TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

I REATI CONTRO LA PERSONA

II parte

TRACCE

Traccia: il reato di omicidio culturalmente motivato

Traccia: Il concorso di reato in omicidio stradale e la guida in stato di ebbrezza

Traccia: La successione della legge penale nel reato di omicidio stradale

Traccia : Il concorso nel reato di omicidio volontario nel caso di partecipazione ad una rissa aggravata

Sommario Generale: I reati di violenza e di minaccia. Giurisprudenza (p.1). 2. Distinzione fra atti persecutori e violenza privata (p.3). 3. Un caso specifico di violenza privata (p.4). 4. Un altro caso specifico (p.9). 5. I reati di minaccia. Giurisprudenza (p. 10). 6. La modifica della disciplina della procedibilità (p.12). 7. Messaggi di SMS (p. 28). 8. La tutela dei lavoratori vittime di mobbing (p. 34) . 9. Il reato di atti persecutori (p.54). 10. Ancora sugli atti persecutori (p. 57). 11. Procedimento amministrativo e atti persecutori (p. 64). 12. I reati di indebita interferenza nella vita privata e rivelazione di segreti (p. 65). 13. Lavoro subiordinato e controlli a distanza(p. 69). 14. La videosorveglianza in condominio (p.81). 15. Reati di rivelazione e diffusione di documenti segreti (p.89) (p.104). 16. Reati contro l'incolumità personale (p. 116). 17. Circostanze aggravanti e attenuanti (p. 120). 18. Il reato culturalmente motivato (p.122) (p.130). 19. Stati emotivi e dolo di impeto (pag. 15ì39) (p.140) (p. 152). 20. Dolo eventuale e colpa cosciente (p.165). 21. Premeditazione (p. 170).22. Il reato aberrante (p.171). 23. Rapporti fra lesioni volontarie e terntato omicidio (p. 172) . 24. I reati di femminicidio ed orfani di crimini

(p. 173). 25. Omicidio stradale (p. 235) . 26. Il reato di rissa (pag. 235) 27. La responsabilità medica alal luce della riforma Gelli – Bianco (pag, 238)

I reati di violenza e di minaccia

610 – 611 – 612 – 614 - 615 – 615 bis – 615 ter c.p.

GIURISPRUDENZA

Cass. pen. Sez. V Sent., 16/01/2018, n. 10498 (rv. 272666)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)
REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Violenza privata - Reato di violenza privata - Fattispecie

Integra il delitto di violenza privata la condotta di coloro che, nell'ambito di una manifestazione di protesta, si trattengano all'interno di un istituto scolastico, interrompendo lo svolgimento dell'attività didattica, danneggiando mobili e suppellettili ed esponendo striscioni. (Annulla senza rinvio, App. Milano, 29/06/2016)

FONTI
CED Cassazione, 2018

Cass. pen. Sez. V Sent., 13/04/2017, n. 48369 (rv. 271267)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Violenza privata - Elemento oggettivo - Caratteristiche - Fattispecie

Integra il delitto di violenza privata la condotta di colui che, nell'ambito di manifestazioni di protesta per impedire l'esecuzione di un'opera pubblica, impedisce agli operai incaricati di svolgere i lavori previsti, frapponendosi all'accesso ai macchinari con comportamenti tali da bloccarne l'utilizzo da parte loro, considerato che, ai fini della configurabilità del reato in questione, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione e di azione. (Annulla in parte con rinvio, Trib. lib. Torino, 16/01/2017)

FONTI
CED Cassazione, 2017

Cass. pen. Sez. V Sent., 16/10/2017, n. 1913 (rv. 272322)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Violenza privata - Parcheggio della propria autovettura dinanzi all'ingresso di un fabbricato in modo da impedirne l'accesso - Integrazione del reato di violenza privata

Integra il delitto di violenza privata la condotta di colui che parcheggi la propria autovettura dinanzi ad un fabbricato in modo tale da bloccare il passaggio, impedendo l'accesso alla persona offesa, considerato che, ai fini della configurabilità del reato in questione, il requisito della violenza si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione e di azione. (Rigetta, App. Lecce, 26/10/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2018

Cass. pen. Sez. V Sent., 08/02/2018, n. 21530 (rv. 273024)

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Violenza privata - Rapporto con il reatodi lesioni personali - Concorso formale - Sussistenza - Ragioni - Fattispecie

Tra il reato di violenza privata, di cui all'art. 610 cod. pen., e quello di lesioni personali volontarie, di cui all'art. 582 cod. pen., è configurabile il concorso formale, essendo diversi i beni giuridici tutelati: la libertà morale nel primo reato, e l'integrità fisica nel secondo (Fattispecie nella quale la Corte ha escluso l'assorbimento del reato di violenza privatain quello di lesioni, precisando che le lesioni - una testata in faccia ad un cronista al fine di farlo allontanare dal luogo in cui si trovava il ricorrente - erano state inflitte per realizzare la violenza privata). (Rigetta, Trib. lib. Roma, 22/11/2017)

FONTI

CED Cassazione, 2018

Cass. pen. Sez. V Sent., 24/02/2017, n. 29261 (rv. 270869)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Violenza privata - Forme della minaccia - Minaccia implicita - Rilevanza ai fini dell'integrazione del delitto di violenza privata - Sussistenza

Ai fini del delitto di violenza privata, non è richiesta una minaccia verbale o esplicita, essendo sufficiente un qualsiasi comportamento od atteggiamento, sia verso il soggetto passivo, sia verso altri, idoneo ad incutere timore ed a suscitare la preoccupazione di subire un danno ingiusto, finalizzato ad ottenere che, mediante tale intimidazione, il soggetto passivo sia indotto a fare, tollerare od omettere qualcosa. (Annulla con rinvio, App. Roma, 11/03/2015)

FONTI

CED Cassazione, 2017

Cass. pen. Sez. V Sent., 11/11/2014, n. 2283 (rv. 262727)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Violenza privata - Atti persecutori - Concorso con il reato di violenza privata - Ammissibilità - Ragioni

È configurabile il concorso tra il reato di violenza privata e quello di atti persecutori, trattandosi di reati che tutelano beni giuridici diversi, in quanto l'art. 610 cod. pen. protegge il processo di formazione e di attuazione della volontà personale, ovvero la libertà individuale come libertà di autodeterminazione e di azione; mentre l'art. 612 bis cod. pen. è preordinato alla tutela della tranquillità psichica - ed in definitiva della persona nel suo insieme - che costituisce condizione essenziale per la libera formazione ed estrinsecazione della predetta volontà. (Annulla in parte senza rinvio, App. Firenze, 04/10/2013)

FONTI
CED Cassazione, 2015
DISTINZIONE FRA ATTI PERSECUTORI E VIOLENZA PRIVATA
a cura di Paolo Pittaro

Cass. pen. Sez. III, 20 marzo 2013, n. 25889
c.p. art. 610
c.p. art. 612-bis

Sommario: Il caso e la soluzione della Corte di Cassazione - I collegamenti giurisprudenziali

Il caso e la soluzione della Corte di Cassazione

La Corte di Appello ribadiva l'affermazione della responsabilità penale in capo all'imputato in ordine al reato di cui *all'art. 610 c.p.* , per avere inseguito e bloccato la vittima mentre transitava a bordo della sua autovettura.

Avverso tale sentenza veniva proposto ricorso per cassazione con il quale si eccepiva, in particolare, l'inconfigurabilità del reato di violenza privata. Ciò veniva giustificato sia per la carenza di dolo, sia a fronte di una condotta riconducibile piuttosto alla fattispecie di cui all'art. 612 *bis* c.p. (nel caso di specie dichiarata estinta già dal primo giudice in seguito all'intervenuta rimessione della querela).

La Suprema Corte rigetta il ricorso.

Il Collegio ha affermato come la fattispecie criminosa di atti persecutori tutela il singolo cittadino da comportamenti che ne condizionino pesantemente la vita e la tranquillità personale procurando ansie, preoccupazioni e paure. Essa è finalizzata a proteggere la personalità individuale dalle influenze perturbatrici.

Ipotesi speciale rispetto a tale reato è il delitto di violenza privata. Per la configurazione di quest'ultimo non è infatti sufficiente che sia stato indotto nella vittima uno stato di ansia e di timore per la propria incolumità. Costituisce, invece,

elemento specializzante lo scopo di costringere altri - contro la loro volontà - a fare, tollerare od omettere qualcosa. In tale contesto, la libera determinazione è impedita da una condotta immediatamente produttiva di una situazione idonea ad incidere sulla libertà psichica (di determinazione e azione) del soggetto passivo.

La Suprema Corte specifica inoltre come nel delitto di cui *all'art. 610 c.p.* il dolo sia generico e consista nella coscienza e volontà di costringere il destinatario della violenza a tenere, contro la sua volontà, la condotta pretesa dall'agente.

Alla luce di quanto sopra la Cassazione rigetta il ricorso ritenendo sussistenti gli elementi fattuali e psicologici della violenza privata a fronte di un accertato comportamento rivolto ad interferire nella condotta di guida della vittima costretta con manovre intimidatorie a fermarsi (ed a rifugiarsi nel portone dell'abitazione di una sua amica) piuttosto che proseguire secondo le originarie intenzioni.

I collegamenti giurisprudenziali

In modo conforme, si è ritenuto che integri il reato di violenza privata e non quello di atti persecutori la condotta violenta e minacciosa reiteratamente posta in essere da un capo officina nei confronti di un meccanico. Nel caso di specie, l'azione aveva prodotto l'effetto di costringere il lavoratore, nel contesto di un'azienda organicamente strutturata, a tollerare una situazione di denigrazione e deprezzamento delle sue qualità lavorative (Cass. pen., sez. VI, 25 novembre 2010, n. 44803, in *Cass. pen.*, 2011, 3444).

In senso contrario, la Cassazione aveva affermato come la disciplina dettata *dall'art. 610 c.p.* non fosse speciale rispetto agli atti persecutori. Infatti, la violenza privata sarebbe finalizzata a costringere la persona offesa a fare, non fare, tollerare o omettere qualcosa non limitandosi a generare solo il turbamento emotivo occasionale dell'offeso per il riferimento ad un male futuro. Per converso, lo *stalking* influirebbe sull'emotività della vittima: i due reati, quindi, potevano concorrere tra loro (Cass. pen., sez. V, 07 aprile 2011, n. 20895, in *De Jure*).

Un altro orientamento della giurisprudenza di merito aveva sostenuto come il delitto di violenza privata integrasse tutti gli estremi del delitto di atti persecutori nel caso in cui venisse posto in essere a mezzo di reiterate condotte minacciose realizzate al fine di costringere la persona offesa a riallacciare una relazione sentimentale contro la propria volontà. Infatti, sussisterebbe identità di elementi costitutivi tra tali fattispecie, nel caso di condotte reiterate per un lasso apprezzabile di tempo e caratterizzate da minaccia e molestia, inducenti nella persona offesa uno stato di ansia, angoscia e timore per la propria incolumità, con conseguenti limitazioni alla vita di relazione sociale e professionale e necessità di modificare le proprie abitudini (Trib. Milano, sez. X, 30 maggio 2011, in *Foro ambrosiano*, 2011, 12).

VIOLENZA PRIVATA - VIOLENZA PRIVATA E PARCHEGGIO RISERVATO A DISABILI

Sara Paiusco(*)

Cass. pen. Sez. V Sentenza, 23 febbraio 2017, n. 17794

c.p. art. 610

La nota si sofferma sulla progressiva espansione della nozione di "violenza", in tema di delitto di violenza privata. La sentenza offre altresì spunti di riflessione sulle ragioni che hanno condotto la Suprema Corte a ritenere penalmente rilevante la condotta di colui che occupi il parcheggio riservato a una specifica persona invalida in ragione del suo *status*, già sanzionata in via amministrativa dal Codice della Strada.

Sommario: La vicenda - Sulla nozione onnivora di violenza - Il soggetto passivo determinato - Perplessità sull'elemento soggettivo - Conclusione

La vicenda

Il caso in commento riguarda un episodio di vita quotidiana in cui spesso capita di imbattersi. Tizio parcheggia la propria automobile in uno spazio riservato a persone disabili.

Ciò che distingue il caso in esame è il fatto che il posto auto fosse riservato a un singolo utente disabile, Sempronio, come evidenziato dalla segnaletica orizzontale e verticale. Tizio, o chi per esso, parcheggia l'auto nel predetto stallo durante la mattinata (prima delle 10,40), e ivi la lascia posteggiata. L'automobile occupa il posto riservato a Sempronio sino alle 2,20 del giorno successivo, momento in cui la Polizia municipale interviene, sollecitata più volte dall'interessato, a rimuovere il veicolo. Nonostante un tentativo malriuscito di alibi, i giudici ritengono che l'auto sia stata effettivamente parcheggiata dal proprietario.

Dall'accaduto sorge un procedimento penale a carico di Tizio per il delitto di violenza privata, che giunge sino al giudice della nomofilachia.

Sulla nozione onnivora di violenza

I giudici di legittimità, confermando le sentenze di primo e secondo grado, ritengono corretta la qualificazione del fatto come delitto di violenza privata (art. 610 c.p.). Determinante è l'effetto impeditivo causato dalla condotta dell'agente, che non permette alla persona offesa di usufruire del parcheggio riservatole. A una prima lettura della disposizione violata, che punisce chi, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa, parrebbe singolare che la Suprema Corte ritenga che la vicenda in esame rientri nel fatto tipico previsto dalla fattispecie menzionata.

Se l'evento è costituito indubbiamente dalla costrizione della persona offesa a un *non facere*, essendo impedito all'avente diritto di parcheggiare la propria autovettura nello spazio riservatole dal Comune, sembrerebbe mancare invece il requisito della violenza.

La decisione della Suprema Corte stupisce meno guardando alla progressiva perdita di substrato materiale che la definizione di violenza nel diritto penale ha subito nell'ambito dei reati contro la libertà morale[(1)].

La nozione di violenza rilevante penalmente si è progressivamente estesa dalla violenza intesa come esercizio di forza fisica (*vis physica*, *körperliche Einwirkung*),

attestandosi su una definizione più immateriale. A partire dalla violenza c.d. *propria*, dottrina e la giurisprudenza hanno progressivamente elaborato il concetto di violenza c.d. *impropria*, che si configura in tutti i casi in cui il soggetto attivo realizza lo scopo di coartare l'altrui volontà attraverso l'uso di mezzi non necessariamente coincidenti con la violenza fisica[2]. Violenza è dunque qualsiasi mezzo idoneo a privare l'offeso della libertà di determinazione e d'azione[3]. Tale concetto normativo di violenza, definito in dottrina come mezzo anomalo di costrizione, fungerebbe da elemento selettivo delle condotte penalmente rilevanti, sul modello della *Verwerflichkeitsklausel* dello StGB tedesco[4]. Tuttavia, intendere la violenza come mezzo di coazione dell'altrui volontà, risolvendola nell'accertamento del nesso causale tra una qualunque condotta e l'evento costrittivo, ha determinato nei fatti la trasformazione di un reato a forma vincolata in un reato a forma libera, polarizzando la fattispecie sull'effetto costrittivo[5]. Pare di conseguenza più difficile tracciare contorni precisi alla lesione del bene giuridico della libertà morale, la cui violazione dovrebbe essere determinata da una condotta a forma vincolata[6].
Alla luce di queste premesse, meno dubbio è l'inquadramento del caso di specie nella categoria della violenza impropria, dal momento che l'altrui volontà viene coartata attraverso un mezzo improprio, e cioè il parcheggiare l'auto sul posto altrui.

La circolazione stradale ha costituito terreno fertile per la progressiva estensione del concetto di violenza. La giurisprudenza maggioritaria si era sinora occupata di ipotesi in cui le manovre compiute dagli automobilisti comportassero limitazioni della libertà di movimento e circolazione di altri soggetti[7]. Si pensi al caso dell'automobilista che, con condotta di guida intimidatoria, sorpassi l'altro veicolo e improvvisamente si arresti per impedirgli di proseguire, oppure al caso di chi parcheggi la propria vettura in modo tale da impedire intenzionalmente ad un'altra automobile di accedere alla pubblica via, accompagnato dal rifiuto reiterato alla richiesta della parte offesa di liberare l'accesso, o il mantenimento volontario della vettura nella medesima posizione irregolare[8]. In questi casi l'elemento dirimente, che distingue il mero illecito stradale da quello penale, è ravvisabile in atteggiamenti intenzionalmente volti a determinare l'effetto costrittivo (il sorpasso e l'improvviso arresto a causa del diverbio, il rifiuto ostile di spostare l'auto alla richiesta dell'interessato). Nella pronuncia in commento la Cassazione compie un ulteriore passo nella direzione di estendere il significato della disposizione. Il solo fatto di aver lasciato l'autovettura parcheggiata per un giorno intero in uno stallo evidentemente riservato a una precisa persona disabile viene ritenuto elemento sufficiente per superare la soglia di rilevanza penale e meritare il *quid pluris* di afflittività della sanzione penale.
Facendo leva sulla giurisprudenza citata, la difesa riteneva che i *precedenti giurisprudenziali* consentissero di considerare violenza privata solo la condotta di chi impedisca la marcia di un'altra autovettura, la quale è di conseguenza immediatamente identificabile. Con buona pace del giudice bocca della legge, la Cassazione interpreta estensivamente l'art. 610, ritenendo che anche impedire all'avente diritto di

parcheggiare l'autovettura, ponendo la propria negli spazi riservati, integri il reato di violenza privata.

È decisiva per la realizzazione dell'evento la circostanza che il soggetto in questione fosse una donna affetta da gravi patologie, che difficilmente avrebbe potuto posteggiare in un luogo troppo lontano dalla propria abitazione[9].

Pur essendo pacifica la sussistenza della costrizione a un *non facere*, nondimeno caratteristica tipica della violenza privata dovrebbe essere la realizzazione della condotta mediante modalità legislativamente determinate[10]. Di conseguenza, vero *punctum dolens* nel caso di specie è l'effettiva realizzazione della condotta mediante la violenza prescritta dalla disposizione.

Se *Handlungsunwert* ed *Erfolgungsunwert* contribuiscono al disvalore del fatto, ridurre il fatto tipico all'evento fa venir meno un elemento essenziale ai fini della sua configurazione tipica.

Il soggetto passivo determinato

A questo punto, il principio di sussidiarietà del diritto penale sarebbe facilmente opponibile alla tesi della Cassazione, posto che il codice della strada punisce già con la sanzione del pagamento di una somma di denaro da euro 84 a 335 l'illecito di colui che sosti negli spazi riservati alla fermata o la sosta dei veicoli riservati per persone invalide (art. 158, 2° coma, C.d.S.). Inoltre, lo stesso delitto di violenza privata prevede che la violenza debba essere diretta contro un soggetto passivo determinato. Nel caso di specie, l'elemento decisivo viene ravvisato dalla Suprema Corte nel fatto che il posto auto fosse espressamente riservato a Sempronio per ragioni attinenti il suo stato di salute. La distinzione dalla generica violazione del codice della strada si riscontra dunque «nell'impedimento al singolo cittadino a cui è riservato lo stallo di parcheggiare lì dove solo a lui è consentito di lasciare il mezzo», elemento che permette di aggiungere all'illecito amministrativo l'illecito penale. Questo per la Corte è incontestato, posto che la destinazione del posto auto era evidenziata dalla segnaletica orizzontale e verticale. Analogamente al caso dell'impedimento della marcia a un'altra autovettura facilmente identificabile, anche nel caso di specie Tizio non poteva non rendersi conto della destinazione del posto auto a un soggetto determinato, assegnatogli a causa della sua disabilità. La Corte giustifica dunque l'interpretazione estensiva effettuata in forza della particolare direzione che la condotta assume, ma soprattutto in forza delle caratteristiche personali del soggetto passivo.

Perplessità sull'elemento soggettivo

Singolare appare anche la valutazione dell'elemento soggettivo effettuata dalla Corte. Per i giudici di legittimità, l'imputato, avendo visto la segnaletica, avrebbe lasciato coscientemente l'autovettura in un posto riservato a una specifica persona, impedendole di parcheggiare nello stesso spazio, e non per pochi minuti (che avrebbero consentito di dubitare della sua volontà), ma per l'intera giornata. La Cassazione presume la sussistenza del dolo sulla base della presenza della segnaletica orizzontale e verticale e della sosta prolungata nello stallo. Tuttavia, il dolo generico

richiesto dalla violenza privatadeve investire sia la violenza che l'evento (la costrizione a un *non facere*)(11). Tale presunzione pare criticabile nella misura in cui non si motivi il convincimento del giudice sulla effettiva rappresentazione e volontà di impedire il parcheggio a un soggetto determinato, costituendo tale requisito l'elemento chiave che consente di superare la soglia di rilevanza penale, considerata anche l'assenza di una fattispecie colposa del delitto in questione. L'effettiva destinazione del parcheggio a un soggetto determinato, per ragioni attinenti la sua salute è tra l'altro parte del fatto, e quindi elemento soggetto alla disciplina dell'errore(12).

Conclusione

In casi, come quello in commento, in cui il confine tra illecito amministrativo e penale è labile, il principio di sussidiarietà del diritto penale dovrebbe acquistare una valenza pregnante nell'orientare anche le scelte del giudice. In questo senso può aiutare l'esperienza tedesca, che nei casi di concorso tra norma amministrativa e norma penale guarda alla sufficienza o meno della sanzione pecuniaria di natura amministrativa al fine di superare la soglia del penalmente rilevante(13).

Anche se la condotta dell'agente è riprovevole, di certo non si può pensare di risolvere i casi di inciviltà di cui la circolazione stradale è spesso teatro con altrettante sanzioni penali, alla luce del principio di frammentarietà del diritto penale. Oltrepassare il margine di applicazione della violenza privata, comprendendovi anche condotte di maleducazione, porta con sé il rischio di votare la norma penale alla stigmatizzazione sociale di comportamenti biasimevoli, scivolando verso logiche di mera generalprevenzione(14).

Una tale espansione del concetto di violenza determina la perdita della sua funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti, a discapito del principio di tassatività (secondo alcuni della stessa riserva di legge) e aprendo la strada ad operazioni interpretative che si avvicinano pericolosamente all'analogia *in malam partem*(15).

