzione: le garanzie contenute in esso costituiscono un elemento essenziale del *rule of law*; in virtù dell'art. 15 della Convenzione, non sono ammesse deroghe a queste garanzie nemmeno in circostanze particolarmente eccezionali; l'art. 7 deve essere interpretato ed applicato in modo tale da assicurare un'effettiva protezione contro condanne e pene arbitrarie²⁴.

Inoltre, richiamando il caso *Scoppola c. Italia* (n. 2), ribadisce che l'art. 7 della Convenzione garantisce, oltre al principio di irretroattività delle leggi penali sfavorevoli,

²⁰ Corte EDU, *Gouarré Patte c. Andorra*, sent. 12 gennaio 2016. Per il commento della pronuncia si rimanda a MAZZACUVA F., [La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema](#), in questa Rivista, 8 febbraio 2016.

²¹ Così, ad esempio, in *Regina v. Dockerty*, [2014] EWCA Crim 1197, i giudici iniziano affermando che «[w]e also note that there is some uncertainty as to how the principle of *lex mitior* is intended to apply to subsequent changes in substantive law», proseguono rilevando che «[a]s our domestic law currently stands, it is clear that the subsequent legislative changes in the criminal law are presumed not to have any retrospective effect» e concludono con: «we do not consider that, even if the principle of "*lex mitior*" were to be recognised in our courts, it could apply in this case», corsivo aggiunto.

²² Si veda, a solo titolo esemplificativo, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, 3021 ss., considerato in diritto n. 13. Alla luce di argomentazioni non sempre persuasive i giudici costituzionali concludono in modo netto: «È dunque chiaro che, a differenza di quello di irretroattività della legge penale sfavorevole, il principio di retroattività della legge penale favorevole non può essere senza eccezioni» (corsivo aggiunto).

²³ Così, PALAZZO F., *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, cit., 1174.

²⁴ Corte EDU, *Ruban c. Ukraine*, sent. 12 luglio 2016, § 37.

anche, implicitamente, il principio di retroattività della legge penale più favorevole: così, «laddove vi siano differenze tra la legge penale in vigore al tempo della commissione del reato e le leggi penali successive emanate prima della sentenza definitiva di condanna, i tribunali devono applicare la legge le cui disposizioni sono più favorevoli per l'accusato»²⁵.

L'applicazione di quest'ultimo principio al caso concreto oggetto di giudizio (riprendendo la scansione temporale descritta sopra²⁶) dovrebbe a rigore essere così ricostruita: quando ci sono differenze tra la legge penale in vigore al tempo della commissione del reato (T₁: pena della reclusione da otto a quindici anni o, in alternativa, pena di morte) e leggi penali successive emanate prima della sentenza definitiva di condanna (T₂: pena della reclusione da otto a quindici anni; T₃: pena della reclusione da otto a quindici anni oppure pena dell'ergastolo; T_{3-bis}: pena della reclusione da dieci a quindici anni oppure pena dell'ergastolo), i tribunali devono applicare la legge il cui contenuto è più favorevole all'accusato (quindi, T₂: *lex mitior* rispetto a T₁, T₃ e T_{3-bis}).

Tuttavia, nell'applicazione del principio al caso concreto, la conclusione della Corte è diversa.

I giudici, dopo avere correttamente ricostruito la successione di leggi penali che si è avuta dal momento della commissione del reato al momento della condanna, rilevano che con la dichiarazione di incostituzionalità della pena di morte (T₂) si è creato un *gap normativo involontario*, risolto solo a seguito dell'intervento di riforma da parte del Parlamento (T₃)²⁷.

Quindi, proseguono, «sarebbe difficile sostenere che la formulazione del Codice penale del 1960 che è stata in vigore tra il 29 dicembre 1999 ed il 29 marzo 2000 contenesse una pena che il legislatore potesse considerare *proporzionata* per il tipo di crimine commesso dal ricorrente»²⁸.

Pertanto, concludono, poiché «la pena dell'ergastolo non è più grave della pena di morte», «il rifiuto da parte dei tribunali nazionali di considerare il Codice penale del 1960 nella sua formulazione dopo il 29 dicembre 1999 come legge più favorevole in vigore prima della sentenza definitiva di condanna e, al contrario, [la scelta di] applicare il testo della legge del Parlamento entrata in vigore il 29 marzo 2000 [...] non determina una violazione dei diritti riconosciuti al ricorrente dall'art. 7 della Convenzione»²⁹.

5. Una (prima) esplicita apertura alla relatività del principio?

In sede di commento della pronuncia si vuole, innanzitutto, evidenziare il principio di diritto ricavabile dalla sentenza qui annotata: la non proporzionalità, rispetto ai reati commessi dal ricorrente, del trattamento sanzionatorio risultante

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Si rimanda al punto 2 di questa nota.

²⁷ Così, Corte EDU, *Ruban c. Ukraine*, cit., § 45.

²⁸ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

²⁹ *Ivi*, § 46.

dall'applicazione del principio della retroattività della *lex mitior* rappresenta un valido limite all'operatività del principio stesso.

Difficilmente si può contestare l'appropriatezza della decisione della Quinta Sezione della Corte di Strasburgo rispetto ai fatti alla base della condanna del ricorrente da parte dei tribunali nazionali. La condanna alla pena della reclusione fino ad un massimo di quindici anni appare (attualmente) inadeguata per chi è stato ritenuto responsabile della commissione di quattro omicidi dolosi.

Tuttavia, questo determina una configurazione in termini non assoluti del principio della retroattività della legge penale favorevole: la proporzionalità del trattamento sanzionatorio rispetto ai crimini commessi è configurata come un interesse idoneo ad introdurre una deroga al principio stesso.

Infatti, qualora il principio fosse stato inteso dalla Corte in termini assoluti, i giudici avrebbero dovuto dichiarare la violazione dell'art. 7 della Convenzione³⁰: è innegabile che la pena più mite applicabile al ricorrente fosse quella prevista dalle pertinenti disposizioni del Codice penale in vigore tra il 29 dicembre 1999 ed il 29 marzo 2000.

Si tratta, quindi, di una decisione con cui la Corte di Strasburgo individua un limite al principio della retroattività *in mitius* e si occupa anche di effettuare (occorre dirlo, senza un'adeguata motivazione) il relativo bilanciamento tra i contrapposti interessi.

6. Conseguenze per l'ordinamento italiano e considerazioni conclusive.

Se questo è il contenuto della sentenza *Ruban c. Ukraine*, occorre ora individuare le sue ripercussioni sull'ordinamento italiano.

Infatti, se da un lato la Costituzione italiana, come peraltro la Convenzione EDU, non contiene espressamente il principio di retroattività della legge penale favorevole³¹, dall'altro lato la ricostruzione giurisprudenziale del principio stesso da parte della Corte Costituzionale è diversa rispetto all'impostazione accolta dalla Corte europea.

Mentre i giudici di Strasburgo, come si è già ricordato sopra, rinvergono il fondamento del principio nell'art. 7 della Convenzione e quindi nell'ambito di un *inviolable core right*, la Corte costituzionale italiana ha per lungo tempo ravvisato il fondamento costituzionale dello stesso principio nel solo art. 3 della Costituzione,

³⁰ Così, infatti, secondo l'*Opinione dissenziente* del Giudice Hajiyev annessa alla sentenza qui annotata. Aderendo alla configurazione in termini assoluti del principio della retroattività della legge penale favorevole («[...] interim law providing for a more lenient penalty shall be applied unconditionally»), conclude sostenendo la violazione del principio nel presente caso e, pertanto, la violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU.

³¹ Fino alla seduta antimeridiana del 15 aprile 1947, l'art. 20 del Progetto di Costituzione – che corrisponde all'attuale art. 25 della Costituzione – era così formulato: «[...] Nessuno può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, *salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo*» (corsivo aggiunto). Quest'ultima parte è stata poi soppressa, dando vita al testo attualmente in vigore, a seguito dell'approvazione dell'ordine del giorno *Giovanni Leone e altri*.

ovvero nel principio di eguaglianza³². Quest'ultimo, oltre che il fondamento, costituiva altresì il limite del principio stesso: eventuali deroghe, previste anche a livello di legislazione ordinaria, potevano essere considerate costituzionalmente legittime laddove fossero state ragionevoli.

Un momento di parziale svolta si ha con la sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2011: i giudici prendono atto della sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2) pronunciata quasi due anni prima dalla Corte europea, accettano che il principio di retroattività della legge penale favorevole trovi un'*ulteriore* copertura costituzionale nell'art. 117, co. 1, Cost., ma adottano un'impostazione di chiusura.

Facendo appello a pur opinabili argomenti letterali³³, la Corte nega la portata innovativa della sentenza *Scoppola* ed anzi ritiene che quest'ultima «anche se in modo non inequivoco, induc[a] a ritenere che il principio di retroattività della norma più favorevole sia normalmente collegato dalla Corte europea all'assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni»³⁴.

La sentenza qui oggetto di nota sembrerebbe peraltro confermare la correttezza di questa interpretazione; anzi, proprio questo caso potrebbe essere richiamato dalla Corte Costituzionale come precedente per sostenere la relatività del principio della *lex mitior*, consentendo così ai giudici costituzionali di non dover più basare quest'interpretazione principalmente sull'impiego della parola «solo» nella sentenza *Scoppola*³⁵.

Tuttavia, l'ultima parola sulla questione del valore assoluto oppure relativo del principio di retroattività della legge penale favorevole non è ancora stata scritta.

³² Così nelle coeve, anche se non identiche, cc.dd. prime sentenze gemelle: Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *Giur. cost.*, 2006, 4106 ss. e Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Giur. cost.*, 2006, 4127 ss. con note di MARINUCCI e DE MARTINO. Questo orientamento è stato successivamente confermato nelle cc.dd. seconde sentenze gemelle: Corte cost., 28 marzo 2008, n. 72, in *Giur. cost.*, 2008, 928 ss. con nota di PULITANO e Corte cost., 18 giugno 2008, n. 215, in *Giur. cost.*, 2008, 2399 ss. con nota di GAMBARDELLA. La Corte costituzionale ha tradizionalmente negato che il fondamento costituzionale del principio di retroattività della legge penale più favorevole potesse rinvenirsi nell'art. 25, co. 2, Cost: nella sentenza Corte cost., 6 marzo 1995, n. 80, in *Giur. cost.*, 1995, 724 ss. con nota di D'ALESSI, i giudici costituzionali affermavano che «dalla lettura dell'art. 25, co. 2, Cost. emerge [...] che solo il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice ha acquisito valenza costituzionale, ma non quello della retroattività della legge più favorevole al reo.» Sul tema si veda anche MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 77 ss.

³³ Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, cit., *considerato in diritto* n. 13. Nella sentenza *Scoppola* si legge che «infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo» (corsivo aggiunto). La Corte Costituzionale, basandosi sull'uso dell'avverbio «solo» da parte dei giudici europei, afferma che «se la retroattività non può essere esclusa "solo" perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti.»

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Per una succinta esposizione del ragionamento seguito dalla Corte Costituzionale si rimanda alla nota 33 in questo lavoro.

Infatti, è stata presa dal *panel* di giudici, che svolge la funzione di filtro rispetto a tutte le istanze di riesame che vengono presentate, la decisione di non presentare il caso alla Grande Camera.

Occorrerà vedere se, in futuro, la Corte di Strasburgo riterrà più opportuno individuare possibili limiti all'operatività del principio di retroattività della *lex mitior*, come sembra proporre la giurisprudenza qui annotata, oppure se andrà fino in fondo con l'interpretazione, inaugurata con la sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2), nel senso dell'assolutezza del principio stesso.

Se la Corte europea propenderà per la prima ipotesi, sarà indispensabile individuare i criteri idonei a guidare l'opera giudiziale di bilanciamento del principio di retroattività della legge penale favorevole con gli eventuali contrapposti interessi.

LA TENUTA DELLA SENTENZA MALDERA, TRA CONFERME E NUOVI DISORIENTAMENTI

di Maria Teresa Collica

Abstract. *A distanza di alcuni anni dalla sentenza Maldera, è interessante valutarne la portata euristica in merito al problema principale legato alla legge anticorruzione: la distinzione tra concussione, induzione indebita e corruzione. Per diversi aspetti la pronuncia delle Sezioni Unite appare davvero innovativa, individuando un inedito parametro discrezionale, idoneo a superare i limiti dei criteri suggeriti in passato e rivelatisi, nella loro unilateralità, incapaci di essere utilizzati nei casi ambigui di cui è ricca la realtà naturalistica. Per converso, la soluzione suggerita, proprio perché elastica e adattabile alla varietà delle situazioni concrete, e apparsa a molti foriera di un'applicazione eccessivamente discrezionale e difforme delle norme, pena il sacrificio del principio di legalità e di prevedibilità della decisione giudiziale. L'analisi mira pertanto a testare la portata dell'intervento nomofilattico di fronte alla prassi, sì da determinare se possano considerarsi davvero superati i profili di maggiore criticità sollevati dalla riforma ed evidenziare gli aspetti che necessitano di un ulteriore approfondimento.*

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. L'intervento delle Sezioni Unite. – 2. La giurisprudenza successiva alla sentenza Maldera: la differenza tra concussione e induzione indebita. – 2.1 L'abuso di qualità. – 2.2 I casi di minaccia generica o indeterminata. – 2.3 La concussione ambientale – 2.4 Le ipotesi di promiscuità tra vantaggio e danno. – 2.4.1 L'esercizio del potere discrezionale legittimo. – 2.5 La distinzione tra induzione indebita e delitti di corruzione. – 3. I profili controversi in tema di diritto intertemporale.

0. Premessa.

A distanza di alcuni anni dalla sentenza Maldera, con cui le Sezioni Unite hanno cercato di fare chiarezza sugli aspetti più controversi scaturiti dal nuovo quadro normativo introdotto dalla c.d. legge Severino del 6 novembre 2012, n. 190, recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale non può dirsi sopito. Anzi, la continua proliferazione di riflessioni sul tema è il segnale evidente del perdurare dei problemi interpretativi e di quanto resti attuale l'esigenza di una loro soluzione.

Il nodo centrale della discussione verte ancora sulla distinzione tra concussione, induzione indebita e corruzione, anche se non si esauriscono di certo con ciò i temi di più vivo interesse aperti dalla riforma.

Appare interessante, per una migliore considerazione dello stato dell'arte, suddividere i vari aspetti meritevoli di approfondimento, non senza aver prima ricordato, in estrema sintesi, l'evoluzione delle diverse posizioni emerse sul punto, sin dalle prime applicazioni giurisprudenziali della legge Severino, per poi verificare la tenuta della pronuncia delle Sezioni Unite ed eventualmente consacrare la reale portata chiarificatrice.

1. L'intervento delle Sezioni Unite.

Com'è noto se già sotto la vigenza della riforma del 1990 era complesso distinguere tra concussione (specie se con induzione) e corruzione, a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 190/2012 la situazione si è ulteriormente complicata, dovendosi differenziare fra tre diversi reati dal confine "liquido"¹: concussione, corruzione e induzione indebita, nell'ambito di una situazione comune di dazione o promessa indebita di denaro o altra utilità dal privato a favore del pubblico agente.

Non a caso la giurisprudenza, in pochi mesi dall'entrata in vigore della riforma, aveva emanato un numero considerevole di pronunce in cui è stata affrontata la suddetta tematica, dando vita ad una eterogeneità di posizioni anche delle sezioni semplici della Cassazione.

Nel tentativo di fare chiarezza tra i diversi orientamenti emersi, le Sezioni Unite, con la sentenza Maldera², hanno finito per adottare una soluzione originale, che stata oggetto di particolare interesse³.

¹ Di "liquidità" del confine tra le fattispecie in esame parla BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione. Un primo commento*, in [Federalismi.it](#), 5 dicembre 2012, n. 23, p. 13.

² Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 12228, Maldera e altri, in questa Rivista, 17 marzo 2014, con nota di GATTA, [Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e "induzione indebita": minaccia di un danno ingiusto vs prospettazione di un vantaggio indebito](#); in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, p. 1532 ss., con nota di GATTA, *La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite*, p. 1566 ss. e in Dir. pen. proc., 2014, p. 546 ss., con note di SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, p. 563 ss. e di PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, p. 568 ss.

³ Tra i tanti, BALBI, [Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità. Alcune osservazioni in margine a Cass., Sezioni Unite, 24 ottobre 2013](#), in questa Rivista, 16 settembre 2014; GATTA, *La concussione riformata*, cit., p. 1566 ss.; BARTOLI, *Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione*, in Giur. it., 2014, p. 568 ss.; DONINI, *Il corr(ero) indotto tra passato e futuro*, in Cass. pen., 2014, p. 1482 ss.; PISA, *Una sentenza equilibrata*, cit., p. 568 ss.; PIVA, ["Alla ricerca dell'induzione perduta": le Sezioni Unite tentano una soluzione](#), in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n. 2, 2014, p. 231 ss.; SESSA, [Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale](#), in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n. 1, 2015, p. 241 ss.; VALENTINI, *Le Sezioni Unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in Arch. pen., 2014, n. 2, p. 1 ss.; CAMAIONI, [Induzione indebita: un problema in più nel contesto della pubblica prevaricazione](#), in questa Rivista, 26 maggio 2015; GIOIA, [Il criterio di distinzione tra concussione e induzione indebita alla prova delle ipotesi di thoffer \(minaccia/offerta\)](#), in questa Rivista, 12 giugno 2014, p. 41 ss.; GAMBARDILLA, *La massima "provvisoria" delle Sezioni unite Maldera: le possibili conseguenze intertemporali*, in Arch. pen., 2013, p. 1 ss.

La Corte non ha infatti seguito nessuno dei pregressi criteri, ritenendoli “non autosufficienti”⁴; il primo, relativo all’intensità della pressione prevaricatrice⁵, per la sua estrema arbitrarietà; il secondo, basato sulla ingiustizia o meno del danno prospettato al privato⁶, in quanto troppo radicale e poco adatto, come tale, a risolvere i numerosi casi dubbi “che lo scenario della illecita locupletazione da abuso pubblicistico frequentemente evidenzia”⁷; il terzo, nato con l’intento di smorzare i limiti dei primi due fondendoli in un modello sincretico⁸, ma considerato ancora inadatto a raggiungere un simile obiettivo e semmai destinato a riflettere i rispettivi difetti, specie del primo parametro, mantenuto ancora come il più importante⁹.

La sentenza punta l’attenzione sulla *ratio* della riforma, voluta principalmente per rispondere alle richieste degli organismi sovranazionali di escludere la non

⁴ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 15.

⁵ Cass., sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 8695, Nardi, con commento di VIGANÒ, [La Cassazione torna sulla distinzione tra concussione e induzione indebita](#), in *questa Rivista*, 28 febbraio 2013, il cui caso riguarda un comandante di una stazione di carabinieri, che avendo ottenuto come risarcimento dei danni subiti ad apparecchi autovelox da un’agenzia di assicurazione denaro, aveva richiesto una somma aggiuntiva, lamentando con insistenza l’insufficienza di quella ricevuta e intimando di esercitare il proprio potere di effettuare “interventi in danno dei clienti” della stessa assicurazione. Fanno ricorso allo stesso criterio, tra le altre, Cass., sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 16154, Pierri, rv. 254539; Cass., 21 gennaio 2013, n. 3093, Aurati, in *questa Rivista*, con nota di ROMEO, [Ancora sulla successione di leggi in materia di concussione per induzione](#), 11 febbraio 2013; Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 12388, Sarno, rv. 254441, in *Dir. e giust. Online*, 18 marzo 2013; Cass., sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 11942, Oliverio, rv. 254444; Cass., sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 17285, Vaccaro, rv. 25462; Cass., sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 18968, Bellini, rv. 255072, in *Guida dir.*, 2013, n. 24, p. 82; Cass., sez. VI, 12 giugno 2013, n. 28431, Cappello, rv. 255614, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2536.

⁶ In questo senso [Cass., sez. VI, 3 dicembre 2012, Roscia, n. 3251](#), in *questa Rivista*, 4 febbraio 2013. Sul punto LEO, [Le prime decisioni della Cassazione sulla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: il reato di “induzione indebita” \(art. 319 quater\)](#), *ivi*, 6 dicembre 2012. Conf. Cass., sez. VI, 14 gennaio 2013; Cass., sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 13047, Picinno e altro, rv. 254466; Cass., sez. VI, 3 dicembre 2012, n. 7495, Gori, rv. 254021, *ivi*, 4 marzo 2013, con nota di VIGANÒ, [Concussione e induzione indebita: il discrimine sta nell’ingiustizia del male prospettato al privato](#); Cass., sez. VI, 27 marzo 2013, n. 26285, A.R.S.A., rv. 255371; Cass., sez. IV, 26 febbraio 2013, n. 16566, Carboni, rv. 254624; Cass., sez. VI, 23 maggio 2013, n. 29338, Pisano, rv. 255616. Sostengono il criterio in esame, SPENA, [Per una critica dell’art. 319-quater. Una terza via tra concussione e corruzione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3, 2013, p. 214 ss.; GAROFOLI, [Concussione e indebita induzione. Il criterio discrezionale e i profili successori](#), in *questa Rivista*, 3 maggio 2013, p. 8 ss.

⁷ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 15.

⁸ Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, n. 11754, in *questa Rivista*, 15 marzo 2013, p. 1 ss., con nota di SCOLETTA, [Ancora sui criteri distintivi tra concussione e induzione indebita: una soluzione sincretistica dalla Cassazione](#). Il caso riguardava un sindaco di un comune lucano, che abusando del proprio ruolo aveva in più occasioni esercitato pressioni sul capo del settore urbanistico per favorire in alcune gare determinate imprese, e minacciato ritorsioni arbitrarie, come il trasferimento presso altro ente, nel caso di mancato adeguamento alle sue richieste. Conf. Cass., sez. VI, 8 maggio 2013, Milanese, n. 20428, rv. 255076; Cass., sez. III, 8 maggio 2015, n. 26616, rv. 255620; Cass., sez. VI, 5 aprile 2013, n. 21975, Viscanti, rv. 255325.

⁹ Per un esame approfondito dei diversi orientamenti, si rinvia a MONGILLO, [L’incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3, 2013, p. 174 ss.; SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA-PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 397 ss.; GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., p. 5 ss.

punibilità del privato allorché abbia tratto vantaggio dalla condotta induttiva del pubblico agente¹⁰. Da qui la necessità di circoscrivere il più possibile i casi di impunità.

La Corte si dedica, subito dopo, ad un raffronto tra le fattispecie di concussione e di induzione indebita, soffermandosi, in particolare, sull'elemento in comune dell'abuso delle qualità o dei poteri del pubblico agente, interpretato non come presupposto del reato, bensì come requisito essenziale delle norme incriminatrici, necessario ad innescare il nesso causale che porta poi il terzo alla dazione o alla promessa dell'indebito. Si profila pertanto un elemento diverso dalle condotte, ma nello stesso tempo influente sulle stesse, in quanto sia la costrizione sia l'induzione diventano significative solo allorché determinate attraverso l'abuso¹¹.

Vengono poi delineate le modalità di realizzazione della "costrizione", che, sia pur non esplicitate, a differenza di quanto accade in altri reati¹², consistono nella violenza e nella minaccia.

Distaccandosi da un orientamento diffuso in giurisprudenza¹³, e cogliendo invece un'impostazione fino a quel momento minoritaria¹⁴, il giudice nomofilattico¹⁵ lega la costrizione innanzitutto alla violenza, per quanto riconosca che si tratti di ipotesi raramente configurabili. Il necessario legame con l'abuso delle qualità o dei poteri fa sì che ciò possa accadere unicamente qualora il pubblico agente disponga già di mezzi di contenzione/immobilizzazione, dei quali abusa, e sempre che non si degeneri nel costringimento fisico, che, come noto, annulla totalmente lo spazio di autodeterminazione della vittima (la quale *non agit sed agitur*), fino a trasformarla in una *longa manus* del pubblico agente.

Più comunemente la condotta di costrizione si realizza con la minaccia, tradizionalmente individuata nella "prospettazione ad altri di un male futuro e

¹⁰ Si tratta del *Working Group on Bribery in International Business Transactions* (Wgb), istituito presso l'OCSE, e in particolare dell'OECD Wgb, Italy, Phase 1 Report, 2001, p. 33 s.; Phase 2 Report, 2004, p. 33 ss. e Phase 3 Report, 2011, p. 11 ss.; nonché del GRECO (Eeg), operante sul contrasto alla corruzione, nell'ambito del Consiglio d'Europa, col *Third Evaluation Round, Evaluation Report on Italy Incriminations*, p. 32 s.

¹¹ Ad avallare la natura di elemento essenziale della condotta sarebbe per i giudici anche l'uso del gerundio "abusando", che connota la modalità con cui costrizione ed induzione devono essere realizzate. *Contra* GIOIA, *Il criterio di distinzione*, cit., p. 79 ss. Preferisce la qualifica di presupposto del reato per un motivo normativo, da ultimo, anche BARTOLUCCI, *L'"abuso di qualità" del pubblico ufficiale nel prisma tra concussione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1236 ss. Per una sentenza recente che invece si allinea alla lettura proposta dalle Sezioni Unite, Cass., sez. III, 7 maggio 2014, n. 37839.

¹² Si pensi, ad esempio, al reato di violenza privata, ex art. 610 c.p. o a quello di estorsione, ex art. 629 c.p. Ritiene per questo che la concussione si limiti a descrivere l'evento (costrizione), tacendo invece sulla condotta, GATTA, *La concussione riformata*, cit., p. 1577. Prevale tuttavia la qualificazione della costrizione come condotta-evento.

¹³ Per tutte Cass., sez. VI, 3 dicembre 2012, Roscia, cit.

¹⁴ SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA – PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 390; ma già PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, p. 143; GROSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in BRICOLA-ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza commentata di diritto penale. Codice penale. Parte speciale, I*, Torino, 1996, p. 224.

¹⁵ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 29 s., pur precisando che rappresenti quasi un caso di scuola.

ingiusto”, derivante dal soggetto pubblico e in presenza della quale il privato agisce per evitare un danno.

Cogliendo la prospettiva di quanti in dottrina hanno proposto una nozione unitaria e restrittiva di minaccia, valida in tutto l’ordinamento giuridico¹⁶, la sentenza Maldera ne pone quale contenuto indefettibile “un male o un danno ingiusto o *contra ius*”. La minaccia, analogamente alla violenza, deve quindi essere in grado di incidere sulla sfera psichica altrui quale “forma di sopraffazione prepotente aggressiva e intollerabile socialmente”¹⁷, ingenerando il timore di subire un “male”, o, meglio, la percezione di un contenuto di obiettiva intimidazione. L’essenza della concussione è dunque quella di una costrizione psichica relativa (*vis compulsiva*)¹⁸, che pone la vittima di fronte ad un *aut-aut*: adeguarsi alla richiesta prevaricatrice del pubblico agente per evitare un danno (*de damno evitando*)¹⁹. Va da sé che solo in un simile contesto si giustifica la non punibilità del privato.