In ultima analisi, l'interpretazione del diritto penale, e non solo la sua formulazione legislativa, dovrebbero essere orientate al rispetto del principio di offensività, inteso come strumento della sussidiarietà e dell'*extrema ratio*. Tale principio implica una scelta garantista che, di fronte a casi dubbi, conduca l'interprete ad optare per la restrizione dell'area del penalmente rilevante.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Non stupisce che già negli anni Ottanta autorevole dottrina parlasse di una "fuga nel normativo" del concetto di violenza. Ci si riferisce a un celebre commento al filone giurisprudenziale sul c.d. picchettaggio come violenza privata. Pulitanò, *Picchettaggio e categorie penalistiche. Per una ricostruzione del reato di violenza privata*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1984, IV, 351 e segg.

(2) M. Mantovani, voce "Violenza privata", in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 935; De Simone, voce "Violenza (dir. pen.)", in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 881 e segg.; Mezzetti, *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. Pen.*, XV, Torino, 1999, 277 e segg.; Bresciani, *Violenza privata (art. 610)*, in Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, *Trattato di diritto penale. Parte speciale - IX. I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti*, Torino, 2011, 285 e segg.; Viganò, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 1-17.

(3) Cass., Sez. V, 27 febbraio 1998, n. 1195 e recentemente Cass., Sez. V, 29 settembre 2015, n. 4284.

(4) De Simone, *op. cit.*, 897; Pulitanò, *op. cit.*, 372 e segg.; Il par. 240 dello StGB prevede che la violenza o la minaccia siano antigiuridiche quando il loro impiego allo scopo perseguito è riprovevole (*verwerflich*).

(5) M. Mantovani, *op. cit.*, 932 e Pulitanò, *op. cit.*, 367.

(6) In prospettiva comparatistica, in Spagna si è assistito a una progressiva dissoluzione del concetto penalistico di violenza, motivata, secondo la dottrina, dal carattere sussidiario della fattispecie di *coacciones*: Prats Canut-Morán Mora, *De las coacciones*, in Quintero Olivares, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Elcano, 2001, 856. In Germania, l'evoluzione del concetto di *Nötigung mit Gewalt* ha visto un ritorno alla *körperliche Einwirkung*, nonostante la parziale apertura nell'ambito della giurisprudenza sulle *Sitzblockaden*. Altvater, *par. 240. Nötigung*, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 7, Teil 2, Berlin, 2015, 338.

(7) Bresciani, *op. cit.*, 317; Finazzo, *Delitti contro la libertà morale*, in Grosso-Padovani-Pagliaro, *Trattato di diritto penale. Parte speciale - XIV. Reati contro la persona. Reati contro la libertà individuale*, III, Milano, 2016, 367.

(8) Si veda Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2011, n. 14482, Cass. pen., Sez. V, 18 novembre 2011, n. 603, Cass., Sez. V, 20 novembre 2013, n. 8425 e Cass., Sez. V, 17 maggio 2006, n. 21779 per chi parcheggi intenzionalmente impedendo l'accesso a un fabbricato per un «congruo periodo di tempo». Anche nella giurisprudenza tedesca si riscontrano casi analoghi, quali l'impedire l'uscita da un parcheggio o il parcheggio ostruttivo dell'uscita di un altro mezzo. Altvater, *op. cit.*, 372, 416.

(9) Sul punto solleva dubbi Minicucci, *Commette violenza privata chi posteggia nel parcheggio "individuale" per disabili*, in *www.parolaalladifesa.it*, 27 aprile 2017.

(10) Mantovani M., *op. cit.*, 932; Finazzo, *op. cit.*, 328; Viganò, *op. cit.*, 162 e segg.

(11) Mantovani M., *op. cit.*, 952.

(12) In tal senso anche Minicucci, *op. cit.*

(13) Altvater, *op. cit.*, 416.

(14) Il carattere sussidiario dell'art. 610 c.p. rispetto ad altre fattispecie di reato ha determinato il suo impiego anche oltre i limiti fissati dal legislatore, quale fattispecie residuale impiegata in tutti i casi in cui si voglia punire un comportamento

socialmente riprovevole. Non concorda su tale caratteristica Mantovani M., *op. cit.*, 930.

(15) De Simone, *op. cit.*, 896; Viganò, *op. cit.*, 201.

L'IMPOSIZIONE DI TAGLIARE I CAPELLI ALLA MOGLIE CONFIGURA LA VIOLENZA PRIVATA

a cura di Paolo Pittaro

Cass. pen. Sez. V Sentenza, 28 gennaio 2013, n. 10413

c.p. art. 610

Sommario: Il caso - La soluzione della Corte di cassazione - I collegamenti giurisprudenziali

Il caso

La Corte di Cassazione ha confermato la sentenza della Corte d'Appello con la quale l'imputato era stato condannato per il reato di cui *all'art. 610 c.p.* , aggravato giacché commesso per gelosia, perché imponeva alla moglie, brandendo delle forbici, di subire il taglio dei capelli.

Il difensore dell'imputato proponeva ricorso per Cassazione, deducendo, in particolare, che i fatti dovessero integrare, separatamente il reato d'ingiuria (quanto al taglio dei capelli inflitto per umiliare) ed il reato di minacce (quanto alla minaccia di sfregio con l'uso delle forbici) attese le diverse causali accertate.

La soluzione della Corte di cassazione

La S.C. rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali.

La Corte rileva che le censure del ricorrente si sostanziano, prevalentemente, in una doglianza a proposito della ricostruzione accreditata dal giudice del merito; una denuncia non apprezzabile nella sede della legittimità posto che, in tema di vizi della motivazione, il controllo di legittimità operato dalla Cassazione non deve stabilire se la decisione di merito proponga effettivamente la migliore ricostruzione dei fatti, ma deve limitarsi a verificare se tale giustificazione sia compatibile con il senso comune e con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento.

Secondo la S.C. la sentenza impugnata ha dato atto, con dovizia di particolari, della ricostruzione della vicenda. Tale condotta correttamente è stata ritenuta inquadrata nella cornice normativa *dell'art. 610 c.p.* , norma che si differenzia del tutto da quella d'ingiuria, invocata dal ricorrente, giacché la violenza privata punisce non già il mero atto di umiliazione della persona offesa ma quello posto in essere facendo ricorso alla violenza o alla minaccia ed estrinsecandosi nell'imposizione di un comportamento o di un'omissione in violazione della libertà morale: con ciò distinguendosi anche dal delitto di minaccia il quale perimetra un'area di illecito più ampia, rispetto alla quale risulta speciale quella, più ristretta, prevista dal delittodi cui *all'articolo 610*

c.p. consistente non già nella mera prospettazione del male ingiusto ma nell'utilizzazione di tale prospettazione per costringere altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa.

I collegamenti giurisprudenziali

Per quanto riguarda la distinzione tra ingiuria e violenza privata, la Corte di Cassazione aveva già affermato che l'elemento oggettivo del delitto di violenza privata è costituito da una violenza o da una minaccia che abbiano l'effetto di costringere taluno a fare, tollerare od omettere una condotta determinata, poiché, in assenza di tale determinatezza, possono eventualmente integrarsi i reati di minaccia, molestia, ingiuria ma non quello di violenza privata (Cass. pen. sez. V, 23 maggio 2008, n. 35237, in *C.E.D. Cass. pen . 2008*).

I REATI DI MINACCIA

Giurisprudenza

Cass. pen. Sez. V, 29/11/2018, n. 563
B.A.

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

Nel reato di minaccia, elemento essenziale è la limitazione della libertà psichica mediante la prospettazione del pericolo che un male possa essere cagionato, purché questo sia ingiusto e possa essere dedotto dalla situazione contingente. Ciò posto, deve essere assolto il proprietario di un immobile dal reato di minaccia per aver prospettato, ad un'inquilina morosa, di buttare dalla finestra tutti i suoi effetti personali e di distaccare le utenze (idriche ed elettriche), in quanto in simili ipotesi il danno minacciato non è ingiusto ma rappresenta l'esercizio del diritto del proprietario di un immobile di intimare lo sfratto per morosità.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2019

ribunale Trento Sent., 09/05/2018

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA) REATO IN GENERE

Integra gli estremi del reato di minaccia anche il mero atteggiamento non accompagnato da alcuna espressione verbale, ogniqualvolta, in rapporto alle modalità ed alle circostanze in cui sia posto in essere, assuma un significato inequivoco e più specificamente, una minaccia può essere commessa anche solo mostrando un'arma (finanche scarica o un oggetto che possa essere scambiato per tale), alla persona che s'intende intimidire. La minaccia deve essere capace di turbare la tranquillità della persona, ossia di intimidirla.

FONTI

Massima redazionale, 2018

Cass. pen. Sez. V, 06/02/2018, n. 17470
Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Pisa c. T.M.

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)
In tema di reati contro la libertà morale, l'astratta capacità intimidatrice del male prefigurato non è sufficiente al fine di ritenere integrato il delitto di minaccia di cui all'art. 612 c.p., essendo altresì necessario accertare la sua concreta realizzabilità, avuto riguardo al complessivo contesto, oggettivo e soggettivo, in cui la frase è pronunciata, dovendosi in altri termini verificare se il reo, per età, caratteristiche fisiche e mezzi a disposizione, abbia o meno la possibilità di tradurla in atto. Ne consegue che una frase che in astratto può rappresentare una minaccia, può non essere ritenuta tale in riferimento al complessivo contesto in cui in concreto è stata pronunciata, che la privi di effettiva idoneità intimidatoria.

FONTI
Quotidiano Giuridico, 2018

Tribunale Campobasso Sent., 01/02/2018
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)
Il reato di minaccia è un reato formale di pericolo che non postula l'intimidazione effettiva del soggetto passivo, essendo sufficiente che il male minacciato, in relazione alle concrete circostanze del fatto sia tale potenzialmente da incutere timore e da incidere nella sfera di libertà psichica della vittima.

FONTI
Massima redazionale, 2018

Cass. pen. Sez. V, 18/01/2018, n. 5454
Procuratore Generale presso Corte d'Appello di Salerno c. S.I. e altri

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)
Ai fini dell'integrazione del reato di minaccia, non è necessario che il soggetto passivo si sia sentito effettivamente intimidito, essendo richiesto che la condotta posta in essere dall'agente sia potenzialmente idonea ad incidere sulla libertà morale del soggetto passivo.

FONTI
Quotidiano Giuridico, 2018

Cass. pen. Sez. V, 28/11/2017, n. 54879
C.G. c. M.G.

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)
Il reato di minaccia non sussiste ogniqualvolta la formula intimidatoria utilizzata sia impersonale ed evochi un male futuro, la cui realizzazione non dipende dalla volontà dell'agente.

FONTI
Quotidiano Giuridico, 2017

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Stalking - Procedibilità d'ufficio - Condizioni - Fattispecie

In tema di reato di stalking, la connessione che lo rende procedibile d'ufficio, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 612-bis cod. pen., è non solo quella in senso processuale, di cui all'art. 12 cod. proc. pen, ma anche quella in senso materiale, che si verifica ogniqualvolta l'indagine sul reato procedibile d'ufficio comporti necessariamente l'accertamento di quello punibile a querela, in presenza delle condizioni di collegamento probatorio di cui all'art. 371 cod. proc. pen., purché le indagini sul reato procedibile d'ufficio siano state effettivamente avviate e sebbene all'esito del giudizio i relativi fatti siano stati diversamente qualificati. (Fattispecie in tema di reato di lesioni aggravate, poi riqualificato nel reato di minaccia aggravata e, infine, ritenuto assorbito in quello di "stalking"). (Dichiara inammissibile, App. Genova, 27/05/2016)

FONTI

C RIFORMA ORLANDO: LA MODIFICA DELLA DISCIPLINA DEL REGIME DI PROCEDIBILITÀ PER TALUNI REATI

di Alberto Gargani(*)

D.Lgs. 10-04-2018, n. 36, epigrafe

L. 23-06-2017, n. 103, Art. 1.

Con il D.Lgs. n. 36/2018, recante disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati, il Governo attua la delega di cui all'art. 1, commi 16, lett. a) e b), e 17, L. n. 103 del 2017. L'intervento si sostanzia nella sottoposizione di nove ipotesi delittuose, poste a tutela della persona o del patrimonio, alla procedibilità a querela: la selezione dei reati rispecchia incoerenze e fraintendimenti rispetto ai canoni direttivi della delega, con il risultato della sostanziale frustrazione delle finalità deflattive che il legislatore delegante mirava a conseguire attraverso l'estensione della procedibilità a querela, in connessione funzionale con la nuova ipotesi di estinzione del reato mediante prestazioni riparatorie.

Sommario: Premessa - La genesi dell'intervento di riforma - I principi e i criteri direttivi previsti dalla legge delega - Le finalità delle modifiche del regime di procedibilità - Il D.Lgs. n. 36/2018 - Le nuove ipotesi di procedibilità a querela: i delitti contro la persona - I delitti contro il patrimonio - Le ipotesi delittuose per le quali è mantenuta la procedibilità ex officio - Il regime transitorio - Un intervento minimalistico affetto da contraddizioni e fraintendimenti

Premessa

Com'è noto, la L. 23 giugno 2017, n. 103, recante "*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*", ha conferito al Governo una serie di

deleghe in tema di misure di sicurezza, di casellario giudiziario, di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, di impugnazioni nel processo penale e di ordinamento penitenziario. Oggetto del presente commento è l'attuazione della delega concernente la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati: ai sensi dell'art. 1, comma 16, L. n. 103/2017, il Governo era stato, infatti, incaricato di adottare - nel termine di un anno dalla data di entrata in vigore della legge-delega - un decreto legislativo, secondo i principi e i criteri direttivi stabiliti dalla disposizione citata, riguardanti rispettivamente, l'ambito dei reati finora perseguibili d'ufficio di cui viene modificato il regime di procedibilità (art. 1, comma 16, lett. a) e il collegato regime transitorio (art. 1, comma 16, lett. b). Occorre, fin d'ora, sottolineare che se, da un lato, nel corso dei lavori preparatori i principi e i criteri direttivi originariamente previsti sono stati significativamente modificati e integrati, dall'altro, l'originario schema di decreto legislativo ha subìto interventi correttivi a seguito dei rilievi e delle osservazioni contenuti nei pareri formulati dalle Commissioni Giustizia di Camera e Senato.

La genesi dell'intervento di riforma

La scelta di implementare la procedibilità a querela come mezzo di deflazione risente, *ab origine*, dell'influenza esercitata dal "*Disegno di legge in materia di depenalizzazione e di deflazione del sistema penale*"[(1)], elaborato nel 2013 dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. A. Fiorella per la revisione del sistema penale. Il Titolo II dell'articolato di tale progetto (*"Strumenti per la deflazione del sistema penale*"), comprendeva, per l'appunto, l'"*Estensione dei casi di procedibilità a querela*" (Capo I), attuata mediante l'individuazione tassativa dei reati suscettibili di essere perseguiti in base alla valutazione discrezionale persona offesa[(2)]. All'allargamento dell'ambito della procedibilità a querela, già attuata attraverso la L. n. 689/1981[(3)] e la L. n. 205/1999 (che ha introdotto la perseguibilità a querela del reato di furto semplice), il progetto era pervenuto sul presupposto secondo cui il predetto regime di perseguibilità costituirebbe "un punto di equilibrio e di mediazione fra due opposte esigenze: da un lato, quella di evitare che, nel rispetto del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, si determinino meccanismi repressivi automatici che impediscano qualsiasi possibilità di governo effettivo dei fatti realmente offensivi e meritevoli di tutela penale; dall'altro, quello di far emergere e valorizzare l'interesse privato alla punizione del colpevole onde evitare che restino impuniti fatti comunque lesivi di beni primari o che resti frustrata l'esigenza di ristoro, anche morale, della vittima del reato"[(4)]. L'ampliamento della procedibilità a querela veniva, altresì, espressamente finalizzato all'obbiettivo, ritenuto "secondario ma parimenti importante, in una logica di riduzione dei carichi processuali, di favorire le ipotesi conciliative che spesso riescono a perfezionarsi proprio nelle fasi preliminari del giudizio, quando si avverte più impellente l'esigenza di evitare l'aggravio ed il rischio del processo prima ancora che della condanna" ed era stato, sostanzialmente, limitato ad alcuni reati contro la persona e contro il patrimonio "in ragione del carattere essenzialmente privato dell'offesa ed in virtù del fatto che, dal panorama

della attuale casistica giurisprudenziale, le fattispecie considerate vedono concreta applicazione in casi molto limitati e per situazioni 'bagatellari'"[5].
Come vedremo meglio in seguito, il legislatore delegato ha tratto spunto dalle proposte della Commissione Fiorella per quel concerne la scelta di ridurre il novero delle circostanze aggravanti la cui integrazione comporta la procedibilità d'ufficio, nei reati che già prevedono la procedibilità a querela nell'ipotesi-base.
Il d.d.l. 2067 - testo unificato, approvato dalla Camera dei deputati il 23 settembre 2015, nel quale sono confluiti molteplici ed eterogenei disegni di legge[6]- aveva introdotto espressamente la condizione di procedibilità nei delitti (non aggravati) di violenza privata e minaccia, delegando per il resto il Governo a prevedere la "procedibilità a querela per i reati contro la persona e contro il patrimonio che arrechino offese di modesta entità all'interesse protetto, salvo che la persona offesa sia incapace per età o per infermità". Come emerge nella relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 2798 (23 dicembre 2014) - che della riforma "Orlando" può considerarsi il nucleo originario- l'intento era quello di dettare "criteri per una controllata estensione della procedibilità a querela in riferimento ai reati che recano una modesta offesa all'interesse tutelato, di natura individuale, e per cui è quindi ragionevole affidare la procedibilità a valutazioni della persona offesa"[7]. Si confidava nel fatto che le "le scelte in concreto compiute" avrebbero potuto "contribuire ad una deflazione del carico giudiziario, per mezzo delle determinazioni di non proporre querela o di rinunciare ad essa o, ancora, di rimetterla, senza che ciò comporti alcun sacrificio per le ragioni della persona offesa, a cui è appunto rimessa ogni valutazione"[8]. Com'è stato opportunamente osservato, risultava, però, difficilmente comprensibile la ragione per la quale si deciso di discostarsi dal metodo proposto dalla Commissione Fiorella (individuazione tassativa delle ipotesi criminose), incidendo direttamente su sole due fattispecie e conferendo al legislatore delegato "un margine di manovra amplissimo, in quanto il principio direttivo si affida al criterio quantitativo dell'offesa di "modesta entità" di difficile determinazione e necessariamente differenziato in ragione dei beni personali o patrimoniali lesi"[9].
Le ipotesi che s'intendevano sottrarre alla procedibilità *ex officio* corrispondono, *prima facie*, all'istanza politico-criminale sottesa alla c.d. *querela-opportunità*, ossia i casi in cui alla proposizione della querela viene attribuita la funzione di indicatore della concreta intollerabilità di singoli episodi in astratto conformi alla fattispecie incriminatrice: in questa prospettiva, il difetto della condizione di procedibilità viene considerato sintomo della non necessità di repressione, o perché il fatto viene percepito dalla vittima di modesta gravità, o perché il conflitto sociale è stato superato ed assorbito (ad es., a seguito di riparazione del danno)[10]. Come osservato in dottrina, la c.d. "querela-opportunità" viene sempre più pragmaticamente declinata dal legislatore in senso deflattivo (c.d. "*querela-selezione*"), con inedite funzioni di "depenalizzazione in concreto"[11]: alla base del coinvolgimento della persona offesa nella valutazione del bisogno di pena subentrano pressanti istanze di alleggerimento del carico giudiziario e di "flessibilizzazione" del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

I principi e i criteri direttivi previsti dalla legge delega

Nella versione definitiva del provvedimento legislativo (entrato in vigore il 3 agosto 2017) si registrano pregnanti integrazioni dei principi e criteri direttivi. Si abbandona la formula dell'"offesa di modesta entità" e si specifica che la procedibilità a querela può essere prevista per "i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all'articolo 610 del codice penale" (violenza privata), nonché per "i reati contro il patrimonio previsti dal codice penale" (art. 1, comma 16, lett. a, L. n. 103/2017)[12]. Mentre, dunque, nel caso dei reati contro la persona la modificazione del regime di procedibilità riguarda potenzialmente gli illeciti[13], previsti o meno nel codice penale, il cui limite massimo edittale della pena detentiva risulti inferiore a quattro anni, nel caso dei reati contro il patrimonio, la delega non contempla alcun limite applicativo correlato al limite massimo edittale, riservando, però, l'estensione della procedibilità a querela ai *delitti* previsti nel codice penale. Si stabilisce, altresì, che sia fatta salva in ogni caso la procedibilità d'ufficio "qualora ricorra una delle seguenti condizioni: 1) la persona offesa sia incapace per età o per infermità; 2) ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero le circostanze indicate nell'articolo 339 del codice penale[14]; 3) nei reati contro il patrimonio, il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità"[15].

Avuto riguardo ai delitti contro il patrimonio, i requisiti ostativi contemplati dal delegante ai nn. 2) e 3) appaiono discutibili e censurabili. Per eccesso: l'aprioristico mantenimento della procedibilità *ex officio* per le ipotesi in cui ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale preclude l'applicazione dell'art. 162 *ter* c.p. a ipotesi di cruciale rilevanza in ottica riparativa e deflattiva quali quelle, ad es., di furto aggravato *ex* art. 625 c.p., ossia, com'è stato osservato, pressoché "tutte le fattispecie concrete di furto, incluse quelle caratterizzate dal minore allarme sociale, rispetto alle quali l'estinzione a seguito delle restituzioni e del risarcimento non sembra soluzione inadeguata"[16]. Per difetto: l'esclusione dalla procedibilità a querela dei reati commessi con violenza e minaccia comprende i soli casi in cui queste ultime siano attuate con le modalità particolarmente insidiose di cui all'art. 339 c.p., cosicché - quanto meno in teoria - il legislatore delegato avrebbe potuto rinunciare alla procedibilità *ex officio* sia nelle ipotesi di delitti patrimoniali qualificati dal ricorso a forme di violenza o minaccia "semplici" (ad es., rapina, estorsione, purché non aggravate)[17] e financo nel caso di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630, comma 1, c.p.). Inoltre, a causa della relativa indeterminatezza, la disposta dipendenza del mantenimento della procedibilità d'ufficio nei casi in cui il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità, appare destinata a produrre incertezze e difficoltà valutative, con esiti applicativi non uniformi, piegati alla logica del caso concreto.

Com'è possibile costatare, la modificazione del regime di procedibilità è subordinata unicamente al profilo della gravità del reato o del danno e alla mancata integrazione di talune circostanze. I profili di indeterminatezza contenutistico-qualitativa e teleologica che inficiano i criteri di delega fanno sì che sul legislatore delegato si sia riversata un'ampia e problematica discrezionalità valutativa che investe, in primo

luogo, la delicata cernita degli illeciti -previsti nei comparti di tutela della persona o del patrimonio- concretamente suscettibili di rientrare nell'intervento estensivo del regime di perseguibilità a querela. Il difetto di parametri "sostanziali" di selezione si è tradotto nel conferimento al Governo di ampi margini di scelta, di dubbia compatibilità con i requisiti che la Carta fondamentale richiede per la conformazione dei principi e i criteri direttivi.

È stata, inoltre, prevista (art. 1, comma 16, lett. b) la necessità di introdurre norme transitorie volta a specificare in quali casi potrà applicarsi la nuova disciplina prevista dall'emanando decreto legislativo: a tal fine, al Governo è stato conferito il compito di prevedere "che, per i reati perseguibili a querela ai sensi della lettera a), commessi prima della data di entrata in vigore delle disposizioni emanate in attuazione della medesima lettera a), il termine per presentare la querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato" e di stabilire che "se è pendente il procedimento, il pubblico ministero o il giudice informa la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela e il termine decorre dal giorno in cui la persona offesa è stata informata".

All'art. 1 comma 17, L. n. 103/2017, vengono, infine, previste norme di attuazione della delega, concernenti le modalità e i tempi di adozione del decreto legislativo (un anno dall'entrata in vigore della legge delega)[18].

Le finalità delle modifiche del regime di procedibilità

Nel contesto della c.d. "riforma Orlando", gli obbiettivi politico-criminali della delega in esame ruotano attorno alla medesima *ratio* deflattiva posta alla base della nuova ipotesi di estinzione del reato mediante condotte riparatorie prevista all'art. 162 *ter* c.p.[19]. Si può ritenere che, nello statuire l'ampliamento del regime di procedibilità per alcune classi di reato, il legislatore delegante abbia inteso allargare l'ambito di applicabilità della nuova causa estintiva, riservata espressamente "ai casi di procedibilità a querela soggetta a remissione". Com'è stato osservato in dottrina, la fattispecie estintiva mediante prestazioni riparatorie "insiste -per definizione- sulla medesima fascia di criminalità per la quale opera la causa di estinzione del reato rappresentata, appunto, dalla remissione della querela"[20]. A tal proposito, occorre, peraltro, tenere conto della concomitante operatività -nella sfera dei reati di competenza del giudice di pace- della speciale causa di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, di cui all'art. 35, D.Lgs. n. 74/2000, che può essere considerato l'antecedente disciplinare e settoriale della fattispecie estintiva di carattere generale introdotta nel codice penale dalla riforma Orlando (la quale appare, infatti, inapplicabile ai reati che rientrino nella competenza del giudice onorario).

La comunanza del campo di applicazione e la sinergia funzionale tra i due interventi di riforma -generalizzazione applicativa dell'efficacia estintiva delle prestazioni riparatorie, da un lato, estensione della procedibilità a querela, dall'altro- confermano che l'implementazione delle ipotesi in cui la disponibilità della risposta penale è rimessa alla valutazione discrezionale della persona offesa (con possibilità di remissione) è teleologicamente orientata ad un obbiettivo essenzialmente *deflattivo*,

suscettibile di essere conseguito secondo cangianti livelli di utilità, in termini di energie, risorse e tempi processuali[21]. In ordine di decrescente intensità deflattiva, si può osservare che, valorizzando il ruolo di "filtro processuale" proprio della querela, il legislatore fa anzitutto, affidamento "sul difetto di propensione alla denuncia delle vittime "quiescenti" che neppure farebbero iniziare la procedura"[22]; in secondo luogo, in caso di presentazione della querela, si confida nella conciliazione attraverso il risarcimento del danno e nella conseguente remissione della condizione di procedibilità da parte della persona offesa[23]; in terzo luogo, nel caso di difetto di conciliazione e di remissione, rimane, quale *extrema ratio* deflattiva, il meccanismo riparatorio di cui all'art. 162 *ter* c.p. Quest'ultima disposizione prevede, infatti, che qualora l'imputato abbia "riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento", e abbia "eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato", il giudice dichiari l'estinzione del reato, nonostante la mancata accettazione dell'offerta di risarcimento da parte della persona offesa e la volontà contraria di quest'ultima. Attraverso l'esito positivo delle condotte riparatorie e la valutazione giudiziale di congruità della somma oggetto di offerta reale, viene "neutralizzato" il fattore che, finora, poteva frapporsi all'esigenza deflattiva: la persistente volontà punitiva della vittima[24].
Occorre, inoltre, rilevare che, sempre in un'ottica di decongestione del sistema, sia pur nella diversa prospettiva dell'alleggerimento del carico di lavoro delle Procure della Repubblica, l'estensione del regime di procedibilità a querela nelle classi di reati in esame (contro la persona e contro il patrimonio) può rivelarsi funzionale all'eventuale abrogazione e sottoposizione dei corrispondenti illeciti a sanzioni civili pecuniarie, in conformità del nuovo paradigma di illecito civile punitivo introdotto dal D.Lgs. n. 7/2016[25]. La procedibilità a querela rappresenta, infatti, il presupposto comune degli illeciti penali, oggetto di abrogazione e di sottoposizione a sanzioni pecuniarie civili: come autorevolmente rilevato, si tratta di illeciti aventi ad oggetto o "rapporti sostanzialmente economico-patrimoniali intercorrenti tra privati" o "un rapporto interpersonale "privatistico"", che implica "una conseguenza patrimonialmente valutabile"[26], che s'inseriscono all'interno di un ambito di tutela in cui "assume un ruolo esclusivo e determinante la valutazione di opportunità del soggetto offeso"[27].
L'estensione del regime di procedibilità a querela si iscrive, dunque, all'interno di un articolata strategia deflattiva, volta, nell'ambito della conflittualità minore inerente a beni individuali, a riservare alla procedibilità d'ufficio e, più in generale, agli automatismi repressivi, un inedito ruolo di *extrema ratio*. In questo senso, il settore della criminalità procedibile a querela sottoposta a remissione registra, la tendenza alla "privatizzazione" del conflitto penalistico e, di riflesso, della tutela[28], strumentale ad obbiettivi di conciliazione e, soprattutto, di efficienza del sistema penale: in primo piano, si pongono esigenze di riduzione dei carichi e dei tempi della giurisdizione, particolarmente pressanti nei settori -prioritari- dei reati procedibili d'ufficio.

Il D.Lgs. n. 36/2018

In conformità dell'art. 1, comma 17, L. n. 103/2017, un primo schema di decreto legislativo (A.G. 475), approvato dal Governo in attuazione della delega (2 novembre 2017), era stato sottoposto alla valutazione delle Commissioni Giustizia della Camera dei deputati e del Senato, le quali avevano reso pareri non ostativi, formulando condizioni e osservazioni[29], volte ad evidenziare alcune distorsioni e incongruità emergenti dallo schema di decreto e di cui il Governo ha tenuto parzialmente conto in sede di approvazione (8 febbraio 2018) del secondo schema di decreto legislativo (n. 475 *bis*), poi sottoposto all'esame delle competenti commissioni parlamentari (con successivo parere non ostativo della Commissione Giustizia del Senato). A seguito dei Consigli dei Ministri del 21 marzo e 6 aprile 2018, è stato definitivamente approvato il decreto legislativo recante "*Disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 16, lettere a) e b), e 17 della legge 23 giugno 2017, n. 103*".
Le fattispecie sulle quali il decreto incide in punto di procedibilità riguardano ipotesi di reato di competenza del Tribunale (in composizione monocratica), poste a tutela della persona e del patrimonio. Nella Relazione illustrativa al decreto si ribadisce che l'estensione del regime della querela a determinati reati contro la persona e contro il patrimonio è disposta "in ragione del carattere essenzialmente privato dell'offesa e in virtù del fatto che dalla casistica giurisprudenziale si desume come trovino applicazione per situazioni in concreto di modesto valore offensivo"[30].
Avuto riguardo ai criteri e ai principi direttivi, deve, in primo luogo, essere osservato che la procedibilità *ex officio* è stata mantenuta per molte fattispecie che pure sarebbero astrattamente rientrate nei limiti della delega: la necessità della querela viene, infatti, contemplata per (sole) nove ipotesi criminose, che, salva un'eccezione, presentano un'accentuata marginalità applicativa. Il *self restraint* del legislatore delegato, motivato dal fatto che il mandato della legge delega non sarebbe così ampio "da tradursi nella revisione complessiva del regime di procedibilità"[31], finisce, così, anche a causa dell'erronea interpretazione di alcuni criteri limitativi fissati dal delegante, per frustrare le finalità perseguite dalla L. n. 103/2017, soprattutto per quel che concerne la connessione funzionale con la nuova ipotesi di estinzione del reato tramite condotte riparatorie. In secondo luogo, sono stati resi procedibili a querela alcuni illeciti la cui proiezione offensiva non presenta carattere essenzialmente privato, in palese contraddizione con la *ratio* selettiva posta espressamente alla base del decreto legislativo.
Alla puntiforme estensione della condizione di procedibilità si perviene o sostituendo la previsione della perseguibilità d'ufficio con la statuizione della necessità della querela oppure, nei casi di reati la cui ipotesi-base sia già sottoposta a procedibilità a querela, attraverso la riduzione delle circostanze aggravanti alla cui integrazione consegue l'effetto della procedibilità d'ufficio. In questo senso, il legislatore delegato si muove nell'ambito della tradizionale distinzione tra *delitti a querela assoluti*, in cui la condizione di procedibilità è sempre necessaria e *delitti a querela relativi*, in cui la manifestazione di volontà della vittima è richiesta o solo in alcuni casi, a fronte della

'normale' procedibilità d'ufficio, o, per converso, in generale, fatte salve le ipotesi di peculiare gravità dell'offesa o di particolari qualità personali del soggetto attivo[32].
Il Governo non si è limitato a individuare nuove o più ampie ipotesi di delitti procedibili a querela, bensì ha recepito l'osservazione formulata dalla Commissione Giustizia del Senato (nel parere sul primo schema di decreto), in riferimento al criterio di delega di cui all'art. 1, comma 16, n. 2, lett. a), L. n. 103/2017, che prevede la conservazione della procedibilità d'ufficio nei casi in cui ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale. Nel predetto parere si raccomandava, infatti, l'introduzione di due ulteriori disposizioni finalizzate ad attribuire una "considerazione in termini generali di tutte le circostanze aggravanti ad effetto speciale che, pur non inserite nelle previsioni relativa alle fattispecie incriminatrici di cui ai titoli XII e XIII del libro secondo del codice penale, hanno comunque un impatto di particolare rilievo nel funzionamento del sistema sanzionatorio"[33]. Si faceva riferimento, in chiave esemplificativa, alle circostanze aggravanti ad effetto speciale di cui all'art. 7, D.L. n. 152/1991 (in tema di contrasto alla criminalità organizzata), di cui all'art. 1, D.L. n. 625/1979 (in tema di contrasto al terrorismo) e di cui all'art. 3, D.L. n. 122/1993 (in tema di reati commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso).

Le nuove ipotesi di procedibilità a querela: i delitti contro la persona

Nell'ambito dei delitti contro la persona, le fattispecie delittuose di cui viene mutato il regime di procedibilità sono poste a tutela della libertà morale, dell'inviolabilità del domicilio e dei segreti. Nel primo schema di decreto, il regime di procedibilità a querela era stato esteso, oltre che all'ipotesi di violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale di cui all'art. 615, comma 2, c.p., anche ai delitti contro la libertà personale previsti agli artt. 606 (*Arresto illegale*), 607 (*Indebita limitazione di libertà personale*) e 609 (*Perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie*) c.p.: una scelta che aveva destato non poche perplessità, trattandosi di reati che, essendo incentrati anche sulla violazione di doveri ovvero sull'abuso di poteri o di qualità, assumono, com'è noto, un'intrinseca plurioffensività. Da un lato, si protegge la libertà personale ovvero l'inviolabilità del domicilio, dall'altro, l'interesse statuale alla legalità dell'operato dei pubblici ufficiali: come autorevolmente osservato, è proprio nella lesione all'interesse della pubblica amministrazione che risiede la ragione della perseguibilità d'ufficio[34].
Non a caso si tratta di fattispecie rientranti tra quelle alle quali l'Italia ha fatto riferimento in chiave difensiva per dimostrare l'adempimento agli obblighi positivi imposti dalle convenzioni internazionali in tema di tortura e di trattamenti inumani o degradanti[35]. La progettata modifica della procedibilità di questi reati si poneva in evidente contraddizione con la *ratio* politico-legislativa sottesa alla querela suscettibile di remissione, individuabile nella tenuità dell'interesse sociale alla base dell'incriminazione della condotta ovvero nel risalto che nel reato assume la lesione di un bene esclusivo e proprio del privato[36]. La scelta di sottrarre siffatte ipotesi al regime di procedibilità *ex officio*, nonostante il convergente interesse pubblicistico, nella tacita speranza della rinuncia della vittima alla scelta repressiva, si sarebbe tradotta nella anomala "privatizzazione" della prospettiva di tutela, per di più

applicata a fattispecie che già beneficiano di un odioso privilegio dal punto di vista sanzionatorio, eredità del regime autoritario. Insomma, un'ingiustificabile e grave deresponsabilizzazione dello Stato nelle opzioni penali che gli competono[37], di cui sfuggiva il senso anche in un'ottica strettamente deflattiva, tenuto conto della (tutto sommato) modesta frequenza applicativa di queste fattispecie (361 provvedimenti di condanna definitivi complessivamente iscritti al Casellario, dal 1944 al 2017)[38]. Un ulteriore profilo di contraddittorietà è rappresentato dalla giustificazione addotta nella Relazione illustrativa al primo schema di decreto a sostegno del mantenimento della procedibilità d'ufficio nel caso di cui all'art. 608 c.p. (*Abuso di autorità contro arrestati o detenuti*): secondo la Relazione, lo stato di "minorata autonoma difesa" in cui si trova la persona offesa si tradurrebbe in "uno stato di incapacità del tutto equiparabile a quello della infermità, dal momento che può inibire le normali reazioni difensive come accade per il soggetto affetto da un qualche stato patologico"[39] e, come, tale, incompatibile con il criterio di delega di cui all'art. 1 comma 16, lett. a). Aldilà della discutibile equiparazione tra "minorata autonoma difesa" e "infermità", com'è stato opportunamente osservato nel parere sul primo schema di decreto, reso dalla Commissione Giustizia della Camera, la predetta motivazione si poneva in evidente contraddizione con la scelta del delegato di modificare il regime di procedibilità delle ipotesi di cui agli artt. 606, 607, 609 e 615 c.p.: anche in quest'ultimi casi, infatti, la persona offesa, "in ragione della posizione rivestita dal soggetto agente, versa in condizioni di minorata difesa o, comunque, di soggezione di fronte all'azione di pubblici ufficiali, del tutto assimilabili a quelle ricorrenti nel reato di 'abuso di autorità contro arrestati e detenuti'", con la conseguenza che, stante la medesima *ratio*, la procedibilità d'ufficio avrebbe dovuto, pertanto, essere mantenuta anche in relazione alle fattispecie incriminatrici sopra richiamate[40]. In definitiva, quello progettato nel primo schema di decreto si rivelava un intervento improvvido, intrinsecamente incoerente e in palese contraddizione con la natura del referente di valore (oltre che privo di utilità, sul piano dello sgravio del carico delle strutture giudiziarie).

In sede di approvazione del testo del decreto legislativo, il Governo ha tenuto conto solo in parte delle osservazioni e delle condizioni contenute nei pareri resi dalle competenti Commissioni parlamentari, ripristinando - "per ragioni di coerenza sistematica con la procedibilità d'ufficio mantenuta per il reato di cui all'articolo 608 c.p."[41] - la procedibilità d'ufficio per i delitti di arresto illegale, d'indebita limitazione della libertà personale, di perquisizione e ispezione personali arbitrarie, ma mantenendo la previsione della procedibilità a querela dell'ipotesi - contemplata all'art. 615, comma 2, c.p. - in cui, il pubblico ufficiale si introduca nei luoghi indicati all'art. 614 c.p. senza l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge. Pur presentando una minore gravità rispetto all'ipotesi disciplinata al comma 1 dell'art. 615 c.p., la fattispecie in esame presuppone, pur sempre, che l'inosservanza riguardi formalità essenziali "costituenti garanzie per la libertà individuale"[42]. Tenuto conto della plurioffensività della fattispecie, idonea a incidere negativamente non solo sui diritti di libertà della persona ma anche sull'interesse della P.A. al corretto

comportamento dei propri organi[43] e, come tale, alla base della procedibilità d'ufficio sinora prevista per entrambe le figure criminose di cui all'art. 615 c.p., la *ratio* del mutamento del regime di procedibilità appare di difficile comprensione. Nel cercare di motivare le ragioni per le quali in questo caso il Governo non abbia recepito le osservazioni critiche formulate dalle competenti Commissioni parlamentari cui si è fatto poc'anzi riferimento, la *Relazione illustrativa*, ancora una volta equivocando sul concetto di 'incapacità', afferma che "che non si ravvisa in tale fattispecie una posizione di soggezione della persona offesa rispetto al soggetto agente pubblico ufficiale che possa integrare la nozione di incapacità evocata dalla legge delega come impeditiva della trasformazione del regime di procedibilità"[44].

Analoghe perplessità suscitano alcune delle scelte politico-criminali adottate nell'ambito dei delitti contro l'inviolabilità dei segreti. Non ci si riferisce tanto alla disposta procedibilità a querela dei reati comuni consistenti nella falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche oppure di comunicazioni informatiche o telematiche, previsti rispettivamente agli artt. 617 *ter*, comma 1 e 617 *sexies*, comma 1, c.p., quanto, piuttosto, alla medesima soluzione applicata a due reati propri, suscettibili di essere realizzati da persona addetta a servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni: la violazione, sottrazione, soppressione di corrispondenza, senza ingiustificata rivelazione del contenuto della stessa (art. 619, comma 1, c.p.) e la rivelazione del contenuto di corrispondenza (art. 620 c.p.). A fronte della plurioffensività di tali illeciti, incentrati sulla tutela non soltanto della libertà, sicurezza e riservatezza delle comunicazioni postali e telefoniche ma anche dell'interesse al corretto svolgimento delle relative funzioni, frustrato dall'abuso della qualità di addetto ai predetti servizi, risulta difficilmente comprensibile, anche sotto il profilo politico-criminale, il senso della modifica introdotta in punto di procedibilità[45].

L'intervento più significativo, in termini deflattivi, è, senz'altro, quello operato nel settore di tutela della libertà morale in cui si registra una duplice modifica del regime disciplinare del delitto di minaccia: nel riformulato secondo comma dell'art. 612 c.p. si continua a prevedere l'ipotesi della c.d. minaccia grave, che diviene, però, procedibile a querela; nel nuovo terzo comma trova, invece, collocazione l'ipotesi di minaccia aggravata ai sensi dell'art. 339 c.p., di cui si mantiene la procedibilità d'ufficio. In chiave deflattiva, la riduzione della sfera di procedibilità d'ufficio è destinata a produrre esiti di rilievo soprattutto e quasi esclusivamente in riferimento all'intervento sull'art. 612, comma 2, c.p. (c.d. minaccia grave): basti pensare che, a fronte di un totale di 58.924 provvedimenti di condanna iscritti nel casellario dal 1944 al 2017 per i reati selezionati dal decreto legislativo, ben 56.544 si riferiscono per l'appunto a tale specifica figura di delitto contro la libertà morale[46].

Recependo integralmente la già citata osservazione formulata dalla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, l'art. 7 del decreto (*Effetti sulla procedibilità delle circostanze aggravanti ad effetto speciale*), in conformità al criterio di delega di cui all'art. l, comma 16, lett. a), n. 2, della legge delega, prevede il mantenimento della procedibilità d'ufficio per i predetti reati contro la persona, nei casi in cui ricorrano

circostanze aggravanti ad effetto speciale: nel Titolo XII del Libro II codice viene inserito un ulteriore Capo III-*bis*, denominato "*Disposizioni comuni sulla procedibilità*", il cui nuovo art. 623 *bis* c.p. (*Casi di procedibilità d'ufficio*), stabilisce che "per i fatti perseguibili a querela preveduti dagli articoli 612, se la minaccia è grave, 615, secondo comma, 617-*ter*, primo comma, 617-*sexies*, primo comma, 619, primo comma, e 620 si procede d'ufficio qualora ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale.".

I delitti contro il patrimonio

Passando al settore dei delitti contro il patrimonio, il legislatore delegato introduce norme che mirano ora ad eliminare le residue ipotesi di perseguibilità di ufficio contemplate in seno a talune disposizioni, ora a ridurre il novero delle circostanze aggravanti la cui integrazione impone tale forma di procedibilità. Dal primo punto di vista, si stabilisce che la perseguibilità d'ufficio venga meno nel caso di appropriazione indebita commessa su cose possedute a titolo di deposito necessario o con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità, attraverso la soppressione dell'art. 646, comma 3, c.p.[47]. Dal secondo punto di vista, l'ambito della procedibilità d'ufficio viene così circoscritto: per quel che concerne il delitto di truffa, al caso in cui ricorra una delle circostanze previste al comma 2 dell'art. 640 c.p. oppure sia stato cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità (mentre finora l'integrazione di qualunque "circostanza aggravante", "altra" rispetto a quelle di cui all'art. 640, comma 2, c.p., era sufficiente ai fini della procedibilità *ex officio*); nel caso della frode informatica, la procedibilità *ex officio* è ristretta alle ipotesi in cui ricorrano le circostanze aggravanti di cui all'art. 61, comma 1, nn. 5 (limitatamente all'aver approfittato di circostanze di persona, anche in riferimento all'età) e 7 (causazione di danno patrimoniale di rilevante gravità), c.p. Su un totale di 58.924 provvedimenti di condanna definitivi iscritti nel casellario dal 1944 al 2017 per i reati selezionati dal decreto legislativo, 1233 riguardano condanne iscritte, rispettivamente, i reati di cui agli artt. 646, comma 3, e 814 sono relativi a condanne iscritte per il reato di cui all'art. 640, comma 3, c.p.