Più complessa la ricostruzione ermeneutica dell’induzione, da sempre destinata ad una maggiore evanescenza²⁰.

L’induzione indebita, ribadiscono le Sezioni Unite, è priva del tutto di una minaccia²¹, individuando così un primo criterio di distinzione tra i due reati nella dicotomia “minaccia – non minaccia”. Quanto al contenuto positivo, l’induzione può

¹⁶ GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013. L’A. trae il significato di minaccia direttamente dalla nozione civilistica, quale possibile vizio del consenso negoziale (*ex art. 1435 c.c.*). In particolare, dalla norma del codice civile è possibile desumere i requisiti della violenza, allorché si precisa che deve essere “di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto”. Potendo poi definire il “male ingiusto”, *ex art. 1322*, secondo comma, c.c., come la “lesione di un interesse meritevole di tutela”, ne consegue la qualificazione della violenza come “male ingiusto”. Nel diritto penale, analogamente, l’art. 612 c.p. punisce chiunque minaccia ad altri un ingiusto danno, per cui quest’ultimo può, per converso, considerarsi sinonimo di male ingiusto o *contra ius*. Vero ciò, la minaccia finisce per eguagliare la violenza essendo utilizzata dal legislatore come condotta alternativa ed equivalente ad essa in diversi reati, come appunto nella concussione, sia pure implicitamente, e nella estorsione, dove ciò è invece esplicitato.

¹⁷ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 30.

¹⁸ Le Sezioni Unite aderiscono così all’orientamento maggioritario, cui aderiscono, tra gli altri, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. P.te speciale*, I, Bologna, 2013, p. 210; SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l’esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. pen. proc.*, Speciale Corruzione (a cura di PISA), 2013, p. 16; PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione* (L. 6 novembre 2012, n. 190), in *suppl. di Cass. pen.*, n. 11, 2012, p. 12, legando la concussione alla coazione relativa, sia pure fortemente caratterizzata. Diversamente, riconduce sia la minaccia assoluta sia quella relativa nell’alveo della concussione e le mere ipotesi di condizionamento del privato nell’induzione indebita, SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 10. Ritengono invece che la concussione riguardi solo la coazione psichica assoluta mentre l’induzione quella relativa, BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita*, cit., p. 11e AMATO, *La riforma della concussione: gli effetti sulla responsabilità dell’ente*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2013, n. 1, p. 36., in quanto l’*extraneus* sarebbe privato di ogni possibilità di scelta.

¹⁹ Si pensi ai reati di cui agli artt. 377 *bis*, 507 e 558 c.p., in cui il legislatore, pur richiamando l’induzione, si riferisce di volta in volta all’uso di violenza, minaccia, propaganda o inganno, di certo non riconducibili ad una condotta unificante.

²⁰ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 32.

²¹ Affermano ancora le Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 37, che “la minaccia [...] evocata dal concetto di costrizione è modalità tipica della concussione ed è estranea all’induzione indebita”.

invece essere riempita di significato in “funzione di selettività residuale”, finendo per inglobare quei comportamenti o atteggiamenti, pur sempre abusivi, integranti condotte più sfumate individuabili, nel silenzio della norma, “nella persuasione, nella suggestione, nell’allusione, nel silenzio, nell’inganno²²” (sempre che quest’ultimo non verta sulla doverosità della dazione o della promessa, di cui il privato deve essere sempre consapevole, diversamente configurandosi il reato di truffa), le quali portano ugualmente il soggetto passivo alla dazione o alla promessa dell’indebito.

Il “vero indice rivelatore del significato dell’induzione” viene tuttavia individuato nella punibilità del privato, che non è più vittima della prevaricazione del pubblico agente, come nella concussione e nella previgente induzione, ma diventa direttamente complice dell’*intraneus* e come tale meritevole di sanzione²³. Nell’induzione c’è infatti un “vantaggio indebito” che anima l’agire del privato e costituisce elemento implicito della fattispecie, non solo in chiave motivazionale ed indiziante del delitto, come avevano affermato alcune sentenze precedenti la sentenza Maldera²⁴, bensì elevato ad elemento normativo essenziale della norma incriminatrice²⁵.

La Corte ne ha poi ancorato le radici dogmatiche ai principi generali dell’ordinamento giuridico, chiamati a guidare l’azione dell’interprete²⁶, dimostrando una sensibilità non sempre riscontrabile nella prassi applicativa.

Il richiamo è innanzitutto al principio di legalità, nella sottocategoria della sufficiente determinatezza della fattispecie, che porta a rifuggire da criteri incerti e facilmente manipolabili come quello meramente soggettivistico della pressione psicologica, ed al principio di offensività, che orienta verso parametri discretivi legati al fatto oggettivo ed espressivi del suo disvalore²⁷. Infine, attraverso l’art. 27, 1° comma, Cost., l’essenza del reato, già esaltata in chiave oggettivistica, non trascura la dimensione

²² Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 37.

²³ Sull’importanza di questo indice, fra i tanti, DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro*, cit., p. 1484; MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., p. 206 ss.; BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, p. 168; SESSA, *La fisiologia dell’emergenza nella più recente normativa anticorruzione: tra eccessi tecnicistici e diritto penale criminogeno*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 319; FUX, *La claudicante palinogenesi della concussione e le problematiche strutturali dell’induzione indebita*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3671 ss.

²⁴ Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit.

²⁵ “La punibilità del privato – dicono le Sezioni Unite a p. 36 – è il vero indice rivelatore del significato dell’induzione”, e ancora il “vantaggio indebito che, al pari della minaccia tipizzante la concussione assurge al rango di ‘criterio d’essenza’ della fattispecie induttiva”. In dottrina aveva già sottolineato la necessità di questo salto di qualità del vantaggio, MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., p. 201. Sottolinea l’importanza di ricercare riscontri affidabili per individuare il vantaggio indebito, MAGRO, *Sul vantaggio dell’extraneus indebitamente concusso: alla ricerca di parametri nomologici e generalizzazioni affidabili*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 29 ss.

²⁶ L’importanza di questo procedimento argomentativo era già stata evidenziata, tra gli altri, da MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., p. 201 ss., cit., p. 224.

²⁷ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 27. Nell’art. 319 *quater* c.p., in definitiva, a differenza della concussione, il fatto finisce per offendere solo il bene pubblicistico del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione, non intaccando anche i beni privati personali del privato, il quale, al momento della dazione o della promessa indebita, è anzi animato da un vantaggio.

conoscitiva e volitiva, in quanto il privato arriva alla dazione o alla promessa per un calcolo di mera convenienza, ed è per questo rimproverabile²⁸.

Ciò, di conseguenza, allontana l'art. 319 *quater* c.p. dalla vecchia concussione per induzione e lo avvicina, semmai, al reato di corruzione, differenziandosene per la sola presenza dell'abuso delle qualità o dei poteri, che fa scemare il disvalore della dazione o della promessa del privato²⁹. L'induzione indebita rientra, quindi, nella categoria dei reati contratto bilateralmente illeciti³⁰; e la sua stessa collocazione sistematica, relegata a conclusione dei reati di corruzione, riflette il cambio radicale di prospettiva rispetto alla disciplina previgente³¹.

La particolarità della sentenza Maldera consiste, però, nella presa d'atto del valore solo indicativo del criterio discrezionale suggerito, ammettendo l'esistenza di residui casi *borderline*³², in cui il parametro del danno o vantaggio è destinato a non funzionare perfettamente, quanto meno se applicato in maniera rigida: da qui la necessità di ricorrere a criteri aggiuntivi.

Può sin d'ora anticiparsi, tuttavia, come nonostante in molti abbiano espresso perplessità, e a volte dure critiche verso questo tipo di scelta, interpretando i suggerimenti ulteriori della Corte come vere e proprie "eccezioni" al criterio guida prima indicato³³ e, dunque, come indice di inefficacia del *discrimen* medesimo, non

²⁸ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 38. Si completa, così, la giustificazione della punibilità del privato, legata al "disvalore insito nella condotta posta in essere, disvalore ravvisabile, più che nella mancata resistenza all'abuso esercitato dal pubblico agente [...] soprattutto nel fatto di avere approfittato di tale abuso per perseguire un proprio vantaggio".

²⁹ Parla di "corruzione mitigata dall'induzione", GAROFOLI, *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 9, aggiungendo che l'entità della pena prevista per il privato nell'art. 319 *quater* c.p. della reclusione fino a tre anni, rispetto alla pena più grave stabilita per la corruzione dall'art. 318 c.p., da quattro a otto anni, è indice della volontà legislativa di aver considerato l'effetto mitigante dell'induzione, quale elemento di diversificazione rispetto alla corruzione vera e propria.

³⁰ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 38. In questo senso, PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 788; SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA – PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 383; ID., *Concussione e induzione indebita al vaglio*, cit., p. 567 ss.; GATTA, *La minaccia*, cit., p. 221 s.; ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, III, 2013, p. 234; RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita*, in *Arch. pen.*, 2013, cit., 2013, p. 47; BENUSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2013, p. 860; PADOVANI, *La messa "a libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo delitto di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 2012, n. 48, XI.

³¹ Sull'interpretazione topografica insiste GAROFOLI, *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 9 s.

³² Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 40 ss. Per un più approfondito esame dei casi limite, tra gli altri, MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., p. 203 ss.; ID., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dello Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 140 ss.; GIOIA, *Il criterio di distinzione*, cit., p. 49 ss.; FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 476 ss.

³³ Tra gli altri, BARTOLUCCI, *L'"abuso di qualità"*, cit., p. 1237, parlando di "complessa logica di regola vs. deroga"; MORRA, *Riflessioni sulla concussione alla luce della sentenza delle Sezioni Unite*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1, p. 11, limitatamente però al criterio del bilanciamento dei beni giuridici coinvolti nella decisione; fa riferimento ad un'attenuazione del criterio inizialmente adottato, PELISSERO, *Concussione e induzione indebita*, in GROSSO C. F.-PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione, Trattato di diritto penale*, Milano,

sembrano in realtà rappresentare una deroga al parametro prescelto, ma semmai un suo adattamento alla specificità delle vicende più problematiche.

Appartengono a quest'ultima categoria le ipotesi in cui non è chiara la natura della richiesta, come in presenza di un "abuso delle qualità" senza che il pubblico agente faccia riferimento ad un atto determinato del proprio ufficio o servizio³⁴, per il quale diventa essenziale valutare, sulla base delle "modalità comportamentali", se l'atteggiamento del privato, che ceda alla pretesa, sia dettato da una reale sopraffazione o diversamente sia dovuto alla speranza di trarne futuri favori, potendo il vantaggio indebito consistere anche in una generica "disponibilità clientelare" del soggetto pubblico³⁵.

Tra le ipotesi controverse si inserisce anche "la prospettazione di un danno generico", la cui efficacia può dipendere a volte da caratteristiche specifiche del destinatario del messaggio, più che dalla la forza in sé della richiesta³⁶. Per queste situazioni, a rischio di autosuggestione o di un *metus ab intrinseco*, spiegano i giudici, più il danno è indeterminato e maggiore è la necessità che l'intento intimidatorio si rafforzi *ab estrinseco* ai fini dell'applicabilità del delitto di concussione, dovendo altrimenti trovare applicazione l'induzione indebita.

Nell'esemplificazione dei casi-limite rientrano pure le vicende in cui danno ingiusto e vantaggio indebito risultano compresenti³⁷, nel sistema anglosassone denominate con il termine "*throtter*", frutto della fusione delle parole *threat* (minaccia) e *offer* (promessa)³⁸. In queste situazioni spetta al giudice valutare, di volta in volta, quale dei due aspetti appaia "di maggiore significatività" e stabilire così se la decisione di dare

2015, p. 205. Negano, invece, che si tratti di deroghe al criterio del danno ingiusto-vantaggio ingiusto, tra gli altri, GIOIA, *Il criterio di distinzione*, cit., p. 49 ss.; GATTA, *La concussione riformata*, cit., p. 1580, spec. 1583. Critico sul criterio del danno-vantaggio, PISA, *Una sentenza equilibrata*, cit., p. 569 s.

³⁴ È il caso esemplificato del poliziotto che pretende di non pagare il conto al ristorante senza nulla aggiungere.

³⁵ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 40 s.

³⁶ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 41. Alle situazioni in esame può ricondursi anche il noto caso Ruby, sul quale v. *postea* par. 2.2.

³⁷ Può accadere, infatti, che il pubblico agente per ottenere la sua richiesta sia spinto a smorzare l'aspetto vessatorio della propria condotta con la prospettazione di un vantaggio indebito, e ciò anche al fine di limitare la possibilità di una denuncia. Emblematicamente la sentenza Milanese, Cass., sez. VI, 13 maggio 2013, cit., facendo propria una metafora già espressa in dottrina da Mongillo, in riferimento a queste ipotesi, afferma che il pubblico agente "non si limita ad agitare il bastone del male ingiusto, secondo gli stilemi classici della concussione, ma tende anche la carota del beneficio indebito, quale conseguenza del pagamento illecito". Nella sentenza Maldera (p. 41) si riporta l'esempio della minaccia di una illegittima e arbitraria esclusione da una gara d'appalto con, al contempo, la promessa di una sicura vincita della stessa gara in caso di adempimento della richiesta, ovvero del funzionario pubblico che subordina la tempestiva evasione di una legittima richiesta del cittadino al pagamento dell'indebito, lasciando intendere che senza un adeguamento alla richiesta sorgerebbero difficoltà (p. 42).

³⁸ La creazione del neologismo si deve a STEINER, *Individual Liberty*, in *Proceedings of the Aristotelian Society* 75, 1974-75, p. 33 ss.

o promettere sia stata motivata più dall'intento di ottenere un indebito vantaggio o di evitare un danno³⁹.

Nello stesso ambito vanno interpretate le controverse ipotesi di "minaccia di uso strumentale di un potere pubblico discrezionale legittimo"⁴⁰, in relazione alle quali l'interprete deve optare per la concussione qualora l'esercizio sfavorevole del potere venga effettuato "in maniera estemporanea e pretestuosa"⁴¹, al solo fine di costringere alla dazione o alla promessa dell'indebito; per l'induzione indebita invece se l'esercizio del potere avvenga "nell'ambito di una legittima attività amministrativa" e si lascia intendere che assecondando la richiesta ne seguirà un trattamento indebitamente vantaggioso⁴².

La Corte richiama infine l'ulteriore strumento del bilanciamento dei beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale, che si rivela utile per tutte le situazioni in cui danno e vantaggio convivono. Per arrivare ad una decisione definitiva è utile, in altri termini, procedere al confronto e al bilanciamento dei beni giuridici in gioco nel caso in esame, e occorre farlo con un riferimento ai principi e ai valori che governano lo specifico settore di disciplina⁴³. In particolare, spiegano ancora i giudici, il parametro del danno-vantaggio non deve essere utilizzato asetticamente, ma va "calibrato, all'esito di una puntuale ed approfondita valutazione in fatto, sulla specificità della vicenda concreta"⁴⁴.

³⁹ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 42, laddove si precisa che "è necessario [...] accertare se il vantaggio indebito abbia prevalso sull'aspetto intimidatorio, sino al punto da vanificarne l'efficacia, e se il privato si sia perciò convinto di scendere a patti, pur di assicurarsi, quale ragione principale e determinante della sua scelta, il lucroso contratto, lasciando così convergere il suo interesse con quello del soggetto pubblico". In dottrina, invero, ammette la possibilità che nei casi concreti il male minacciato possa risultare prevalente sul vantaggio indebito, tornando a configurarsi la concussione, MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., p. 207 ss.

⁴⁰ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 43.

⁴¹ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 43.

⁴² Sul punto già MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., p. 208 s., che fa riferimento anche alla "genesì e al contesto in cui nasce la prospettazione avente ad oggetto l'esercizio del potere discrezionale". Si tratta di quelle situazioni in cui già l'esercizio del potere discrezionale avviene arbitrariamente, con il chiaro intento di sviare il potere dalle finalità che la legge gli riserva.

⁴³ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 42. Ritiene questo profilo quello "maggiormente innovativo" della sentenza, SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio*, cit., p. 565; conf., PISA, *Una sentenza equilibrata*, cit., p. 571.

⁴⁴ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 43 s., richiamando l'esempio del primario di una struttura pubblica che avverte il paziente della gravità della malattia di cui è affetto e della necessità di un intervento immediato, e al contempo richiede denaro per operarlo personalmente e superare la lunga lista delle prenotazioni. In questo caso, pur riscontrandosi un vantaggio illecito per il privato (l'essere operato dallo specialista indipendentemente dalla lista d'attesa e dalle esigenze organizzative dell'ospedale), valutando i beni giuridici coinvolti nella vicenda, appare prioritario l'interesse ad aver salvata la vita, con una situazione analoga a quella della coazione morale, di cui all'art. 54, 3° comma, c.p.; da qui l'applicabilità della concussione. Un caso simile, relativo al direttore di un ospedale siciliano, Abbate, era stato giudicato da Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11793, in *Guida dir.*, 2013, n. 20, p. 88, e valutato come costrizione. Ancora prima, per una vicenda analoga, Cass., sez. VI, 22 aprile 1970, n. 17324, in *Foro it.*, 2010, II, p. 293 ss., che aveva qualificato i fatti come concussione mediante induzione, escludendo la punibilità dei pazienti e dei familiari coinvolti.

Il secondo esempio riportato è quello del poliziotto che fa "salire in macchina" una prostituta straniera, priva del permesso di soggiorno, costringendola ad avere rapporti sessuali, ma con la prospettiva di evitarle guai

Per di più, nell'indagine degli interessi coinvolti, il relativo bilanciamento deve avvenire in maniera non statica, bensì dinamica, mettendo a confronto il bene offeso dal male minacciato dal comportamento dell'*intraneus* e quello offeso dal vantaggio indebitamente perseguito dall'*extraneus*, per poi valutarne la natura, il rango nella scala dei beni giuridici, come pure l'intensità dell'offesa. In definitiva, ogni volta che il privato si adegua alla richiesta indebita per preservare un bene di primaria importanza, tanto da rendere il vantaggio, che pure gli deriva, apparente, si configura la concussione.

Anche in questo caso la Corte si preoccupa di agganciare la soluzione proposta ai principi generali dell'ordinamento giuridico, in chiave costituzionalmente orientata, nel tentativo di arginare il pericolo di un'applicazione individualizzante e soggettivistica delle norme⁴⁵.

Non altrettanto approfondita appare la ricostruzione operata dalle Sezioni Unite circa i rapporti tra concussione, induzione e la classica corruzione propria, che pure si presentano di analoga difficoltà⁴⁶.

Conta, per i giudici, ai fini della distinzione, il rapporto tra le parti, poiché nella concussione, l'abuso costringitivo pone il privato in una posizione subalterna rispetto al pubblico agente, mentre nella corruzione si ha un accordo delle volontà delle parti liberamente e consapevolmente concluso, su un piano di parità sinallagmatica.

Analogamente per distinguere induzione indebita e corruzione, appare centrale "il diverso modo con cui l'*intraneus*, nei due delitti realizza l'illecita utilità": nella corruzione, le parti mirano ad un comune obiettivo illecito; nell'induzione indebita invece si riscontra "uno stato di soggezione del privato, il cui processo volitivo non è spontaneo ma è innescato, in sequenza causale, dall'abuso del funzionario pubblico, che svolge a suo favore la posizione di debolezza psicologica del primo"⁴⁷.

Sebbene il criterio discrezionale utilizzato si esponga, come noto, a obiezioni legate alla fumosità e difficoltà di un simile accertamento⁴⁸, è anche vero che la scarsa descrizione delle fattispecie non consente ulteriori riferimenti. Nel passaggio successivo

in quanto clandestina. Anche in questa circostanza, sulla base del criterio di proporzionalità degli interessi sacrificati, assume priorità il bene della libertà sessuale dell'*extraneus*, con la configurabilità della concussione e l'esclusione della punibilità della straniera. Il caso richiamato dalle Sezioni Unite (pag. 44) era stato riportato in dottrina da VALENTINI, *Ancora sulla frattura delle disposizioni ex art. 317 c.p. Qualche rapido punto in attesa delle Sezioni Unite*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 2, p. 9. Per una vicenda simile, giudicata come costrizione, Cass., sez. VI, 2 aprile 2013, n. 14994, citata da PISA, *Una sentenza equilibrata*, cit., p. 570, per il quale, in realtà, non è in gioco in questo caso la libertà sessuale, così, come ritengono le Sezioni Unite, ma la libertà di movimento e di rimanere nel territorio italiano, senza però che ciò muti il risultato finale.

⁴⁵ Critici, tuttavia, per gli ampi margini di discrezionalità valutativa dei giudici che ne conseguono, BARTOLI, *Le Sezioni Unite tracciano i confini*, cit., p. 1215 s.; VIGANÒ, [I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3-4, 2014, p. 13, 17.

⁴⁶ Sul punto, PALAZZO, [Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2012, p. 227 ss.; VIGANÒ, *I delitti di corruzione*, cit., p. 10 ss.

⁴⁷ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 48. Il corsivo è il nostro.

⁴⁸ Particolarmente critici a riguardo, SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio*, cit., p. 564; BARTOLUCCI, *L'"abuso di qualità"*, cit., p. 1237 s., il quale paventa anche pericolose fughe vittimologiche che rischiano di esorbitare rispetto alla condotta posta in essere dall'*intraneus*; SPENA, *Per una critica*, cit., p. 226.

della sentenza, si aggiunge peraltro un parametro ulteriore per l'individuazione della induzione, legato all'"iniziativa assunta dal pubblico agente"⁴⁹. Pur non arrivando con ciò a sposare la tesi proposta dalla dottrina classica⁵⁰, in quanto non si aggiunge che nella corruzione propria l'iniziativa è sempre del privato, l'attenzione all'iniziativa del soggetto pubblico consente di evidenziare come proprio l'impulso iniziale del pubblico ufficiale diventi dato "sintomatico" della presenza del reato di induzione indebita. Anche senza approfondire ulteriormente⁵¹, la Corte sembra cioè voler sottolineare come l'*intraneus*, attraverso l'abuso della sua qualità o dei suoi poteri, dia necessario avvio al processo causale, fino a "convincere" l'*extraneus* alla indebita dazione o promessa", che poi perfezionerà l'induzione indebita. Senza la condotta prevaricatrice a monte, in definitiva, il privato non avrebbe tenuto la condotta; il suo processo volitivo perciò non si forma liberamente, come accade nella corruzione, ma è sempre innescato dalla prevaricazione del pubblico agente. Diversamente, nella corruzione l'iniziativa può riguardare indifferentemente l'*intraneus* o l'*extraneus*.

Ancora maggiori difficoltà si riscontrano infine nella distinzione tra istigazione alla corruzione attiva, di cui all'art. 322, 3° e 4° comma, c.p., e l'induzione indebita nella forma tentata, laddove la comune natura di coazioni psichiche delle condotte è destinata ad amplificare certe complicità fin qui evidenziate.

Il problema, come noto, si presentava anche nella differenziazione della tentata "induzione", del previgente art. 317 c.p., rispetto alla "sollecitazione" riguardante l'istigazione alla corruzione attiva del citato art. 322 c.p.⁵². La prospettazione di un vantaggio indebito, un tempo esclusiva della corruzione, ma oggi elemento comune con l'induzione indebita, aumenta le difficoltà delineate. Per questi motivi il *discrimen* tra le condotte in esame è legato, ancora una volta, al requisito dell'abuso, che, associato ad un significato letterale anche parzialmente diverso tra le due allocuzioni (induzione e sollecitazione), consente di differenziare le fattispecie. La condotta dell'induzione indebita resta infatti ancora di sopraffazione, mentre la sollecitazione della corruzione attiva equivale ad una mera richiesta sganciata da ogni forma di prevaricazione, e semmai inserita in un contesto di sinallagma paritetico tra le parti, anche se non può tacersi la difficoltà in alcuni casi di un accertamento in questi termini⁵³.

⁴⁹ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 49.

⁵⁰ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. V, Torino, 1982, p. 215. Per una riproposta più recente del criterio, con qualche differenziazione, PAGLIARO, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 63 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 15 febbraio 1939, in *Giust. Pen.*, 1940, II, c. 104.

⁵¹ Lamenta come il riferimento all'iniziativa rimanga nella sentenza senza seguito per giungere subito alla conclusione, BARTOLUCCI, *L'"abuso di qualità"*, cit., p. 1238. Secondo l'A., infatti, è proprio il criterio dell'iniziativa che oggi consente meglio di distinguere tra concussione, induzione indebita e delitti di corruzione.

⁵² Tra gli altri, TARANTINO, *Sui difficili rapporti tra concussione per induzione e istigazione alla corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 254 ss.

⁵³ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 49. Per questi motivi non convince la tesi di quanti, facendo leva unicamente sul criterio dell'iniziativa per distinguere induzione e corruzione, ritengono che in presenza di una condotta che non arrivi ad integrare gli estremi della violenza o della minaccia (tipici della concussione), ma in cui ci sia l'iniziativa dell'*intraneus*, accettata dal privato, si versi nell'induzione ex art. 319 *quater* c.p.,

2. La giurisprudenza successiva alla sentenza Maldera: la differenza tra concussione e induzione indebita.

A questo punto, diventa interessante analizzare la tenuta delle indicazioni fornite dalla sentenza Maldera nelle applicazioni successive, ma anche il giudizio che della stessa emerge dai numerosi commenti che ne sono seguiti, pur nella consapevolezza che solo una prassi consolidata potrà testarne la portata euristica in via definitiva.

Dall'esame della già cospicua produzione giurisprudenziale maturata in questi ultimi anni, non sempre emerge un costante ossequio verso i dettami forniti dalla Corte. Di conseguenza, non sono mancati giudizi negativi sulla pronuncia, volti ad evidenziare il tradimento delle aspettative⁵⁴ e ad attribuire proprio all'eccessiva discrezionalità della decisione la legittimazione di un'applicazione difforme delle norme⁵⁵.

Volendo sintetizzare gli aspetti maggiormente significativi, è utile argomentare attraverso una distinzione delle massime più recenti a seconda dei profili più problematici, sulla falsariga di quanto già operato dalle Sezioni Unite, iniziando dal criterio discrezionale tra concussione e induzione indebita.

Nonostante la pronuncia in funzione di nomofilachia, come anticipato, non scompaiono del tutto le sentenze che continuano ad allinearsi ai diversi orientamenti precedenti. A volte, il *discrimen* tra concussione ed induzione è ancora legato alla differente pressione psicologica esercitata sul privato, più forte nella concussione, meno intensa nella induzione indebita. Si è applicato il nuovo art. 317 c.p., in presenza, ad esempio, di un "sopruso impeditivo di vie d'uscita"⁵⁶, o di un "comportamento del pubblico ufficiale che agisce con modalità o forme a tal punto pressanti da non lasciare

mentre in caso di rifiuto dell'*extraneus*, nell'ipotesi di istigazione alla corruzione passiva ex art. 322, comma quarto, c.p. Così, per esempio, BARTOLUCCI, *L'“abuso di qualità”*, cit., p. 1238. In realtà, a presenza dell'abuso delle qualità o dei poteri, assenti nella corruzione, come anche la differenza, sia pure modesta, tra induzione e sollecitazione, fa sì che debba trovare applicazione il tentativo di induzione indebita e non l'istigazione alla corruzione passiva.