Come già anticipato, anche in questo settore, in conformità al criterio di delega di cui all'art. l, comma 16, lett. a), n. 2, della legge delega, si prevede una disposizione comune volta a ristabilire la procedibilità d'ufficio nei casi in cui ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale. L'art. 11 del decreto (*Effetti sulla procedibilità delle circostanze aggravanti ad effetto speciale*), stabilisce, infatti, che in tale ipotesi sia mantenuta la procedibilità d'ufficio: nel Titolo XIII del Libro II codice viene inserito un ulteriore Capo III-bis, denominato "*Disposizioni comuni sulla procedibilità*", il cui nuovo art. 649 *bis* c.p. (*Casi di procedibilità d'ufficio*), stabilisce che "per i fatti perseguibili a querela preveduti dagli articoli 640, terzo comma, 640-*ter*, quarto comma, e per i fatti di cui all'articolo 646, secondo comma, o aggravati dalle circostanze di cui all'articolo 61, primo comma, numero 11, si procede d'ufficio qualora ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale".

Le ipotesi delittuose per le quali è mantenuta la procedibilità *ex officio*

Nella Relazione illustrativa sono indicate le ragioni per le quali il regime di procedibilità non è stato modificato in relazione ad altre fattispecie incriminatrici previste a tutela della persona o del patrimonio, *prima facie* suscettibili di rientrare nella sfera di operatività della riforma. Viene, in primo luogo, motivato il mantenimento della procedibilità d'ufficio per l'ipotesi di lesioni personali volontarie, cui segua una malattia di durata superiore a venti giorni, ma inferiore o uguale a quaranta giorni (oggi procedibile d'ufficio). Sul presupposto della "piena fungibilità tra la nozione di malattia e quella di incapacità", collegata "ad una infermità quale effetto della condotta lesiva", si ritiene che la procedibilità a querela sia preclusa dalla condizione di incapacità della persona offesa per infermità, tenuto conto del fattore impeditivo della procedibilità d'ufficio - di cui alla legge delega- rappresentato dalla condizione di incapacità. Quest'ultima osterebbe, altresì, all'estensione della procedibilità a querela alle ipotesi criminose di cui agli artt. 590 *bis*, commi 1, 4, 5 e 6 (*Lesioni personali stradali*), 590 ultimo comma (in tema di lesioni personali colpose commesse con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale), 593 (*Omissione di soccorso*) e 613, comma 1 (*Stato di incapacità procurato mediante violenza*), c.p. In tali casi, la situazione di invalidazione, sia pure temporanea, ovvero di minorata capacità (come quella del lavoratore rispetto al datore di lavoro) in cui versa la persona offesa, sarebbe, dunque, ostativa della procedibilità a querela, tenuto conto del criterio di delega che impone il mantenimento della procedibilità d'ufficio nell'ipotesi in cui "*la persona offesa sia incapace per età o per infermità*".

Il criterio di delega è stato erroneamente (e frettolosamente) interpretato. In realtà, il predetto fattore impeditivo deve intendersi riferito dal legislatore delegante alle sole ipotesi in cui le peculiari condizioni di vulnerabilità della persona offesa siano preesistenti e, dunque, indipendenti, rispetto alla condotta criminosa: il mantenimento della procedibilità d'ufficio dipende dal fatto che il soggetto attivo, per porre in essere l'illecito, abbia "sfruttato una situazione di minorata difesa della vittima, antecedente alla condotta punita che ne ha reso più agevole l'esecuzione"[48]. Ne conseguono l'infondatezza e l'illogicità della scelta - operata nello schema di decreto - di escludere "in assoluto" l'estensione della procedibilità a querela alle ipotesi in cui la situazione d'infermità sia, invece, cagionata dalla condotta criminosa: fermo restando il limite del massimo edittale non superiore ai quattro anni di reclusione, sarebbe stato necessario distinguere e valutare caso per caso il regime di procedibilità, avuto riguardo al livello di disvalore della condotta. Com'è stato opportunamente evidenziato nel parere della Commissione giustizia della Camera sul primo schema di decreto, in ambito colposo si dovrebbe tenere conto della rilevanza delle regole cautelari: se appare, ad es., condivisibile la scelta del delegato di mantenere la procedibilità d'ufficio per le più gravi ipotesi di cui all'art. 590 *bis*, commi 4, 5 e 6, c.p., non si comprende, invece, perché il regime della procedibilità d'ufficio sia stato mantenuto per le ipotesi di cui all'art. 590 *bis*, comma 1, c.p. (lesioni personali stradali gravi o gravissime, cagionate attraverso la violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, ma

non in stato di ubriachezza o di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti)[49]. L'indebito e irrazionale livellamento del regime di procedibilità riservato alle lesioni colpose stradali determina l'ulteriore inconveniente di precludere irragionevolmente l'operatività delle cause estintive incentrate sul risarcimento del danno in favore della persona offesa (remissione della querela; condotte riparatorie, *ex* art. 162 *ter* c. p.), facendo di riflesso venir meno l'interesse e l'incentivo ad un risarcimento insuscettibile di determinare una pronunzia liberatoria. Il Governo non ha ritenuto di accogliere la condizione posta nel parere della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati (introduzione della procedibilità a querela per le ipotesi di cui all'art. 590 *bis*, comma 1, c.p.), sul presupposto secondo cui si tratterebbe di "fattispecie criminose di particolare allarme sociale, peraltro già oggetto di recente intervento normativo, e connotate comunque da una certa gravità posto che l'evento lesivo risulta essere conseguenza della violazione di una regola cautelare di condotta posta a presidio proprio della sicurezza della circolazione stradale"[50]. Una pseudo-motivazione, affetta da petizioni di principio e tautologie, che reitera pervicacemente l'incomprensione del criterio di delega incentrato sull'incapacità/infermità della persona offesa.
Negli altri casi, il mantenimento della procedibilità d'ufficio viene variamente giustificato: sulla base dell'asserita impossibilità di individuare o identificare una persona offesa cui attribuire il diritto di querela, nei casi di cui agli artt. 588, comma 1 (*Rissa*), 617 *bis (Installazione, fuori dei casi consentiti dalla legge, di apparecchiature atte ad intercettare o impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche*), 640 *quinquies* (*Frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica*) e 648 *ter*.1 (*Autoriciclaggio*), c.p.); tenuto conto dell'incompatibilità della procedibilità a querela (e dei collegati meccanismi di composizione della conflittualità tra privati) rispetto a fattispecie criminose poste a tutela di beni pubblici o di beni di rilevante interesse pubblico o incentrate su condotte qualificate da violenza o minaccia (come nelle ipotesi di danneggiamento di cui agli artt. 635, 635 *ter*, 635 *quinquies*, c.p., ovvero nei casi di cui agli artt. 631, 632, 633, comma 1, 636, in relazione all'art. 639 *bis*, c. p.); in considerazione dell'incapacità della persona offesa di avere un'immediata cognizione delle condotte da perseguire, tenuto conto sia della potenzialità offensiva ultra-individuale, sia delle difficoltà e complessità di accertamento (come nei casi di cui agli artt. 615 *quater*, 615 *quinquies* e 617 *quinquies*, comma 1, c.p., in tema di criminalità informatica).

Il regime transitorio

Per quel che concerne il regime transitorio, il legislatore delegato introduce una disposizione (art. 12) - mutuata dall'art. 19, L. n. 205/1999 ("*Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*") - in base alla quale per i reati perseguibili a querela in base alle disposizioni del decreto, commessi prima della data di entrata in vigore dello stesso, il termine per la presentazione della querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto già in precedenza notizia del fatto costituente reato. Si prevede, altresì, che, nel caso in cui il

procedimento sia tuttora pendente, il pubblico ministero, nella fase delle indagini preliminari, o il giudice, dopo l'esercizio dell'azione penale, provveda ad informare la persona offesa, anche, ove necessario, mediante ricerche anagrafiche, della facoltà di esercitare il diritto di querela e che il termine decorra dal giorno in cui la persona offesa sia stata informata. Nell'originario schema di decreto si stabiliva che le predette disposizioni non si applicassero ai processi che, alla data di entrata in vigore del decreto, fossero pendenti avanti alla Corte di Cassazione: in considerazione della difficoltà di informazione della persona offesa e dell'impossibilità di onerare il giudice di legittimità di un simile incombente, al quale non potrebbe "attendere per la peculiarità del ruolo e della funzione", in questi casi si era ritenuto preferibile non rendere operativa la trasformazione del regime di procedibilità, allo scopo di "evitare che l'intervento legislativo si risolva, di fatto, in una depenalizzazione, non potendosi garantire che la persona offesa venga posta nelle condizioni per decidere consapevolmente circa l'esercizio del diritto di querela"(51).
Nel parere sul primo schema di decreto, la Commissione Giustizia del Senato aveva raccomandato al Governo di sopprimere la previsione di diritto transitorio secondo cui le disposizioni del decreto non potessero trovare applicazione ai processi che, alla data di entrata in vigore del decreto stesso, fossero pendenti avanti alla Corte di cassazione(52), sul presupposto secondo cui la previsione di tale eccezione sarebbe priva di precedenti normativi, né sarebbe contemplata in alcun modo dal principio e criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 16, L. n. 103/2017, apparendo come tale "al di fuori dei limiti posti dalla delega"(53). *Melius re perpensa*, in occasione del Consiglio dei Ministri del 6 aprile 2018, tenuto conto del rischio di disparità di trattamento, si è ritenuto opportuno rendere applicabile la disciplina transitoria in esame anche in Corte di cassazione, eliminando la disposizione derogatoria originariamente prevista.

Un intervento minimalistico affetto da contraddizioni e fraintendimenti

Come si è potuto costatare, le scelte politico-criminali adottate in sede di selezione delle figure criminose suscettibili di rientrare nell'estensione del regime di procedibilità a querela, risultano ora prive di coerenza, ora prive di fondamento. Se, da un lato, sono state individuate e selezionate fattispecie plurioffensive, "geneticamente" incompatibili con la procedibilità a querela, dall'altro, sono state immotivatamente escluse dall'intervento di riforma figure di reato che si prestano "ontologicamente" a prescindere dalla procedibilità d'ufficio, tenuto conto soprattutto dei nuovi modelli estintivi attivati dalla stessa riforma Orlando. Nonostante le criticità e le incongruità evidenziate nei pareri resi dalle Commissioni parlamentari, il Governo ha ostinatamente mantenuto fermi sia l'estensione del regime di procedibilità a querela ai reati di cui agli artt. 615, 619 e 620 c.p., sia il regime di perseguibilità*ex officio*di fattispecie criminose (come quella delle lesioni personali stradali, *ex* art. 590 *bis*, comma 1, c.p.) che avrebbero meritato una più attenta considerazione sul piano politico-criminale. Perpetuando l'improbabile (e, a dir poco, bislacca) interpretazione del criterio preclusivo previsto dalla legge delega in ordine all'incapacità/infermità della persona offesa, il legislatore delegato, sia pur nei settori di tutela considerati e nei limiti posti dalla legge delega, ha, in sostanza, perso

l'occasione di valutare*funditu*quali reati procedibili d'ufficio necessitino tuttora tale forma di perseguibilità, approvando un provvedimento nell'insieme tanto esangue, quanto riduttivo e inadeguato rispetto al mandato conferito.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

(1) Il d.d.l. è riprodotto sul sito*www.giustizia.it*; per la Relazione di accompagnamento, v.*Disegno di legge in materia di depenalizzazione e di deflazione del sistema penale (Progetto Severino). Progetto elaborato dalla Commissione Fiorella per la revisione del sistema penale attraverso l'introduzione di norme da depenalizzare*(23 aprile 2013)*Relazione*, in*Riv. it. dir. proc. pen.*,2013, 1587 ss.

(2) Cfr. M. Pelissero,*La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in*www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 6 ss.

(3) Gli artt. 86 ss., L. 24 novembre 1981, n. 689, avevano mutato il regime di procedibilità di taluni illeciti penali originariamente perseguibili d'ufficio, posti a tutela di interessi di natura privata, con l'effetto di ricollocarne il relativo disvalore sul piano delle relazioni private; come osservato in dottrina, con la disposta perseguibilità a querela delle lesioni personali, "veniva così superato un primo tabù: la scelta della perseguibilità veniva affidata al privato anche se in gioco vi erano beni indisponibili, quali l'integrità personale" (M. Angelini,*La querela: "strumento" processuale volto a finalità deflattive piuttosto che alla tutela della vittima del reato. È questo il traguardo della politica criminale italiana?*, in *www.archiviopenale.it*, 4).

(4) *Disegno di legge in materia di depenalizzazione e di deflazione del sistema penale*, cit., 1593 s., richiamata nella. *Relazione illustrativa*, in *Schema di decreto legislativo recante disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati* (n. 475 *bis*), 1.

(5) *Disegno di legge in materia di depenalizzazione e di deflazione del sistema penale*, cit., 1594; come osservato da C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato* ex *art. 162*-ter *c.p.: deflazione senza* Restorative Justice, in questa *Rivista*, 2017, 1274, nell'ambito del progetto di articolato in esame l'estensione della perseguibilità a querela rappresentava - insieme alla depenalizzazione e abrogazione di alcune fattispecie di reato, all'esclusione della procedibilità per la particolare tenuità del fatto, all'ampliamento del campo di applicazione dell'oblazione ai delitti e all'introduzione di una nuova ipotesi generale di estinzione del reato in presenza di condotte riparatorie - uno degli strumenti espressamente finalizzati al conseguimento di effetti deflattivi.

(6) Tra i quali, in particolare, il d.d.l. n. 2798 (presentato dal ministro Orlando il 23 dicembre 2014).

(7) *Relazione*, in D.d.l. n. 2798, in*www.camera.it*.

(8) *Relazione*, in D.d.l. n. 2798, cit.

(9) M. Pelissero,*La politica penale*, cit., 6, secondo cui "le scelte sulla procedibilità devono essere chiare e fatte direttamente dal legislatore delegante, perché si affida la procedibilità alla valutazione discrezionale della persona offesa".

(10) Cfr. F. Giunta,*Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano 1993, 38 ss.

(11) V. F. Giunta - V. Viscusi, *voce Querela*, in F. Giunta (a cura di), *Dizionari sistematici*, *Diritto penale*, Milano, 2008, 429.

(12) Per un'analisi critica della disciplina della legge delega in tema di modifiche del regime di procedibilità, v. C. Iasevoli, *La procedibilitá a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 1 ss.

(13) Nel senso che la querela sarebbe riservata ai soli delitti, mentre per le contravvenzioni si procederebbe sempre d'ufficio, v. C. cost. 28 novembre 2008, n. 392, in *www.dejure.it*;sul punto, v. C. Perini, *Primi ripensamenti del legislatore sull'art. 162*-ter *c.p.: la conferma di una norma con valenza simbolica*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3, nt. 13.

(14) Previste con riguardo ai delitti di resistenza a pubblico ufficiale; violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale; violenza o minaccia ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario.

(15) Sulla clausola di esclusione, v. C. Iasevoli, *La procedibilità a querela*, cit., 7 ss.

(16) C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 14.

(17) V. C. Grandi, *L'estinzione*, cit., 15, il quale rileva il "paradosso di una delega che, nel tracciare per via indiretta i confini futuri dell'ambito applicativo dell'art. 162-*ter* c.p., esclude aprioristicamente il furto aggravato ai sensi dell'art. 625 c.p. - ovvero, per i motivi anzidetti, il furto *tour court* - e non invece la rapina e l'estorsione".

(18) La predetta disposizione stabilisce che i relativi schemi di decreto siano "trasmessi alle Camere, corredati di relazione tecnica che dia conto della neutralità finanziaria dei medesimi, per l'espressione dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari" e che "i pareri sono resi nel termine di quarantacinque giorni, decorsi i quali i decreti legislativi possono essere comunque emanati"; si statuisce, altresì, che "qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari", il Governo trasmetta nuovamente "i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione" e che i pareri definitivi delle Commissioni competenti per materia e per i profili finanziari siano espressi entro venti giorni dalla data della nuova trasmissione: "decorso tale termine, i decreti possono essere comunque emanati".

(19) Sulla predetta correlazione teleologica, v. C. Iasevoli, *La procedibilità a querela*, cit., 12 ss.; C. Perini, *I primi ripensamenti*, cit., 5 ss.

(20) C. Perini, *Condotte riparatorie*, cit., 1276; secondo C. Grandi, *L'estinzione*, cit., 2, il "concreto ambito di operatività finisce per corrispondere alle situazioni in cui la persona offesa abbia, seppure implicitamente, manifestato contrarietà al prodursi dell'effetto estintivo, attraverso il mancato esercizio della facoltà di remissione".

(21) Sulla finalità deflattiva sottesa all'art. 162-*ter* c.p., v. C. Perini, *Primi ripensamenti*, cit., 2 ss.; sul punto, v., altresì, A. De Lia, "*I delitti senza pena": note a margine del nuovo art. 162*-ter *c.p.*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 6 ss.

(22) C. Perini, *Condotte riparatorie*, cit., 1279.

(23) Sui riflessi processuali di tale sequenza, v. C. Iasevoli, *La procedibilità a querela*, cit., 15 ss.

(24) Come osservato da C. Grandi, *L'estinzione*, cit., 12, coincidendo il campo di applicazione dell'art. 162-*ter* c.p. con quello della remissione di querela, "il naturale terreno d'azione" della nuova causa estintiva "finirà per coincidere con le ipotesi nelle quali la querela non sia stata rimessa: proprio al fine di risolvere queste situazioni di impasse, il legislatore ha infatti previsto (...) che ai fini del risarcimento del danno il giudice possa ritenere congrua l'offerta reale presentata dall'imputato e già respinta dalla vittima. Più che un duplicato della remissione, pertanto, la causa estintiva in esame sembra invece rappresentare il suo complemento, atto a conseguire l'effetto deflativo quando l'altra strada sia preclusa dalla pervicacia della persona offesa".

(25) Sulla disparità tra il trattamento degli illeciti suscettibili di rientrare nella causa estintiva di cui all'art. 162 *ter* c.p. e quello riservato agli illeciti civili punitivi di cui al D.Lgs. n. 7/2016 v. T. Padovani, *Diritto penale*, XI ed., Milano, 2017, 429.

(26) F. Palazzo, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso tra timidezze e imperfezioni*, in Aa.Vv., *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, a cura di Conti - Marandola - Varraso, Padova, 2014, 163 s.

(27) T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *Guida dir.*, n. 8/2016, 76.

(28) Cfr. C.E. Paliero, *voce Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 435 ss. Tale paradigma, imperniato sulla cosiddetta "privatizzazione" del conflitto penalistico (cfr. C. Piergallini, '*Civile' e 'Penale' a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1318) trova nitida espressione nella previsione dell'art. 35, D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, ai sensi del quale il reato di competenza del giudice di pace può estinguersi a seguito di prestazioni restitutorie/risarcitorie e dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato; in tema di "privatizzazione della tutela", C. Iasevoli, *La procedibilità a querela*, cit., 2 ss.

(29) Sul primo schema di decreto la Commissione Giustizia del Senato ha espresso un parere non ostativo con condizioni e osservazioni (20 dicembre 2017); la Commissione Giustizia della Camera ha reso un parere non ostativo (6 dicembre 2017), con tre

condizioni; sul secondo schema di decreto, ha preso posizione solo la Commissione Giustizia del Senato, in data 7 dicembre 2018, con un parere (favorevole).

(30) *Relazione illustrativa*, cit., 2.

(31) *Relazione illustrativa*, cit., 7, in cui si afferma che il predetto mandato consisterebbe "nella valutazione di quali reati, oggi procedibili d'ufficio, possano essere affidati al meccanismo di querela, impregiudicate le scelte compiute a favore della procedibilità a querela".

(32) V. M. Romano - G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, II, III ed. Milano, 2005, 265.

(33) Nel parere reso sul primo schema di decreto, la Commissione Giustizia della Camera aveva richiesto di estendere il regime della procedibilità d'ufficio per il reato di minaccia - oltre che nell'ipotesi di commissione nei modi indicati nell'art. 339 c.p. - anche "quando ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale".

(34) V. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, VI ed., Padova, 2016, 324.

(35) Cfr. A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2014, 137.

(36) V. M. Romano - G. Grasso, *Commentario sistematico*, cit., 265; secondo Angelini, *La querela*, cit., 24, "la scelta di affidare al dominio della parte offesa l'instaurazione e anche l'esito del processo penale è necessariamente correlato all'affievolimento dell'interesse pubblico (leso da quello specifico reato) alla persecuzione dell'autore del reato".

(37) Cfr., *mutatis mutandis*, M. Romano - G. Grasso, *Commentario sistematico*, cit., 267.

(38) V. il prospetto statistico allegato all'*Analisi di impatto della regolamentazione*, in *Schema di decreto legislativo recante disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati* (n. 475 *bis*).

(39) *Relazione illustrativa*, in *Schema di decreto legislativo* (n. 475), 8.

(40) *Parere della Commissione Giustizia della Camera*, in *www.camera.it*; dello stesso avviso è anche il parere della Commissione Giustizia del Senato, secondo cui nelle ipotesi in esame ricorre "il rischio di una situazione di minorata difesa della persona offesa (un rischio che invece sembrerebbe potersi escludere, quantomeno in via ordinaria, nelle ipotesi di cui all'articolo 615, secondo comma, del codice penale".

(41) *Relazione illustrativa*, in *Schema* (n. 475 *bis*), cit., 10.

(42) V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, VIII, 5 ed., Torino, 1986, 903.

(43) Cfr. D. Notaro, *Commento all'art. 620 c.p.*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - M. Papa, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, IX, Torino, 2011, 461.

(44) *Relazione illustrativa*, in *Schema* (n. 475 *bis*), cit., 16.

(45) In sede di esame del primo schema di decreto, la Commissione Giustizia del Senato aveva invitato il Governo a valutare l'opportunità di mantenere i casi di procedibilità d'ufficio oggi previsti per il reato di rivelazione del contenuto di

corrispondenza, commessa da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni. Nella Relazione illustrativa del decreto si obbietta che "la scelta normativa operata non solo risulta essere conforme ai criteri di delega, ma altresì garantisce una coerenza interna dello stesso sistema giuridico dal momento che la fattispecie in esame richiama in parte la condotta di cui al secondo comma dell'articolo 616 c.p. (violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza) già perseguibile a querela)": con la differenza, non certo irrilevante, che quello di cui all'art. 616, comma 2, c.p. è un reato comune, mentre quello in esame è un reato proprio.

(46) V. il prospetto statistico allegato all'*Analisi di impatto della regolamentazione*, cit.

(47) Alle obiezioni sollevate sul punto dal parere della Commissione Giustizia del Senato, nella *Relazione illustrativa* del decreto, 17, si replica che "non solo la scelta normativa operata risulta essere conforme ai criteri di delega, ma tiene altresì conto che in tali fattispecie assumono chiaramente rilievo interessi e relazioni di carattere strettamente personale per le quali la perseguibilità della relativa offesa non può che essere rimessa ad una iniziativa del soggetto privato". Nella formulazione dello schema di decreto si prevedeva, altresì, che venisse meno la procedibilità *ex officio* dell'ipotesi di uccisione o danneggiamento di animali altrui commesso su tre o più capi di bestiame raccolti in gregge o in mandria, ovvero su animali bovini o equini, anche non raccolti in mandria (art. 638, comma 2, c.p.): nella seduta del 6 aprile 2018 il Consiglio dei Ministri ha ritenuto opportuno non procedere a tale modificazione del regime di procedibilità.

(48) *Parere della Commissione Giustizia della Camera*, cit.

(49) *Parere della Commissione Giustizia della Camera*, cit.; nel senso che si tratti di fattispecie autonome, *ex plurimis*, v. A Menghini, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, 2016, 58, 112.

(50) *Relazione illustrativa*, cit., 10.

(51) *Relazione illustrativa*, cit., 12.

(52) *Parere della Commissione Giustizia del Senato*, cit.

(53) Nella *Relazione illustrativa* si era in un primo momento replicato che che "nel prescrivere che il pubblico ministero per la fase strettamente procedimentale e il giudice per la fase tipicamente processuale debbano dare notizia alla persona offesa del mutamento delle regole di procedibilità", la richiamata disposizione della legge delega si limiterebbe "a regolare espressamente soltanto l'incidenza della trasformazione del regime di procedibilità sui processi in corso in grado di merito". A sostegno della scelta adottata non venivano solo addotte le sopraricordate esigenze di funzionalità del sistema, bensì anche il precedente legislativo rinvenibile nelle disposizioni transitorie della L. 5 dicembre 2005, n. 251, il cui art. 10, comma 3, limita l'applicazione delle norme sulla prescrizione più favorevoli ai processi pendenti in primo grado, al fine di non disperdere attività di accertamento dei fatti già compiute. A tal proposito, nella *Relazione illustrativa*allo schema di decreto si ricordava come la Corte costituzionale abbia sottolineato il fatto che il legislatore "gode di ampia

discrezionalità nel regolare nei processi in corso gli effetti temporali di nuovi istituti processuali o delle modificazioni introdotte in istituti già esistenti, e che le relative scelte, ove non siano manifestamente irragionevoli, si sottraggono a censure di illegittimità costituzionale" (in riferimento alle seguenti pronunzie della Consulta: ord. nn. 455/2006, 91/2005 e 420/2004; sent. nn. 219/2004 e 240/2015).

CED Cassazione, 2017

MESSAGGI SMS A CONTENUTO OFFENSIVO: UN'OCCASIONE PERSA PER LA CASSAZIONE

Dragoni Giulia

Cass. pen. Sez. V Sent., 25 ottobre 2006, n. 35763

La Corte si è pronunciata in merito alla ricorrenza dei reati di ingiuria e di minaccia attuati mediante l'invio di *sms (short messages system)* a mezzo di telefono cellulare. Nel caso sottoposto all'esame dei giudici di legittimità, l'imputato A.R. era incolpato di avere inviato ad una donna alcuni messaggi *sms* minacciosi oltre che dal contenuto lesivo dell'onore e del decoro della stessa. Giova rappresentare che l'effettiva intestataria della scheda inserita nel telefono (anch'essa in precedenza legata sentimentalmente all'imputato) era persona diversa dall'utilizzatore, ed, esaminata quale testimone, aveva riferito che sarebbe stato lo stesso A.R. a richiederle di intestarsi la scheda in questione.

All'esito del giudizio di primo grado, il Giudice territoriale pronunciava sentenza di condanna per tutti i delitti contestati dal pubblico ministero, ritenendo gli stessi avvinti dalla continuazione. La Corte di Cassazione ha pronunciato sentenza di annullamento senza rinvio a norma dell' *art. 620 c.p.p.* limitatamente al reato di minaccia per insussistenza del fatto, non pronunciandosi sulla ricorrenza del delitto di ingiuria in assenza di devoluzione sul punto.

I motivi di ricorso dell'imputato, sintetizzati nella parte motiva della sentenza in commento, consentono di cogliere i punti di maggior interesse relativi alla decisione di merito e le principali doglianze oggetto di cognizione della Corte.

In estrema sintesi, il ricorrente deduce l'inosservanza o erronea applicazione della legge penale quanto alla sussistenza del delitto di minaccia ritenuto in sentenza, l'omessa indicazione delle modalità attraverso cui è stato possibile ricondurre la scheda telefonica all'imputato ed, infine, deduce la mancata indicazione delle modalità di accertamento del testo del messaggio.

1) È opportuno principiare, invertendo l'ordine del ricorso, con la disamina del secondo motivo di gravame sulla configurabilità del reato di minaccia, laddove siano inoltrate espressioni offensive a mezzo *sms* indirizzate o comunque percepite da una persona determinata. Il caso di specie non lascia adito a dubbi circa la carenza dei requisiti idonei a integrare il delitto di minaccia, tanto che la Corte ha correttamente evidenziato come "non può parlarsi di minaccia quando il male non sia prospettato come dipendente dalla volontà dell'agente". Nel caso esaminato - in effetti - l'imputato

si era limitato a predire un futuro fallimento dell'attività lavorativa della persona offesa che, tuttavia, non dipendeva in alcun modo dalla volontà dell'agente; si trattava, in sostanza, di un "cattivo auspicio", condito da espressioni lesive del decoro della persona offesa dal reato.

Per minaccia s'intende la prospettazione di un male futuro, il cui avverarsi dipende dalla volontà dell'agente [1] e, per la sussistenza del delitto, l'azione deve essere idonea ad incidere sulla libertà morale del soggetto passivo [2].

A prescindere dal caso di specie, tuttavia, la Corte - tacitamente - non ha negato che in astratto sia possibile commettere il delitto di cui all'art. 612 c.p. attraverso i cosiddetti *sms*. La dottrina ha infatti sottolineato che la minaccia può essere "perpetuata attraverso qualunque estrinsecazione comportamentistica: parole, gesti, scritti o altri segni espressivi" [3]. Ciò che rileva non è né la possibilità effettiva per l'agente di dare esecuzione (direttamente o indirettamente) al pregiudizio prospettato, né il non essersi questo già verificato; è essenziale il requisito dell'"apparenza", al quale viene ricollegata la possibilità della messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma. È difatti controversa, in dottrina, la configurabilità del reato nel caso in cui il danno prospettato alla vittima sia indeterminato [4]. In senso affermativo si è ritenuto sufficiente che la minaccia sia tale da turbare la tranquillità della persona a cui è rivolta mentre in senso ostativo alla configurabilità del reato, si è osservato che una minaccia "dal contenuto indeterminato" finisce col risolversi in una mera "dichiarazione di ostilità" come tale non penalmente perseguibile, sempre che le circostanze del fatto e la qualità delle persone non completino in modo più espressivo la minaccia formulata in modo generico [5]. La giurisprudenza ha composto la questione sostenendo che, pur essendo ravvisabile una minaccia indeterminata, l'agente deve, comunque, possedere mezzi evidentemente idonei a realizzarla, si tratti, cioè, di "un soggetto [(] fornito di poteri e capacità in proposito" (6).

Senza soffermarsi oltre nel delineare la fattispecie in oggetto, si può concludere sul punto che la Corte, non includendo il mezzo utilizzato dall'agente tra i motivi che l'hanno portata ad escludere il reato di minaccia, ha stabilito che, tramite l'invio di*sms*, è prospettabile la concretizzazione di un "danno ingiusto", inteso come lesione o messa in pericolo di un diritto soggettivo in senso stretto o di altro interesse obiettivamente protetto [7].

La seconda fattispecie di reato esaminata, e che ha trovato riscontro - anche se non *expressis verbis* - nella sentenza *de qua*,concreta il delitto di ingiuria *ex* art. 594 c.p.; in tal caso si pongono minori problemi di configurabilità dell'illecito, in ragione del fatto che il comma 2 della disposizione in esame espressamente prevede che «alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica o con scritti o disegni diretti alla persona offesa». Nel momento in cui trova riscontro l'offesa all'onore o al decoro - cosa questa che si è ritenuta sussistere nel caso di specie - non permangono dubbi circa l'applicabilità della norma incriminatrice ove il "mezzo" da cui proviene l'offesa sia un messaggio telefonico, a prescindere che l'sms si voglia ricondurre al *genus* comunicazione telefonica piuttosto che alla corrispondenza epistolare [8]. La Corte - in merito a tale ultima distinzione - ha avuto

occasione di pronunciarsi assai recentemente a proposito dell' *art. 660 c.p.* affrontando, in particolare, la configurabilità del reato di molestia e disturbo alle persone. In merito a censura della difesa ove si sosteneva che gli *sms* fossero assimilabili ai messaggi epistolari ha, contrariamente, osservato che gli *sms* "vengono trasmessi attraverso sistemi telefonici, che collegano tra loro apparecchi telefonici cellulari e/o apparecchi telefonici fissi", inoltre, in riferimento alla capacità offensiva del messaggio "è notorio che (a differenza di quel che in genere succede per lo strumento epistolare) il destinatario è costretto a leggerne il contenuto prima di poter identificare il mittente: sicché il mittente del messaggio, attraverso questo strumento, raggiunge lo scopo, dolosamente perseguito, di turbare la quiete e la tranquillità psichica del destinatario, né più né meno di come lo raggiunge quando usa lo strumento della comunicazione telefonica tradizionale" [9]. Considerato l'orientamento espresso dalle decisioni più recenti e in assenza di disposizioni di legge sul punto, l'sms può perciò essere legittimamente accostato alla comunicazione telefonica (pur difettando di alcune delle caratteristiche proprie di quest'ultima) poiché ne manifesta i caratteri essenziali; per quanto detto, invece, il tipo di comunicazione in questione si discosta sensibilmente da quella epistolare [10]. Di conseguenza, tutti i fatti penalmente rilevanti realizzabili attraverso una comunicazione telefonica sono suscettibili di essere commessi anche mediante l'invio di *sms*.

2) È opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulla riconducibilità dell'autore dei messaggi al proprietario dell'apparecchio telefonico e/o della relativa scheda.

In giurisprudenza non vi sono dubbi circa la responsabilità del proprietario per l'utilizzo del telefono cellulare, fino a prova contraria [11]. A norma dell' *art. 1140 c.c.* «il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa». Similmente al diritto di proprietà, il possesso della cosa è equiparato *de lege lata* ad una situazione di esclusività e, dunque - eccezion fatta per l'ipotesi di accertato compossesso - non sussistono dubbi in merito alla disponibilità del bene in capo al possessore.

Il caso concreto, tuttavia, pone il problema della diversità di identità tra il soggetto che ha in uso il telefono e l'effettiva intestataria della scheda. Quanto sopra detto farebbe dedurre che il possessore sia l'imputato e, infatti, la Corte non si è posta rilevanti dubbi in merito a tale circostanza. Il ricorrente deduce che la riconducibilità della scheda telefonica all'imputato è desumibile solo a fronte di una dichiarazione "interessata" dell'effettiva intestataria e da ulteriori dichiarazioni testimoniali non convincenti. In realtà, pare che sia il Giudice di prime cure che la Suprema Corte abbiano soltanto «preso atto» del fatto che l'imputato utilizzasse il telefono quotidianamente e la scheda fosse allo stesso riconducibile. Non sembra, perciò, che sia stata approfondita a dovere la circostanza che l'intestataria della scheda telefonica - la quale aveva intrattenuto una relazione sentimentale con l'imputato - potesse aver motivo (ad esempio per risentimento) di utilizzare il telefono inviando messaggi offensivi alla successiva fidanzata dell'imputato. Ad avvalorare la testimonianza dell'intestataria i giudici hanno menzionato la circostanza che, nel corso delle indagini

preliminari, fu proprio l'imputato a rispondere al numero di telefono (corrispondente alla scheda di cui si è detto) digitato dall'ufficiale di polizia giudiziaria su impulso della querelante.

Pur senza voler sollevare riserve eccessivamente severe in merito alla decisione in commento, possono esprimersi talune perplessità a cagione dell'estrema sinteticità della parte motiva a fronte di una materia recente e ancora poco esplorata e disciplinata. Infatti, sulla base di quanto deciso, in astratto (in assenza di prove a discarico) potrebbe essere chiamato a rispondere di reati commessi con l'uso del telefono l'usuale possessore del bene anche in presenza di una sottrazione temporanea dell'apparecchio cellulare per il tempo necessario a scrivere un messaggio. Nel caso di specie, se il ricorrente avesse avuto realmente la convinzione che a scrivere fosse stata l'intestataria della scheda, probabilmente avrebbe contribuito in maniera più efficace all'attività probatoria nel corso del giudizio. Dunque, sebbene la decisione possa reputarsi convincente nel merito della vicenda, sussiste il dubbio che - difettando un'esaustiva motivazione - il principio di personalità della responsabilità penale di cui all' *art. 27 Cost.* possa risultare in qualche misura intaccato da una sorta di surrettizia responsabilità oggettiva.

3) Riveste fondamentale rilievo, in punto di prova, l'individuazione delle modalità attraverso le quali è possibile conoscere l'esatto contenuto di un *sms* anche al fine di scongiurare il rischio che, una volta ricevuto, il testo del messaggio possa essere modificato da persone diverse dall'autore.

A tal fine è tecnicamente possibile effettuare una copia integrale (*back up*) del contenuto della scheda del telefono cellulare sì da trasferirla su un *personal computer*: in tal modo l'Autorità giudiziaria è messa in condizione di apprezzare i relativi tabulati telefonici, nonché il contenuto preciso degli *sms* ricevuti ed, eventualmente, inviati [12]. È inoltre possibile (laddove le indagini si svolgano a carico del proprietario del telefono cellulare) effettuare una sorta di "monitoraggio in tempo reale" delle telefonate e del traffico *sms*. Dunque gli *sms*, al pari delle telefonate, possono efficacemente essere sottoposti al vaglio di soggetti terzi rispetto al mittente ed al destinatario e gli esiti di tale attività sono suscettibili di essere trascritti su supporto cartaceo tramite appositi tabulati [13]. In entrambi i casi sopra descritti, può scongiurarsi il rischio di modificazione del testo del messaggio da parte di chi persegua fini contrari all'efficace accertamento dei fatti, poiché l'eventuale manomissione dovrà confrontarsi con il riscontro negativo derivante dall'inclusione - all'interno del fascicolo formato *ex art. 431 c.p.p.* - dei tabulati telefonici [14]. È da reputarsi opportuno, laddove le indagini siano ancora in corso e sussistano fondati timori di manomissione del contenuto degli*sms* ricevuti, optare per la seconda modalità, che non lascia spazio a possibili intromissioni.

Ritornando al caso di specie, può notarsi come il primo motivo dedotto dal ricorrente aveva ad oggetto proprio la mancanza di un accertamento in merito al "testo dei messaggi *sms* asseritamente offensivi". Sulla scorta di quanto risulta dagli atti del procedimento, il contenuto dei messaggi è stato percepito direttamente mediante

l'apparecchio telefonico di proprietà della persona offesa e, tuttavia, nessuna attività di riscontro obiettivo del contenuto degli stessi è stata posta in essere mediante l'acquisizione dei relativi tabulati. Per questa ragione, è lecito ritenere che la decisione in commento si presenti vulnerabile in*parte qua* stante la carenza dell'attività probatoria sul punto e non risultando dalla motivazione l'avvenuto esperimento di riscontri a norma dell' *art. 192 comma 2 c.p.p.* [15] Sotto tale aspetto è lecito concludere che con la pronuncia in commento, la Corte ha perso un'occasione per approfondire il tema dell'accertamento di condotte antigiuridiche mediante l'utilizzo delle moderne tecnologie di captazione delle comunicazioni.
Se, da una parte, l'inarrestabile progresso della scienza e della tecnologia offre, suo malgrado, agli autori di reato rinnovate e crescenti possibilità di attuazione di condotte criminose, dall'altra, i medesimi moderni strumenti consentono - essi stessi - una verifica in punto di prova più efficace ed obiettiva dei fatti per cui si procede [16].
È lecito, a questo punto, concludere che può dirsi "moderno" (nel senso pieno del termine) ed effettivamente attento alle garanzie dell'individuo solo quel modello di accertamento processuale capace di adeguare costantemente le proprie tecniche di accertamento dei fatti al continuo divenire della conoscenza progressivamente riscontrabile nella società [17].

---

(1) V. F. Antolisei, Manuale di diritto penale, parte speciale I, Milano, 2002, 149-154.
(2) V. Cass., sez. V, 29 maggio 1992, in Cass. pen. 1993, 2839.
(3) Sul punto cfr. F. Dassano, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1976, 336.
(4) Cfr. F. Antolisei, Manuale di diritto penale, cit., 152.
(5) Vedi V. Manzini, Trattato di diritto penale italiano VIII, Torino, 1986, 814.
(6) V. Cass., sez. VI, 16 dicembre 1983, Presotto, in Giust. pen., 1984, II, 387.
(7) Cfr. H. Kelsen, Teoria generale del diritto e dello stato, a cura di S. Cotta e G. Treves, Torino, 1963, 77.
(8) Sulla configurabilità del reato di ingiuria a fronte dell'invio di sms si veda Cass., Sez. I, 29 aprile 2005, Sorpresi, n. 18449, in Dir. inf. e inf., 2005, fasc. 28, 52.
(9) Cass. pen., sez. III, 1 luglio 2004, Passacantando, in questa Rivista, 2005, 51 ss. con nota di F.G. Catullo, Sulle molestie telefoniche via sms, per l'Autore, tuttavia, «sembra che l'adeguatezza della contravvenzione di cui all' *art. 660 c.p.* a spiegare la condotta di chi per petulanza o per altro biasimevole motivo invia sms non sia da ricercare nella ratio della norma (ma più semplicemente nel dato letterale contenuto nel precetto che fa riferimento alla condotta consumabile "col mezzo del telefono"». Analogamente, in riferimento a tale profilo: Cass., pen., sez. I, 11 maggio 2006, n. 16215 in questa Rivista 2006, 373 ss. con nota di F. Di Luciano, Il messaggio sms quale modalità di commissione del reato di molestie telefoniche. Discorde, invece, una pronuncia precedente: Cass. pen., sez. I, 29 aprile 2005, Sorpresi, n. 18449, cit.; secondo la quale l' *art. 660 c.p.* non può far riferimento anche all'invio di sms poiché formulato in epoca in cui gli sms non erano concepibili, e, dunque, si sostiene l'assimilabilità degli stessi agli scritti contemplati dall'art. 594 c.p.

(10) In considerazione dell'assoluta novità della questione, il riferimento alle "sentenze recenti" può valere laddove il deposito delle stesse risale a pochi mesi or sono.
(11) Ci riferisce ai casi, non infrequenti, di "clonazione" della scheda telefonica e di furto denunciato.
(12) Tale opzione dipende dalle caratteristiche del telefono cellulare e, in particolare, dalla disponibilità di memoria adibita alla registrazione dei messaggi inviati.
(13) In tema di intercettazioni telefoniche si veda E. Aprile, La prova penale, Milano, 2002, 350 ss. Più specificamente, in tema di acquisizione dei tabulati telefonici si veda, inoltre, Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, in Foro It., 2000, fasc. 10, pt. 2, 529 ss., con nota di G. Di Chiara, In tema di intercettazione telefonica. Ove, richiamato il contrasto interpretativo tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite della Cassazione, profilatosi nel 1998 circa le garanzie processuali per l'acquisizione dei tabulati telefonici, l'Autore esamina la sentenza in epigrafe, la quale segna il punto di approdo di tale contrasto.
(14) Così come auspicato in riferimento ad una nota a sentenza vertente il reato di spamming via sms, ovverosia l'invio di messaggi pubblicitari indesiderati. Cfr. Trib. Latina, sezione distaccata di Terracina, 19 giugno 2006, Spamming: interferenza nella sfera privata e violazione del diritto alla privacy, in questa Rivista, 2007, 25 ss.
(15) In merito alla «valutazione degli indizi» si veda P. Tonini, La prova penale, Padova, 2000, 32 ss.
(16) Sul punto basti richiamare il disposto dell' *art. 189 c.p.p.* il quale consente l'ammissione di prove atipiche (ossia non disciplinate dalla legge) idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti al ricorrere della sola condizione che non si verifichi un pregiudizio alla libertà morale della persona.
(17) Sul punto cfr. a titolo di esempio: Cass., Sez. V, 27 febbraio 2002, in Giur. it., 2003, 2372., con nota di L.G. Velani, Nuove tecnologie e prova penale: il sistema dell'individuazione satellitare g.p.s. Con la sentenza annotata, la Corte di Cassazione ha escluso l'equivalenza dell'indagine satellitare ad una «intercettazione» ex *art. 266 c.p.p.* , ma ha portato tale strumento investigativo nell'ambito dell' *art. 189 c.p.p.* , ritenendolo una forma tecnologicamente avanzata del c.d. "pedinamento"; Cass. pen., sez. II, 24 ottobre 1998, in Cass. pen., 1999, 2576, ss., con nota di M. Viali, L'acquisizione dei dati esteriori di conversazioni o comunicazioni: tra nuove tecnologie e sbandamenti giurisprudenziali. La sentenza in epigrafe risulta meritevole di segnalazione in quanto affronta un aspetto attuale nella tematica riguardante l'intercettazione dei cosiddetti dati esteriori di una conversazione o comunicazione. In particolare, la Suprema Corte, è stata chiamata a risolvere il quesito circa la riconducibilità di detta attività all'alveo della disciplina codicistica di cui agli artt. 266 ss. c.p.p. ovvero, quanto meno, all'area di pertinenza di specifiche garanzie costituzionali, quale quella consacrata dall' *art. 15 comma 2 Cost.*

Aldo Cuva, Laura Cuva, Marco Bona

Sommario: Premessa: il «mobbing» come strategia vessatoria. - Il mobbing nella responsabilità penale: rilevanza penale delle singole condotte. - La questione della rilevanza penale del mobbing come «legal framework». - Mobbing e tutela penale. Disegni e progetti di legge. - Conclusioni.