⁵⁴ Particolarmente critici verso la sentenza, temendo un'accentuata disomogeneità giudiziale, tra gli altri, BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita*, cit., p. 9 ss.; DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro*, cit., p. 1499 ss.; BARTOLUCCI, *“I conti della serva”*. Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione vs-induzione indebita, in *Le Soc.*, 8 settembre 2016, p. 1029 ss.

⁵⁵ Per una prospettiva generale sull'irruzione della “logica flou” nel pensiero penalistico e della giurisprudenzializzazione del diritto penale, tra gli altri, PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmassiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1099 ss.; MANES, *Il Giudice nel labirinto. Profili delle interazioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 111; DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3, 2016, p. 13 ss.; FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 299 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014.

⁵⁶ Trib. Milano, sez. IV, 24 giugno 2013, n. 7927, in *questa Rivista*, 26 novembre 2013, con nota di GATTA, [La sentenza sul caso Berlusconi-Ruby, sotto la lente del giurista: un'occasione per riflettere sulla nozione di minaccia penalmente rilevante](#).

marginale alla libertà di autodeterminazione del destinatario della pretesa illecita”⁵⁷, ovvero si insiste sulla presenza di una pressione psicologica invincibile e di tale intensità da porre il soggetto passivo “con le spalle al muro”⁵⁸, anche se in quasi tutte le sentenze non manca il riferimento anche al vantaggio e al danno.

In altre pronunce⁵⁹, si utilizza invece la tipologia del danno prospettato, *contra ius* o *secundum ius*, ritornando sostanzialmente alla dicotomia legata alla natura del danno, proposta dalla sentenza Roscia⁶⁰.

Nella maggioranza dei casi, tuttavia, sembra reggere lo schema della minaccia-non minaccia e del danno-vantaggio ingiusti indicato dalla sentenza Maldera come principale strumento discrezionale. Così nel caso di un medico necroscopo convenzionato con l’ASL, che aveva richiesto ai parenti di un defunto denaro per l’asportazione di un *pace-maker* dal cadavere. Il Tribunale aveva condannato il pubblico ufficiale per concussione, mentre in secondo grado, a riforma avvenuta, la condotta era stata riqualificata come induzione indebita. L’imputato presentava ricorso, in quanto, a suo dire, i fatti avrebbero dovuto integrare semmai la truffa, posto che i parenti erano stati indotti in errore circa la doverosità del pagamento. La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso, non riconoscendo nel caso di specie i requisiti necessari per la configurazione

⁵⁷ Così, Cass., sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, Adamo, rv. 264278, in www.neldiritto.it nel caso di un Presidente di Provincia che avrebbe indotto, abusando delle funzioni, il responsabile dei servizi sociali dello stesso ente a sospendere i pagamenti delle rette degli studenti ospiti in un convitto educativo, col fine, poi ottenuto, di spingere il direttore del centro alle dimissioni e alla nomina al suo posto di una persona politicamente “vicina”, salvo poi comunque aggiungere che elemento qualificante l’induzione indebita è il vantaggio indebito. La Corte non ha riconosciuto in questa vicenda gli estremi indicati per la configurazione della concussione, né dell’induzione indebita e ha invece qualificato il delitto come abuso d’ufficio, ex art. 323 c.p., annullando senza rinvio la sentenza impugnata perché nel frattempo il reato si era estinto per prescrizione. Analogamente, Cass., sez. VI, 4 novembre 2015, n. 1331; Cass., sez. VI, 10 marzo 2015, n. 22526, P.G., rv. 263769, cit. (sulla quale v. *postea amplius* par. 2.2), che insistono sull’assenza della pressione psicologica sul soggetto passivo per negare il delitto di cui all’art. 319 *quater* c.p.

⁵⁸ Cass., sez. VI, 28 aprile 2016, n. 17684, in www.neldiritto.it, che ha riconosciuto il tentativo di concussione per un funzionario ispettivo della Direzione territoriale del lavoro, il quale aveva presentato ad un imprenditore un proprio conoscente per effettuare un’attività di consulenza all’impresa e chiesto somme di denaro e altre utilità, sì da evitare una sanzione esorbitante e arbitraria di fronte ad alcune irregolarità contestate. L’ingiustizia del male minacciato, le ripetute pressioni con cui le richieste sono state esercitate e l’assenza di vantaggi per i privati hanno fatto propendere i giudici di legittimità per la contestazione della concussione nella forma tentata a causa della denuncia del privato.

⁵⁹ In tal senso, Cass., sez. VII, ordinanza, 12 novembre 2014, n. 50482, per la quale l’elemento che differenzia le nozioni di induzione e costrizione non va individuato nella maggiore o minore intensità della pressione psicologica esercitata sul soggetto passivo dell’agente pubblico, bensì nella tipologia del danno prospettato, che è ingiusto nel delitto di cui all’art. 317 e conforme alle previsioni normative in quello di cui all’art. 319 *quater* c.p. Seguendo questo principio, la Corte ha giudicato immune da vizi la decisione impugnata che aveva riconosciuto il delitto di concussione in relazione alla condotta del direttore generale di un’agenzia territoriale di edilizia residenziale, il quale aveva richiesto ed ottenuto da alcuni imprenditori, legati da rapporti contrattuali con la predetta agenzia, versamenti di somme di denaro e acquisti di quadri, a prezzi maggiorati, presso la galleria d’arte gestita dalla moglie, con la minaccia, in caso contrario, di interrompere detti rapporti o di ritardare i pagamenti.

⁶⁰ Cass., sez. VI, 3 dicembre 2012, Roscia, cit.

dell'art. 319 *quater* c.p. indicati dalle Sezioni Unite e, in particolare, oltre alla consapevolezza dell'indebito, anche il vantaggio indebito per i soggetti privati⁶¹.

O ancora in relazione al comportamento di un Luogotenente della Guardia di finanza e di alcuni commercialisti, nei confronti di un'azienda sottoposta ad una verifica fiscale, i cui titolari erano stati indotti a promettere denaro e altre utilità al fine di ottenere un trattamento più benevolo. Le somme furono poi realmente trasferite sul conto di una terza persona che risultava (in realtà in modo fittizio) aver effettuato un'attività di consulenza per l'impresa. Dopo che i giudici di merito avevano riconosciuto la concussione, la Cassazione ha invece riqualificato i fatti come induzione indebita, ripercorrendo i passaggi centrali della sentenza Maldera, quanto alla condotta induttiva e all'utilità prospettata all'*extraneus*, tipici del nuovo art. 319 *quater* c.p.⁶².

In diversi casi, infine, la Corte ha annullato le sentenze di merito per richiedere un ulteriore approfondimento delle vicende ai fini della prova del vantaggio indebito⁶³.

2.1. L'abuso di qualità.

Tra i casi dubbi per difetto di determinatezza della minaccia, già esaminati dalla sentenza Maldera, vi è quello dell'abuso di qualità, senza che il pubblico agente faccia riferimento ad un atto specifico del proprio ufficio o servizio. Le Sezioni Unite, come ricordato, avevano per queste ipotesi invitato ad approfondire l'accertamento, sì da comprendere se la eventuale adesione del privato fosse dipesa da reale sopraffazione ovvero da dialettica utilitaristica.

Una situazione di questo tipo, trattata di recente dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁴, è quella di un ispettore di polizia, che aveva mostrato il proprio tesserino all'entrata di un *night club*, al fine di garantirsi gratuitamente l'entrata, oltre che i servizi del locale. La Cassazione, riformando la sentenza di merito, ha qualificato il fatto come induzione indebita e non come concussione, non riscontrando un atteggiamento di vera e propria costrizione da parte del pubblico agente, e rilevando un vantaggio indebito per il privato, che cedeva nella volontà di evitare futuri controlli. Conclusione diversa invece per un caso solo apparentemente simile, in cui i giudici di legittimità hanno annullato la sentenza con cui il Gip aveva disposto il non luogo a procedere nei confronti di una guardia giurata riguardo ad una tentata induzione indebita, contestatagli per aver esibito il tesserino in una struttura alberghiera dove era in corso una serata danzante, alla quale intendeva accedere. La Corte ha in questo caso, tra le altre cose, contestato la

⁶¹ Cass., sez. VI, 21 maggio 2014, n. 39089, in www.neldiritto.it.

⁶² Cass., sez. VI, 23 luglio 2015, n. 42607, Puleo, in *Dir. giust.*, 2015, n. 39, p. 3, con nota di CAPITANI. Alle dicotomie della minaccia-non minaccia e del danno-vantaggio ingiusti fanno riferimento anche Cass., sez. VI, 1 aprile 2014, n. 28978; Cass., sez. VI, 13 giugno 2014, n. 25255; Cass., sez. VII, 12 novembre 2014, n. 50482, cit.; Cass., sez. VI, 14 maggio 2015, n. 32594; Cass., sez. VI, 3 dicembre 2015 n. 548, in *Riv. pen.*, 2016, n. 3, p. 226; Cass., sez. VI, 2 marzo 2016, n. 9429.

⁶³ Così Cass., sez. VI, 27 febbraio 2015, n. 8936; Cass., sez. III, 1° luglio 2015, n. 27554.

⁶⁴ Cass., sez. VI, 1 aprile 2014, n. 28978, in *Dir. giust.*, 2014, 4 luglio, con nota di PIRAS.

fondatezza del riferimento al delitto di cui all'art. 319 *quater* c.p. e invitato ad un approfondimento della questione, sul rilievo della mancanza di un utile per il privato, nonché di uno scambio, sia pure non paritario, tra promesse e prestazioni, ricordando anche come nella induzione indebita il privato "è assoggettato a punizione, e non certo sulla sola base della violazione di un generico dovere di resistere alle richieste indebite di un pubblico ufficiale"⁶⁵.

2.2. I casi di minaccia generica o indeterminata.

Problemi di identificazione di una condotta concussiva riguardano pure l'ipotesi di minaccia generica, in cui il pubblico agente nulla dice sulle conseguenze che potrebbero scaturire dal mancato adempimento delle sue richieste. Spicca in questo settore, anche per la notorietà delle parti coinvolte, la pronuncia della Cassazione del 2015, che ha chiuso il caso Berlusconi-Ruby⁶⁶.

Come noto, l'allora Presidente del Consiglio era stato accusato dei reati di concussione, *ex art.* 317 c.p., e di prostituzione minorile, *ex art.* 600 *bis* c.p., per la richiesta, effettuata col telefono, nel cuore della notte, al Capo di Gabinetto del Questore di Milano, di liberare la minorenne Ruby, che era stata fermata poco prima con l'accusa di furto. Berlusconi aveva giustificato l'interessamento adducendo motivazioni diplomatiche, basate su una presunta parentela che la minorenne avrebbe avuto con l'allora Presidente egiziano Mubarak.

In primo grado, il Tribunale di Milano⁶⁷, quando già era in vigore la riforma, aveva ritenuto che la suddetta condotta integrasse, per le modalità con cui era stata tenuta, una "minaccia implicita". Nello specifico, la richiesta dell'*ex* Presidente del Consiglio, esercitata rappresentando al funzionario la propria qualifica, in piena notte, per ottenere un intervento "minimale" sarebbe apparsa un vero e proprio "ordine"⁶⁸.

Una volta escluso l'inganno, sul rilievo della palese pretestuosità della parentela della minorenne avanzata da Berlusconi, il giudice di primo grado ha dunque configurato una minaccia in quanto si sarebbe fatta intuire la necessità di "adempiere presto e senza discutere"⁶⁹ e lasciato intendere una inevitabile conseguenza negativa nel caso in cui la richiesta non fosse stata corrisposta⁷⁰.

⁶⁵ Cass., sez. VI, 26 febbraio 2015, n. 8625.

⁶⁶ Cass., sez. VI, 10 marzo 2015, n. 22526, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2015, con nota di GATTA, [La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby: tra morale e diritto](#), p. 385 ss. e in *Cass. pen.*, 2015, p. 3052, con nota di GAMBARDELLA, *La sentenza definitiva del "Processo Ruby"*, p. 3068 ss.

⁶⁷ Trib. Milano, 24 giugno 2013, n. 7927, cit.

⁶⁸ Berlusconi chiese in particolare che la minorenne, fermata dalla polizia e condotta presso la Questura di Milano, venisse affidata ad un consigliere regionale.

⁶⁹ Trib. Milano, 24 giugno 2013, n. 7927, cit., p. 114.

⁷⁰ Trib. Milano, 24 giugno 2013, n. 7927, cit., p. 131, facendo riferimento ad un possibile pregiudizio professionale e basando la costrizione anche sulla ripetitività delle telefonate effettuate dall'addetto alla scorta di Berlusconi per accertarsi dell'evoluzione dell'episodio.

Per sostenere l'accusa di concussione i giudici hanno fatto leva sul tradizionale criterio della particolare intensità della pressione psicologica proveniente in questo caso dalla massima carica dello Stato e sull'assenza di alcun vantaggio per il funzionario.

La Corte d'Appello di Milano⁷¹, prima, e la Cassazione, poi, intervenendo dopo le Sezioni Unite, hanno optato invece per l'assoluzione dell'ex Presidente, sul rilievo che il fatto non fosse inquadrabile come concussione per mancanza della costrizione e negato la prostituzione minorile, pur accertata sul piano oggettivo, per l'assenza del dolo necessario e cioè della consapevolezza dell'età minore della ragazza.

Nelle motivazioni della sentenza di legittimità, per la parte che qui interessa, si è ribadita, con ulteriori specificazioni, la necessità di una nozione restrittiva di minaccia ai fini dell'integrazione della concussione, già emersa nella sentenza Maldera. L'esigenza appare corrispondente anche alle sollecitazioni internazionali, costituenti, come noto, la motivazione principale che ha portato alla riforma del 2012. Spingono in questa direzione i principi generali del nostro ordinamento: primo fra tutti l'art. 117 Cost., che impone di attribuire alla disciplina interna un significato compatibile con gli obblighi assunti dal nostro Paese in ambito internazionale, in materia di lotta alla corruzione. È chiaro infatti che più si restringe il concetto di costrizione, più si limitano gli spazi di impunità per il privato⁷². E non meno decisivo in questi termini appare il doveroso rispetto del principio di legalità e di precisione, che fondano il diritto penale.

Nonostante, allora, motivazioni di ordine morale e politico potessero spingere verso la punibilità delle condotte tenute nel caso di specie, non certamente consone alla carica rivestita dall'attore principale, il rispetto dei principi richiamati, ma anche la *ratio* della riforma, hanno imposto una delimitazione dei fatti riconducibili all'art. 317 c.p., richiedendo per la loro rilevanza almeno "un *minimum* di comportamento minatorio", che deve essere oggetto di riscontro effettivo in sede processuale⁷³.

Il passaggio centrale della pronuncia che chiarisce meglio questo requisito considera "necessario che la condotta abusiva del pubblico ufficiale divenga positivamente concreta". Solo allora – si dice – un abuso delle qualità o dei poteri, attraverso l'esteriorizzazione dell'atteggiamento minaccioso, idoneo ad intimorire la vittima, può integrare il reato di concussione. Nella vicenda processuale in esame, pertanto, è mancata proprio la prova della minaccia positiva. L'atteggiamento riscontrato nel funzionario coinvolto non è stato infatti ritenuto tanto la conseguenza di una esterna e grave coazione psicologica della sua volontà da parte del pubblico agente, bensì condizione autoindotta e cioè frutto di un insieme di fattori, tra cui il timore reverenziale verso l'interlocutore, la debolezza caratteriale, il desiderio di non sfigurare, la convinzione di agire nel lecito; tutti elementi in definitiva legati alla sfera personale dello stesso funzionario e non provocati da Berlusconi.

⁷¹ [Corte d'App. Milano, 18 luglio 2014](#), in *questa Rivista*, 17 ottobre 2014.

⁷² Sulla esattezza di un'interpretazione restrittiva della concussione, gli organismi internazionali si sono espressi anche dopo l'avvenuta riforma. Cfr. WGoB, rapporto maggio 2014 (p. 4); Greco, rapporto del corso della 64^a riunione plenaria del 16-20 giugno 2014.

⁷³ La mancata coincidenza tra il giudizio morale-politico e quello giuridico-penale è evidenziata da GATTA, *La sentenza della Cassazione*, cit., p. 386.

In un'ottica ancora più ampia, già sostenuta in dottrina⁷⁴, si è poi precisato come il timore autoindotto non incida di per sé sulla libertà di determinazione del soggetto, tanto da non integrare un vizio della volontà, *ex art. 1437 c.c.*, idoneo ad annullare un contratto, sul piano civilistico: da qui l'esclusione di una sua rilevanza anche sotto il profilo penalistico⁷⁵. Al contrario, è timore giuridicamente rilevante solo quello che nasce da un fatto umano esterno alla psiche di chi lo prova (*ab estrinseco*), ed è questa l'interpretazione ad essere stata accolta già nella sentenza Maldera.

Le argomentazioni della Corte di Appello nel caso Ruby, poi condivise dalla Cassazione, continuano, poi, smontando la tesi accusatoria seguita dai giudici di primo grado, i quali avevano costruito la concussione quasi come un "reato di posizione", dando valenza concussiva alla semplice posizione di supremazia del pubblico agente. In questo modo, tuttavia, essendo la sopraffazione "sempre connaturata alla qualifica di pubblico ufficiale in ragione della qualità rivestita o della funzione svolta", si finirebbe per integrare sempre il reato, in quanto la controparte avverte, per ciò solo, uno stato di soggezione. Sulla base delle suddette considerazioni, pertanto, l'assunto usato dal Tribunale di Milano – in base al quale "un'alta carica dello Stato, se contrastata in una sua richiesta, certamente attiverebbe iniziative ritorsive nei confronti della persona che ha osato contrastarla" – è stato contestato come una "petizione di principio".

Escluso che la condotta concussiva possa essere basata solo sulla situazione di supremazia rivestita dal pubblico agente rispetto all'*extraneus*, si è dunque più opportunamente richiesto l'accertamento dell'effettiva coazione, senza automatismi di sorta; pretesa ancor più legittima nel caso di specie allorché la pressione abusiva è stata effettuata su un altro pubblico ufficiale. È naturale infatti in simili circostanze fare affidamento sul rispetto dei "doveri inerenti al corretto espletamento delle sue funzioni nel settore di competenza", che legittimano normalmente l'attesa di un "obbligo di resistenza" del pubblico agente, per cui un eventuale allontanamento dai suddetti doveri va dimostrato con ancora maggiore rigore. La Corte ha perciò specificato che la condotta abusiva del pubblico agente debba essere "positivamente concreta".

Una simile allocuzione in realtà potrebbe sembrare riferita alla necessità di una minaccia esplicita, anche perché la tendenza ad estromettere dalla minaccia integrante la costrizione le forme implicite trovava una condivisione, salvo qualche eccezione, pure sotto la vigenza della precedente formulazione del reato, in quanto si ricorreva in questi casi semmai all'utilizzo della condotta induttiva. Se ciò fosse vero si dovrebbe attribuire al nuovo art. 317 c.p. una portata notevolmente più ristretta rispetto al passato, anche perché, una volta estromesse dalla concussione, le condotte di minaccia implicita non potrebbero neppure essere ricondotte nel nuovo reato di induzione indebita, per il quale la proposta dal pubblico agente deve comportare, come osservato, un vantaggio indebito. Nell'ottica che si è tuttavia mostrato di preferire, peraltro avallata dalla sentenza Maldera, anche le forme implicite di minaccia sono idonee ad integrare la

⁷⁴ Sul punto ancora, GATTA, *La minaccia*, cit., 249 ss.

⁷⁵ Per una applicazione giurisprudenziale in cui lo sfruttamento del timore reverenziale è stato utilizzato per annullare una sentenza di condanna in materia di criminalità organizzata, Cass., sez. II, 24 aprile 2012, n. 31512, Barbaro, rv. 254031.

condotta costringitiva, in quanto contenenti un danno ingiusto e non contemplanti alcun vantaggio per il privato o comunque un vantaggio preponderante sul danno. La concretizzazione positiva, cui fa riferimento la Corte nel caso Ruby, deve, allora, essere più correttamente utilizzata come sinonimo di “riconoscibilità esterna della minaccia”. Del resto, si precisa nella stessa pronuncia, che “la vittima deve essere posta nella condizione di percepire l’effettiva portata intimidatoria e costringitiva”, e va dunque dimostrato che il pubblico agente ha abusato delle sue qualità o dei suoi poteri “esteriorizzando concretamente un atteggiamento idoneo a intimidire la vittima”⁷⁶.

Per quanto il pubblico agente possa dunque non ricorrere a minacce esplicite, sono configurabili comportamenti o atteggiamenti meno forti ed energici, aventi ad oggetto un danno ingiusto, comunque idonei a creare nel destinatario uno stato di soggezione⁷⁷. Come, però, hanno precisato le Sezioni Unite, quanto più è generica la prospettazione di un danno o di una conseguenza sfavorevole al privato, tanto più deve risultare “lampante” l’intento intimidatorio del pubblico funzionario. Occorre pertanto un oggettivo riscontro della situazione minatoria, proveniente univocamente e chiaramente (*ab estrinseco*) dal contegno del pubblico ufficiale⁷⁸, pena la non configurabilità della concussione, così com’è accaduto nella vicenda dell’ex Presidente del Consiglio.

Una volta scartata l’ipotesi della concussione, i giudici di legittimità hanno verificato la riconducibilità dei fatti ad altri reati. Si è così esclusa l’applicabilità dell’induzione indebita per la mancanza del “vantaggio ingiusto”, che deve caratterizzare la fattispecie dell’art. 319 *quater* c.p. Sull’assenza di tale requisito, del resto, non sembravano esserci dubbi, tanto da essere stata confermata pure nei primi due gradi di giudizio, che avevano negato, in particolare, la configurabilità del vantaggio come conseguenza del mero atteggiamento accondiscendente del pubblico ufficiale alla richiesta di un superiore gerarchico.

Per completezza, la Cassazione ha escluso nel caso di specie anche la configurabilità di un abuso d’ufficio, realizzato in concorso tra Berlusconi e il Capo di Gabinetto del Questore, mancando l’elemento dell’ingiusto vantaggio patrimoniale e del danno ingiusto, che, a seguito della riforma del 1997, devono invece necessariamente prodursi, ed essendo stata inoltre abrogata dal ’90 la fattispecie di interesse privato in atti d’ufficio.

In definitiva, il mero abuso di poteri, che pure è stato accertato nella vicenda processuale in esame, è ormai destinato a rimanere privo di rilevanza penale, non potendo, di per sé, integrare un reato, e ciò attraverso un intervento demolitivo del

⁷⁶ Cass., 10 marzo 2015, n. 22526, cit.

⁷⁷ È stato ritenuto tale, ad esempio, l’atteggiamento di un impiegato provinciale del lavoro, responsabile della formazione delle graduatorie del collocamento obbligatorio, che aveva prospettato in maniera vaga e subdola ad un invalido civile le possibili difficoltà di trovare lavoro appartenendo ad una categoria protetta, ma allo stesso tempo alluso ad un interessamento in cambio di prestazioni sessuali, così Cass., sez. VI, 21 febbraio 2013, n. 18372.

⁷⁸ Sottolinea l’importanza di tale condizione, MORRA, *Riflessioni sulla concussione*, cit., p. 10.

legislatore, iniziato, come osservato, già prima del 2012, ma completato dalla legge Severino con la restrizione dell'ambito applicativo della concussione.

2.3. *La concussione ambientale.*

Prima della legge n. 190/2012, il carattere indefinito della concussione per induzione, con conseguente espansione della portata applicativa della fattispecie, si era acutizzato ulteriormente nella c.d. "concussione ambientale", di elaborazione prevalentemente giurisprudenziale. Come noto, in questa ipotesi, pur in assenza di un concreto comportamento positivo costrittivo o induttivo da parte del pubblico ufficiale, sulla base di un "clima diffuso o un certo andazzo", che si registra in un determinato settore, il privato si rende conto o si convince che senza pagare non potrà ottenere ciò che vuole⁷⁹. Si ottiene così l'effetto proprio della concussione, senza che ci sia al contempo un comportamento tipico di questa: il condizionamento è infatti ambientale, ma il pubblico funzionario se ne avvantaggia.

La giurisprudenza è stata a lungo divisa sulla rilevanza penale di questo tipo di situazioni, ma non mancano pronunce, legate soprattutto al periodo di Tangentopoli, che hanno applicato la concussione per induzione, giudicando non colpevole l'*extraneus* che veniva condizionato dalla "intimidazione ambientale"⁸⁰.

Altre volte, se n'è circoscritta la rilevanza alla preventiva verifica in concreto della presenza nel privato di un condizionamento che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio non avrebbe in alcun modo evitato. Si è preteso, in altri termini, un minimo di condotta induttiva da parte del soggetto pubblico, a conferma di una prassi ineludibile, diversamente configurandosi una palese violazione del principio di legalità⁸¹.

In dottrina si ritrovano posizioni più sfumate. A parte un orientamento minoritario, che riteneva non integrabile in questi casi né la fattispecie di concussione né quella di corruzione⁸², un indirizzo prevalente è ricorso più correttamente alla corruzione, individuando, alla base, uno scambio di utilità⁸³.

In realtà, applicare la concussione appare una forzatura, in quanto la condotta del pubblico agente finisce per smaterializzarsi completamente.

⁷⁹ Per esempio, è voce diffusa che se non si paghi il 5% del valore di un appalto, non si vincerà mai una gara. In questi casi, pertanto, la *datio* indebita rappresenta la condizione per non perdere un vantaggio, a cui si può solo aspirare con una partecipazione che garantisca parità di condizioni a tutti i concorrenti.

⁸⁰ Per tutte, Cass., sez. VI, 18 dicembre 1998, n. 13395, rv. 213422.

⁸¹ Cass., sez. VI, 11 gennaio 2011, n. 25694, De Laura, rv. 250467; Cass., sez. VI, 17 novembre 1994, in Cass. pen., 1995, p. 2129; Cass., sez. VI, 13 luglio 1998, n. 13395, che in mancanza di ciò configura la corruzione.

⁸² CERQUETTI, *Tutela penale della pubblica amministrazione e tangenti*, Napoli, 1996.

⁸³ PRONTERA, *Osservazioni in tema di distinzione tra concussione e truffa aggravata ex art. 61 n. 9 c.p.*, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 1027 ss.; CONTENTO, *La concussione*, Bari, 1970.