Premessa: il «mobbing» come strategia vessatoria.

Gli interpreti si trovano oggi dinanzi ad un *package* giurisprudenziale di recente formazione in cui la tutela dei lavoratori, sia in sede civile che in ambito penale assume contorni del tutto inediti [1]. Molti, invero, sono i segnali di questa nuova stagione del mondo del lavoro [2].

Sul versante della responsabilità civile le novità si collocano all'apice del processo evolutivo che si era avviato sul finire degli anni ottanta con la progressiva «rivitalizzazione» *dell'art. 2087 c. c.* [3] e l'ingresso del danno biologico [4]. In particolare, va qui menzionata l'apertura di diverse Corti [5], tra cui la stessa Sezione Lavoro della Cassazione [6], al danno esistenziale, riconosciuto per attuare una migliore tutela risarcitoria della personalità morale dei prestatori di lavoro. Siffatto *trend* risulta peraltro in linea con il progressivo affermarsi di principi generali di ampio respiro, quali, ad esempio, il principio della imprescindibile *«umanizzazione del posto di lavoro»*, cui si è richiamato per primo il legislatore europeo nel campo della tutela dei lavoratori dipendenti, ed il principio del necessario riferimento, nel contenzioso tra azienda e dipendenti, alle *«regole della civiltà del lavoro»* [7].

In questo contesto l'ingresso dirompente della figura del *«mobbing»* ha sicuramente giocato un ruolo determinante negli ultimi anni [8].

Pare opportuno sul punto premettere che il *mobbing* si è affacciato sulla scena come concetto elaborato all'interno della psicologia del lavoro. Al centro di tale impostazione si è posta l'attenzione sul contesto psicologico del lavoro, in termini di comportamenti incidenti sulla salute psichica del dipendente: dunque, un collegamento molto stretto tra comportamenti del datore o di colleghi di lavoro e riflessi sulla salute della vittima del *mobbing*.

Solo successivamente, in tempi più recenti e sull'onda di una crescente attenzione dei *mass media*, l'idea del *mobbing* è stata fatta propria dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Il *«mobbing»* (*«bossing»* nel caso la condotta sia messa in atto dal datore di lavoro o dai vertici aziendali) riguarda *«qualunque condotta impropria che si manifesti, in particolare, attraverso comportamenti, parole, atti, gesti, scritti capaci di arrecare offesa alla personalità, alla dignità o all'integrità fisica o psichica di una persona, di metterne in pericolo l'impiego o di degradare il clima lavorativo»* [9]. Esso viene inoltre definito come *«pratica persistente di danni, offese, intimidazioni o insulti, abusi dì potere o ingiuste sanzioni disciplinari che induce in colui contro il quale è indirizzata sentimenti di rabbia, minaccia, umiliazione, vulnerabilità, che incrina la fiducia in se stesso»* [10].

Il *mobbing* si concretizza attraverso molteplici tipologie di condotte, tra le quali, a titolo meramente esemplificativo, si collocano, come anche messo in luce dagli esperti

in psicologia sul lavoro [11], le seguenti: - l'emarginazione e l'isolamento del soggetto attraverso l'ostilità e la non comunicazione; — le continue critiche sul suo operato; — l'applicazione di sanzioni disciplinari pretestuose; — la diffusione di maldicenze all'interno e all'esterno dell'azienda; — l'assegnazione di compiti dequalificanti e umilianti oppure, all'opposto, troppo difficili da raggiungere, specie se dolosamente non supportati da adeguati strumenti; - il demansionamento; — la lesione dell'immagine e/o della reputazione del soggetto davanti ai colleghi, clienti, superiori; — gli spostamenti continui da un ufficio all'altro; — le contestazioni prive di fondamento e non seguite da giustificazioni, malgrado le richieste dell'interessato; — l'abuso di controlli medici fiscali in caso di malattia; — l'addebito di assenze sul lavoro apparentemente non giustificate, ma premeditatamente costruite *ad hoc* dall'azienda; — offese e umiliazioni di vario genere del lavoratore; — pressioni psicologiche di ogni sorta e genere; — molestie e violenze sessuali (soprattutto, nel caso di vittime donna); — discriminazioni; — riduzione e degradazione della postazione di lavoro; ecc. In definitiva attraverso queste condotte viene esercitata sul *«mobbizzato»* una forte pressione di tipo psicologico (spesso sconfinante in un vero e proprio *«terrorismo psicologico»)* destinata a produrre un complessivo indebolimento delle sue difese, anche fisiche e psichiche, e un'alterazione del suo equilibrio nervoso. Questo il *mobbing* così come lo conosce sostanzialmente la psicologia del lavoro.

Venendo ora alla dimensione più propriamente giuridica del *mobbing* il suo accertamento deve tenere conto di un'esigenza fondamentale che lo contraddistingue dal *mobbing-categoria* della psicologia del lavoro: l'individuazione, nel giudizio di responsabilità, del carattere illecito (civile e/o penale) dei comportamenti dei soggetti che attuano il *mobbing* (i c.d. *«mobbers»).*

In campo civilistico il termine *«mobbing»*, nella sua brevità e forza semantica, ha sicuramente il pregio di raggruppare e spiegare meglio un insieme di condotte che — a prescindere dai contenuti delle singole azioni od omissioni, dalla loro autonoma rilevanza giuridica, dagli scopi che le ispirano, o dal loro elemento soggettivo — si caratterizza per i seguenti elementi [12]: 1)*durata:* la condotta del *mobbemon* può essere circoscritta ad un singolo episodio, ma deve distribuirsi in un arco di tempo la cui estensione è da valutarsi caso per caso; *2) ripetitività e/o reiterazione:* nell'arco temporale considerato, il *mobber* deve ripetutamente dirigere la propria azione contro la vittima; 3) *effetti lesivi:* l'azione *mobbizzante* deve incidere sulla sfera personale della vittima, alterandola in senso negativo.

Il termine *«mobbing»* si riferisce quindi ad una universalità di atti, omissioni e comportamenti, ciascuno di per sé non necessariamente illecito, posti in essere da uno o più soggetti verso una o più persone e collocati in tempi diversi, ma accomunati, in una *visione giuridica unitaria*, dai seguenti elementi: 1) la *modalità* dell'azione *mobbizzante*, che, nel suo insieme, risulta *ripetitiva* e *lesiva* della sfera patrimoniale e/o non patrimoniale della vittima (il *mobbing* può incidere alternativamente o comulativamente sui seguenti beni della persona: stato di salute psicofisica; personalità, immagine, dignità, onore, reputazione, professionalità;

capacità reddituale anche futura; vita sociale e di relazione; serenità famigliare); 2) la *ratio*vessatoria e discriminatoria dell'azione *mobbizzante*, che è ricavabile dalla presenza di condotte e dinamiche «tipiche» [13] del fenomeno, che presentano determinate caratteristiche oggettivamente riscontrabili (ripetitività, direzionalità, pretestuosità, efficienza lesiva del bene salute e della dignità, carattere emulativo, connotazione abusiva, idoneità alla realizzazione di determinati scopi, ecc.) e quindi, per tali peculiarità, risultano direzionate alla realizzazione di determinati obiettivi.
Nel campo della responsabilità civile vi può essere una sostanziale indifferenza all'illiceità delle singole condotte, poiché, diversamente dal campo penale, operano clausole generali, dotate di atipicità, quali *l'art. 2043 c. c.* e, con particolare riguardo per gli illeciti datoriali, *l'art. 2087 c. c.* , in forza del quale *«l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»*.

Nell'ambito di questa norma, così come delle altre applicabili (ad es. *artt. 2043 e 2049 c. c.*), il *mobbing* può dunque svolgere in pieno la sua funzione di cornice giuridica (appunto il *mobbing* come *«legal framework»)*. Infatti, tramite il meccanismo della riconduzione delle singole condotte ad una logica unitaria, tutte le condotte che si inseriscono nella strategia persecutoria assumono rilievo: ciò, come si è specificato, a prescindere dalla singola valenza giuridica delle stesse sotto il profilo dell'illecito civile [14] . In altri termini, nell'ambito della responsabilità aquiliana ciò che conta è il quadro d'insieme che unisce i diversi comportamenti, non già la qualificazione delle singole condotte, alcune delle quali, se considerate autonomamente rispetto al contesto in cui si collocano, possono risultare lecite o, comunque, prive di particolare rilievo antigiuridico. In definitiva è la logica che unisce le diverse condotte a spiegare la loro natura illecita, vessatoria ed abusiva.
Nella responsabilità civile gli istituti offerti dal vigente ordinamento giuridico sono quindi in grado di fornire una tutela piena alle vittime di *mobbing*, e di conseguenza non si avverte neppure una particolare necessità di procedere per via legislativa all'introduzione di ulteriori disposizioni normative rispetto a quelle già esistenti.

Al contrario, come si vedrà in questo scritto, non pochi problemi possono incontrarsi nell'ambito della tutela penale, laddove la tipicità delle fattispecie di reato può ostacolare non poco l'attribuzione di rilevanza giuridica a condotte che assumono connotazione illecita solo se inserite in un quadro unitario.

Il mobbing nella responsabilità penale: rilevanza penale delle singole condotte.

Nell'ambito della tutela penale si tratta di verificare, in assenza di una fattispecie di reato *ad hoc* per il *mobbing*, se e come, le condotte, che caratterizzano il *mobbing*, rilevano per la legge penale.

La violenza psicologica, che contraddistingue la condotta del *mobber*, conduce *in primis* a considerare i reati di maltrattamenti e violenza privata, come del resto ha ravvisato la Sezione VI della Corte di cassazione in una recente sentenza in tema di*«mobbing»* sul lavoro [15] , della quale si darà più avanti un breve commento. Altre

possibili ipotesi s'individuano nei reati di lesioni, ingiuria, diffamazione, violenza sessuale e abuso di ufficio: ipotesi che per una completa disamina del tema medesimo meritano brevi, ma indispensabili, note di approfondimento.
I *maltrattamenti* — previsti *dall'art. 572 c. p.* — sono reato a condotta plurima, procedibile d'ufficio, caratterizzato dalla sussistenza di una serie di fatti che si risolvono in vere e proprie sofferenze fisiche e morali, minacce, ingiurie, lesioni, atti di disprezzo, di umiliazione, uniti da un legame di abitualità (elemento oggettivo) e dalla coscienza e volontà (elemento soggettivo/dolo generico) di porre in essere tali atti [16]. Anche secondo la dottrina è sufficiente il dolo generico [17].
Trattasi di reato abituale, per la cui sussistenza si richiedono due condizioni: la reiterazione dei fatti (il reato si consuma e si perfeziona con l'ultimo di essi) per un apprezzabile lasso di tempo e la persistenza dell'elemento intenzionale: nel caso invece di episodi di violenza, del tutto occasionali, viene a mancare uno dei requisiti fondamentali, che è costituito, appunto, dalla abitualità.
Nella materialità del delitto rientrano minacce, percosse, lesioni comuni (con malattia non superiore a gg. 20), ingiurie, ma anche atti di scherno e di disprezzo, fatti, cioè, idonei a cagionare durevoli sofferenze fisiche e morali: è riservato alla valutazione del giudice di merito accertare se i singoli episodi rimangano assorbiti nel reato di maltrattamenti oppure integrino ipotesi criminose autonomamente volute dall'autore [18].
La dottrina [19] e la giurisprudenza [20] prevalenti ritengono che non vi può essere concorso tra il reato di maltrattamenti e quello di ingiurie, percosse, minacce.
Nell'ipotesi in cui dai maltrattamenti derivino una lesione grave o gravissima ovvero addirittura la morte della persona offesa, è configurabile il reato circostanziato, di cui al capoverso *dell'art. 572 c. p.* , solo se detti eventi siano conseguenza non voluta del fatto di maltrattamenti. Trattasi di *reato aggravato dall'evento* [21], in cui l'ulteriore evento è posto a carico del reo — dopo la riforma sulle aggravanti *ex legge n. 19/1990* — se il fatto-circostanza sia stato da lui previsto o era prevedibile.
È invece da ravvisare un autonomo reato di lesioni volontarie *ex* artt. 582 e segg. c. p. (in concorso con quello di maltrattamenti), quando l'agente abbia avuto anche l'intenzione (dolo diretto) di ledere l'integrità fisica e/o psichica della persona offesa [22] o abbia accettato il rischio di tale evento (dolo eventuale o indiretto). Soprattutto sotto quest'ultimo profilo, può osservarsi come in vari casi di *mobbing* la condotta dell'agente possa sicuramente caratterizzarsi per tale elemento. Infatti, la vittima, dopo una prima fase di vessazioni di vario tipo, inizia ad accusare sintomi di ordine psichico e spesso entra in malattia, con periodi di assenza dal lavoro giustificati da una patologia in corso, peraltro accertata in sede di visite medico fiscali. Malgrado tale stato, in cui versa la vittima, il *mobber* prosegue la sua condotta: anzi, sfrutta a suo vantaggio lo stato di salute del lavoratore, per elevare nuove contestazioni e sanzioni, aggravando la patologia in corso. Classica ipotesi è quella delle contestazioni e sanzioni disciplinari connesse al mancato reperimento del lavoratore durante le visite mediche domiciliari. Si pensi altresì ai diversi trattamenti riservati al lavoratore al suo

rientro dalla malattia: depauperamento della postazione di lavoro, se non totale soppressione di qualsivoglia supporto logistico (dal *computer* alla scrivania stessa), ulteriori modificazioni *in peius* delle mansioni, nuove strategie vessatorie ed intimidatorie. Con la conseguenza che il lavoratore, con l'aggravarsi del suo stato di malattia, si trova ad entrare ed uscire dal posto di lavoro, in una continuo succedersi di assenze per malattia.

Incidentalmente è da tenere presente che la prova sulla sussistenza del dolo differisce a seconda della forma di questo: se si tratta di dolo diretto, la prova si ricava essenzialmente dagli elementi obiettivi del fatto, ovvero dalle concrete manifestazioni della condotta, sicché le affermazioni dell'agente hanno una funzione meramente sussidaria; invece per la prova del dolo indiretto, gli elementi estrinseci al fatto e di carattere squisitamente soggettivo, assumono un ruolo pressoché dominante [23].

Ritornando alla fattispecie criminosa in esame, la condotta è a forma libera e il delitto può essere perpetrato con qualsiasi mezzo idoneo.

È l'evento-malattia a caratterizzare la fattispecie. Con particolare riguardo all'evento una parte della dottrina [24], prendendo alla lettera *l'art. 582 c. p.*, ritiene che due siano gli eventi naturalistici del reato: una *«lesione, come conseguenza della condotta, da un lato, una malattia (fisica o psichica), come conseguenza della lesione, dall'altro. Senonché la dottrina e la giurisprudenza dominanti sostengono la teoria c.d. della unicità dell'evento, per cui la malattia non è altro che una specificazione del contenuto dell'evento lesivo»*.

Le definizioni, che la dottrina da della malattia come evento del delitto *de quo*, sono in genere, spesso dichiaratamente, non coincidenti con quella scientifica: da qui la necessità di una elaborazione che porta a riconsiderare il concetto medico di «alterazione delle funzioni organiche», aggiungendo al dato biologico un elemento quantitativo, spesso sotto forma di *«una apprezzabile menomazione delle funzioni stesse e dell'equilibrio dell'organismo»* [25].

Secondo la giurisprudenza prevalente « *è malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, anche se circoscritta o localizzata, che importi un processo di reintegrazione sia pure dì breve durata, così da pregiudicare, sia pure lievemente, l'integrità fisica personale»* [26].

Quanto alla durata, essa ricomprende le «manifestazioni terminali evolutive, anteriori al perfetto riequilibrio della salute e della capacità», quali la consolidazione del callo osseo o la presenza della crosta ematica [27]; in presenza di simili postumi, non ha rilevanza che il leso abbia ripreso le proprie occupazioni [28]; anche i periodi di convalescenza o di riposo dipendenti dalla malattia sono in essa ricompresi [29].

Premesso che queste considerazioni sono riferibili al reato-base (*art. 582 c. p.*), che si articola in lesioni personali lievissime (da cui derivi una malattia guaribile entro 20 giorni), lesioni personali lievi (da cui derivi una malattia con una durata tra i 21 e i 40 giorni), è altresì prevista *all'art. 583 c. p.* una forma aggravata, le lesioni gravi e gravissime, per la cui descrizione si rinvia al 1°e 2° comma c. p.

Malgrado la rubrica *dell'art. 583 c. p.* una parte della dottrina non condivide l'opinione in ordine alla natura circostanziale delle lesioni gravi e gravissime, ritenendole figure

autonome di reato [30], ma la maggior parte della dottrina [31] e la giurisprudenza quasi unanime, ritengono che si tratti di circostanze, in quanto le ipotesi previste *all'art. 583 c. p.* *«non implicano una modificazione dell'essenza del reato di lesioni personali, ma costituiscono soltanto delle particolarità e più particolarmente dei risultati che si aggiungono ad esso, determinandone una maggiore gravità»* [32].

Tale impostazione rileva sotto diversi profili: nella consumazione del reato (circostanziato), che si perfeziona nel momento della malattia e non col verificarsi di uno dei risultati indicati nell'art. 583, l° e 2° comma, c. p.; nella verifica del dolo, per la cui sussistenza è sufficiente la coscienza e volontà dell'evento-malattia e, pertanto, il dolo non deve investire gli ulteriori eventi di cui *all'art. 583 c. p.* ; questi ultimi sono peraltro soggetti al giudizio di comparazione (prevalenza o equivalenza) di cui *all'art. 69 c. p.* , con l'ulteriore effetto, nel caso di equivalenza, di ritenere il reato, non solo ai fini della determinazione della pena, ma anche ai fini della prescrizione, come reato di lesioni semplici.

A proposito delle circostanze aggravanti in genere, e in particolare di quelle in parola, vale la pena annotare che, secondo il nuovo sistema di valutazione, introdotto dall' *art. 1 L. 7 febbraio 1990, n. 19*, che ha modificato il disposto *dell'art. 59 c. p.* , le circostanze aggravanti dovranno essere valutate a carico dell'agente «soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa» (2° comma).

La modifica in altri termini ha depennato il passato principio di irrilevanza dell'atteggiamento soggettivo del reo, nel senso che ha sostituito al criterio della valutazione oggettiva delle aggravanti quello della attribuzione all'agente sulla base dell'effettiva conoscenza di esso o della ignoranza addebitabile quanto meno a colpa [33].

Un breve cenno ora sulla procedibilità: per la lesione personale lievissima è richiesta la querela, a condizione che non concorra una delle circostanze previste negli *art. 583 e 585 c. p.* ad eccezione di quella indicata nel n. 1 e nell'ultima parte *dell'art. 577 c. p.* (lesioni contro l'ascendente o il discendente e se il fatto è commesso contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, il figlio adottivo o contro l'affine in linea retta).

Tutte le altre lesioni sono invece procedibili d'ufficio.

Qualora poi le lesioni discendessero da reati diversi dai maltrattamenti, come ad es. violenza privata, minacce ecc ai danni dei soggetti *mobbizzati*, sarebbe configurabile la fattispecie, prevista dall'art. 586 c p., ipotizzabile quando le lesioni siano*«conseguenza non voluta dal colpevole»* e *«derivino da un fatto preveduto come delitto doloso»*, diverso da quelli contro l'incolumità individuale.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza *l'art. 586 c. p.* è un'applicazione specifica di *«aberratio delicti» ex* art. 83 c. p. rispetto al quale si limiterebbe ad aumentare le pene per il reato diverso da quello voluto, in considerazione della particolare importanza del bene giuridico offeso. Si discute in dottrina [34] sulla natura di tale responsabilità: dolo eventuale, colpa o responsabilità oggettiva?

La soluzione non è di poca rilevanza, atteso che la responsabilità oggettiva non abbisogna di indagini di ordine psicologico in relazione all'evento non voluto.

La giurisprudenza prevalente ritiene però che trattasi di responsabilità a titolo di colpa conformemente alla lettera (*art. 83 c. p.*) e al sistema del codice, cosicché la punibilità {*ex* art. 590 c. p.) è subordinata alla querela della persona offesa [35].

Per completare il quadro sotto il profilo delle lesioni, ancora responsabilità per colpa — condizionata da esercizio di querela — è ravvisabile, ove la malattia risultasse non voluta, anche indirettamente — quindi al di là della forma volitiva del dolo eventuale — non fosse stata causata da delitto doloso e fosse stata causata dal *mobber (ex art. 43 c. p.*) per inosservanza di leggi (ad es. art. 2083), regolamenti, ordini e discipline (colpa specifica) o per imprudenza o negligenza (colpa generica).