In passato è stato pure proposto di tipizzare la concussione ambientale come ipotesi speciale di reato⁸⁴, il che avrebbe colmato il sacrificio del principio di legalità⁸⁵, ma non esaurito tutti i profili problematici legati all'istituto. In molti fanno notare come attraverso una previsione espressa si corra il rischio di assecondare una prassi scorretta. La non punizione dell'*extraneus* in simili circostanze, in un settore in cui si registra una scarsa propensione alla denuncia, potrebbe, infatti, stimolare ulteriormente la condotta illecita. Il privato che paga senza una esplicita richiesta, peraltro, ad un esame più attento non sembra meritare un trattamento benevolo, in quanto contribuisce a creare o a mantenere un sistema illegale, che non va certo incentivato⁸⁶.

Resta il fatto che se la riconducibilità della concussione ambientale nell'art. 317 c.p. previgente era già fortemente problematica, a seguito della legge 190/2012, non sembrano più esserci dubbi sulla sua incompatibilità con la riformulata concussione, circoscritta alla sola costrizione. Conta comunque ancora la valutazione del contesto in cui la situazione viene in essere, potendo anche per queste ipotesi rivelarsi utile la distinzione suggerita in dottrina⁸⁷, e approfondita dalla Cassazione nel caso Ruby-Berlusconi, relativamente alle minacce generiche.

La concussione, come detto, potrà infatti ormai applicarsi solo nei casi di riscontro oggettivo di un atteggiamento intimidatorio del pubblico agente, il che porta ad escludere dal suo ambito applicativo le ipotesi di concussione ambientale in senso stretto, in cui il soggetto pubblico si limita ad approfittare della dazione o promessa indebita del privato, senza che ha ciò abbia contribuito in alcun modo. Qualora pertanto l'iniziativa del privato non sia scaturita da un'influenza esterna direttamente ricollegabile al pubblico agente, deve trovare più correttamente applicazione la corruzione⁸⁸, e al massimo l'induzione indebita, qualora ci siano gli estremi di un abuso

⁸⁴ Si tratta del disegno di legge Martinazzoli 2844/85 e del disegno di legge Vassalli 2441/88, ma anche del progetto per la riforma del codice penale Pagliaro 1992, in *Doc. giust.*, 1992, fasc. 3, che prevede, tra le altre cose, accanto alla corruzione, l'eliminazione del reato di concussione e la sua riconducibilità al reato di estorsione aggravata.

⁸⁵ In realtà, secondo FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 885 ss., neanche questo espediente sarebbe sufficiente a garantire il rispetto del principio di legalità, poiché la fattispecie potrebbe in ogni caso presentare problemi di determinatezza, in relazione all'accertamento dell'influenza del fattore ambientale, analogamente a quanto è avvenuto per il delitto di plagio. Problematica risulterebbe, inoltre, la dimostrazione dell'*"animus"* del privato come concusso, con una conseguente pericolosa deriva verso un diritto penale dell'intenzione.

⁸⁶ Critici sulla concussione ambientale, in base ai suddetti rilievi, tra gli altri, PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1313 ss.; ID., *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., p. 787 ss.; FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma*, cit., p. 890 ss.; MANES, *La concussione "ambientale" da fenomenologia a fattispecie "extra legem"*, in *Foro it.*, 1999, II, c. 645 ss.; FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale"*, cit., p. 491 ss.; MUSCO, *Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione*, in AA.VV. (a cura di), *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, Bari, 1996, p. 46; CONTENTO, *Concussione*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, coord. da PADOVANI, Torino, 1996, p. 117 ss.

⁸⁷ GATTA, *La minaccia*, cit., p. 225 ss.

⁸⁸ In quest'ottica la sola interferenza esterna non fa venire meno i margini della corruzione, potendo al massimo incidere sulla commisurazione della pena, ex art. 133 c.p.

delle qualità o dei poteri e un *minimum* di contenuto minatorio della condotta del soggetto pubblico⁸⁹.

2.4 I casi di promiscuità tra vantaggio e danno.

Il secondo gruppo di questioni da esaminare attiene ai casi *borderline* di minaccia-offerta o minaccia-promessa, in cui si riscontrano, nella stessa vicenda, tanto un danno, quanto un vantaggio per il privato. Il criterio dell'elemento più significativo, indicato dalle Sezioni Unite per risolvere le suddette ipotesi, sembra funzionare anche nelle pronunce successive. È accaduto così, ad esempio, nella vicenda relativa a un poliziotto e una prostituta clandestina alla quale erano state chieste prestazioni sessuali in cambio di un trattamento benevolo. In questa circostanza si è riconosciuta la concussione e non l'induzione indebita, precisando che "qualora rispetto al vantaggio prospettato, quale conseguenza della promessa o della dazione indebita dell'utilità, si accompagni anche un male ingiusto di portata assolutamente spropositata, la presenza di un utile immediato e contingente per il destinatario dell'azione illecita risulta priva di rilievo ai fini della possibile distinzione tra costrizione da concussione e induzione indebita, in quanto, in tal caso, il beneficio conseguito o conseguibile risulta integralmente assorbito dalla netta preponderanza del male ingiusto"⁹⁰.

Similmente, la giurisprudenza di legittimità ha confermato la sentenza di condanna per concussione a due militari che, nell'accompagnare in caserma due prostitute rumene per controlli, avevano richiesto prestazioni sessuali, prospettando, in caso di diniego, la necessità della loro identificazione e del consequenziale fermo⁹¹. Anche in questo caso i giudici hanno ritenuto di dover bilanciare il vantaggio delle due donne di evitare la misura restrittiva con l'importanza del bene giuridico offeso dalla richiesta indebita dei pubblici agenti, e cioè la loro libertà sessuale. Si è così confermato lo sfruttamento da parte dei militari dell'ufficio per il perseguimento di un interesse privato illecito e dunque la concussione.

Si tratta, a ben vedere, di vicende analoghe a quelle esemplificate dalle stesse Sezioni Unite⁹², allorché hanno fatto riferimento al bilanciamento di beni contrapposti nel conflitto decisionale. Ipotesi, cioè, in cui entrano in gioco beni di rango primario, come il diritto alla salute o la libertà sessuale o la stessa libertà personale, di fronte ai

⁸⁹ A seguito della riforma, prevedono una maggiore applicazione della induzione indebita per questi casi PELISSERO, *Relazione al Convegno su "Novità normative e giurisprudenziale in tema di concussione e induzione indebita"*, Torino, 9 luglio 2015, in www.studiolegalecavallo.com, p. 6; GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit., p. 6 s.

⁹⁰ Cass., sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 8963, Maiorana, rv. 262503.

⁹¹ Cass., sez. III, 7 maggio 2014, n. 37839, in www.altalex.it. Conf., Cass., sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 12520, in www.sentenze-cassazione.com, che ha confermato la sentenza di primo grado, qualificante la concussione, nella richiesta di favori sessuali da parte di un professore verso le sue allieve, prospettando ripercussioni nella vita scolastica e privata in caso di mancata adesione alle sue richieste. Ancora una volta il sacrificio della libertà sessuale, peraltro di vittime giovanissime, è stato ritenuto assorbente il rilievo del vantaggio personale indicato nella promessa di buoni voti.

⁹² V. *retro*, nota n. 44.

quali l'esito del bilanciamento che l'interprete deve compiere è certamente più semplice, per non dire scontato.

Molto più spesso invece la dinamica delle vicende riconducibili ai fenomeni corruttivi, in senso lato, riguarda la sfera dei diritti patrimoniali. Il male ingiusto minacciato consiste, in altri termini, in un danno patrimoniale per il privato, idoneo a compromettere la mera libertà di iniziativa economica, come nei casi in cui la minaccia del pubblico agente riguardi la mancata assegnazione di appalti pubblici⁹³.

Di fronte a queste situazioni la sentenza Maldera non sembra aver espressamente assunto una posizione, avendo fatto esplicito riferimento solo alle situazioni in cui l'*extraneus* agisce per preservare un interesse di rango particolarmente elevato, ed è questo uno dei punti in cui sarebbe stato utile un ulteriore approfondimento della Corte.

Ciò nonostante è possibile riconoscere che il parametro del bilanciamento degli interessi contrapposti si presti ad essere applicato, anche se con maggiori difficoltà, pure in questi casi⁹⁴. Ebbene, posto che a controbilanciare la tutela degli interessi di natura economica dell'*extraneus* vi è, il più delle volte, il bene dell'imparzialità della pubblica amministrazione, la natura pubblicistica di quest'ultimo dovrebbe astrattamente prevalere nella considerazione del giudice. In questo senso si pone anche l'art. 41 Cost., che tutela l'iniziativa economica, fino a che non appaia in contrasto con l'utilità sociale. Ne consegue che in una situazione come questa la valutazione benevola nei confronti del privato, minacciato nei suoi interessi economici, dovrebbe cedere di fronte alla superiorità dell'interesse pubblico sacrificato dal vantaggio indebito, con l'applicazione dell'induzione indebita o della corruzione.

Seguendo le indicazioni generali tracciate dalle Sezioni Unite, tuttavia, pure stavolta l'applicazione del criterio in esame deve avvenire in maniera dinamica, valutando cioè tutti i dati circostanziali del caso specifico, di fronte ai quali è possibile tener conto, oltre che della posizione dei beni nella scala gerarchica, anche di altri elementi, come, ad esempio, la particolare intensità dell'offesa⁹⁵. Potrebbe dunque verificarsi che, di fronte ad un'offesa molto forte dell'interesse privatistico, il pendolo della bilancia torni a propendere a favore della sua tutela piuttosto che dell'interesse pubblicistico, riconoscendo la prevalenza di un male ingiusto rispetto al vantaggio. Si pensi, ad esempio, alla minaccia della revoca di un contratto d'appalto, già stipulato e di ingente valore, ed alla contestuale esclusione dell'imprenditore da ogni possibile futuro

⁹³ È frequente la minaccia di esclusione di un imprenditore tra i possibili assegnatari di un appalto qualora non versi una tangente, ma nello stesso tempo prospettandone, per contro, la certezza dell'assegnazione nel caso di adesione alla richiesta.

⁹⁴ Così, ad esempio, PISA, *Una sentenza equilibrata*, cit., p. 571.

⁹⁵ È quanto è accaduto nel caso giudicato da Cass., sez. VI, 14 dicembre 2015, n. 49275, di alcuni imprenditori costretti a versare il 10 % della commessa in nero per non essere esclusi da lavori in una cittadella militare. La Cassazione ha giudicato la condotta dei pubblici ufficiali come concussione, tenuto conto del pregiudizio subito dagli imprenditori vessati, che in alcuni casi rischiavano di dover chiudere le loro attività, ed essendo stato provato il clima di sudditanza e asservimento loro imposto; Cass., sez. II, 9 ottobre 2014, n. 46401, Destri, rv. 261048, con cui è stata applicata la concussione anche ad un tecnico comunale, che aveva preteso dal gestore di un centro balneare, in cambio di una celere regolarizzazione di alcuni abusi edilizi, il conferimento di un incarico professionale a favore dello studio legale dei propri figli.

rapporto con la pubblica amministrazione⁹⁶ ovvero alla minaccia di una mancata aggiudicazione finale di un appalto, che rappresenti “l’ultima spiaggia” per evitare il fallimento di un imprenditore, magari in gravi difficoltà economiche, oltre che il licenziamento dei dipendenti⁹⁷.

Si tratta, tuttavia, di una valutazione di interessi contrapposti certamente di non facile soluzione, potendo tra l’altro mutare la prospettiva con cui esaminare i casi concreti. Seguendo un’impostazione soggettivistica – legata più allo stato emotivo del privato, che non ad una valutazione oggettiva dei beni in gioco – la tutela dell’interesse privatistico dovrebbe essere favorita anche nelle ipotesi meno impattanti, potendo ad esempio anche la minaccia *tout court* dell’esclusione da una gara di appalto essere vissuta dal soggetto passivo come una costrizione e dunque legittimare l’applicazione della concussione.

In base ad un indirizzo opposto, di impronta oggettivistica, mirante a una lotta rigorosa contro tutte le pratiche corruttive, salvo il caso in cui il pubblico agente minacci un bene primario come la vita, l’integrità fisica o la libertà personale del privato, quest’ultimo è tenuto sempre a “resistere” alle richieste dell’*intraneus*, e semmai a denunciare simili proposte. La tutela dell’interesse pubblicistico al buon andamento e all’imparzialità della pubblica amministrazione non dovrebbe pertanto mai consentire deroghe a favore di interessi privatistici, tanto nelle ipotesi di offese di tipo patrimoniale meno intense, quanto in quelle con maggiore carica lesiva; di conseguenza dovrebbero in tutti questi casi trovare sempre applicazione l’induzione indebita o direttamente la corruzione.

Nell’ottica che qui si preferisce, e in linea con l’esigenza di un’applicazione dinamica del criterio dell’elemento più significativo, come suggerito in generale dalle stesse Sezioni Unite, una posizione intermedia consente invece di distinguere caso per caso, ammettendo un’eccezione al rispetto della gerarchia dei beni giuridici coinvolti nelle sole ipotesi in cui l’offesa al bene privatistico preservato dal privato è particolarmente significativa, sicché punirlo equivarrebbe ad infliggergli un “secondo male”⁹⁸.

È evidente però come si tratti di una indagine particolarmente complessa e a volte di non immediata applicazione. Prova ne sia la diversità di valutazioni già emersa in

⁹⁶ Per questo esempio, MONGILLO, *Induzione indebita*, in CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 221.

⁹⁷ Nello stesso senso, PISA, *Una sentenza equilibrata*, cit., p. 571, che finisce per considerare decisiva la pressione subita, restando, a suo dire, su un piano secondario il vantaggio.

⁹⁸ SPENA, *Per una critica*, cit., p. 215, che, riferendosi al privato per indicare tale situazione, usa emblematicamente l’espressione “cornuto e mazziato”; MONGILLO, *La corruzione*, cit., p. 103; VIGANÒ, *I delitti di corruzione*, cit., p. 19, per il quale, tuttavia, occorre in queste ipotesi applicare la corruzione, eliminando, in una prospettiva *de jure condendo*, radicalmente l’art. 319 *quater* c.p., sì da evitare ogni pericolo di vittimizzazione indebita del privato. In questi casi semmai occorre riflettere se porre un freno al trattamento benevolo nei confronti del privato allorché l’obiettivo perseguito con la dazione o la promessa dell’indebito non sia solo la mancata esclusione dalla gara d’appalto, ma direttamente la assicurazione della vincita dell’appalto medesimo.

dottrina e che, probabilmente, potrà dare vita ad applicazioni giurisprudenziali eterogenee. Ed è su questo aspetto che si auspica un nuovo intervento chiarificatore.

In verità, non è mancato chi ha contestato drasticamente simili strumenti interpretativi che prendono in considerazione le motivazioni che spingono il privato ad adeguarsi alla richiesta indebita, vedendo in ciò il pericolo di un ritorno ai criteri meramente soggettivi⁹⁹. In molti hanno infatti letto le indicazioni suggerite dalla Corte per l'individuazione dell'elemento più significativo, proprio come la necessità che si valuti l'effettivo processo psicologico che ha determinato il privato alla dazione o alla promessa¹⁰⁰. Ed invero quando si torna a porre l'attenzione sul contenuto motivazionale che sorregge le condotte e sull'effetto che queste producono sulla sfera psichica dell'*extraneus*¹⁰¹ potrebbe davvero palesarsi un inevitabile ritorno all'impostazione tradizionale della pressione psicologica.

Sennonché se, trattandosi di reati basati su coazioni psichiche, è inevitabile riferirsi al percorso motivazionale che sta dietro la decisione del privato, è bene, tuttavia, agganciarne l'accertamento sul piano probatorio attraverso indici sintomatici concreti. Risulterebbe infatti fuorviante, oltre che di ardua verificabilità empirica¹⁰², mirare ad un esame meramente introspettivo del processo decisionale del privato. E qui il criterio oggettivo-normativo del bilanciamento dei beni in conflitto, prescelto dalle Sezioni Unite, e già utilizzato da alcuni interpreti per risolvere i casi ambigui¹⁰³, appare particolarmente interessante. Lo sforzo compiuto dalla sentenza Maldera è dunque stato quello di guidare l'interprete verso l'utilizzo di un riscontro oggettivo. In questo senso, deve essere preso in considerazione, senza automatismi, "il registro comunicativo nei suoi contenuti sostanziali, rapportati all'insieme dei dati di fatto disponibili"¹⁰⁴. Giovano

⁹⁹ BARTOLI, *Le Sezioni unite tracciano i confini*, cit., p. 1215; VIGANÒ, *I delitti di corruzione*, cit., p. 13, 17; PELISSERO, *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 205 s.; BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita*, cit., p. 14.

¹⁰⁰ Sembrano far riferimento alla prevalenza in concreto della prospettiva di conseguire un vantaggio ingiusto o di quella di evitare un danno, tra gli altri GATTA, *La concussione riformata*, cit., p. 1580 ss.; SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione*, cit., p. 891. Ritene il parametro in esame utile ai fini della distinzione tra concussione e corruzione, CONTENTO, *La concussione*, cit., p. 114, in nota, pur riconoscendo come talora sia davvero impossibile ricostruire il percorso motivazionale del privato.

¹⁰¹ Così MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., p. 207; ma anche le Sezioni Unite nella sentenza Maldera (p. 43), laddove si fa riferimento allo "stato psicologico di vera e propria costrizione".

¹⁰² Sottolinea una simile difficoltà, specificando il contrasto che ne deriverebbe anche sul piano del rispetto del principio di determinatezza, GIOIA, *Il criterio di distinzione*, cit., p. 56 ss.

¹⁰³ MONGILLO, *L'incerta frontiera*, cit., p. 209, il quale sottolinea l'importanza del rango particolarmente elevato dell'interesse preservato dall'*extraneus* attraverso la prestazione indebita. Più in generale, per il ricorso al criterio del bilanciamento tra gli interessi in conflitto in ogni ipotesi in cui si pone un problema di esigibilità della pretesa normativa, FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 221 ss. Sul punto, GIOIA, *Il criterio di distinzione*, cit., p. 57 ss. In senso analogo il criterio del bilanciamento tra interessi in conflitto è solitamente applicato in altre situazioni problematiche; si pensi, ad esempio, alle ipotesi di legittima difesa in cui è necessario stabilire la proporzione tra condotta offensiva e condotta difensiva, o ancora allo stato di necessità. Cfr., sul punto, tra gli altri VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti i doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000; DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, p. 253 ss.

¹⁰⁴ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 43.

a tal fine tutte le circostanze del caso specifico che attribuiscono pregnanza oggettiva al danno o al vantaggio¹⁰⁵. Ed è a questo punto che diventa utile seguire le indicazioni fornite da tempo anche da quanti hanno approfondito il tema dell'accertamento della causalità psichica¹⁰⁶, laddove, in sostituzione di leggi scientifiche di copertura, impossibili da ritrovare allorché si esaminano i rapporti tra persone, è opportuno ricorrere alle massime di esperienza, sì da evitare il pericolo di una deriva verso una applicazione individualizzante delle norme. In particolare, è bene scomporre l'accertamento in due fasi: la prima in cui *ex ante* si deve valutare l'idoneità dell'abuso costringitivo o induttivo ad incidere sul processo volitivo dell'*extraneus*, e una seconda fase in cui verificare *ex post* se la massima di esperienza utilizzata ha trovato effettivo riscontro nel caso concreto.

2.4.1 L'esercizio del potere discrezionale legittimo.

Nell'ambito delle vicende in cui danno e vantaggio convivono rientra, come ricordato, "l'uso dell'esercizio di un potere discrezionale legittimo". Esula dalla questione la prospettazione di un "danno ingiusto" conforme alla legge e che il privato "deve" subire secondo le regole del diritto, trattandosi di provvedimenti negativi doverosi¹⁰⁷, come nel caso di un arresto in flagranza obbligatorio o nell'applicazione di una sanzione ad infrazione avvenuta di una regola del codice della strada, ovvero di una violazione giuslavoristica, ovvero ancora nel caso di un sequestro obbligatorio in presenza dei presupposti di legge, ecc. Ebbene, in tutte le situazioni richiamate, chi dovesse cedere alla richiesta indebita del pubblico agente lo farebbe per un proprio indebito tornaconto, legittimando il ricorso al delitto di corruzione o di induzione indebita a seconda dell'assenza-presenza dell'abuso della qualità o dei poteri dell'*intraneus*.

Nel caso in esame, invece, il pubblico agente prospetta un atto sì sfavorevole, ma rientrante nel legittimo esercizio del suo potere "discrezionale".

Sulla base dell'orientamento che distingue concussione e induzione indebita a seconda della natura del danno prospettato al privato, cui si è fatto riferimento richiamando i diversi indirizzi giurisprudenziali emersi con l'entrata in vigore della

¹⁰⁵ Sottolinea come questo tipo di valutazione valga per ogni reato basato sulle interazioni psichiche tra autore e vittima, PELISSERO, *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 207 s. L'attenzione in queste ipotesi verso tutte le circostanze del caso concreto è suggerita anche da ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 241.

¹⁰⁶ RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, che afferma la necessità di "sancire il divorzio nella materia *de qua*, tra causalità (giuridico-penale) e scienza", tramite il ricorso a leggi sociali di copertura, a base statistica, che traggono legittimazione da senso comune; CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino, 2012, p. 133 ss.; ID., *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 249 ss.; RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 815 ss.

¹⁰⁷ Si tratta di provvedimenti vincolati sia relativamente all'*an* sia relativamente al contenuto.

legge 190/2012¹⁰⁸, in questi casi se l'esercizio riguardi un potere discrezionale attribuito dalla legge (*secundum ius*), si configurerebbe un danno "giusto" e dunque l'induzione indebita; se invece l'esercizio riguardi un potere non conforme alla legge (*contra ius*), si integrerebbe la concussione.

L'assunto, tuttavia, appare, a ben vedere, frutto di un fraintendimento iniziale, in quanto, prospettare una conseguenza sfavorevole, sia pure derivante dalla legge, ma per un illecito profitto, è già un male ingiusto. Piuttosto, si configura un "abuso ingiusto" e l'atto consequenziale, ad ogni modo illegittimo, integra un eccesso di potere¹⁰⁹.

Ancora più estensivamente non manca chi riconosce il male ingiusto, e dunque la minaccia, di fronte ad ogni uso distorto del potere (abuso) o del diritto, che l'agente indirizzi verso finalità genericamente ingiuste¹¹⁰. Va da sé che in simili circostanze l'esercizio del potere discrezionale, se pure previsto dalla legge, solo apparentemente possa dirsi giusto. Sull'ampiezza della minaccia peraltro incide anche l'idea che l'abuso possa essere realizzato sia attraverso atti amministrativi sia con comportamenti materiali¹¹¹, e in questa direzione si è espressa anche la giurisprudenza prevalente¹¹², compreso la sentenza Maldera.

Come osservato, il suggerimento proposto dalle Sezioni Unite per dirimere le suddette ipotesi distingue i reati esaminando la genesi del rapporto: cosicché davanti alla eventuale estemporaneità e pretestuosità dell'esercizio sfavorevole del proprio potere discrezionale, fatto al solo fine di costringere il privato alla prestazione indebita, si avrebbe la minaccia di un danno ingiusto e dunque la concussione¹¹³; qualora invece l'atto discrezionale è prospettato nell'ambito di un'attività legittima, nella quale si fa capire all'*extraneus* che adempiendo alla richiesta indebita ne conseguirebbe un trattamento indebitamente favorevole, allettandolo, più che costringendolo, si integrerebbe l'induzione indebita¹¹⁴.

È anche vero che un simile discernimento presuppone un'indagine di tutta la dinamica della situazione, nella quale diventa fondamentale, l'individuazione del danno ingiusto tramite il riscontro, come anticipato, di requisiti sia oggettivi che soggettivi. È utile sottolineare come l'idoneità a incutere soggezione nel privato può essere propria anche di modalità espressive meno esplicite e solo apparentemente innocue, ma che, ad una valutazione più attenta, che tenga conto di tutte le circostanze che caratterizzano il

¹⁰⁸ Per tutte, Cass., sez. VI, 3 dicembre 2012, Roscia, cit.

¹⁰⁹ Così MONGILLO, *Concussione*, in CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, P.te Speciale, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, 2015, p. 125.

¹¹⁰ Così GATTA, *La minaccia*, cit., p. 185, p. 225; MANNA, *La differenza tra concussione per costrizione ed induzione indebita: riflessioni a margine del dispositivo delle Sezioni Unite*, in Arch. pen., 2013, p. 28; SCOLETTA, *I mobili confini tra concussione e induzione*, cit., p. 889; PELISSERO, *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 197.

¹¹¹ ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 103.

¹¹² Cass., sez. VI, 12 luglio 2001, in Cass. pen., 2002, p. 1394; Cass., sez. VI, 19 giugno 2008, *ivi*, 2009, p. 1938.

¹¹³ Si pensi al caso di un finanziere che per non pagare il conto di un negozio minacci di ritornarvi il giorno dopo per effettuare un controllo, attività che rientra sicuramente nei poteri previsti dalla sua funzione, ma che verrebbe, in questo caso, esercitata fuori dalla sua causa tipica, con uno svuotamento dell'attività amministrativa.

¹¹⁴ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 43.

fatto, possono rivelarsi intimidatorie¹¹⁵; per contro, l'effetto di soggezione potrebbe anche non registrarsi nel caso concreto, magari a causa di un carattere particolarmente forte del destinatario della condotta, senza che con ciò vengano necessariamente meno i caratteri oggettivi della sopraffazione.

Il caso sottoposto al giudizio delle Sezioni Unite dall'ordinanza di rimessione apparteneva proprio a questo tipo di situazioni, riguardando il controllo effettuato da alcuni ispettori del lavoro verso alcuni commercianti e imprenditori, durante il quale sarebbero state riscontrate effettive infrazioni. In base alla tesi dell'accusa, sarebbe stata minacciata una sanzione più alta di quella dovuta se non fossero state accolte richieste di denaro e altre utilità. La Corte ha qualificato i fatti come induzione indebita sul rilievo del mancato raggiungimento della prova di un danno *contra ius* (la minaccia di "gonfiare" la sanzione). Non può peraltro sottacersi come questa soluzione abbia consentito ai giudici di non doversi poi cimentare nell'applicazione concreta dei parametri prima indicati per la risoluzione dei casi più complessi.