Sull'accertamento della colpa vi sono opinioni diverse sia in dottrina che in giurisprudenza.

La migliore guida, secondo dottrina autorevole [36], è fornita dal criterio tradizionale della «prevedibilità» e della «evitabilità» dell'evento: tale criterio funge da discrimine del caso fortuito che è previsto *dall'art. 45 c. p.* La prevedibilità è invece estranea alla formula del codice di cui *all'art. 43 c. p.* secondo talune sentenze della giurisprudenza [37], che sono contraddette da altre, maggiormente accreditate, le quali affermano l'indispensabilità della prevedibilità — da accertarsi in concreto — limitatamente alla colpa generica [38].

È pacifico che tale criterio non svolge alcuna funzione sulla colpa derivante da inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline. Intanto alcuni Autori ritengono che tale forma di colpa non debba essere provata in concreto, ravvisano una sorta di*«colpa presunta»* [39], interpretano la formula del codice in senso lato, e sostengono che qualsiasi violazione di legge, quindi anche la violazione dolosa della legge penale, dia luogo a responsabilità per colpa rispetto agli eventi non voluti che ne siano derivati. Altra parte della dottrina [40], in linea con la giurisprudenza [41], osserva invece, che *«non tutte le leggi possono essere fonte di responsabilità colposa»*, ma solo quelle che pongono precauzioni poste per prevenire eventi pregiudizievoli per i terzi, pertanto la responsabilità deve essere limitata a questi eventi: da qui l'esigenza di un *«rapporto di causalità fra l'inosservanza della norma e l'evento»*. In altri termini, l'evento verificatosi deve identificarsi nel tipo di evento, che la norma intende prevenire: in tal caso non vale invocare la mancanza del requisito della «prevedibilità», perché questa è insita nello stesso atto violato.

A completamento della analisi delle condotte colpose, che possano ricollegarsi al *mobbing*, la conclusione è che non sono immaginabili, al di là dei casi sopra accennati, altre ipotesi di responsabilità a titolo di colpa *(ex art. 43 c. p.*), dal momento che la maggior parte delle fattispecie finora esaminate, e di quelle di cui si dirà più avanti, è contras segnata da dolo intenzionale (diretto) o da dolo eventuale (indiretto). Quest'ultimo è un atteggiamento psichico, che sta ai margini della colpa cosciente — cioè di quella forma più grave di colpa (*art. 61, n. 3, c. p.*) della colpa incosciente. La dottrina dominante [42] e la prevalente giurisprudenza [43], al fine di evitare errori di

valutazioni, sono concordi nel ritenere che l'elemento differenziale fra dolo eventuale e colpa con previsione si basa sul *«criterio dell'accettazione del rischio»:* risponde infatti a titolo di dolo l'agente che, pur non volendo direttamente l'evento, *«accetta il rischio che esso si verifichi»* come risultato della sua condotta,*«comportandosi anche a costo di determinarlo»;* risponde invece a titolo di colpa aggravata l'agente, che pur rappresentandosi l'evento come possibile risultato della sua condotta, *«agisce nella ragionevole speranza che esso non si verifichi»*.
Nella pratica è possibile individuare il discrimine tra le due forme di elemento soggettivo attraverso l'analisi approfondita della condotta dell'agente (ad es. *mohber)*, nel contesto delle circostanze del caso concreto [44]. Al riguardo si può osservare come si potrebbe ben delineare la prima fattispecie, quella del dolo eventuale, allorquando, pur manifestando inequivocabilmente il lavoratore *mobbizzato* di soffrire una malattia psichica, l'agente (ad esempio un superiore gerarchico o l'azienda stessa) prosegue nell'azione vessatoria.
Per la possibilità di concorso del reato di violenza privata (*art. 610 c. p.*) — altro reato procedibile d'ufficio — si è pronunciata recentemente — come si diceva — la Corte di cassazione, con una sentenza [45] che assume importanza, in quanto dà ingresso al *mobbing* nel diritto penale in una fattispecie di lavoro.
Nella specie è stato ravvisato il reato *de quo* qualora l'agente (datore di lavoro o suo collaboratore) abbia voluto, non solo sottoporre il soggetto passivo (lavoratore) a sofferenze fisiche o morali, ma abbia voluto anche costringerlo a fare, tollerare (dolo specifico) od omettere qualche cosa [46].
Tale concorso — si fa notare — trova ragione nella diversa obiettività giuridica, sottesa a ciascuna delle due norme (artt. 610-572 c. p.): col reato di violenza privata si intende tutelare l'integrità psichica dell'individuo; con quello di maltrattamenti la dignità della persona e tutto il suo patrimonio morale. Va da sé che la costrizione per assumere rilevanza penale deve essere ingiusta, cioè non autorizzata da alcuna norma giuridica [47].
In tema di concorso di reati vale la pena di ricordare che, se gli episodi criminosi, come ad esempio maltrattamenti e violenza privata, risultassero ispirati da un medesimo disegno criminoso (unicità di progetto criminoso), potrebbero essere unificati sotto il vincolo della continuazione *ex* art. 81 cpv. c. p. In tal caso sarebbero sottoposti a un trattamento sanzionatorio più mite, ovvero fino al triplo della pena che si dovrebbe infliggere per il reato più grave, piuttosto che dar luogo al cumulo delle pene relative a ciascuna delle fattispecie in concorso (art. 74 c. p.). Ciò sul presupposto che l'espressione di fatti, originati da un unico progetto criminoso, lascia presumere una minore pericolosità nel reo [48]. Va da sé che, trattandosi di aspetti, che, se non neutralizzano, certamente ridimensionano la pretesa accusatoria, l'onere della prova incombe all'imputato.
Nessun problema a configurare il tentativo nella violenza privata (*artt. 56, 610 c. p.*) — essendo un reato di danno a carattere commissivo [49] — qualora la coartazione (elemento richiesto per la consumazione del reato) non si sia verificata, ma per cause

indipendenti dalla volontà del soggetto attivo: in questo caso la pena è diminuita da 1/3 a 2/3.
Il termine della prescrizione decorre dal giorno della consumazione del reato (*art. 158 c. p.*), ovvero dal giorno in cui è cessato l'ultimo atto dei maltrattamenti o, se si tratta di violenza privata, dal giorno in cui s'è verificato il costringimento della persona offesa (ad es. con le sue dimissioni ecc). Procedendo nell'esame delle possibili azioni del mobber, si consideri che un mezzo di forte tutela per la persona del lavoratore sottoposto in particolare a molestie sessuali da parte del datore di lavoro o dal superiore gerarchico è offerto dall'art. 609 *bis* c. p. [50]: infatti a seguito della riforma della *L. 15 febbraio 1996, n. 66* il reato di violenza sessuale è stato posto tra i delitti contro la persona e non più contro la moralità pubblica; sono state unificate le fattispecie di violenza carnale ed atti di libidine violenti (abrogati quindi gli *artt. 519 e 521 c. p.*); *«gli atti sessuali»*, posti in essere *«con violenza o minaccia oppure mediante abuso di autorità»* sono ora sanzionati con pena inasprita (reclusione da 5 a 10 anni).
La nozione di atti sessuali, pur nella sua apparente indeterminatezza e genericità — se n'è già occupata la Corte costituzionale a seguito delle eccezioni d'illegittimità sollevate per difetto di tipizzazione dell'illecito penale [51] — comprende non solo le fattispecie indicate negli *artt. 519 e 521 c. p.* ora abrogati (violenza carnale ed atti di libidine), ma anche quelle condotte, con le quali si eccita il desiderio sessuale, anche se rimaste allo stato di tentativo. Da qui il dibattito sulle «molestie sessuali».
La portata concettuale di molestie sessuali differisce a seconda del campo giuridico, al quale ci si riferisce. Per molestie sessuali secondo la dottrina del lavoro si intendono, oltre che i veri e propri tentativi di molestia e gli atti di libidine violenta, anche i corteggiamenti indesiderati e le cosiddette proposte indecenti, quale la richiesta di prestazioni sessuali in cambio di corrispettivi in denaro o promesse di carriera [52].
Più in generale, il codice di condotta, allegato alla Raccomandazione della Commissione Europea del 27 novembre 1991, n. 131, definisce come molestia sessuale *«ogni comportamento indesiderato a connotazione sessuale o qualsiasi altro tipo di comportamento basato sul sesso, che offende la dignità degli uomini o delle donne nel mondo del lavoro»*. Le molestie sessuali, nel caso più frequente di condotta illecita posta in essere a danno della lavoratrice, risultano lesive del principio della parità di trattamento dei sessi.
Si tratta — è stato d'altro lato ritenuto dalla giurisprudenza di merito civile — di comportamenti *«ostativi ad una giusta integrazione delle donne nel mondo del lavoro... Tali condotte, apparentemente innocue possono assumere carattere di grosso disvalore, quando configurano atti di discriminazione in danno di un genere — quello femminile — tuttora più svantaggiato soprattutto nelle relazioni di lavoro»* [53].
Per quanto riguarda il diritto penale, è sanzionato, come si diceva, all'art. 609 *bis* c. p. (*'«atto sessuale»*, senza riferimenti espliciti alla molestia sessuale. Sotto tale fumosa espressione rientrano sicuramente la condotta di congiunzione carnale tentata — a parte ovviamente quella consumata — e tutte quelle manifestazioni, prima integranti gli *«atti di libidine»*, cioè gli atti di lascivia con cui il soggetto attivo eccita e sfoga la

sua concupiscenza su quello passivo, offendendone la libertà personale (ad es. il bacio, la carezza). Ma queste tipologie di condotte non esauriscono di certo l'ambito dell'atto sessuale, tanto che a far opera di chiarezza è intervenuta la Corte di cassazione comprendendovi *«ogni comportamento che, nell'ambito di un rapporto fisico interpersonale, sia manifestazione dell'intento di dare soddisfacimento all'istinto, collegato con i caratteri anatomico-genitali dell'individuo»*, precisando che la condotta deve consistere, quanto meno, in *«toccamenti di quelle parti del corpo altrui, suscettibili d'essere — nella normalità dei casi — oggetto di prodromi, diretti al conseguimento della piena eccitazione o dell'orgasmo»* [54].

La responsabilità penale — a parere dì chi scrive — ha dunque una portata minore rispetto alla responsabilità civile.

L'art. 609 *bis*, 1° comma, del nuovo testo legislativo, pur essendo ispirato da propositi riformatori, ripropone il modello normativo tradizionale [55], salvo la novità costituita dalla costrizione mediante abuso di autorità. Assegna infatti alla vittima l'onere di far constare «attivamente» il proprio rifiuto, piuttosto che limitare la punibilità (e l'integrazione del reato), agli atti sessuali compiuti contro la volontà della persona. Sotto questo profilo l'ipotesi di violenza sessuale, introdotta dalla riforma, ha disatteso le ormai consolidate istanze emerse nella vita applicativa del corrispondente abrogato art. 519, 1° comma, c. p., atteso che, *«venuta meno l'idea che l'offesa possa annidarsi nel fatto stesso del rapporto sessuale, dovrebbe essere correlativamente scomparso l'onere di resistere imposto alla donna»*, poiché nella prospettiva di tutela della libertà *«l'unico onere, razionalmente esigibile dalla vittima, è che essa esprima il proprio dissenso, non anche che affronti il rischio di un'opposizione attiva»* [56].

Ma v'è di più: la fattispecie contemplata nell'art. 609 *bis* c. p. rimane ancorata, sulla base di quanto disposto dal 1° comma alla costrizione mediante violenza e minaccia, basandosi quindi su presupposti richiesti dalla normativa previgente: il legislatore ha preferito ignorare le numerose istanze, tese a sostituire la violenza e minaccia — quali requisiti necessari per dimostrare l'illiceità dell'atto sessuale — con il dissenso e l'assenza di consenso, senz'altro più allineati al principio del rispetto della persona [57].

Riepilogando, s'impongono talune annotazioni:

- per l'integrazione dell'elemento materiale del reato si richiede che la vittima sia stata costretta a compiere, o a subire, atti sessuali mediante violenza, minaccia o abuso di autorità: se non si sia verificata la coartazione della stessa, il reato non è consumato ma potrebbe rimanere allo stato di tentativo;
- l'interrogativo se l'autorità, di cui si faccia abuso, sia solo quella di natura pubblica, sembra debba essere risolto in senso lato, comprendendovi anche l'autorità privata, propria di chi sia titolare di un potere direttivo e disciplinare, che la legge attribuisce al datore di lavoro nei confronti del lavoratore dipendente [58];
- è sufficiente il dolo generico, cioè la coscienza e volontà dell'atto tipico (costringimento): non si pongono quindi particolari problemi interpretativi o applicativi;

- è prevista una circostanza aggravante (art. 609 *ter* c. p.), che fissa la pena da 6 a 12 anni di reclusione, se i fatti di cui all'art. 609 *bis* c. p. sono commessi (tra l'altro) nei confronti di un minore degli anni 14 (la tutela dei minori è la linea di fondo della nuova legge);
- la procedibilità è in linea di principio affidata alla libera determinazione della persona offesa, questa ha 6 mesi di tempo (quindi non più 3 mesi!), per valutare l'opportunità di proporre querela, che è irrevocabile una volta presentata; la procedibilità è tuttavia d'ufficio in casi tassativamente indicati (art. 609 *septies* c. p.) — tra i quali si pone in evidenza il caso in cui il fatto è connesso con altro delitto, per il quale si deve procedere d'ufficio (ad es. maltrattamenti, violenza privata ecc.): sono casi in cui è chiaramente prevalente l'interesse pubblico alla repressione;
- la prescrizione è 15 anni sia per la forma semplice, che per quella aggravata, decorrente dal giorno della consumazione del reato (*artt. 157-158 c. p.).*

Ancora a tutela del lavoratore *mobbizzato* si delineano altre ipotesi minori.

Reato di minaccia (*art. 612 c. p.*), procedibile a querela, punito con la multa fino a lire 100.000; ma se la minaccia è grave — ipotesi aggravata — si procede d'ufficio e la pena edittale è della reclusione fino ad 1 anno: nell'una e nell'altra ipotesi si prescrive in 5 anni.

Quanto all'elemento oggettivo, consiste nel prospettare al soggetto passivo un male futuro e ingiusto, contro la sua persona o contro il suo patrimonio, male « *ileuiverificarsidipende dalla volontà dell'agente»* [59]: è sufficiente che l'agente ponga in essere la condotta minatoria con la cosciente volontà di porla in essere (dolo generico). È orientamento costante in dottrina che la forma della minaccia è irrilevante: essa può essere esplicita, implicita, diretta, indiretta, reale, simbolica. Altrettanto è a dire del mezzo, che può consistere in gesti, parole, scritti ed anche in un mero atteggiamento [60].

Altre figure di illecito penale ipotizzabili sono i reati di ingiuria (*art. 594 c. p.*) e diffamazione (*art. 595 c. p.*), entrambi a tutela dell'onore, inteso come sentimento del proprio valore sociale (nel primo) e reputazione, inquadrata come stima di cui l'individuo gode presso i consociati (nel secondo), procedibili entrambi a querela, sottoposti alla prescrizione di anni 5.

Si realizzano con una manifestazione avente valore offensivo secondo l'opinione della generalità degli uomini nell'ambiente in cui il fatto si svolge (elemento oggettivo).

La presenza dell'offeso al momento dell'uso dell'espressione offensiva costituisce la caratteristica del reato di ingiuria, che lo differenzia dalla diffamazione, reato contraddistinto dall'assenza dell'offeso e caratterizzato da una particolare modalità, dal fatto che l'offesa deve essere divulgata *«comunicando con più persone»* [61]. L'assenza rende il reato di diffamazione più grave rispetto all'ingiuria, *«per la maggiore quantità ed estensione del danno e per la viltà e la particolare pericolosità del colpevole»*[62]: l'ingiuria è punita con la reclusione fino a 6 mesi o con la multa fino a 1 milione; la diffamazione con la reclusione fino ad 1 anno o con la multa fino a 2 milioni.

La determinatezza del fatto disonorante, attribuito alla vittima, costituisce circostanza aggravante dell'uno e dell'altro reato.

Quanto all'elemento soggettivo, non si esige un dolo specifico: basti che il soggetto attivo abbia voluto l'azione criminosa (ingiuria o diffamazione) e si sia reso conto del discredito che egli cagionava col suo operato (dolo generico).

Non si richiede pertanto 1 '*«animus diffamandi»*, inteso come fine di ledere l'altrui reputazione [(63)]. Sono irrilevanti i moventi o i fini [(64)].

Va infine considerato, nell'ambito del *mobbing* operato all'interno di strutture pubbliche (ad esempio, ospedali, università, uffici comunali) [(65)], il reato di abuso di ufficio (art. 323 c. p.): esso è configurabile nei rapporti di diritto pubblico, tenuto conto che la norma richiede nel soggetto attivo la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio. Trattasi infatti di reato contro la P. A., quindi procedibile d'ufficio.

È pubblico ufficiale (*art. 357 c. p.*) chi, in forza di legge o regolamento o di fatto, esercita una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria, formando o concorrendo a formare, con la sua volontà, la volontà dello Stato o di altro ente pubblico oppure esercita, indipendentemente da formali investiture, poteri autoritativi, deliberanti o certificativi, disgiuntamente, e non cumulativamente, considerati [(66)].

È incaricato di un pubblico servizio (*art. 358 c. p.*) colui che, pur agendo nell'ambito di un'attività disciplinata nella forme della pubblica funzione, manca dei poteri tipici di questa, purché non svolga semplici mansioni di ordine, né presti opera meramente materiale. Il pubblico servizio è dunque un'attività di carattere intellettivo, caratterizzata, quanto al contenuto, dalla mancanza dei poteri autoritativi e certificativi propri della pubblica funzione [(67)].

Limitando la trattazione al 1° comma *dell'art. 323 c. p.* (come novellato dalla *legge n. 86 del 1990*) — ovvero al caso in cui l'abuso sia diretto al fine di procurare a sé od altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto — ciò per stare al tema che ci occupa — l'abuso ricorre (elemento materiale) non soltanto quando il soggetto si attribuisce poteri o facoltà non devolutigli dall'ordinamento, ma anche quando quei poteri o quelle facoltà, pur rientrando nella sua competenza funzionale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, siano, in concreto, esercitate per il conseguimento di finalità del tutto illecita e con modalità arbitraria e fraudolenta [(68)].

Da qui l'ingiustizia del vantaggio o del danno, quale elemento costitutivo della fattispecie.

Esemplificando rientrano in tale ipotesi quei casi in cui il superiore gerarchico di un dipendente in un rapporto pubblico dia luogo senza giustificazione, secondo una pratica vessatoria ricorrente, ad assegnazione di compiti dequalificanti o umilianti, a demansionamento, abuso di controlli fiscali, applicazioni disciplinari pretestuose, ecc.

Ad integrare il reato si richiede che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio si prospetti, con il compimento dell'atto, il fine di recare ad altri un danno o

di procurare a sé o ad altri un vantaggio (dolo specifico).Considerato che la pena edittale è della reclusione fino a 2 anni, la prescrizione è di anni 5.

La questione della rilevanza penale del mobbing come «legal framework».

Tirando le fila del discorso, l'ampio quadro normativo, offerto dalla legge penale vigente, dimostra come molte delle singole condotte, inquadrabili nella cornice del *mobbing*, possano assumere rilevanza penale in risposta alla aspettative, di protezione, delle vittime.

Un'azione per la declaratoria di responsabilità penale non può però prescindere dall'illiceità delle singole condotte, considerate unitariamente: ad una diversa soluzione fa da sbarramento il principio di *tipicità*, che unitamente alla antigiuridicità e alla colpevolezza concorre alla formazione della struttura del reato secondo la nota concezione tripartita [(69)], principio che richiede la corrispondenza del fatto umano allo schema legale.

Sotto questo aspetto, la differente connotazione rispetto alla responsabilità civile è di palmare evidenza, avendo prima posto che la giurisprudenza di merito [(70)], nel dare riconoscimento al *mobbing*, utilizza tale figura come cornice giuridica che raggruppa una serie di comportamenti non necessariamente illeciti in sé e per sé considerati, ma che assumono tale connotazione nel momento in cui si riconducono ad una logica di sopraffazione della vittima.

Una valutazione di illiceità penale differita — si osserva — o legata alla finalità unitaria delle singole condotte, sarebbe in contrasto col principio costituzionale di legalità e tassatività della fattispecie — *«nessunopuò essere punito, se non inforza di una legge»* (art. 25, 2° comma, Cost.) — pienamente realizzato con l'integrazione *«nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite»* (*art. 1 c. p.).*

Tale principio — caratterizzato invero da una genesi squisitamente politica (la sua matrice risale alla dottrina del *«contratto sociale»)* — si giustifica col pensiero illuministico, di eliminare gli arbitrii e i soprusi dello Stato assoluto e assolve una indefettibile funzione di garanzia, rivolta ad indicare ai cittadini i fatti, che essi devono astenersi dal compiere, per non incorrere nella sanzione penale (esigenza di certezza).

A ben comprendere la ragione dei differenti presupposti sui quali si fonda la responsabilità penale rispetto a quella civile, è appena il caso di far notare la differente natura delle sanzioni, che vengono poste in gioco nei due settori: nel campo penale, sanzioni per lo più restrittive della libertà personale, nel campo civile invece, sanzioni di natura segnatamente patrimoniale, distinte per l'attribuzione di una o più somme di danaro alla vittima.

Né, d'altra parte, per un ingresso nel diritto penale di figure, quale *«legalframework»*, sarebbe possibile mutuare istituti dello stesso ordinamento penale, perché tale costruzione si porrebbe ugualmente in contrasto col principio di legalità o tipicità della fattispecie penale.

Non sarebbe infatti possibile a titolo esemplificativo ricorrere alla «analogia», mezzo d'integrazione delle norme legali — applicabile per i fatti che non rientrano in nessuna

delle ipotesi astratte formulate dal legislatore, ma che sono regolamentati con la disciplina dei casi simili — nella considerazione che l'art. 14 sulla legge in generale esclude il procedimento analogico in due casi, uno dei quali è costituito appunto dalle leggi penali. Ma, a parte l'esplicita previsione di legge, l'esclusione si ricava in via implicita *dall'art. 1 c. p.* sopra citato [71].