Secondo l'interpretazione di alcuni¹¹⁶, la sentenza Maldera avrebbe con ciò lasciato intendere che la concussione non potrebbe mai configurarsi quando la conseguenza sfavorevole prospettata dal pubblico agente derivi dalla legge. Per contro si fa notare come una simile conclusione non sia sostenibile in quanto può configurarsi concussione anche nei casi in cui il privato consegua un vantaggio adeguandosi alla richiesta indebita (nel caso di specie avrebbe evitato l'applicazione di una sanzione per un'infrazione effettivamente commessa), ma viva ugualmente il fatto come una sopraffazione, il ch , si precisa, richiederebbe una prova ardua, ma non per questo impossibile¹¹⁷. In definitiva, ci  che si vuole sottolineare   che l'esercizio di un potere discrezionale legittimo non per forza debba integrare le ipotesi criminose degli artt. 319 *quater* o 319 c.p., che comportano la punibilit  del privato. Il giudice infatti dovr  infatti di volta in volta accertare l'idoneit  della minaccia a incutere timore, nonch , la sua efficienza causale rispetto alla promessa o alla dazione dell'indebito, riscontrate le quali   applicabile la concussione.

A ben vedere, la precisazione appare corretta, tuttavia, non   opportuno far dire alle Sezioni Unite pi  di quanto abbiano realmente affermato: la circostanza che nel caso di specie sia stata applicata l'induzione indebita a causa della mancata prova del maggior danno minacciato, non equivale a circoscrivere l'art. 317 c.p. ai soli casi in cui la prospettazione dell'esercizio del potere non abbia i presupposti di legge. Del resto, sono state le stesse Sezioni Unite ad aver riconosciuto prima che anche nell'esercizio di

¹¹⁵ Si tratta di modalit  che possono pertanto non escludere la concussione, ma incidere semmai sulla determinazione della pena da infliggere al pubblico agente.

¹¹⁶ Cos  GATTA, *Concussione e induzione indebita a dare o promettere utilit *, in *Treccani.it, Il libro dell'anno del diritto*; ma gi  ID., [*Sulla minaccia dell'esercizio di un potere pubblico. A proposito di problematici rapporti tra concussione e "induzione indebita" \(aspettando le Sezioni Unite\)*](#), in *questa Rivista*, 2 dicembre 2013.

¹¹⁷ Ancora GATTA, *Concussione e induzione indebita*, cit., per il quale si deve compiere un'accurata indagine sul processo motivazionale del privato, ricordando pure come una simile situazione possa configurarsi anche nel diritto civile, in materia di vizi del consenso negoziale, nei casi in cui si   costretti ad accettare una donazione. Per seguire allora fino in fondo la scelta di adottare una nozione unitaria di minaccia, non resterebbe che configurare anche in queste ipotesi una minaccia di un male ingiusto.

un potere discrezionale legittimo è possibile configurare la concussione nel caso di un suo esercizio “estemporaneo” e “pretestuoso”. È ancora la Corte ad aver richiamato a tal fine l’importanza della genesi del rapporto tra i soggetti. Vero ciò, occorre procedere ad una valutazione casistica. E qui il criterio indicato dalla sentenza Maldera, sull’origine del rapporto tra i soggetti, risulta ancora convincente. Così, se l’esercizio del potere discrezionale, pur se previsto dalla legge, avviene in modo tale da alterare gli obiettivi tipici per cui esso è previsto, allontanandosi dal perseguimento del pubblico interesse, si configura la minaccia di un male ingiusto. Lo sviamento dell’attività amministrativa dalla sua causa tipica, perciò è già danno antiggiuridico.

Potendosi inoltre ritrovare anche in questo tipo di situazioni la convivenza di un danno e di un vantaggio ingiusti, può tornare utile il ricorso al bilanciamento dei beni giuridici coinvolti. Potrebbe pertanto aversi concussione allorché il privato, pur ottenendo un trattamento preferenziale in caso di adesione all’indebita richiesta del pubblico ufficiale, si sia trovato in una situazione di sostanziale costrizione, assimilabile alla coazione morale di cui all’art. 54, 3° comma, c.p.; il che può più facilmente verificarsi, come osservato, quando il bene giuridico da costui preservato sia particolarmente importante, oppure nei casi di particolare intensità dell’offesa diretta verso beni di tipo patrimoniale.

Tenuto conto di queste premesse, è interessante analizzare come siano state inquadrare simili vicende nelle sentenze successive alla Maldera.

Invero, potrebbe sembrare che il giudice in alcuni casi si faccia guidare ancora dal discrimine tra potere discrezionale *secundum ius* o *contra ius*. Così nel caso di tre ispettori superiori di polizia, ritenuti nei primi due gradi di giudizio responsabili di diversi episodi di concussione, per aver ottenuto una serie di utilità indebite, dopo aver minacciato nei confronti di diversi esercenti l’applicazione di multe conseguenti ad irregolarità amministrative riscontrate oltre che la chiusura del negozio, ma che la Cassazione ha invece derubricato in episodi consumati o tentati di induzione indebita¹¹⁸. In particolare, si è affermato che la condotta tenuta dai pubblici agenti avrebbe integrato l’abuso induttivo attraverso una posizione di forza con conseguente sfruttamento della situazione di debolezza del privato, il quale aveva prestato acquiescenza alla richiesta, non tanto per evitare un danno ingiusto, quanto per conseguire un vantaggio indebito, essendo le irregolarità amministrative effettivamente state accertate; e ciò dopo aver aggiunto che con la punibilità del privato nell’art. 319 *quater* c.p. il legislatore si propone “lo scopo di disincentivare forme di sfruttamento opportunistico della relazione viziata dall’abuso della controparte pubblica imponendo al privato, nei rapporti con l’amministrazione, di non perseguire vantaggi ingiusti che possono derivare anche da situazioni generate da abusi patiti ad opera di funzionari pubblici”.

¹¹⁸ Cass., sez. VI, 15 luglio 2014, n. 47014, in www.neldiritto.it, annullando la sentenza della Corte d’Appello di Palermo che aveva condannato i tre ispettori per concussione; Cass., sez. VII, 12 novembre 2014, n. 50482, cit.; Cass., 12 settembre 2014, n. 37655, in relazione ad un carabiniere che esigeva somme di denaro da parte di un commerciante per non denunciare le irregolarità di natura lavoristica riscontrate.

Il più delle volte, però, sembra trovare riscontri la linea tracciata dalle Sezioni Unite e ulteriormente approfondita in dottrina. La Cassazione¹¹⁹, di recente, prendendo espressamente posizione contro il criterio discrezionale relativo alla dicotomia male ingiusto-male giusto, accusato di essere “foriero di equivoci interpretativi”, ha, ad esempio confermato la costrizione per un episodio, fra tanti contestati, da parte di un appartenente all’Arma dei Carabinieri, già comandante del Nucleo afferente alla Direzione Provinciale del Lavoro¹²⁰. Il pubblico agente, abusando delle proprie competenze e funzioni di polizia giudiziaria, aveva infatti più volte richiesto a vari esercenti diverse utilità e minacciato l’espletamento del doveroso accertamento di violazioni connesse alla sicurezza e previdenza dei lavoratori. Nel caso specifico aveva preteso e ottenuto 100.000 euro per non dare seguito ad una serie di azioni, che, a suo dire, avrebbero potuto “rovinare” un imprenditore edile, approfittando della morte di un lavoratore, avvenuta in un suo cantiere. Nella realtà la morte era avvenuta per infarto e, pur trattandosi di un aspetto poco approfondito nelle indagini, era chiaro che non si trattasse di un infortunio. Di conseguenza non ci sarebbero stati in ogni caso i presupposti per una eventuale accusa del datore di lavoro per omicidio colposo, ma semmai per altri tipi di infrazioni, che avrebbero potuto occasionare al massimo l’accertamento di contravvenzioni¹²¹. Ad ogni modo, i giudici di legittimità hanno confermato per l’episodio citato quanto sostenuto sin dal primo grado di giudizio, e cioè la presenza di “tutti i caratteri ontologici di una prevaricazione”, essendo state ribadite da più parti le minacce esplicite del militare di esiti giudiziari catastrofici, che avrebbero mandato in carcere l’imprenditore e lasciato presagire anche il fallimento e la chiusura della relativa azienda¹²². In particolare, spingevano in questa direzione, la mancata congruenza delle minacce rispetto alla situazione concreta e, dunque, la sproporzione dello sviamento del potere discrezionale, in senso peggiorativo rispetto alle conseguenze legittimamente scaturibili dalle infrazioni eventualmente commesse dall’imprenditore. Con ciò, però, non si è aderito alla dicotomia danno giusto-danno ingiusto, recepita nella citata sentenza Roscia, perché la stessa Corte ha chiarito, subito dopo, che “la minaccia di usare dolosamente *contra ius* (o per interessi diversi da quelli per la cui assicurazione sono stati conferiti) i poteri discrezionali connessi ad una pubblica funzione si risolve in ‘prospettazione di un male ingiusto’, ma a maggior ragione diviene ingiusta la prospettiva che evochi anche comportamenti dannosi non regolati dalla legge, o addirittura vietati, ed idonei ad accrescere il danno per la persona offesa”. Per cui, a

¹¹⁹ Cass., sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 6056, in *Dir. giust.*, 11 febbraio 2015.

¹²⁰ La sentenza di secondo grado, che lo aveva condannato per concussione, venne deliberata, ma non depositata, prima dell’entrata in vigore della riforma del 2012. Ne seguì il ricorso del difensore, che chiese la derubricazione dei fatti come induzione a dare o promettere utilità, ricorso che è stato valutato, come detto, parzialmente fondato.

¹²¹ I giudici esemplificano queste ipotesi nella violazione delle norme sull’impiego “in nero” del personale, o nella disciplina di garanzia delle obbligazioni retributive, fiscali o previdenziali gravanti sul datore di lavoro.

¹²² Secondo PELISSERO, *Relazione*, cit., p. 7, si è tornati, tuttavia, in questo modo a dare più spazio al grado di incidenza psichica della condotta del pubblico ufficiale sull’*animus* del privato, anziché al ruolo del vantaggio, ridotto a fattore concorrente nella determinazione del fatto induttivo.

discapito di fraintendimenti, si è negato che l'esercizio di un potere discrezionale *secundum legem* esuli di per sé dalla minaccia di un danno ingiusto¹²³. In situazioni come questa il vantaggio ingiusto perseguito dal privato (che non pagherebbe la sanzione per una infrazione realmente commessa) è stato ritenuto superato dal danno ingiusto prospettato dal pubblico ufficiale, che ha coinvolto beni rilevanti (non solo di tipo patrimoniale, ma anche relativi alla libertà personale), legittimando l'applicazione della concussione anziché della induzione indebita. Il criterio seguito per confermare le proprie conclusioni è stato dunque quello dell'accertata sopraffazione del pubblico agente provocata dalla strumentalizzazione di un pubblico potere, potendo in generale passarsi dalla concussione, alla induzione indebita o alla corruzione a seconda del grado di condizionamento psichico della vittima nei rapporti tra gli artt. 317 e 319 *quater* c.p. o della presenza-assenza dell'abuso di qualità o dei poteri del pubblico agente, mancante nella corruzione.

In un'altra pronuncia, invece, la Cassazione¹²⁴ ha condannato per induzione indebita, tuttavia estinta per sopravvenuta prescrizione, un ispettore della Direzione territoriale del lavoro, che aveva provato a farsi dare denaro e altre utilità dal titolare di uno studio professionale, in cambio dell'omissione della comunicazione di violazioni effettivamente riscontrate¹²⁵. Nel caso di specie l'abuso della qualità da parte dell'imputato è consistito nel proporre al privato il vantaggio costituito dall'omissione di controlli nei confronti delle imprese a lui riconducibili, se fossero stati garantiti incarichi professionali al figlio. La condotta di sopraffazione esercitata dal pubblico ufficiale si coniugava con il perseguimento di un indebito vantaggio per quest'ultimo, consistente nell'evitare l'accertamento di violazioni da parte dell'Ispettorato del lavoro. Sono stati pertanto ravvisati gli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 319 *quater* c.p.

In un'altra sentenza¹²⁶, meno coerentemente, la condotta di concussione è stata riscontrata anche negli atteggiamenti intimidatori di un maresciallo della Guardia di finanza, che aveva offerto il suo "aiuto" nei confronti di privati sottoposti ad un controllo fiscale, nonostante mancasse l'accertamento di un suo comportamento minaccioso e anzi, in un episodio, fosse stato direttamente il privato ad essersi rivolto al pubblico ufficiale in occasione di una importante verifica fiscale. I fatti sono stati inquadrati come concussione, sulla base del solo "abuso di qualità" dell'*intraneus*, il che contraddice la pretesa di un *minimum* di contenuto intimidatorio della richiesta del pubblico agente ai fini dell'inquadramento della costrizione, desumibile dalle Sezioni Unite, ed esplicitato più chiaramente nel Caso Ruby-Berlusconi. In questa ipotesi, infatti, la mancanza di una

¹²³ In questo senso Cass., sez. VI, 22 settembre 2015 n. 50065, che ha ritenuto immune da vizi la sentenza con cui la giurisprudenza di merito aveva applicato l'induzione indebita per due dipendenti della Agenzia dell'Entrate, che abusando della loro qualità di verificatori durante un accertamento fiscale di un'attività commerciale, avevano dapprima prospettato ad un imprenditore l'infrazione di sanzioni economiche significative e, dopo, lo avevano indotto a consegnare denaro al fine di omettere le segnalazioni delle irregolarità.

¹²⁴ Cass., sez. VI, 2 maggio 2016, n. 18182.

¹²⁵ Sul punto BARTOLUCCI, L' "abuso di qualità", cit., p. 1234.

¹²⁶ Cass., sez. VI, 30 marzo 2016, n. 25054, in www.neldiritto.it.

minaccia e la presenza di un vantaggio per il privato avrebbe dovuto far propendere per l'induzione indebita¹²⁷.

2.5. La distinzione tra induzione indebita e delitti di corruzione.

Quanto ai rapporti tra induzione indebita e delitti di corruzione, sembra prevalere la linea di demarcazione basata sulla posizione reciproca tra i soggetti indicata dalle Sezioni Unite. Si è già sottolineato come, nonostante non si tratti di un criterio di facile accertamento, sia anche l'unico che la scarsa definizione dei reati in esame consente di utilizzare, insieme al dato dell'iniziativa del pubblico agente, che vale come indice sintomatico della induzione indebita, allorché si connoti anche con un abuso delle qualità o dei poteri¹²⁸. Si tratta di differenziare i reati in esame attraverso i soli dati tipici, che, essendo l'elemento del vantaggio ormai presente in entrambe le fattispecie, si concentrano sulle modalità di realizzazione delle condotte. Diventa fondamentale pertanto la presenza dell'abuso, la quale contribuisce più di tutto a rendere squilibrato il rapporto tra i soggetti nell'induzione¹²⁹. La necessità dell'abuso ai fini dell'applicazione dell'art. 319 *quater* c.p. finisce inoltre per attribuire all'iniziativa del pubblico agente, come anticipato, il ruolo di "dato sintomatico" della condotta induttiva, oltre a contribuire alla delimitazione dell'induzione rilevante, che si deve realizzare proprio mediante l'abuso.

Particolarmente interessante appare la differenza tra tentativo di induzione indebita e istigazione alla corruzione. Le pronunce più recenti rimangono nel solco tracciato dalla Maldera, ritenendo che l'istigazione alla corruzione "si qualifica come una richiesta formulata dal pubblico agente senza esercitare pressioni o suggestioni che tendono a piegare ovvero a persuadere, sia pure allusivamente, il soggetto privato, alla cui libertà di scelta viene prospettato, su basi paritarie, un semplice scambio di favori, connotato dall'assenza sia di ogni tipo di minaccia diretta o indiretta sia, soprattutto, di ogni ulteriore abuso della qualità o dei poteri"¹³⁰.

In questo caso la Corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva applicato l'art. 322, 4° comma, c.p. per una richiesta di denaro, tramite un intermediario, formulata da un funzionario del comune ad un avvocato, la cui nomina era stata dallo stesso caldeggiata ad un privato richiedente una pratica, cui il dipendente comunale era preposto come responsabile del procedimento.

¹²⁷ Sul punto, ancora BARTOLUCCI, *L'“abuso di qualità”*, cit., p. 1235, evidenziando pure l'erroneità del precedente richiamato dalla Corte, che si sarebbe peraltro sottratta così all'onere di motivazione.

¹²⁸ Così già per ROMANO M, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 237; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, cit., p. 901; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna*, cit., p. 130; SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA – PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 381 ss.

¹²⁹ Cass., sez. VI, 22 luglio 2015, n. 46071, in *Dir. giust.*, 23 novembre 2015, con nota di CAPITANI, per un caso di tentativo di un giudice e di un avvocato di indurre il destinatario di una misura di sequestro titolare di un esercizio comunale, a pagare una somma di denaro finalizzata ad un provvedimento "accomodante".

¹³⁰ Cass., sez. VI, 4 febbraio 2014, P.L., n. 23004, rv. 259951.

Si configura invece tentativo di induzione indebita quando il pubblico agente, con abuso della sua qualità o dei suoi poteri, “ponga potenzialmente il suo interlocutore in uno stato di soggezione, avanzando una richiesta perentoria, ripetuta, più insistente e con più elevato grado di pressione psicologica rispetto alla mera sollecitazione”¹³¹.

In queste circostanze, essendo l’iniziativa del pubblico agente elemento comune ad entrambe le fattispecie, tutte e due le condotte mirano a convincere il destinatario del messaggio alla dazione o alla promessa indebita, per cui occorre tener conto della diversità della induzione e della sollecitazione, implicando la prima un atteggiamento più pressante e insistente, e la seconda una mera richiesta o invito.

Restando sempre nell’ambito del tentativo, risulta problematica anche la sua configurabilità nel caso di induzione indebita in relazione alla condotta del privato. Non pare infatti opportuno applicare all’indotto la pena prevista dall’art. 319 *quater* c.p., sia pure diminuita per il tentativo, nei casi in cui il reato non giunga a consumazione, essendo proprio la dazione o la semplice promessa dell’indebito per il perseguimento di un vantaggio indebito a concretizzare il disvalore della condotta, e quindi a giustificarne la punibilità. Quando questo non accade, pertanto, dovrebbe essere punito il tentativo di induzione indebita solo per il pubblico agente¹³².

Una situazione particolare si crea, inoltre, quando l’indotto accetta la proposta con la “riserva mentale” di denunciare l’accaduto subito dopo, ovvero nel caso in cui accetti la proposta, ma muti proposito repentinamente e avvisi le forze dell’ordine. La Cassazione si è di recente occupata di una vicenda di questo tipo, allineandosi all’orientamento prevalente, che, già prima della riforma, non attribuiva rilevanza alla riserva mentale di futura denuncia e configurava come avvenuta la consumazione del reato al momento del mero accordo¹³³. Si limita così l’impunità del privato ai soli casi in cui la promessa sia intervenuta successivamente alla predisposizione, d’intesa con i carabinieri, di un patto diretto a raccogliere la prova del reato.

In alcune sentenze, tuttavia, è stata invero prospettata l’applicazione delle norme sulla desistenza volontaria o del recesso attivo, che, si sostiene, possono operare non solo nell’ipotesi di tentativo, bensì anche laddove “alla promessa, che di per sé sola

¹³¹ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 49.

¹³² Così LA ROSA E., *La riforma dei delitti di Concussione e Corruzione*, in *Giur. it.*, 2014, n. 4, p. 1011.

¹³³ Cass., sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 16154, Pierri; Cass., sez. VI, 30 maggio 2012, n. 20914, rv. 252786, per la quale, secondo il dominante indirizzo giurisprudenziale, “nel delitto di concussione la predisposizione dell’azione di polizia con la collaborazione della vittima, allo scopo di sorprendere in flagranza di reato il funzionario disonesto, non assume alcuna rilevanza giuridica allorquando, essendosi verificata in precedenza la promessa, il reato risulti già consumato”; Cass., sez. VI, 11 marzo 2003, n. 11384, rv. 227196; Cass., sez. VI, 3 marzo 1980, n. 2972, rv. 144526; Cass., sez. VI, 4 novembre 1981, n. 9803, rv. 150809. Per applicazioni analoghe meno recenti, Cass., sez. VI, 20 aprile 1995, in *Riv. pen.*, 1996, p. 52; Cass., sez. VI, 15 ottobre 1982, in *Cass. pen.*, 1984, p. 277. Viceversa, per Cass., sez. VI, 6 marzo 2008, n. 10355, rv. 238912 “solo nell’ipotesi in cui la sequenza ‘abuso - induzione - metus - promessa’ si arresti prima di quest’ultimo passaggio, che rappresenta il momento consumativo, il reato deve ritenersi tentato e non consumato, sussistendo i presupposti degli atti idonei diretti in modo non equivoco a commetterlo”. È stata così ritenuta del tutto irrilevante la sollecitazione di un intervento della polizia giudiziaria dopo l’effettuazione della promessa, poiché la relativa richiesta del soggetto passivo, in tal caso, era avvenuta successivamente al perfezionamento del reato.

perfeziona il reato, faccia seguito la dazione e prima che tale ultimo evento si verifichi”¹³⁴. Per quanto si comprendano i motivi di fondo di una simile conclusione, volta a garantire l’impunità del privato che collabori con le forze dell’ordine, è evidente che la giurisprudenza forzi in tal modo l’ambito applicativo di istituti che presuppongono in realtà il mancato completamento del fatto, mentre, come precisa la stessa Corte che vi ha fatto ricorso, il reato è in questo caso già perfetto al momento della promessa. È evidente come si introduca per questa via una causa di non punibilità sopravvenuta non conosciuta dal nostro ordinamento, con una violazione del principio di legalità¹³⁵. Una situazione analoga, tra l’altro, si registra in materia di estorsione, laddove il problema dell’atteggiamento della potenziale vittima è guardato con attenzione da più tempo¹³⁶.

Più corretto è semmai fare leva nel caso di riserva mentale sulla inidoneità della promessa, oltre che sulla mancanza del dolo, in quanto il privato finisce per fingere un’accettazione al solo scopo di assicurare il pubblico agente alle forze dell’ordine. Se pertanto la promessa deve avere i caratteri della serietà e credibilità, non è possibile riconoscerne la validità nei suddetti episodi, non essendosi configurata la sopraffazione, né oggettivamente né soggettivamente, pur sempre necessaria anche nell’induzione indebita.

Una soluzione diversa può semmai sostenersi qualora il privato abbia prima accettato la promessa e solo successivamente mutato proposito, rivolgendosi alle forze dell’ordine, atteggiamento che può eventualmente incidere sulla commisurazione della pena, ma per un reato già consumato.

Alla luce, infine, del nuovo art. 323 *bis* c.p., introdotto dalla legge n. 69 del 2015¹³⁷, è pacificamente applicabile in queste ipotesi l’attenuante della collaborazione *post delictum*, per essersi il privato “efficacemente adoperato per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori”¹³⁸. A differenza di proposte del passato¹³⁹, che prevedevano una causa di non punibilità fondata sulla collaborazione, il legislatore ha dunque di recente optato meno drasticamente per la configurazione di una circostanza attenuante, cogliendo le riserve da tempo manifestate sulla soluzione più

¹³⁴ Cass., sez. VI, 8 aprile 2013, n. 16154, rv. 25453. Conf., Cass., sez. VI, 11 gennaio 2013, cit. Per un’analoga conclusione in dottrina, PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. P.te speciale*, I, cit., p. 161; parzialmente difforme SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA – PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 397.

¹³⁵ Critici, MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., p. 182; SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione*, cit., p. 31.

¹³⁶ Tra gli altri, GILBERTO, [In tema di tentata estorsione mediante minaccia \(a proposito del giudizio di idoneità degli atti e dei requisiti per la configurabilità della desistenza volontaria\)](#), in questa Rivista, 6 dicembre 2011.

¹³⁷ Per un esame delle novità in materia dei delitti di corruzione, MONGILLO, [Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015](#), in questa Rivista, 15 dicembre 2015; CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 807 ss.; DOMENICONI, [Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione](#), in questa Rivista, 21 gennaio 2016.

¹³⁸ Sul punto, MONGILLO, *Le riforme in materia*, cit., p. 9 ss.; SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell’ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, in *Studium iuris*, 2015, p. 1115 ss.; BENUSSI, [Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell’art. 323 bis c.p.](#), in questa Rivista, 26 giugno 2015.

¹³⁹ In questo senso, la proposta di Cernobbio, in materia di prevenzione alla corruzione e dell’illecito finanziamento ai partiti, pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1025 ss.

radicale, anche se davanti comunque alla minaccia di una sanzione è logico supporre, per converso, una scarsa efficacia deterrente dell'istituto¹⁴⁰.

3. I profili controversi in tema di diritto intertemporale.

Un ultimo sguardo meritano i profili di diritto intertemporale innescati dalla riforma. L'esatta determinazione della condotta di induzione indebita, così come quella di costrizione, che caratterizza da sola la fattispecie concussiva, nonché della corruzione, risulta fondamentale anche ai fini della soluzione delle problematiche legate alla successione delle leggi penali nel tempo. L'aspetto è stato affrontato dalla sentenza Maldera, in un senso che sembra essere stato pedissequamente condiviso da tutte le pronunce successive, e cioè a favore della continuità normativa con la precedente disciplina¹⁴¹. Ciononostante la questione merita un ulteriore approfondimento.

Richiamandosi ai principi consolidati in precedenti pronunce, ormai storiche, come la Rizzoli¹⁴² e la Giordano¹⁴³, la pronuncia delle Sezioni Unite, come noto, ha negato che la legge del 2012 abbia comportato una ipotesi di *abolitio criminis*, configurando piuttosto il fenomeno della successione di leggi, di cui all'art. 2, 4° comma, c.p. Ciò ha consentito non solo di dare continuità ai procedimenti pendenti, ma anche di salvare i giudicati¹⁴⁴. Per i fatti commessi antecedentemente è stata quindi affermata l'applicazione della disciplina più favorevole al reo, mentre in relazione alla punibilità dell'indotto, prevista dall'art. 319 *quater*, c.p., trattandosi di nuova incriminazione, se n'è stabilita l'irretroattività¹⁴⁵.

Le conclusioni suddette erano peraltro emerse in giurisprudenza sin da subito¹⁴⁶ e anche la dottrina maggioritaria le aveva condivise, parlando di invariabilità delle

¹⁴⁰ Per una prospettiva generale del problema, RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 1992.

¹⁴¹ Tra le più recenti, Cass., sez. VI, 23 luglio 2015, n. 42607, Puleo, cit., che pur sottolineando l'importanza del vantaggio nell'induzione indebita, ribadisce l'estraneità alla fattispecie tipica dell'elemento innovativo e, dunque, la piena continuità della normativa rispetto al passato; Cass., sez. VI, 14 dicembre 2015, n. 49275, cit.

¹⁴² Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli, rv. 243585.

¹⁴³ Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano, rv. 224607.

¹⁴⁴ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 44 ss.

¹⁴⁵ Sostiene invece in questo caso la discontinuità normativa RONCO, *L'amputazione della concussione*, cit., p. 50. Secondo SPENA, *Per una critica*, cit, p. 228 s., di continuità potrebbe parlarsi, almeno nelle ipotesi di induzione mediante abuso di poteri, persino rispetto alla nuova incriminazione di cui al comma 2 dell'art. 319-*quater* c.p., a cagione della punibilità, già prima della riforma, della sua prestazione indebita ex art. 319 c.p.

¹⁴⁶ Cass., sez. VI, 3 dicembre 2012, Roscia, cit.; Cass., sez. VI, 4 dicembre 2012, Nardi, cit.; Cass., sez. VI, 12 marzo 2013, n. 11792, Castelluzzo, cit.; Cass., sez. VI, 12 marzo 2013, n. 11794, Melfi, cit.; Cass., sez. VI, 15 febbraio 2013, n. 7495.

norme, per trarre poi le corrispondenti conclusioni sul piano dei profili di diritto intertemporale¹⁴⁷.

Nei primi commenti a caldo della legge del 2012 si è parlato infatti di uno “spacchettamento”¹⁴⁸ della concussione in due diverse fattispecie penali, ma il termine adoperato non risulta appropriato, in quanto sembra alludere a due ipotesi di concussione, sia pure ricondotte a norme differenti, analogamente a quanto accadeva nel codice Zanardelli del 1889, che contemplava in due autonome disposizioni incriminatrici la concussione per costrizione, detta esplicita o violenta, e la concussione per induzione, detta implicita o fraudolenta¹⁴⁹. In quest’ottica la riforma avrebbe dunque operato il processo inverso a quello compiuto dal legislatore del ’30, allorché le due originarie fattispecie vennero fuse in un’unica disposizione incriminatrice ed equiparate, forse in modo discutibile, nel trattamento sanzionatorio.

Ciò che si è ottenuto nel 2012, in realtà, è ben più che un semplice smembramento della concussione, poiché non solo l’induzione è confluita in un’autonoma fattispecie, ma ciò comporta anche la punibilità del privato indotto, sia pure in misura minore rispetto al pubblico ufficiale o all’incaricato di un pubblico servizio. Così, mentre la pena per la concussione è da sei a dodici anni di reclusione, quella per l’induzione indebita va da tre a otto anni di reclusione per il pubblico agente, diventati da otto a dieci anni e sei

¹⁴⁷ Riconoscono la continuità tra la vecchia concussione induttiva e la nuova induzione indebita, con l’esclusione della sottofattispecie dell’induzione in errore del privato, PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., p. 229; PLANTAMURA, *La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 206; ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 235; SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA – PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 397; VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale*, cit., p. 137 ss.; VIGLIETTA, *La L. 6 novembre 2012 n. 190 e la lotta alla corruzione*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 17 ss.; PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione*, cit., p. 789; ID., *La messa “a libro paga”*, cit., XI ss.; DOLCINI – VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere*, cit., p. 244 s.; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 573 s., p. 903 s.; DE MARTINO, *Il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità*, in D’AVIRRO (a cura di), *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2013, p. 263; DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 550 s.; PULITANO, *La novella in materia di corruzione*, cit., p. 10; VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in GAROFOLI-TREU (a cura di), *Il libro dell’anno del diritto. Treccani*, 2013; PARADISO, *La nuova normativa in materia di concussione e di corruzione*, Macerata, 2012, p. 230.

¹⁴⁸ PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., p. 5; GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione*, cit., p. 1.

¹⁴⁹ Si tratta dei delitti di cui agli artt. 169 e 170, comma 1, del codice Zanardelli, in base ai quali, rispettivamente: “Il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, costringe alcuno a dare o promettere indebitamente a sé o ad un terzo, danaro o altra utilità, è punito con la interdizione perpetua dai pubblici uffici, con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa non inferiore alle lire trecento”; “Il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, induce alcuno a dare o promettere indebitamente, a sé o ad un terzo, danaro o altra utilità, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, con la interdizione temporanea dai pubblici uffici e con la multa da lire cento a cinquemila”. Il secondo comma dell’art. 170 contemplava poi la concussione mediante profitto dell’errore altrui, c.d. concussione negativa. Anche nei codici preunitari si avevano due fattispecie di concussione, laddove, tuttavia, la richiesta appariva più un’“esazione indebita” di somme non dovute o in misura maggiore di quelle dovute, con una ipotesi base generica ed una aggravata nel caso in cui la richiesta avvenisse con modalità coercitive. Per più ampi riferimenti, MONGILLO, *L’incerta frontiera*, cit., p. 168 s.; ID., *La corruzione tra sfera interna*, cit., p. 59 ss.; RONCO, *L’amputazione della concussione*, cit., p. 39 ss.; CADOPPI, *La disciplina della corruzione nella legislazione italiana dell’Ottocento*, in *Ind. Pen.*, 2001, p. 557 ss.

mesi dopo l'intervento della legge n. 69 del 2015, e fino a tre anni per il privato¹⁵⁰. L'ultima modifica sanzionatoria ha di certo ridotto la rilevanza della distanza tra i due reati, che appariva in origine davvero importante ai fini dell'applicazione della pena per il pubblico agente, ma continua ad assumere un grande impatto relativamente alla posizione del privato, dovendosi decidere della sua stessa punibilità.

Basta già questo particolare a far comprendere come ci si muova in un ambito ormai estraneo alla concussione, in cui il privato è notoriamente vittima del soggetto pubblico e perciò esente da pena. Nel delitto di induzione indebita, invece, il ruolo dell'*extraneus*, come osservato, muta radicalmente rispetto al passato, poiché nel momento in cui cede all'induzione non è più concorrente non punibile nell'ambito di un reato necessariamente plurisoggettivo, ma si trasforma in complice. Semmai, allora, se un'analogia può essere ancora mantenuta, ciò vale rispetto alla corruzione e non alla concussione.

La continuità normativa è stata riconosciuta innanzitutto in riferimento alle condotte costrittive, rispetto alle quali nulla sarebbe mutato rispetto al passato, salvo una più sfavorevole previsione del trattamento sanzionatorio nel minimo da applicare al pubblico agente ai sensi del nuovo art. 317 c.p.

Una conclusione analoga è stata sostenuta anche per la induzione indebita, nonostante le novità non trascurabili della fattispecie, a cui si è fatto riferimento.

A volte si è arrivati a sancire l'invariabilità normativa guardando al disvalore delle disposizioni incriminatrici, ritenuto sostanzialmente omogeneo, in quanto espressione di fenomeni in cui l'iniziativa illecita è comunque presa dal soggetto pubblico, ma nella maggioranza dei casi, più correttamente, la questione è stata affrontata attraverso un confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte, sul rilievo che il legislatore del 2012, a parte l'inciso iniziale, abbia in sostanza mantenuto nell'art. 319 *quater* c.p. tutti gli elementi che già caratterizzavano il reato di concussione, di cui al vecchio art. 317 c.p. Di conseguenza, ci sarebbe una perfetta corrispondenza tra l'ambito applicativo occupato oggi dagli artt. 317 e 319 *quater* c.p. e quello del previgente art. 317 c.p. In quest'ottica la previsione della punibilità del privato nel delitto di induzione indebita, non assume una portata dirompente, e come tale è considerata inidonea a modificare la struttura del reato, mutandone al massimo la sola fisionomia.

Nello stesso senso, come anticipato, si sono orientate le Sezioni Unite, che arrivano a sancire la successione di leggi, dopo aver esaltato il confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte, come il solo parametro utile per risolvere le questioni di diritto intertemporale, a discapito dei più incerti criteri facenti leva sul bene giuridico protetto e sulle modalità di offesa¹⁵¹.

¹⁵⁰ Si tratta di una pena eccessivamente modesta, tanto da risultare di difficile applicazione in concreto, dati i tempi rapidi di prescrizione del reato. Non manca chi, valorizzando il ruolo del privato indotto, ritiene irragionevole l'attenuazione del trattamento sanzionatorio rispetto al pubblico agente, presentando, a proprio vedere, pari disvalore al ruolo dell'inducente. Così BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita*, cit., p. 14 s.

¹⁵¹ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 45. Lo aveva chiarito anche la SEVERINO, *La nuova legge*, cit., p. 9 ss.

Nello specifico, operando al tempo della sentenza Maldera la limitazione dei soggetti attivi della concussione, i fatti costrittivi integranti il vecchio art. 317 c.p. sono stati ritenuti punibili in base alla nuova formulazione dello stesso articolo solo se commessi dal pubblico ufficiale¹⁵²; per quelli integrati invece dall'incaricato di un pubblico servizio, si è fatto ricorso alla norma più generale dell'estorsione, aggravata dalla qualifica del soggetto attivo, ex art. 61 n. 9 c.p., purché in presenza di un fine di profitto, nonché al reato di violenza privata o di violenza sessuale, in presenza di utilità non patrimoniali¹⁵³. In questi ultimi casi si assisteva pertanto ad un fenomeno di *abrogatio sine abolitio* non essendo venuto meno il disvalore penale del fatto, che riviveva in norme incriminatrici preesistenti di portata più generale¹⁵⁴. La questione ha tuttavia ormai perso di rilievo a seguito della reintroduzione dell'incaricato di un pubblico servizio tra i soggetti attivi del reato di concussione, ad opera della l. n. 65 del 2015, che ha così evitato una probabile censura della fattispecie da parte della Corte Costituzionale¹⁵⁵.

La tesi a favore della continuità normativa è stata ripresa dalla sentenza Maldera anche rispetto all'induzione indebita, specificando che, nonostante la punibilità dell'indotto, la struttura del reato non sarebbe stata alterata dalla riforma¹⁵⁶. Anche prima dell'ultima modifica la concussione per induzione costituiva invero una fattispecie plurisoggettiva.

La stessa omogeneità di posizioni non si riscontra in dottrina, laddove, se rimane prevalente l'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite, non mancano opinioni diverse.

Un orientamento, pur sostenendo il fenomeno della successione di leggi, arriva a fondarne la validità attraverso una particolare ricostruzione della fattispecie di induzione indebita. L'art. 319 *quater* c.p., secondo questo modo di vedere, recepito, tra

¹⁵² Avendo limitato la condotta di concussione alla sola costrizione, il legislatore del 2012 aveva probabilmente ritenuto che l'incaricato di un pubblico servizio non avesse le caratteristiche sufficienti a ingenerare nel privato un *metus publicae potestatis* per costringerlo alla dazione o alla promessa. L'esclusione, tuttavia, aveva ingenerato forti critiche sia perché ritenuta non in linea con la realtà criminologica del soggetto, sia in quanto generante l'anomalia della possibile punibilità dell'incaricato di un pubblico servizio addirittura con una pena maggiore di prima, derivante dall'applicazione dell'estorsione aggravata, ex artt. 629 e 61 n. 10 c.p., se commessa con il fine di profitto.

¹⁵³ Secondo BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione*, cit., p. 14, tuttavia, la concussione presenta tra le caratteristiche peculiari rispetto all'estorsione, oltre al contenuto patrimoniale della condotta e al momento consumativo (solo nella concussione rileva la promessa), anche la possibilità che si configuri senza violenza o minaccia, ma con il solo abuso di qualità o di poteri. Ritiene pertanto l'A. (p. 15) che nel caso in cui la concussione avvenga solo con l'abuso di qualità o di poteri, sorgerebbe il problema della qualificazione giuridica del reato.

Secondo l'A., pur se con la concussione, a differenza del reato contro il patrimonio, si garantisce oltre l'autodeterminazione del soggetto anche l'interesse pubblico al buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, ad ogni modo si tratta di considerazioni che possano trovare una tutela esaustiva anche attraverso l'aggravante comune dell'art. 61 n. 9.

¹⁵⁴ Sul punto, sia rinvia a GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici"*. *Teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 147 ss.; GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, p. 180 ss., ma già, tra gli altri, SIRACUSANO P., *Successione di leggi penali nel tempo*, Messina, 1988.

¹⁵⁵ Il rischio di una pronuncia di illegittimità sotto questo profilo era stato avanzato, tra gli altri, da SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio*, cit., p. 565.

¹⁵⁶ Fra gli altri, nello stesso senso, GATTA, *La concussione riformata*, cit.

l'altro, anche in alcune pronunce giurisprudenziali¹⁵⁷, non sarebbe un reato plurisoggettivo, bensì “una norma a più fattispecie”¹⁵⁸, cioè comprendente due autonome figure di reato monosoggettivo: l'induzione, di cui al primo comma, che sarebbe del tutto identica alla induzione del vecchio art. 317 c.p., e la promessa o la dazione di utilità da parte del privato, prevista dal secondo comma, che, sancendo la punibilità dell'*extraneus*, costituirebbe una nuova incriminazione, in quanto tale irretroattiva¹⁵⁹. In questo modo la punibilità di tutte le condotte di induzione in passato riconducibili all'art. 317 c.p. si recupererebbe tramite il primo comma dell'art. 319 *quater* c.p.

L'indirizzo in esame, probabilmente più in linea con le novità introdotte dalla riforma, è stato tuttavia criticato dalle Sezioni Unite, ma anche dalla maggior parte degli studiosi¹⁶⁰ alla luce del dato normativo, che sembra smentirlo. E in effetti nella disposizione incriminatrice il momento in cui il pubblico agente induce e quello in cui ottiene la promessa o la dazione indebita dal privato sembrano convergere. L'abuso induttivo fine a se stesso non avrebbe ancora pieno valore se non se ne misuri la capacità in relazione al risultato ottenuto. Né contrasta con questa conclusione la differenza di trattamento sanzionatorio tra *extraneus* ed *intraneus*, la quale è presente in diverse fattispecie, che pure, come nel caso in esame, mantengono una natura unitaria.

Vero ciò, è tuttavia certamente più difficile sostenere la perfetta continuità normativa anche per l'induzione, come fanno invece la sentenza Maldera¹⁶¹ e le pronunce successive¹⁶². Il percorso argomentativo utilizzato per sostenerla appare infatti quantomeno incongruente, poiché per un verso si individua nella punibilità del privato e nel vantaggio indebito “l'essenza” della nuova fattispecie, superando la tesi di quanti, più semplicemente, qualificano il vantaggio come mero indizio del reato, per concludere poi che entrambi i fattori non alterano per nulla la struttura del reato.

¹⁵⁷ Così, ad esempio, Cass., sez. VI, 11 gennaio 2013, n.17285, Vaccaro, cit., che viene ricordata anche nella stessa sentenza Maldera.

¹⁵⁸ Per una disamina delle differenti prospettive, DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro*, cit., p. 1498; PISA, *Una sentenza equilibrata*, cit., p. 571; PIVA, *Alla ricerca dell'induzione perduta*, cit., p. 13 s.; SPENA, *Per una critica*, cit., p. 220; FIDELBO-CANTONE, *Relazione 19/13*, 3 maggio 2013, in www.cortedicassazione.it, p. 17 ss. In questo senso, SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione*, cit., p. 26; PISA, *Una sentenza equilibrata*, cit., p. 571.

¹⁵⁹ VIGANÒ, *I delitti di corruzione*, cit., p. 16; SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA-PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 396 ss., il quale richiama a sostegno della tesi della doppia fattispecie soprattutto quanto accade nel caso di tentativo. Prospettando sempre la tesi della doppia fattispecie, diversamente altri hanno sottolineato che l'unico modo per sostenere la tesi della continuità sarebbe quello di ritenere già la vecchia concussione reato a due fattispecie, una relativa alla costrizione, in cui la punibilità era tratta dal ruolo di vittima del privato e l'altra relativa alla induzione, per la quale tuttavia il legislatore avrebbe scelto in passato di non punire il privato solo per ragioni di opportunità di politica criminale, al fine di agevolarne la collaborazione con la giustizia.

¹⁶⁰ ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 234; GAMBARDELLA, *La “massima provvisoria” delle Sezioni unite Maldera*, cit., p. 6. Ritiene che dall'accoglimento della tesi della fattispecie unitaria o di quella della pluralità di fattispecie autonome non comporti in definitiva particolari effetti sul piano applicativo, PELISSERO, *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 230.

¹⁶¹ In questo senso anche GAMBARDELLA, *La “massima provvisoria” delle Sezioni unite Maldera*, cit., p. 6.

¹⁶² Cass., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 18948, in *Dir. giust.*, 2014, n. 1, p. 11 s.

Ora, a parte il rilievo, ancora poco approfondito, della portata innovativa in termini strutturali di una modifica normativa che trasformi un reato plurisoggettivo da improprio a proprio, com'è accaduto nel caso di specie, è la dicotomia danno ingiusto-vantaggio ingiusto ad imporre una valutazione diversa della questione.

Sebbene si comprendano le motivazioni di fondo perseguite con la tesi della continuità *tout court*, volte, come anticipato, a non cancellare con un colpo di spugna i procedimenti in corso al momento della riforma, eliminando il rischio di una sorta di "amnistia velata", è infatti doverosa qualche precisazione, che, può anticiparsi sin d'ora, porta a rivedere quantomeno la base normativa atta a supportare la tesi della continuità, ed in ogni caso almeno ad individuare una parziale abrogazione delle vecchie ipotesi concussive.

Una volta scartata l'idea di un mero "spacchettamento" dell'originaria condotta concussiva in due distinte fattispecie, la sola che avrebbe potuto giustificare l'idea di una continuità normativa, resta da valutare se davvero gli elementi di novità introdotti dalla legge anticorruzione non incidano sull'assetto delle situazioni penalmente rilevanti.

Avendo il legislatore della riforma scelto di mantenere il delitto di concussione, può riconoscersi una certa continuità tra l'art. 317 c.p. *post*-riforma e il precedente quanto alla condotta costrittiva. Pertanto non hanno giustamente subito paralisi le indagini e i processi che erano già in atto sotto la vigenza della vecchia disciplina. A ben vedere, però, già su questo fronte, tenuto conto dei rilievi svolti, si registra già in questo ambito una parziale modifica della disciplina, idonea a provocare una parziale *abolitio criminis* della concussione previgente. Si è detto, infatti, di come la nuova legge, limitando la portata applicativa del reato ai soli casi di costrizione, abbia reso penalmente irrilevanti tutte quelle ipotesi in cui non si riscontra neppure un "*minimum* di contenuto minatorio" nella condotta del pubblico agente. Ciò porta, ad esempio, ad estromettere dal vigente art. 317 c.p. le ipotesi in cui la minaccia sia eccessivamente generica, o produca una carica intimidatoria solo per le caratteristiche del destinatario del messaggio, ovvero i casi in cui manca completamente un comportamento di sopraffazione del pubblico agente, che si limita ad approfittarsi della dazione indebita comunque versata dal privato, influenzato in questo senso solo dal contesto ambientale; tutte situazioni per le quali in passato era stata applicata talvolta la concussione¹⁶³.

Quanto all'induzione indebita, intanto devono essere sicuramente estromessi dall'art. 319 *quater* c.p. i casi di induzione mediante frode, qualora l'inganno ricada sulla doverosità della dazione o della promessa: il che, in realtà, non è mai stato messo in discussione¹⁶⁴, configurandosi il reato di truffa aggravata dalla qualità del soggetto attivo. La punibilità del privato richiede infatti che egli sia consapevole di dare o promettere l'indebito.

¹⁶³ PELISSERO, *Concussione e induzione indebita*, cit., p. 242. Il recupero della rilevanza delle ipotesi in esame, può dunque avvenire solo attraverso l'accoglimento della teoria che costruisce l'art. 319 *quater* c.p. come norma a più fattispecie. Sui dubbi però circa la validità di un simile assunto, si è già discusso.

¹⁶⁴ MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 273; BALBI, [Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione](#), in *questa Rivista*, 15 ottobre 2012, II.

Di conseguenza è mutata nuovamente la rilevanza delle condotte di approfittamento dell'errore altrui o di inganno, che avevano costituito ora ipotesi autonoma e alternativa alla concussione vera e propria, limitata alla sola costrizione¹⁶⁵, ora invece parte di una fattispecie più ampia che poteva essere commessa con pari disvalore, tanto nella forma costringitiva, quanto nella forma induttiva ad ampio raggio (comprensiva cioè pure della modalità dell'inganno)¹⁶⁶.

Una divergenza di posizioni si registra invece per le altre ipotesi di induzione, rispetto alle quali gli indirizzi interpretativi si moltiplicano.

Se i più le ritengono perfettamente coincidenti alle condotte comprese nel previgente art. 317 c.p., secondo un orientamento minoritario¹⁶⁷, si tratterebbe invece di fatti che la riforma del 2012 avrebbe totalmente abrogato. La tesi radicale è sostenuta sia sotto il profilo dogmatico sia sotto quello politico-criminale, attraverso l'utilizzo di tutti i criteri ermeneutici elaborati per individuare i casi di successione di leggi. In effetti è possibile ricordare, come siano state ancora una volta le stesse Sezioni Unite ad aver sottolineato innanzitutto l'avvenuta trasformazione del bene giuridico tutelato dal reato di induzione indebita rispetto alla vecchia concussione per induzione, in quanto solo nella concussione la plurioffensività della condotta coinvolge oltre a beni istituzionali anche beni privatistico-individuali, come la libertà di autodeterminazione e il patrimonio del privato; mentre nell'induzione indebita il reato è monoffensivo, tutelandosi "soltanto il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione [...] in una dimensione esclusivamente pubblicistica"¹⁶⁸. Andando poi ad analizzare le modalità di condotta, l'assimilazione tra le due fattispecie è tuttavia sostenibile solo sul piano nominalistico; il termine "induzione", presente in entrambe, è infatti un concetto che si ritrova in diversi altri delitti e che è necessario riempire di significato a seconda del contesto in cui è inserito.

Fin qui però entrano in gioco i criteri ermeneutici (bene giuridico e modalità di condotta), che la sentenza Maldera ha criticato ai fini della determinazione della successione di leggi tra fattispecie, in quanto forieri di applicazioni incerte. L'*abolitio criminis* è stata tuttavia sostenuta anche attraverso il preferibile profilo strutturale dei

¹⁶⁵ Era così nel codice Zanardelli del 1889, in cui la concussione, ai sensi dell'art. 169 era limitata alla condotta del pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, costringe alcuno a dare o a promettere indebitamente, a sé o ad un terzo, danaro o altra utilità", mentre dedicava l'articolo successivo al "pubblico ufficiale, che, abusando del suo ufficio, induce alcuno a dare o a promettere indebitamente" ovvero "riceva ciò che non è dovuto, giovandosi soltanto dell'errore altrui".

nel codice penale toscano del 1853, che nell'art. 181 puniva per concussione "il pubblico ufficiale che, abusando della sua autorità, costringe taluno a somministrare indebitamente a lui, o a un terzo, danari o altra utilità, od ha profittato dell'errore altrui, per esigere ciò che non era dovuto, o più di ciò che era dovuto".

¹⁶⁶ Era così nella disciplina del codice Rocco, che puniva poi all'art. 316 c.p. la ricezione dell'indebito, rubricata come peculato mediante profitto dell'errore altrui, e tale situazione era stata mantenuta anche con la riforma del 1990.

¹⁶⁷ Nel senso della totale *abolitio criminis* della vecchia concussione per induzione, per ragioni sia strutturali che afferenti al mutato bene giuridico: MANNA, *La scissione della concussione*, cit., spec. p. 24 ss.; RONCO, *L'amputazione della concussione*, cit., p. 42 ss.; CAMAIONI, *Induzione indebita*, cit., p. 1 ss.

¹⁶⁸ Sez. Un., 24 ottobre 2013, cit., p. 27.

reati, distinguendo, all'interno del criterio di specialità, tra specialità per specificazione e specialità per aggiunta; cosicché, individuata quest'ultima e preso atto della eterogeneità dell'elemento aggiuntivo, che oggi caratterizza l'art. 319 *quater* c.p., non resterebbe che riconoscere totalmente abrogate le ipotesi induttive dell'originario art. 317 c.p.

Senonché, una soluzione così estrema può essere evitata se, come anticipato, si rivedono i riferimenti normativi atti a fondare un giudizio di continuità normativa, in ogni caso sostenibile solo in parte¹⁶⁹.

In questo senso si tratta di compiere una necessaria distinzione: pressioni più blande e suggestive, pur nascenti da una condotta abusiva del pubblico agente, ma comportanti nello stesso tempo un vantaggio per il privato che dovesse accettare la richiesta indebita, sono le sole ad essere oggi riconducibili al nuovo reato di induzione indebita; lo stesso tipo di condotte, senza tuttavia che sussista un vantaggio per il privato, non integrano invece l'art. 319 *quater* c.p. Ciononostante può però sostenersi che anche quest'ultimo tipo di condotte siano comunque penalmente rilevanti, non tuttavia attraverso il delitto di induzione indebita, bensì tramite l'art. 317 c.p., idoneo ad integrare pure una costrizione implicita; mentre le stesse sono penalmente irrilevanti qualora non contengano nemmeno la prospettazione di un male ingiusto.

In definitiva, non si evidenzia una perfetta corrispondenza col passato né per i casi di concussione né per quelli di induzione indebita, pur non ritenendo totalmente stravolta la vecchia disciplina.

¹⁶⁹ Per la discontinuità parziale, v. SESSA, *La fisiologia dell'emergenza nella più recente normativa anticorruzione: tra eccessi tecnicistici e diritto penale criminogeno*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 316 ss. Problematicamente, BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione*, cit., p. 1 ss., 13; GAMBARDILLA, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1285 ss.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Cronaca di una incostituzionalità annunciata

[C. Cost., sent. 7 dicembre 2016 \(dep. 26 gennaio 2017\), n. 21, Pres. Grossi, Rel. Lattanzi](#)

di Rosa Anna Ruggiero

1. Con una sentenza da tempo attesa, la Consulta torna a pronunciarsi sull'**art. 197-bis c.p.p.**, dichiarando l'illegittimità costituzionale, per **contrasto con l'art. 3 Cost., dei commi 3 e 6**, nella parte in cui si prevedeva la **garanzia dell'assistenza del difensore** e la **necessità di riscontri nella valutazione delle dichiarazioni eteroaccusatorie** rese dai coimputati o da imputati in procedimenti connessi o collegati *ex art. 371 comma 2 lett. b c.p.p.* (secondo il meccanismo fissato dall'*art. 192 comma 3 c.p.p.*) **anche qualora si fosse trattato di soggetti definitivamente assolti "perché il fatto non sussiste"** [1]. Ad avviso del giudice delle leggi, in altre parole, il passaggio in giudicato di una sentenza che escluda l'esistenza del fatto di reato comporta - per colui che ne sia destinatario - il recupero dello *status* precedente al coinvolgimento nell'accertamento penale, con la conseguenza che non vi è più ragione per cui tale soggetto debba essere sentito, sulla responsabilità altrui, alla presenza di un avvocato, né vi è motivo di dubitare dell'attendibilità del racconto, tanto da rendere doverosa una ricerca di elementi di riscontro.

Con la decisione in discorso, **la Corte costituzionale colma il gap che si era venuto a creare all'indomani della pronuncia della sentenza n. 381 del 2006**, con la quale era pervenuta alla medesima conclusione di incostituzionalità con riferimento però ai destinatari di una sentenza di assoluzione "per non aver commesso il fatto" [2]. E lo fa, come vedremo, proprio impiegando i medesimi argomenti. **La pronuncia del 2006 aveva determinato un disallineamento degli assolti "per non aver commesso il fatto" rispetto agli assolti "perché il fatto non sussiste"**, nonostante si trattasse, in entrambi i casi, di decisioni che negavano il presupposto storico dell'accusa. Non potendosi, chiaramente, estendere la dichiarazione di incostituzionalità ad ipotesi diverse rispetto a quelle per le quali la Consulta si era pronunciata, sino ad oggi a coloro che risultassero assolti "perché il fatto non sussiste" andava applicato l'*art. 197-bis c.p.p.* nella sua integralità: dunque veniva loro garantita l'assistenza del difensore nel corso dell'audizione, e gli esiti di quest'ultima avrebbero dovuto essere valutati insieme ad ulteriori elementi di prova che ne confermassero l'attendibilità.

2. Al fine di meglio circoscrivere la vicenda e di apprezzarne le possibili implicazioni, si rende necessario un sia pur sommario richiamo al **contesto di riferimento**. È sin troppo noto che la **l. 1 marzo 2001, n. 63**, ha inciso significativamente sui casi di incompatibilità a testimoniare dell'imputato narrante *erga alios* previsti dall'*art. 197 c.p.p.*: l'incompatibilità infatti viene meno per i coimputati del medesimo reato e per le persone imputate in un procedimento connesso ai sensi dell'*art. 12 comma 1 lett. a c.p.p.*, nei cui confronti sia intervenuta una sentenza irrevocabile di proscioglimento, condanna o patteggiamento. Anche prima della pronuncia di questa tipologia di provvedimenti, l'incompatibilità a testimoniare è destinata a cadere per gli imputati in procedimento connesso ai sensi dell'*art. 12 comma 1 lett. c c.p.p.* o in caso di un reato collegato

ex art. 371 comma 2 lett. b c.p.p. se, avvisati delle conseguenze processuali che ne potrebbero derivare (art. 64 comma 3 c.p.p.) abbiano deciso di rispondere sulla responsabilità di altri.

Mentre gli imputati incompatibili a testimoniare continuano ad essere esaminati con le forme e le regole dell'art. 210 c.p.p., per quelli per i quali l'incompatibilità a testimoniare sia caduta, si devono osservare le garanzie fissate dall'art. **197-bis c.p.p.**, col quale, di fatto, è stata introdotta una **figura di dichiarante a metà strada tra quella delineata dall'art. 210 c.p.p. e il testimone**: come per la prima, si assicura la presenza del difensore durante l'esame e si richiede che le dichiarazioni vengano attentamente scrutinate per il tramite di elementi di riscontro. Come per il secondo, si prevede l'obbligo di testimoniare - essendo l'incompatibilità venuta meno - ma con dei limiti alle domande che possono essere poste (in modo da evitare o escludere quelle che potrebbero tradursi in un'autoincriminazione) e con la previsione dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni *contra se* eventualmente rese, qualora il filtro precedente non abbia funzionato.

Ebbene, a distanza di qualche anno dalla riforma, la Consulta era stata chiamata a vagliare la costituzionalità dell'art. 197-bis c.p.p. rispetto all'art. 3 Cost., verificando se fosse legittimo che le dichiarazioni rese dal coimputato o dall'imputato in procedimento connesso o collegato che avesse patteggiato e la cui sentenza fosse divenuta irrevocabile andassero valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermassero l'attendibilità [3]. Per la verità, **già in precedenza la Corte era stata ripetutamente interpellata, ma per estendere, non già per limitare, l'applicabilità dell'art. 197-bis c.p.p.**: in quei casi si domandava di accertare se il trattamento previsto per il teste assistito potesse riguardare anche i destinatari di una sentenza di non luogo a procedere o di un provvedimento di archiviazione, a rigore incompatibili a testimoniare in quanto il provvedimento di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere non rientravano tra quelli contemplati dall'art. 197 c.p.p., in presenza dei quali l'incompatibilità poteva cadere. In entrambi i casi, **la Consulta aveva dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni** [4].

Nella sentenza con cui si verificava quale dovesse essere lo statuto da riconoscere al destinatario di una sentenza di patteggiamento irrevocabile, si era invece osservato come il legislatore del 2001 avesse introdotto sulla scena processuale una variegata tipologia di dichiaranti in base ai differenti «“stati di relazione” rispetto ai fatti oggetto del procedimento, secondo una graduazione che, partendo dalla situazione di assoluta indifferenza propria del teste ordinario, giunge fino alla forma “estrema” di coinvolgimento, rappresentata dal dichiarante nel medesimo reato». A seconda dello “stato di relazione”, il legislatore aveva fatto corrispondere determinate modalità di dichiarazione ed effetti del dichiarato. Ebbene, ad avviso della Corte costituzionale, colui che avesse patteggiato con sentenza passata in giudicato, pur perdendo l'incompatibilità a testimoniare, non poteva essere parificato ad un teste qualunque, dal momento che «l'originario coinvolgimento nel fatto lascia infatti residuare un margine di “contiguità” rispetto al procedimento». Tale residuale vicinanza non poteva che tradursi in una più limitata valenza probatoria delle dichiarazioni e, dunque, la questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto al comma 6 dell'art. 197-bis c.p.p. non poteva che essere dichiarata manifestamente infondata.

3. Va detto che **quando nel 2001 il legislatore era intervenuto, alcuni commentatori avevano giustamente osservato** come di fatto, in nome dell'attuazione del principio del contraddittorio, si stesse producendo **un grave *vulnus* per il diritto al silenzio dell'imputato**, obbligando a testimoniare soggetti ai quali si sarebbe dovuta invece garantire l'incompatibilità [5]. Tuttavia, probabilmente perché l'attenzione era soprattutto rivolta a pesare gli effetti della riforma rispetto alla tenuta del diritto al silenzio, non aveva suscitato particolare interesse la scelta normativa di sottoporre anche l'imputato definitivamente assolto alle garanzie previste dall'art. 197-bis c.p.p., nonostante che prima della riforma e sino a quel momento colui che fosse uscito dal processo con

una sentenza irrevocabile di proscioglimento fosse trattato come un teste qualunque. Come si ricorderà, infatti, secondo la **versione originaria del codice del 1988** non potevano essere assunti come testimoni i coimputati del medesimo reato o le persone imputate in un procedimento connesso, anche se nei loro confronti fosse stata pronunciata una sentenza di non luogo a procedere, di proscioglimento o di condanna, salvo che la sentenza di proscioglimento fosse divenuta irrevocabile. Con la conseguenza che, come si è detto, in base alla prima formulazione dell'art. 187 c.p.p., **il definitivamente prosciolto era trattato come un qualunque teste**. D'altra parte sotto questo profilo vi era **continuità con il codice di rito del 1930**, che con l'art. 348 comma 3 vietava l'assunzione, quali testimoni, degli imputati dello stesso reato o di un reato connesso, anche se prosciolti o condannati, salvo che il proscioglimento fosse stato «pronunciato in giudizio per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste».

Nel 2001, invece, si era deciso che anche il destinatario di una sentenza ampiamente liberatoria non andasse parificato ad un semplice testimone e meritasse le garanzie previste per il testimone assistito. Quando, però, nel 2006 la Consulta è stata nuovamente adita rispetto all'art. 197-bis c.p.p., impiegando quegli stessi argomenti che nel 2004 avevano condotto alla declaratoria di non fondatezza della questione di legittimità con riguardo alla sentenza di patteggiamento irrevocabile ha dichiarato illegittimo l'art. 197-bis c.p.p., in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui prevedeva l'assistenza difensiva e l'applicazione del criterio di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p. anche ai destinatari di una sentenza di assoluzione irrevocabile «per non aver commesso il fatto» [6]. Quella contiguità rispetto al procedimento che la Corte aveva riconosciuto nell'ipotesi dell'imputato uscito definitivamente dalla scena processuale con una sentenza di patteggiamento, non sarebbe stata ravvisabile in caso di pronuncia di una sentenza di assoluzione che avesse negato la riconducibilità all'imputato del reato. Questo genere di pronuncia, infatti, traducendosi in una *restituito in integrum*, non poteva che determinare per l'imputato un totale recupero della sua terzietà rispetto al fatto. Il che rendeva irragionevole l'applicazione della regola di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p., che si spiega per la diffidenza nutrita dall'ordinamento nei confronti del dichiarante direttamente e attualmente coinvolto nei fatti oggetto di accertamento. Tale coinvolgimento, secondo la Corte Costituzionale, manca appunto nel caso di imputato assolto per non aver commesso il fatto considerata l'assoluta indifferenza, seppur sopravvenuta, rispetto alla vicenda oggetto di giudizio [7].

Dopo la decisione del 2006, ci si interrogava su cosa sarebbe avvenuto rispetto agli imputati assolti con formule diverse: chiaramente, come si è già in precedenza evidenziato, in assenza di un intervento riformatore del legislatore o di una declaratoria di illegittimità costituzionale, l'art. 197-bis c.p.p. andava applicato nella sua integralità. **La nuova sentenza rimette in equilibrio il sistema, con una decisione che si basa, ripercorrendoli, sui medesimi argomenti che la Consulta ha impiegato nel 2006:** non valorizzare i differenti “stati di relazione” rispetto ai fatti oggetto del procedimento e trattare coloro che siano stati assolti in modo definitivo come tutti gli altri destinatari delle regole fissate dall'art. 197-bis c.p.p. sarebbe irragionevole e in contrasto con il principio di uguaglianza. Non solo: osserva giustamente da ultimo la Corte che la sentenza di illegittimità costituzionale del 2006 era fonte di un nuovo contrasto con l'art. 3 Cost. «perché differenziando il regime e il valore probatorio delle dichiarazioni dell'imputato in un procedimento connesso o collegato, a seconda che l'assoluzione sia stata pronunciata per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste, ha determinato una nuova ingiustificata disparità di trattamento, alla quale ora può porsi riparo», garantendo, in altre parole, in questi due casi, l'applicazione delle medesime regole.

4. Rimangono però due questioni. La prima: tanto nel 2006, quanto oggi, **la Corte costituzionale ha determinato l'inapplicabilità delle regole fissate nell'art. 197-bis c.p.p. solo per quel che**

attiene all'assistenza difensiva e alla richiesta di riscontri nella valutazione delle dichiarazioni. Per il resto, la norma continua ad essere applicabile anche ai definitivamente assolti "perché il fatto non sussiste" o "per non aver commesso il fatto". Il riferimento è al comma 5 dell'art. 197-bis c.p.p. che, com'è noto, stabilisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal testimone assistito *contra se* «nel procedimento a suo carico, nel procedimento di revisione della sentenza di condanna ed in qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti o delle sentenze suddetti». Ora, è ovvio che un problema di impiego delle dichiarazioni dei definitivamente assolti non si pone rispetto ad un procedimento penale per il medesimo fatto perché vi osterebbe lo sbarramento rappresentato dal principio del *ne bis in idem*. Né si porrebbe il problema di impiegare quelle dichiarazioni in un eventuale procedimento di revisione, considerato che questo rimedio non è previsto quando ci si trovi di fronte ad una sentenza di assoluzione. Indubbiamente, però, la clausola di salvaguardia del comma 5 torna utile nella parte in cui esclude che le dichiarazioni possano essere utilizzate in qualsivoglia giudizio civile o amministrativo: per esempio, nel giudizio civile instaurato per ottenere il risarcimento in conseguenza del reato e promosso dal danneggiato che non si sia costituito parte civile o che non sia stato messo nelle condizioni per poterlo fare; o ancora qualora venga esercitata un'azione civile diversa da quella di danno, o nel giudizio amministrativo-contabile [8].

Posto, dunque, che è condivisibile che *in parte qua* la disciplina della testimonianza assistita rimanga applicabile anche a chi sia stato assolto con le formule più ampiamente liberatorie, **ci si può interrogare su quale sarà la sorte dei destinatari di sentenze di assoluzione pronunciate "perché il fatto non costituisce reato" o "non è previsto dalla legge come reato" o "è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione" o, più in generale, di coloro che siano stati definitivamente prosciolti per qualsiasi causa.**

Abbiamo osservato come, nella versione originaria del codice del 1988, colui che fosse stato prosciolto con sentenza passata in giudicato fosse trattato come un teste qualunque, indipendentemente dalla formula di assoluzione o, più in generale, dalla causa del proscioglimento; viceversa, nel codice del 1930 solo chi fosse stato assolto "perché il fatto non sussiste" o "per non aver commesso il fatto" diveniva compatibile a testimoniare. Cosa ci si può attendere dunque? Non è escluso che, qualora dovesse essere nuovamente adito, il giudice delle leggi possa dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 197-bis c.p.p. commi 3 e 6 anche con riguardo ad altre cause di assoluzione (per i casi di proscioglimento in rito è invece lecito nutrire qualche riserva).

Non è però da sottovalutare che le decisioni sinora assunte hanno valorizzato la circostanza che l'esclusione del nucleo storico dell'accusa (che si ha quando si assolve per insussistenza del fatto o per non riconducibilità di esso all'imputato) fa venir meno, per l'imputato, la relazione con il fatto oggetto di reato. La Corte, pertanto, potrebbe rilevare che ciò non accade negli altri casi di assoluzione, per i quali sarebbe implicito che il fatto si sia verificato e che, nel suo elemento oggettivo, sia stato commesso dall'imputato [9]. In quest'ottica, la conclusione non potrebbe che essere diversa rispetto a quella odierna, secondo la stessa *ratio* ispiratrice dell'art. 348 c.p.p. abrogato, non a caso menzionato nell'ultima sentenza.

C'è poi una terza strada: e cioè che sia il legislatore, qualora dovesse ritenere non soddisfacente l'attuale assetto normativo, ad assumersi la responsabilità del suo ruolo decidendo di riformare l'art.197-bis c.p.p., escludendo l'applicazione dei commi 3 e 6 - o magari anche del comma 5 - per alcuni o per tutti i destinatari di una sentenza di assoluzione (o, più in generale, di proscioglimento). Tra le varie opzioni, questa pare però la meno concreta, vista l'ormai consueta riluttanza del Parlamento ad intervenire tempestivamente su questi temi, anche quando sarebbe più necessario.

[1] Va detto che la Corte dichiara l'incostituzionalità del comma 3 (che prescrive l'assistenza del difensore), pur avendo ritenuto la questione inammissibile perché priva di rilevanza (in quanto nel caso di specie il dichiarante era stato comunque sentito alla presenza del suo avvocato). Ciò in applicazione dell'art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87, per il quale la Corte, nell'accogliere una questione di illegittimità costituzionale - nell'ipotesi in esame, quella relativa all'art. 197-bis comma 6 c.p.p. - «dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione adottata».

[2] Corte cost., sent. n. 381 dell'11 novembre 2006, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 301 ss.

[3] Corte cost., ord. n. 265 del 22 luglio 2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2704.

[4] C. cost., ord. n. 451 del 12 novembre 2002, secondo cui «è manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 197 comma 1 lett. b e 197-bis comma 1 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 112 Cost., nella parte in cui prevedono che il soggetto, già imputato di un reato probatoriamente collegato a norma dell'art. 371 comma 2 lett. b c.p.p. possa essere sentito come testimone soltanto dopo che nei suoi confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena, e non anche quando nei suoi confronti è stata pronunciata in udienza preliminare sentenza di non luogo a procedere per mancanza di querela». In senso analogo, C. cost., ord. n. 76 del 27 marzo 2003, che ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 197-bis comma 1 c.p.p., sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che anche le persone indagate in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 c.p.p., o di un reato collegato a norma dell'art. 371 comma 2 lett. b c.p.p., possano essere sempre sentite come testimoni - con le garanzie di cui ai commi 3, 4, 5 e 6 della citata norma - quando nei loro confronti è stato pronunciato provvedimento di archiviazione ai sensi dell'art. 411 c.p.p.; nonché dell'art. 197-bis comma 5 c.p.p. nella parte in cui non prevede la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da tali persone contro se stesse nel procedimento conseguente alla eventuale riapertura delle indagini. V. comunque Sez. un., 17 dicembre 2009, n. 12067, De Simone ed altro, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2583, secondo cui «non sussiste incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone per la persona già indagata in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. c c.p.p. o per reato probatoriamente collegato, definito con provvedimento di archiviazione»: il mancato esercizio dell'azione penale, infatti, determinando il recupero di quella condizione di terzietà precedente al coinvolgimento nell'accertamento, comporta che l'archiviato possa essere sentito come testimone. Con la stessa decisione, la Corte di cassazione ha però osservato come a diverso trattamento vada sottoposto il destinatario di una sentenza di non luogo a procedere, per il quale permane l'incompatibilità a testimoniare: il fatto che vi sia stata formulazione di un'imputazione e che la sentenza possa essere revocata giustifica il diverso trattamento rispetto all'archiviato.

[5] Per tutti, v. G. Illuminati, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 380 s.

[6] Corte Costituzionale, sent. n. 381 dell'11 novembre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, p. 486, con nota di M.L. Di Bitonto, *La Corte Costituzionale riapre il dibattito sulla testimonianza assistita*; sempre a commento della sentenza è possibile leggere i contributi di E.M. Catalano, *I confini della testimonianza assistita nel prisma del sindacato di ragionevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 307 s.; C. Conti, *Imputato assolto per non aver commesso il fatto: deve essere equiparato al testimone comune*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 318 s.; G. Frigo, *Operazione di maquillage costituzionale sulla figura del «testimone assistito»*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 46, p. 75 s.; C. Santoriello, *Persona definitivamente assolta per non aver commesso il fatto e recupero della piena capacità a testimoniare*, in *Giust. pen.*, 2007, I, c. 45 s. Dopo questa decisione, la giurisprudenza di legittimità ha concluso che «una volta dichiarata, con sentenza n. 381 del 2006 della Corte costituzionale, l'illegittimità costituzionale dei commi terzo e sesto dell'art. 197-bis c.p.p. nella parte in cui, rispettivamente, prevedono l'assistenza del difensore e l'applicazione dell'art. 192 comma 3 c.p.p., anche per le dichiarazioni rese da persona imputata in un procedimento connesso o collegato che sia stata assolta con sentenza irrevocabile dai reati ascrittivi per non aver commesso il fatto, nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento della Corte di cassazione, la posizione di tale persona, stante l'efficacia retroattiva delle sentenze di incostituzionalità, viene ad essere assimilata a quella di un comune testimone, con conseguente inapplicabilità delle speciali regole di valutazione della prova di cui al citato art. 192 comma 3 c.p.p., già applicate nel precedente giudizio di merito (Cass., sez. VI, 13 marzo 2007, n. 11599, P.G. e P.C. in proc. Pelaggi, in *Ced. Cass.* n. 236152; nello stesso senso, più di recente, Cass., sez. II, 16 febbraio 2009, n. 21599, Emmanuello ed altri, ivi, n. 244542).

[7] In dottrina sono state espresse forti perplessità riguardo alla decisione di incostituzionalità, rilevando come la Consulta si fosse di fatto, ancora una volta, e facendo sempre ricorso al criterio di ragionevolezza,

sostituita al legislatore, come già era accaduto all'indomani dell'introduzione del codice di rito. Così E.M. Catalano, *I confini della testimonianza assistita nel prisma del sindacato di ragionevolezza*, cit., p. 320. Per la verità, non era messa tanto in discussione la conclusione cui la Corte costituzionale era pervenuta: era plausibile che le persone assolte per non aver commesso il fatto potessero essere assimilate ai testimoni. Non si sarebbe, però, trattato di una conclusione costituzionalmente necessaria dal momento che, per esempio, il destinatario di una pronuncia di assoluzione per non aver commesso il fatto non sarebbe per definizione un soggetto nei cui confronti sia stata accertata in maniera incontrovertibile l'estraneità rispetto ai fatti, non fosse altro perché la sentenza di assoluzione va pronunciata anche a fronte di un quadro probatorio insufficiente o contraddittorio. Questo avrebbe reso, pertanto, opportuna una verifica più prudente delle dichiarazioni accusatorie rese. In questo senso, M.L. Di Bitonto, *La Corte Costituzionale riapre il dibattito*, cit., p. 494 ss. Pur essendo comprensibile la *ratio* di questa analisi, che si propone di tutelare l'imputato raggiunto da dichiarazioni accusatorie rese dall'assolto, va detto che questo tipo di approccio si presta a possibili strumentalizzazioni e potrebbe giustificare prese di posizione contrarie ai principi costituzionali - tornate di moda negli ultimi tempi - secondo cui l'assolto è un colpevole che non si è riusciti a condannare e che va guardato con sospetto anche dopo che la decisione è passata in giudicato. E invece, se è intervenuta una sentenza di assoluzione irrevocabile, l'imputato recupera quella verginità che la sottoposizione a processo ha messo in discussione. D'altra parte, sarebbe forse il caso di smitizzare la reale portata della regola del necessario riscontro, considerato che come è stato autorevolmente sostenuto, se si vuole «elementi di riscontro se ne trovano sempre». Così P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in Aa. Vv., *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Giappichelli, 2010, p. 364. In maniera altrettanto incisiva, F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 624, osservava come «dove il narrante sia creduto, le conferme non mancano mai; sono miriadi i possibili indizi e ne basta anche uno remoto; non vigono soglie minime, né avrebbe senso imporle, sicché i giudici hanno le mani libere». Probabilmente il richiamo della regola contenuta nell'art. 192 comma 3 c.p.p. nella disciplina della testimonianza assistita era soprattutto l'effetto della cattiva coscienza del legislatore che ben sapeva che il teste assistito al testimone comune assomigliava poco. Per maggiori approfondimenti al riguardo v., volendo, R.A. Ruggiero, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Giappichelli, 2012, p. 83 ss..

[8] Cfr. C. Conti, *Imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit., p. 321; M.L. Di Bitonto, *La Corte Costituzionale riapre il dibattito*, cit., p. 498.

[9] Già all'indomani della sentenza n. 381 del 2006, esprimeva queste perplessità C. Conti, *Imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit., p. 323.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

Furto commesso con destrezza, tra abilità speciale dell'agente e mera distrazione del derubato: la questione rimessa alle Sezioni Unite

Cass., Sez. IV, ord. 21 dicembre 2016 (dep. 17 febbraio 2017), n. 7696,
Pres. Bianchi, Rel. Ciampi, Ric. Quarticelli

di Andrea Giudici

1. Con l'ordinanza che può leggersi in allegato, la Quarta sezione penale della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione: *“se, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 625 n. 4 c.p. (destrezza), occorra una condotta caratterizzata da una speciale abilità nel distogliere l'attenzione della persona offesa dal controllo e dal possesso della cosa o sia sufficiente il fatto di approfittare di una condizione occasionalmente favorevole, o di una frazione di tempo in cui la persona offesa abbia momentaneamente sospeso la vigilanza sul bene posseduto”*.

Nel caso sottoposto all'attenzione della S.C., l'imputato era stato condannato dalla Corte territoriale per furto aggravato ex art. 625 n. 4 c.p., per essersi impossessato di un computer portatile approfittando di un **momento di distrazione** della proprietaria, la quale l'aveva momentaneamente lasciato sul bancone del bar di cui è titolare.

Avverso tale decisione ricorreva per cassazione l'imputato, lamentando l'incongrua qualificazione del fatto come furto aggravato anziché semplice, ed evidenziando la sussistenza di un **contrasto giurisprudenziale** in tema di esatta definizione del concetto di “destrezza” ai sensi dell'art. 625 n. 4 c.p. Di tale contrasto dà sinteticamente conto l'ordinanza di rimessione, che ritiene opportuno investire della questione le Sezioni Unite.

2. Secondo un **primo orientamento**, evidentemente accolto dai giudici del merito nella vicenda in esame, la circostanza aggravante in parola riveste la funzione di stigmatizzare *“lo spessore della maggiore criminalità del soggetto”*, e risulta integrata anche qualora l'agente *“approfitti di una condizione contingentemente favorevole”*, quale può essere una momentanea distrazione della persona offesa siccome *“impegnata, nello stesso luogo di detenzione della cosa o in luogo immediatamente prossimo, a curare attività di vita o di lavoro”* (v. Cass., sez. V, sent. 18 febbraio 2015, n. 20954).

Ne deriva che, ai fini della configurabilità dell'aggravante in esame, non solo non è necessario che l'agente faccia ricorso a un'abilità particolare, pur se non eccezionale, ma è altresì sufficiente che approfitti di una situazione di fatto qualsiasi, anche occasionale e anche non dallo stesso creata, purché idonea a escludere o comunque attenuare la vigilanza della persona offesa sul bene che intende sottrarre. Sicché la fattispecie in esame finirebbe per avvicinarsi all'ipotesi della ‘minorata difesa’, della quale costituirebbe una sorta di naturale sviluppo.

Secondo un **diverso orientamento**, invece, la destrezza postula una condotta che *“per abilità, astuzia e rapidità, sia funzionale a superare l'attenzione della vittima”*, come tale incompatibile con il mero sfruttamento di un occasionale momento di disattenzione altrui, sia esso dipendente o meno da un comportamento positivo del soggetto agente (v. Cass., sez. II, sent. 18 febbraio 2015, n. 9374 e la giurisprudenza *ivi* citata: nella fattispecie, si è escluso che di destrezza possa parlarsi

in relazione alla sottrazione di un bene da un autoveicolo lasciato temporaneamente incustodito dal proprietario).

Così opinando, in sostanza, si afferma che un aggravamento della pena in tanto può giustificarsi in quanto **la condotta** – e non già il soggetto che la pone in essere – risulti in concreto **maggiormente riprovevole**, connotandosi, in ragione delle modalità con le quali si è estrinsecata, per un grado di agilità o comunque di abilità tale da superare l'attenzione ordinariamente dovuta da un uomo medio.

In effetti, nel senso da ultimo indicato si pone anche la dottrina maggioritaria, che individua nella destrezza proprio l'abilità superiore a quella ordinariamente usata dal comune ladro, capace di eludere la normale vigilanza dell'uomo medio [1].

3. La rilevanza del contrasto, peraltro, non si esaurisce con l'esatta individuazione dei contorni della circostanza in esame, estendendosi ben al di là del mero aggravamento della pena prevista dal codice penale per il furto semplice.

Una prima ricaduta di spessore si registra, come è noto, sul terreno della **procedibilità**. Se il furto aggravato dalla destrezza, come per vero qualsiasi altra forma di furto aggravato *ex art. 625 c.p.*, è procedibile d'ufficio, la perseguibilità risulta viceversa condizionata all'iniziativa della persona offesa nell'ipotesi di furto semplice *ex art. 624 c.p.* e nel caso in cui ricorra una qualsiasi circostanza aggravante comune *diversa* da quella di cui all'art. 61 n. 7 c.p., relativa alla rilevante gravità del danno patrimoniale cagionato alla persona offesa dal reato. Talora, può essere proprio la necessità di superare taluni ostacoli posti dalla procedibilità a querela a forzare la mano dei pubblici ministeri, spingendoli alla contestazione di aggravanti anche in casi limite, ampliandone, come a proposito della questione in esame, l'ambito di applicazione [2].

Una seconda ricaduta si ha, poi, sul terreno della **esclusione della punibilità per irrilevanza del fatto**, di cui all'art. 131 *bis* c.p., introdotto con d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. La causa di esclusione della punibilità risulta applicabile, infatti, in relazione a tutti i reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ancorché congiunta a pena pecuniaria; e nell'individuazione di detta pena deve tenersi conto delle circostanze c.d. indipendenti, vale a dire quelle per le quali la legge prevede una cornice di pena diversa da quella prevista per il reato semplice (art. 131 *bis* c. 4 c.p.). Ciò accade, per l'appunto, nel caso del furto commesso con destrezza, punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032 (art. 625 c. 1 c.p.), sicché la via dell'esclusione della punibilità per irrilevanza del fatto – si pensi, per esempio, al furto commesso con destrezza di un portamonete contenente pochi spiccioli – resta, in tale caso, irrimediabilmente preclusa.

4. Si comprende, allora, come il contrasto interpretativo sull'esatta estensione della circostanza in parola rivesta un'importanza tutt'altro che marginale, sia per proporzioni – e non è agevole dire quale dei due orientamenti sia realmente *maggioritario* – sia per conseguenze, tanto da giustificare la decisione di rimetterne la composizione alle Sezioni Unite.

Se ciò è vero, però, non meno vero è che, tra le diverse posizioni espresse, ad avviso di chi scrive ve n'è una – quella che esige la realizzazione di un comportamento positivo espressivo di una speciale abilità dell'agente – che si lascia preferire, in ragione di tre argomenti.

(i) In primo luogo, approfittare di un momento occasionale di distrazione del detentore sembra costituire non già un *quid pluris* rispetto alla sottrazione, per dir così, semplice prevista dall'ipotesi base dell'art. 624 c.p., bensì proprio una **modalità ordinaria di manifestazione della condotta furtiva**, non idonea ad arrecare una più intensa lesione del bene giuridico né espressiva di un

maggior grado di disvalore: in breve, **non meritevole di un aggravamento di pena**. Su questa linea, d'altronde, si era espresso anche Vincenzo Manzini, secondo cui “[l]a destrezza, in quanto è circostanza aggravante, deve necessariamente presentarsi come una abilità straordinaria. Ciò che non è straordinario rispetto all’ipotesi tipica del reato, non può considerarsi circostanza aggravante” [3].

Ne deriva che tale modalità della condotta si caratterizza per una sostanziale somiglianza – quanto alla neutralizzazione dell’impatto sul trattamento sanzionatorio – con l’occultamento sulla persona dell’agente della merce sottratta, la cui riconducibilità nell’alveo dell’aggravante del mezzo fraudolento (art. 625 n. 2 c.p.) è stata espressamente esclusa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione proprio sulla scorta dell’osservazione che siffatto comportamento costituisce modalità ordinaria di estrinsecazione della condotta furtiva (cfr. Cass., Sez. Un., sent. 18 luglio 2013, n. 40354, disponibile [qui](#)).

Una maggior pena rispetto alla fattispecie non aggravata, per converso, postula un **comportamento in concreto maggiormente lesivo rispetto a quello già penalmente sanzionato**, qual è, nel caso di specie, solo il ricorso, da parte dell’agente, a un’*abilità speciale, ulteriore*, di cui ordinariamente non si avvale il ladro comune.

(ii) In secondo luogo, si è detto più sopra che la tesi che ricollega alla destrezza anche il comportamento di chi approfitti di una distrazione momentanea si pone in sostanziale linea di continuità con la circostanza aggravante della minorata difesa di cui all’art. 61 n. 5 c.p.; si aggiunga ora che da un lato, e naturalmente, il comportamento in parola *non potrebbe già costituire in sé* un’ipotesi di minorata difesa, dal momento che una distrazione occasionale non costituisce a rigore una delle “*circostanze di tempo, di luogo o di persona*” tali da ostacolare la difesa del soggetto passivo, rilevanti in quella sede; dall’altro lato, la condotta di chi *provoca l’altrui distrazione*, di cui approfittare in un momento successivo al fine di commettere il furto, sembra integrare il *mezzo fraudolento* oggetto di un’altra e autonoma circostanza aggravante (art. 625 n. 2 c.p.) [4].

Ebbene, tale linea di continuità risulta forzata. Se è vero quanto osservato al punto (i), occorre convenire che, secondo la scala di sottofattispecie che si è là tratteggiata, tra il furto commesso in condizioni di minorata difesa e il furto commesso ricorrendo a una condotta particolarmente accorta e abile – tale da integrare gli estremi della *destrezza* e non anche quelli del *mezzo fraudolento* – vi è almeno un’altra **sottoipotesi di furto, meno grave**: quella di chi si limita a sottrarre un bene lasciato occasionalmente incustodito. Proprio tale ultima ipotesi, se si seguisse il ragionamento che qui si critica, finirebbe però per essere ricompresa nella sfera applicativa della *destrezza*, così da risultare inevitabilmente aggravata rispetto al furto semplice e accomunata a fattispecie di cui non divide il disvalore: con conseguenze rilevanti in punto di **irragionevolezza del trattamento sanzionatorio**.

(iii) Da ultimo, la tesi più restrittiva – cioè quella che esclude la rilevanza della mera disattenzione del derubato – va privilegiata anche per la preferenza che il nostro ordinamento assegna al **modello c.d. oggettivistico**, secondo cui il reato si costruisce sul *fatto offensivo di beni giuridici* e non già sulla rimproverabilità soggettiva o sulla pericolosità dell’agente, in ossequio al canone dettato dall’art. 25 c. 2 Cost. E **anche gli aggravamenti di pena**, in linea di principio, si giustificano per la stessa ragione, al di fuori delle ipotesi di circostanze soggettive di cui all’art. 70 c. 1 n. 2 c.p., che viceversa fanno leva sulla maggior colpevolezza del reo [5].

Non fa eccezione, invece, l’aggravante qui in esame, che deve intendersi stigmatizzare una particolare **modalità della condotta**, nello specifico una particolare abilità dell’agente diretta contro la persona dell’offeso, e avere per l’effetto **natura oggettiva** [6].

Ma allora, se la quantità di pena che si ritiene di infliggere *in più* rispetto a quanto previsto per la fattispecie non aggravata si giustifica per il comportamento positivo di colui che elude la vigilanza dell’offeso (l’aggravante della *destrezza*) ovvero lo distrae al fine di compiere la sottrazione (l’aggravante del *mezzo fraudolento*), ne deriva che detto aumento risulterebbe

ingiustificato tutte le volte in cui l'agente si limiti a beneficiare di un mero momento di distrazione altrui, ciò che, non postulando l'adozione di alcun accorgimento volto a superare l'attenzione della vittima, non costituisce il risultato di alcuna *azione* né manifestazione di alcuna speciale *abilità*.

[1] In questo senso, v. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I delitti contro il patrimonio*, Padova, 2012, p. 77; nonché G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo secondo, *I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2014, p. 84.

[2] Si pensi ad alcuni inconvenienti certo non sconosciuti alla prassi, quali la questione dell'esatta individuazione del soggetto passivo, unico abilitato a sporgere querela *ex art.* 120 c. 1 c.p., ovvero il rispetto del termine trimestrale per la stessa previsto dall'*art.* 124 c.p.

[3] Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. IX, parte prima, Torino, 1938, p. 216 (corsivi originari).

[4] In questo senso, C. Baccaredda Boy, S. Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2010, p. 253 s.; nonché, seppur giungendo a conclusioni diverse da quelle avanzate nel testo, G. Petragani Gelosi, *sub art.* 625, in A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, A. Manna, *Trattato di diritto penale*, Torino, 2011, p. 127.

[5] Sul punto, v. Corte cost., sent. 5 novembre 2012, n. 251, secondo cui il principio di offensività è chiamato ad operare rispetto sia alla fattispecie base sia alle circostanze aggravanti, nonché "*rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare 'neutralizzata' da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità*".

[6] Non tutta la dottrina concorda con tale qualificazione, che pure conta numerosi e autorevoli sostenitori (per tutti, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, cit., p. 214): così, ad es., G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 84, secondo cui "[l]a ratio dell'aggravamento di pena sembra consistere nella maggiore pericolosità dimostrata dall'agente, più che nella minorata difesa delle cose di fronte all'abilità del colpevole". Sennonché, pur prendendo le mosse da questa differente premessa, anche tali Autori convengono che la destrezza "*presuppone l'esistenza di una abilità straordinaria, e cioè deve evidenziare una capacità superiore a quella del ladro comune e tale comunque da saper evitare la vigilanza normale dell'uomo medio*": una vigilanza, sembrano dunque concludere, *effettiva e in atto* al momento dell'azione.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

Prostituzione minorile e risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale

[G.U.P. Roma, sent. 20 settembre 2016 \(dep. 5 ottobre 2016\), Est. Di Nicola](#)

di Monica Trapani

Nel testo della sentenza qui annotata (disponibile al link sopra indicato) i nomi reali dei protagonisti della vicenda sono stati sostituiti con nomi di pura fantasia.

1. Con la sentenza in commento il Tribunale di Roma si è pronunciato sulla responsabilità penale di uno dei tanti soggetti, tra clienti e sfruttatori, che sono risultati coinvolti in una **vicenda di prostituzione minorile**, ben nota alle cronache e oggetto di indagine in seguito alla denuncia presentata dalla madre di una delle due minorenni coinvolte, mossa dal sospetto che la figlia si prostituisse e facesse uso di sostanze stupefacenti. Si tratta del primo procedimento, scaturito da quella indagine, nel quale **la vittima ha potuto costituirsi in giudizio per il risarcimento del danno subito**, essendo stato definito con il rito abbreviato, anziché con il patteggiamento come negli altri casi. Ed è proprio nelle statuizioni sul profilo risarcitorio che la sentenza del Tribunale di Roma assume particolare interesse: su di esse principalmente soffermeremo la nostra attenzione, dopo aver ricordato brevemente il risvolto penalistico della vicenda, avente ad oggetto quella particolare ipotesi del reato di prostituzione minorile, che consiste nel compiere atti sessuali con un minore di età compresa tra i 14 e i 18 anni, in cambio di un corrispettivo di denaro o di altra utilità (art. 600-*bis* comma 2 c.p.).

È bene sottolineare come l'incriminazione della condotta del cliente nell'ambito della **prostituzione minorile** (e in questa soltanto) rifletta la convinzione che **non possa mai considerarsi davvero libera la scelta di prostituirsi compiuta da un soggetto minorenne** (inizialmente inteso come infrasedicenne dalla legge n. 269/1988), che ancora non possiede gli strumenti necessari per ponderare le conseguenze di quella scelta sul suo sviluppo psico-fisico. Una mancanza di libertà che non si ravvisa soltanto nelle ipotesi in cui il ricorso alla prostituzione da parte del minore dipenda dalla necessità di procurarsi i mezzi di sussistenza, ma anche laddove essa sia piuttosto finalizzata al soddisfacimento di bisogni non primari, come nel caso oggetto della sentenza in esame: quella scelta appare infatti originata da un profondo disagio culturale e sociale del minore ed è in grado di produrre una perdita significativa dell'autostima, nel desiderio di annientarsi e degradarsi.

2. L'indagine della Procura di Roma, basata essenzialmente sull'intercettazione delle utenze delle due ragazze minorenni, ha portato allo scoperto la loro attività prostitutiva quotidiana, cominciata quando una di loro aveva solo 14 anni e l'altra 15. In particolare, sono state ricostruite due conversazioni telefoniche dell'imputato con una delle ragazze (di seguito Laura, nome di fantasia riportato nella sentenza pubblicata in allegato), durante le quali venivano presi accordi sul prezzo della prestazione e sul luogo dell'incontro. La **consapevolezza da parte del cliente** della minore età della vittima poteva del resto ritenersi provata dal tenore dell'annuncio pubblicato in Rete ("studentessa...cerca Papy"), che richiama inequivocabilmente l'attenzione

sulla giovanissima età delle due prostitute. A tal proposito, tra l'altro, nel corso dell'incidente probatorio Laura aveva dichiarato che lei e la sua amica solo all'inizio avevano indossato scarpe con il tacco per assumere sembianze più adulte, poiché ben presto si erano accorte che era proprio la loro giovane età ad essere la principale attrazione per i clienti. Nessun dubbio sul **riconoscimento dell'imputato** come cliente di entrambe le minorenni aveva poi manifestato l'amica della vittima nel corso dell'individuazione fotografica, trattandosi a suo dire di uno dei pochissimi uomini con sembianze non italiane che avevano incontrato.

Sulla base di questi elementi, a fronte della richiesta di assoluzione avanzata dalla difesa, il PM chiedeva la condanna dell'imputato per il reato di prostituzione minorile di cui all'art. 600-bis, comma 2, c.p., aggravato dalla circostanza di aver commesso il fatto in danno di persona minore degli anni 16 ai sensi dell'art. 602-ter, comma 5, c.p.; ritenendo tuttavia di poter concedere all'imputato le circostanze attenuanti generiche, considerate equivalenti alla aggravante contestata, la Pubblica Accusa quantificava la pena in 1 anno di reclusione e 3000 euro di multa, anche in virtù della diminuzione di un terzo della pena conseguente alla scelta del rito abbreviato. Dal canto suo, il Tribunale, ritenuta provata oltre ogni ragionevole dubbio la consumazione da parte dell'imputato di un rapporto sessuale completo in cambio di denaro con la allora quindicenne Laura, ha tuttavia escluso l'applicabilità delle attenuanti generiche nel caso concreto, sottolineando la particolare gravidanza della circostanza attinente alla minore età della vittima, in quanto indice di un **particolare disvalore della condotta realizzata** perché in grado di pregiudicare in maniera irreversibile l'identità e lo sviluppo psicofisico della ragazza. In considerazione della unicità del rapporto sessuale intercorso e delle sanzioni fino a quel momento inflitte agli altri clienti in sede di patteggiamento, si è quindi pervenuti alla condanna a una pena di 2 anni di reclusione e 2000 euro di multa, per la quale è stata negata la concessione della sospensione condizionale, non ravvisandosi elementi tali da far presumere che l'imputato si sarebbe astenuto in futuro dalla commissione di fatti analoghi. Dal tenore delle telefonate intercettate, contraddistinte da un linguaggio crudo e dall'assenza di qualsiasi tipo di imbarazzo – indice del preoccupante carattere di normalità che va acquisendo la richiesta di prestazioni sessuali a pagamento anche a ragazze minorenni – si è infatti dedotta una verosimile consuetudine dell'imputato a tale comportamento, del resto tipica di questo genere di reati. Ai sensi dell'art. 600-septies c.p. all'imputato è stata applicata anche la pena accessoria dell'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio di tutela o incarico che implichi il contatto con minorenni.

3. Di particolare interesse, per le ulteriori valutazioni ai fini del risarcimento del danno subito, è l'**attenzione rivolta nella sentenza alla vittima**, della quale sono emersi sia la condizione di estrema **vulnerabilità**, sia il disagio incontrato nell'avvicinarsi al mondo della prostituzione: circostanze che inducono a modificare quell'impressione di adolescente avida e ammiccante derivata nell'opinione pubblica dalla rappresentazione mediatica dei fatti, che finisce col giustificare la condotta del cliente, realizzando così quel ben noto processo di vittimizzazione secondaria della giovane donna che si prostituiva.

Dalle dichiarazioni rese al Pubblico Ministero è infatti emerso che Laura, studentessa liceale, viveva con la madre e il fratello minore affetto da un disturbo psichico, mentre il padre ha abbandonato affettivamente ed economicamente la famiglia: di lui Laura ha raccontato soltanto di incontri con cadenza triennale, di circa venti minuti ciascuno, in occasione dei quali riceveva 200 euro. La ragazza ha precisato di non aver mai pensato a prostituirsi e di essere anzi rimasta sconvolta quando ha saputo che la sua amica aveva intrapreso questa strada. Attratta dalla gran quantità di denaro che quest'ultima riusciva a guadagnare e dalla conseguente libertà di spesa che aveva conquistato, Laura **si è lasciata coinvolgere nel giro di prostituzione**, faticando però

ad abituarsi all'idea: in un primo tempo infatti, pur avendo reso noto il suo contatto telefonico, rifiutava di rispondere alle telefonate dello sfruttatore e, una volta superata tale resistenza, sceglieva di incontrare i clienti solo insieme all'amica "perché aveva paura". Una volta subentrata una certa abitudine, ha comunque avvertito il bisogno di estraniarsi da quello che faceva cominciando a fare **uso di stupefacenti**: così poteva dimenticare gli incontri con i clienti e superare le proprie resistenze, ripetendo sempre a sé stessa che "lo faceva per soldi", anche se ha poi dovuto riconoscere di "volere troppo", perché quei soldi le servivano per le serate, i taxi, le sigarette e i vestiti.

Al primo contatto con l'autorità inquirente Laura si è dimostrata preoccupata di aver commesso qualcosa di illecito: era infatti convinta di essere l'autrice e non la vittima del reato, salvo poi dichiarare che non riteneva di aver fatto "una cosa tanto grave". Tuttavia, la percezione della gravità della scelta di prostituirsi è affiorata anche dalla sua decisione di giustificare le entrate di denaro agli occhi di sua madre come provento dell'attività di spaccio, ritenuta evidentemente fonte di minore preoccupazione e discredito rispetto all'attività prostitutiva. Occorre però precisare che dalle intercettazioni telefoniche **è risultato che la madre conoscesse bene l'attività svolta dalla figlia ed anzi ne approfittasse**, sollecitandola a procurare del denaro anche per lei e minacciando di ritirarla da scuola se l'impegno scolastico avesse costituito un ostacolo alla frequenza degli incontri con i clienti. Ciò nonostante, Laura ha continuato a sostenere che la madre fosse all'oscuro di tutto, mostrando solidarietà nei suoi confronti: avendo la madre perso il lavoro poco tempo prima, la figlia capiva di essere per lei "l'ancora di salvezza".

Parlando del futuro, Laura ha espresso il desiderio di tornare ad "una vita normale, senza soldi", di voler studiare e andare all'Università, pur avendo paura di non farcela perché la prostituzione le appare come "l'unico modo" per avere ciò che vuole. Emerge in queste parole quella devastante perdita di autostima, descritta negli studi in materia, che impedisce alla vittima di vedere una alternativa nel modo di condurre la propria vita.

Di questo **contesto di deprivazione affettiva, culturale e sociale** che sta all'origine della vulnerabilità della vittima e della sua decisione sofferta di prostituirsi, avrebbe approfittato l'imputato, contribuendo con il suo comportamento a riproporre quel disinteresse per la sua persona già sperimentato nella vita familiare e a confermare un modello culturale negativo della donna, in base al quale è il corpo lo strumento prioritario attraverso il quale essa può affermarsi.

4. Venendo a questo punto alla decisione sul **risarcimento del danno non patrimoniale subito dalla vittima**, va innanzitutto detto che la curatrice speciale della minorenne ha richiesto in modo generico 20.000 euro a titolo di danno morale, senza motivare come fosse pervenuta a quantificarlo in tale ammontare e senza fornire indicazioni sulle esigenze economiche della ragazza, anche con riguardo a eventuali percorsi di aiuto intrapresi.

Per questa ragione il Tribunale si è trovato costretto a svolgere le considerazioni di sua competenza sulla base delle sole evidenze probatorie emerse nel corso del processo, dalle quali risultava chiaramente che alla ragazza era stato sottratto il diritto ad uno sviluppo sessuale coerente con la sua età e a una conoscenza progressiva del suo corpo e della ricchezza del genere maschile. Un danno dunque non patrimoniale, rappresentato dalle sofferenze fisiche e psichiche subite dalla giovane in conseguenza del reato e dalla devastazione della sua personalità che ne era derivata (di cui la vittima stessa non sembrava pienamente consapevole), che non si è voluto liquidare in modo sbrigativo con una somma equitativa, ma per il quale al contrario si è cercata la **modalità più adeguata di risarcimento, alla luce di quanto previsto dagli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.**

Muovendo dalla premessa che la generica domanda avanzata dalla curatrice non esprimesse una scelta vincolante per un risarcimento *per equivalente*, dal momento che anche il **risarcimento in**

forma specifica, previsto in via alternativa dall'art. 2058 c.c., può consistere in una somma di denaro (così Cass. Civ. Sez. I n. 5993/1997), il Tribunale ha ritenuto preferibile quest'ultimo perché nel caso specifico appariva l'unico che consentisse di tener conto della situazione personale della vittima, proteggendola da una vittimizzazione secondaria e ripetuta e offrendole adeguata assistenza per facilitarne il recupero, così come richiesto a tutte le autorità operanti nell'ambito di un processo penale dalla Direttiva sulle vittime (2012/29/Ue) del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 212 del 2015. Il risarcimento per equivalente, infatti, non sarebbe stato in grado di *ripagare* concretamente la vittima e avrebbe anzi rischiato di aggravare le conseguenze del reato, posto che per lei il denaro ha rappresentato l'unico parametro valoriale, che l'ha portata a ritenersi e a vedersi in concreto "monetizzabile". Il fatto di **quantificare in termini monetari la lesione** della sua dignità, sia pure a titolo di risarcimento, avrebbe rischiato di accrescere quella originaria e pericolosa convinzione, dimostrando ai suoi occhi ancora una volta che con il denaro tutto si può comprare.

Sulla base di tali rilievi, il Tribunale ha quindi condannato l'imputato, oltre che al pagamento di 1.000 euro a titolo di danno da perdita di *chance*, anche a **acquistare e recapitare alla vittima una serie ben individuata di libri e film sull'identità femminile**, potenzialmente in grado di insinuare il dubbio nel retroterra dell'immagine negativa di se stessa che essa ha maturato e che l'hanno condotta a credere che la via della prostituzione fosse per lei l'unica soluzione possibile. In questo modo si è ritenuto, da un lato, di poter dare alla giovane donna l'opportunità di intraprendere un processo di acquisizione di consapevolezza del suo valore di donna e di persona e, dall'altro lato, di poter stimolare il reo a un confronto con il proprio reato, in una prospettiva rieducativa.

5. Con una decisione dal contenuto decisamente innovativo si è pervenuti a **valorizzare le potenzialità del risarcimento in forma specifica**, che ha avuto da sempre un ruolo marginale, confinato nell'ambito del solo danno patrimoniale. Si tratta a dire il vero di una soluzione già prospettata in dottrina (cfr. C. Castronovo, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno* nel volume a cura di S. Mazzamuto *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, 1989, vol. I, pp. 481-514) e della quale conviene ripercorrere brevemente il percorso argomentativo.

Contrariamente a quanto comunemente ritenuto, si è affermata la possibilità di risarcire in *forma specifica* il danno sia patrimoniale che non patrimoniale, muovendo dalla considerazione che l'art. 2058 c.c., che tale modalità di risarcimento contempla, non distingue le due ipotesi e che al contempo l'art. 2059 c.c., nel prevedere la possibilità di risarcire il danno *non patrimoniale*, nulla dice sulla forma specifica o per equivalente del risarcimento. Il tenore letterale delle due disposizioni, inserite entrambe nel titolo relativo ai "fatti illeciti", non impedisce dunque in alcun modo di risarcire in forma specifica il danno non patrimoniale; né d'altra parte la circostanza che l'art. 2059 c.c. sia posto a chiusura della disciplina vincola l'interprete a ritenere che tutte le disposizioni ad esso precedenti – ivi compreso l'art. 2058 c.c. – siano riferibili esclusivamente al danno *patrimoniale*.

Inoltre, se si considera che **l'interesse non patrimoniale è molto più variegato di quello patrimoniale**, si comprende come sia proprio in riferimento al danno non patrimoniale che il risarcimento in forma specifica può esplicare la sua funzione, potendo adeguarsi alla specificità dell'interesse di volta in volta leso. L'introduzione di questa particolare forma di risarcimento è dipesa del resto proprio dall'esigenza di ovviare alle insufficienze del risarcimento per equivalente, da sempre concepito come rimedio riparatorio per eccellenza: una innovazione poco sfruttata, che ha lasciato inalterato il primato di quest'ultimo, malgrado il ruolo di strumento alternativo e complementare di risarcimento che il legislatore le ha attribuito. È infatti possibile

utilizzare al medesimo tempo entrambi i rimedi, al fine di assicurare nella maniera più conveniente il ristoro dal danno subito.

Le ragioni dello scarso utilizzo del risarcimento in forma specifica possono rintracciarsi nell'incapacità di concepire questo tipo di risarcimento del danno non patrimoniale in modo diverso da quello usualmente impiegato per il danno patrimoniale: mentre quest'ultimo può essere risarcito attraverso la riduzione in pristino del patrimonio dal punto di vista qualitativo, quello non patrimoniale, riguardando diritti non suscettibili di valutazione economica, impone una **ricerca "pragmaticamente orientata a risolvere nel modo concretamente più adeguato le conseguenze negative" del danno**. Una ricerca alla quale solitamente si rinuncia, essendo più agevole liquidare una somma di denaro in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.

La prospettiva indicata è compatibile con *"la considerazione oramai centenaria che il danno non si cancella con il risarcimento"*, il quale ha soltanto la funzione di spostare il più possibile le conseguenze negative del danno dalla sfera giuridica del danneggiato a quella del danneggiante. Un simile approccio, inoltre, non risulta sconosciuto nel nostro ordinamento se si considera che l'**art. 186 c.p.** prevede la pubblicazione della sentenza di condanna quale mezzo per riparare il danno non patrimoniale cagionato dal reato: si tratta anche in questo caso di un risarcimento in forma specifica, in grado di soddisfare un interesse – quello della riaffermazione della propria reputazione – che attraverso il solo denaro sarebbe parzialmente e comunque non altrettanto efficacemente soddisfatto.

Alla stessa maniera, il risarcimento in forma specifica individuato dal Tribunale con la sentenza in esame mira a raggiungere un risultato che non sarebbe conseguibile mediante un risarcimento per equivalente, per le caratteristiche del caso concreto e in assenza di elementi di valutazione prodotti dalla parte civile. La condanna dell'imputato all'acquisto di libri e film sull'identità femminile, da recapitare alla vittima, studentessa liceale che nel corso dell'interrogatorio ha più volte espresso il proprio interesse per lo studio, è infatti pragmaticamente orientata a rimediare all'effetto devastante per la personalità di quest'ultima che è stato cagionato da chi senza scrupoli ha acquistato le sue prestazioni sessuali. Il messaggio contenuto in una decisione di questo tipo intende **restituire dignità alla ragazza**, che può percepire finalmente di essere stata destinataria dell'attenzione di un adulto responsabile – il giudice –, che non si è limitato a liquidare in una somma di denaro il male da lei sofferto.