Senza dire che, pur ammettendo in adesione alla dottrina dominante [72] il carattere non assoluto del divieto di analogia nel diritto penale, l'interpretazione analogica sarebbe possibile per le norme favorevoli al reo (analogia in *«honam partem»)*, ma non per le norme sfavorevoli, quali sono quelle di carattere criminoso (analogia in *«malam partem»)*.

Come non sarebbe possibile mutuare l'istituto del delitto continuato {*ex* art. 81, cpv., c. p.), perché rappresenta una particolare figura di concorso materiale di reati — come tali costituenti fatti di per sé tipizzati — e che solo ai fini sanzionatori sono considerati secondo una *«fictio iuris»* reato unico, qualora siano emanazione di *«un medesimo disegno criminoso»*.

Depone del resto in tal senso la stessa dizione lessicale dell'art. 81, cpv., c. p., che — recitando *«chi... commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge»* — lascia agevolmente desumere che i singoli fatti debbano essere di per sé corrispondenti ad uno schema legale, contrassegnati quindi da autonoma antigiuridicità e, solo in quanto espressione di un *«medesimo disegno criminoso»*, possono essere sottoposti alla pena *«che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo»*, sottratti pertanto al cumulo materiale delle pene.

Le stesse considerazioni valgano per l'istituto del concorso formale (art. 81, 1° comma, c. p.), che si configura qualora *«con una sola azione od omissione»* siano violate *«diverse disposizioni di legge»* oppure commesse *«più violazioni della medesima disposizione di legge»*.

Azione unica si, ma intesa non in senso prettamente naturalistico, avendo riguardo alla sola contiguità spazio-temporale, di atti rilevanti per il diritto penale [73], bensì in senso normativo come azione tipica, quindi penalmente rilevante [74] secondo l'opinione dominante.

Ed infine, anche a voler considerare il principio *«non impedire un evento, che si ha l'obbligo di... equivale a cagionarlo»* — *ex art. 40 c. p.* — applicato dalla Corte di cassazione, come subito si dirà, per ritenere la corresponsabilità del datore di lavoro nelle condotte di *mobbing* ad opera dei collaboratori/superiori gerarchici — esso comporta una *«correlazione causale»* tra una condotta omissiva (imputabile al datore di lavoro) e un evento *«tipico»* (riconducibile alle vessazioni del collaboratore), che è sinonimo di antigiuridicità.

Ciò vale quanto dire che la situazione tipica di fronte alla quale il datore di lavoro è chiamato a fare da garante per proteggere determinati beni nell'ambiente di lavoro, in tanto rende punibile il medesimo per i fatti dei suoi collaboratori, ove sia rimasto inattivo, in quanto gli stessi fatti siano di per sé illeciti e rientrino in uno schema normativo.

In conclusione, stando così le cose, per una migliore tutela penale delle vittime di *mobbing*, non resta che auspicare che, sul solco delle sentenze già emesse dalle Corti, intervenga una più incisiva e mirata elaborazione giurisprudenziale anche in ambito penale.

Sotto quest'ultimo profilo, in buona parte sulla stessa scia della giurisprudenza civile, pare essersi mossa la Cassazione penale[75] che ha ritenuto, a conferma di sentenza della Corte d'appello di Milano [76], la sussistenza dei reati di maltrattamenti e violenza privata ai danni di lavoratori dipendenti, sottoposti nella ricerca del massimo profitto ad atti di vessazione fisica (schiaffi, calci e pugni) e morale (minacce di troncare il rapporto di lavoro), da parte di un capogruppo, responsabile di zona per le vendite di prodotti per la casa, ridotti in uno stato di sottomissione e umiliazione e costretti a sopportare ritmi di lavoro forsennati.

La decisione si lascia apprezzare per un duplice ordine di motivi. Sia perché proviene dal massimo organo di legittimità, sia per la rilevanza penale che viene data alle pratiche, che connotano il *mobbing* — pratiche di vessazione fisica e/o morale nei confronti del dipendente — da parte del superiore, nell'ambiente di lavoro, ma soprattutto perché la tutela penale, che prima era limitata, per condotte del genere, alla configurazione del reato di violenza privata — sempre che vi fosse stato il costringimento della vittima — diventa ora più rafforzata ed efficace, in riferimento al delitto di maltrattamenti. Delitto che è stato ravvisato anche in ambito di lavoro — al di là quindi dell'ambito della famiglia — sul presupposto che il rapporto intersoggettivo, che si instaura tra il datore di lavoro e il lavoratore subordinato, è caratterizzato dal potere direttivo e disciplinare del primo nei confronti del secondo, ponendo quest'ultimo nella condizione (specificatamente prevista *dall'art. 572 c. p.*) di *«persona sottoposta alla sua autorità»* in un ambito di *«assidua comunanza di vita»*.

Malgrado il titolo del reato — si fa notare — sia *«maltrattamenti in famiglia»*, la punibilità della condotta tipica rileva anche al di fuori dell'ambito familiare, secondo l'interpretazione imposta dall'inciso letterale del 1° comma *dell'art. 572 c. p. «persona sottoposta all'autorità dell'agente»* quale soggetto passivo, vittima delle vessazioni.

Per l'integrazione della fattispecie materiale, si richiede, in altri termini, un «rapporto di autorità», che deve derivare da un rapporto lecito, giuridicamente rilevante e che comprende anche i rapporti di prestazione d'opera, che diano luogo ad una relazione continua [77].

Secondo la decisione della Suprema Corte, il reato di maltrattamenti concorre materialmente con quello di violenza privata [78], allorché le violenze e le minacce siano adoperate, oltre che con la coscienza e volontà di sottoporre la vittima del *«mobbing»* a sofferenze fisiche e morali in modo continuativo e abituale, anche con l'intento di costringerla ad attuare un comportamento, che altrimenti non avrebbe volontariamente posto in essere e che nel caso di specie è stato individuato in un maggiore impegno lavorativo, preteso oltre il tollerabile dal superiore gerarchico, capogruppo responsabile del settore-vendite.

La possibilità di poter configurare anche l'ipotesi di maltrattamenti — e non limitare la responsabilità alla violenza privata — assume importanza: *a)* nel campo sostanziale, sotto il profilo sanzionatorio, tenuto conto che la pena edittale — reclusione da 1 a 5 anni (per la forma semplice) — può salire e oscillare da 4 a 8 anni e da 12 a 20 anni, se dal fatto derivi rispettivamente una lesione grave o gravissima (art. 572, 2° comma, c. p.); *b)* ai fini della prescrizione, che è di 10 anni (a differenza della violenza privata che è di 5 anni) per giungere a 15 anni per l'ipotesi di maltrattamenti aggravata dalle lesioni gravissime (*art. 157 c. p.*);*c)* sotto il profilo procedurale, nel senso che, trattandosi di reato perseguibile d'ufficio, la procedibilità non è sottoposta al breve termine, che condiziona l'esercizio di querela (*art. 124 c. p.).*

Altro aspetto decisamente interessante della decisione in questione è costituito dalla estensione della responsabilità penale al titolare della ditta (datore di lavoro), dichiarato colpevole del reato di violenza privata ancora per la condotta vessatoria e intimidatoria del suo collaboratore, nel rilievo che egli, quale imprenditore, era tenuto, in virtù *dell'art. 2087 c. c. «ad adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»*, di talché, *«omettendo di porre fine a detta condotta, il medesimo se ne rese corresponsabile»*, in quanto consapevole dei metodi vessatori usati dal capogruppo nell'interesse della sua azienda. Ciò in applicazione del principio generale sul rapporto di causalità, stabilito *dall'art. 40 c. p.*secondo cui *«non impedire un evento che si ha l'obbligo giurìdico di impedire equivale a cagionarlo»*.

Tale principio — si osserva — potrebbe comportare a stretto rigore di logica giuridica un'ulteriore dilatazione della responsabilità del datore di lavoro, fino ad estenderla alle eventuali lesioni personali subite dal dipendente (per lo più malattia psichica) e discendenti dalla stessa condotta.

La sentenza della Suprema Corte rileva infine nel punto in cui esclude che si possa degradare il reato di maltrattamenti in abuso di mezzi di correzione o di disciplina (ipotesi meno grave, punita con la reclusione fino a 6 mesi), qualora il datore di lavoro, o il superiore gerarchico, abbia inteso correggere per fini disciplinari il comportamento dei dipendenti.

A conferma di analoghe soluzioni giurisprudenziali [(79)], la sentenza in commento — di fronte al problema, peraltro già sollevato in dottrina, della rilevanza dell *'animus corrigendi*, nella ricerca dei criteri per differenziare l'una ipotesi dall'altra — stabilisce che «l'abuso punito *dall'art. 571 c. p.* ha per presupposto logico necessario l'esistenza di un uso lecito dei poteri di correzione e disciplina, quindi non si verifica quando l'uso è effettuato con mezzi non ammessi dall'ordinamento.

Come dire che in tanto si può parlare di abuso, in quanto esista un mezzo lecito; come, d'altra parte, in tanto si può parlare di abuso del diritto in quanto il diritto esista.

Ma, quando (come nel caso di specie) il mezzo è costituito da violenza morale o fisica ai danni del prestatore d'opera, costretto a sopportare ritmi di lavoro altrimenti intollerabili, non può configurarsi l'ipotesi *ex art. 571 c. p.* — non tanto perché — come incisivamente ha stabilito la Cassazione — la condotta è ispirata da evidente scopo di lucro personale, piuttosto che da finalità correttive o disciplinari — quanto perché «lo

Statuto dei lavoratori ha bandito ogni ricorso alla violenza da parte del datore di lavoro nei confronti del lavoratore subordinato». In altri termini, l'uso della violenza non è consentito come lecito mezzo di correzione o di disciplina [80] : se il mezzo non è consentito, è contrario allo scopo disciplinare, non può pertanto essere abusato e non rientra nella previsione *dell'art. 571 c. p.* [81] .

In estrema sintesi, ai fini della demarcazione tra le due figure in parola, pur non potendosi prescindere da una considerazione globale degli elementi costitutivi delle due fattispecie, l'indagine di tipo oggettivo, legata appunto alla qualità e all'essenza del mezzo usato, è prioritaria e il suo esito — ove si accerti l'illiceità del mezzo — rende irrilevante la presenza *dell'«animus corrigendi»* nella qualificazione del fatto, vanificando la centralità dell'elemento psicologico [82] .

Mobbing e tutela penale. Disegni e progetti di legge.

Le lacune, che si registrano sotto il profilo della tutela penale delle vittime di *mobbing*, hanno condotto alcuni Parlamentari della scorsa legislatura e di quella attuale ad occuparsi del tema. In particolare, sono stati presentati al Parlamento tra il 1999 e il 2002 taluni progetti e disegni di legge: nella scorsa legislatura i disegni n. 4265 Tapparo ed altri; n. 4313 De Luca; n. 6410 Benvenuto ed altri e, quanto al diritto penale, progetto n. 1813 Cicu ed altri del 9 luglio 1996; progetto n. 6667 Fiori del 5 gennaio 2000; nell'attuale legislatura (XIV) sono stati presentati dieci disegni di legge (due al Senato e otto alla Camera) — tutti allo stato in corso di esame in commissione — ad iniziativa, tra gli altri, dei senatori Toia + 20 (n. 889), Costa (n. 870), Magnalbò (n. 422) e dei deputati Mussolini (n. 725), Prestigiacomo (n. 596), Napoli (n. 1331), Tarantino (n. 2143).

Nessuno di questi ultimi contiene però disposizioni in materia penale.

In sintesi, sono stati delineati: *a)* il campo di applicazione (ambito di lavoro in tutti i settori di attività, privati e pubblici, comprese le collaborazioni, con estensione alla vita dei partiti politici e delle associazioni); *b)* la definizione di *mobbing* e degli atti in cui esso si sostanzia (atti vessatori con carattere di continuità e con finalità persecutorie nei confronti di persona diventata scomoda, diretti a provocarne il licenziamento o indurla alle dimissioni); *c)* la possibilità di un'azione di prevenzione e di informazione del prestatore d'opera con la collaborazione delle organizzazioni sindacali aziendali; *d)* la sanzione di nullità per gli atti scriminatori e la qualificazione di *giusta causa* per le eventuali dimissioni della vittima; *e)* la previsione di azione disciplinare nei confronti dei soggetti attivi delle pratiche di *mobbing* (ma anche verso i lavoratori, nel caso di false denunce per inesistenza dei fatti lamentati); *e)* la previsione di un'azione giudiziaria, davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro, per il risarcimento dei danni, patiti dai soggetti passivi.

In buona sostanza, detti progetti di legge incidono sul rapporto di lavoro, accordando al prestatore d'opera la facoltà di assumere iniziative, con l'assistenza delle rappresentanze sindacali, rivolte alla eliminazione dell'abuso mediante un'azione amministrativa (all'interno del settore lavorativo) e/o un'azione giudiziaria, per una

tutela, più pregnante, sotto il profilo civilistico, che, però, non sembra ricevere innovazioni rispetto alle norme tuttora vigenti e prima passate in rassegna.

Limitando l'analisi ai due progetti legislativi in ambito penale, essi ipotizzano un reato contro la persona, ma non sembra che offrano uno schema idoneo o una sanzione adeguata ad una tutela soddisfacente, pur trattandosi di norme speciali, destinate agli operatori nell'ambiente di lavoro.

Il progetto Fiori, ricalca la descrizione della fattispecie oggettiva della violenza privata (*art. 610 c. p.*) — *«chiunque pone in essere atti di violenza psicologica o comunque ad essa riconducibili»*, con l'effetto di *«costringere» la* vittima *«a subire gli atti»*—, ma ne limita la tutela, in quanto la fattispecie è integra sotto il profilo soggettivo, solo se gli atti siano finalizzati a provocare un danno lesivo della dignità fisica o morale di altri — dolo specifico a differenza della violenza privata punita con dolo generico — e sotto il profilo della sanzione, che, riguardata per la forma semplice nel massimo edittale, ascende ad anni 3 di reclusione contro i 4 anni della violenza privata.

Il progetto Cicu rispetto alla fattispecie della minaccia (*art. 612 c. p.*), di cui ricalca grosso modo anche la descrizione della condotta, se da un lato inasprisce la pena (reclusione di anni 1 a 3), dall'altro restringe l'ambito di punibilità, in quanto è sanzionato il danno solo se cagionato ad altri con una *«condotta tesa ad instaurare una forma di terrore psicologico nell'ambiente di lavoro»*.

Ciò vuole dire che non sarebbe più sufficiente la minaccia, come ora richiede l'ipotesi *ex art. 612 c. p.* , ovvero la prospettazione alla vittima di un male ingiusto, ma sarebbe necessario qualcosa di più profondo ed intenso in senso «psichico», da atteggiarsi a*«terrore»* e che l'interpretazione della giurisprudenza dovrebbe fissare nei contenuti.

Come si può dunque trarre da questi brevi cenni, la ricerca di un intervento legislativo *ad hoc* per il *mobbing* in ambito penale è lungi dall'essere approdata a risultati definitivi e dovrebbe suggerire grande cautela, poiché la tipizzazione del *mobbing* a livello penale potrebbe avere anche conseguenze, non del tutto desiderate, in ambito di responsabilità civile, dove in realtà gli schemi attuali sembrano già garantire una piena e corretta tutela alle vittime di *mobbing*, sebbene anche su questo versante l'individuazione di soluzioni sia ancora in corso e vari profili debbano essere collaudati in attesa di un *package* giurisprudenziale più ampio.

Conclusioni.

La disamina, effettuata in ambito penale, dimostra, secondo le osservazioni come sopra articolate, che, malgrado manchi nel nostro ordinamento giuridico una specifica figura criminosa di *mobbing*, la persona offesa, non rimane priva di protezione, avendo la possibilità di avvalersi degli strumenti offerti dal Codice Penale, specificamente con riferimento al reato di maltrattamenti e, in secondo luogo, a tutte le altre fattispecie — lesioni personali, violenza privata, violenza sessuale, minaccia, ingiuria, diffamazione, abuso d'ufficio — che possono configurarsi, secondo quanto sopra detto, nel contesto delle pratiche vessatorie [83] .

Spetta ora alla giurisprudenza — come si è detto — rendere maggiormente mirata ed incisiva l'attuale disciplina normativa, mediante auspicabili interventi interpretativi sulle fattispecie penali esistenti, onde meglio adattarle ai casi concreti — del resto in risposta alle aspettative sociali — nell'ottica di una solida azione di contrasto, che sia davvero un efficace deterrente al *mobbing*e alla sua crescita [84].

---

[1] Sul nuovo *package* giurisprudenziale cfr. Bona, *Danno biologico da superlavoro: la nuova dimensione dell'art. 2087 c. c.* , in*Danno e Resp.*, 2001, 388 e segg.

[2] In tema di danno alla persona del lavoratore si rinvia a Tullini, *Tutela del lavoratore e danno alla persona*, in Monateri, Bona, Oliva, Peccenini, Tullini, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, I, 273 e segg.; Veneri, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*,in *Lav. e Prev. Oggi*, 1999, 1097 e segg.; Lanotte, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Torino, 1998; Renzi, *La r.c. nel rapporto di lavoro*, in *La responsabilità civile*, a cura di Cendon, Torino, 1998, VI, 1 e segg.; Poletti, *Danni alla persona negli «accidenti da lavoro e da automobile»*, Torino, 1996; AA. VV., *Danno biologico e oltre*, a cura di Pedrazzoli, Torino, 1995; Franco,*Diritto alla salute e responsabilità civile*, Milano, 1995. Nel campo specifico delle molestie sessuali da ultimo Guglielmi, *Le molestie sessuali nei luoghi di lavoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1118 e segg.; Pizzoferrato, *Molestie sessuali sul lavoro*, Padova, 2000; Iafisco, *Un'importante pronuncia della Suprema corte in tema di responsabilità del datore di lavoro colpevole di molestie sessuali*, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, 1110; Angiello, *Molestie sessuali e rapporto di lavoro: responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1996, 329.

[3] Cfr. in particolare Pedrazzoli, *Danno biologico e oltre*, Torino, 1995, 2, il quale ha rilevato che *«da alcuni anni anche nella giurisprudenza del lavoro si ripercuotono gli effetti di quello straordinario affinamento della responsabilità civile, che prende avvìo dalla "scoperta" della risarcibilità del danno alla salute o biologico. Con la rivitalizzazione dell'art. 2087 c. c. — norma a lungo collocata in una assorbente prospettiva prevenzionistica, e poi coefficiente di una tutela collettiva, a cui aveva dato frattanto impulso l'art. 9 dello statuto — si è riaffermato il fondamento di un diritto soggettivo all'integrità fisio-psichica del lavoratore operante nella correlazione negoziale».*

[4] Ingresso sancito definitivamente dalla *Corte cost., 18 luglio 1991, n. 356* , in *Foro It.*, 1991, I, 2967.

[5] Trib. Pisa, 3 ottobre 2001, G.U. Nisticò, in *Lav. Giur.*, 2002, 456, con nota di Nunin (danno esistenziale da molestie sessuali sul lavoro); Id. Pistoia, Sez. lav., 19 giugno 2001, G.U. Amato, ined. (danno esistenziale subito dal lavoratore per illegittima assegnazione di incarico ad altro soggetto); Id. Torino, Sez. lav., 18 aprile2001, n. 1618, G.U. Sanlorenzo, ined. (danno esistenziale da demansionamento professionale); Id. Forli, 15 marzo 2001, G.U. Sorgi, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1018, con nota di Ziviz (danno esistenziale da *mobbing*).

[6] *Cass., Sez. lav., 3 luglio 2001, n. 9009* , in *Lav. e Prev. Oggi*, 2001, 456, con nota di Nunin.

(7) *Cass., Sez. lav., 18 gennaio 1999, n. 434* , in cui si afferma che il giudice chiamato a valutare il comportamento delle parti del rapporto lavorativo, *«deve ... conformarsi oltre che ai principi dell'ordinamento ... anche ad una serie di standards valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia dì rapporti di lavoro la c.d. civiltà del lavoro».*

(8) Le prime sentenze in cui si è fatto ricorso all'idea del *mobbing* sono del Tribunale di Torino: Trib. Torino, Sez. lav., 16 novembre 1999 e Id., Sez. lav., 30 dicembre 1999, est. Ciocchetti, in *Danno e Resp.*, 2000, 403, con nota di Bona e Oliva.Successivamente si segnala qui Trib. Forli, 15 marzo 2001, cit.

(9) Così Hirigoyen, *Molestie morali*, Torino, 2000.

(10) Così il Manuale *anti-bullying* del MSF Union, sindacato inglese dei lavoratori.

(11) *Ex plurimis* cfr. Ege, *Il mobbing in Italia*, Bologna, 1996; A. Giglioli e R. Giglioli, *Cattivi capi, cattivi colleghi*, Milano, 2000;Ege, *Il mobbing, ovvero il terrore psicologico sul posto di lavoro*, in HiRiGOYEN, *Molestie morali - ha violenza perversa nella famìglia e nel lavoro*, Torino, 2000, 235 e segg.; Casilli, *Stop mobbing*, Roma, 2000; inoltre, sul versante della letteratura straniera in materia: Leymann, *The content and development of mobbing at work, in European journal of Work and Organizational Psychology*, 1995, 5, No. 2; Field, *Bully in sight*, Wantage (UK), 1996; Davenport, Scwartz & Elliot, *Mobbing - Emotional Abuse in the American Workplace*, Ames (USA), 1999.

(12) Sostanzialmente in questo senso cfr. Banchetti, *Il mobbing*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di Cendon, Padova, 2001, III, 2081-2083.

(13) Gli studi sin qui condotti sia da parte della sociologia e della psicologia del lavoro e sia, da ultimo, da parte degli stessi giuristi e delle Corti hanno portato ad individuare una serie di comportamenti e dinamiche ricorrenti — di norma — nelle diverse fattispecie di *mobbing*.

(14) Cfr. Bona, Monateri e Oliva, *La responsabilità civile nel mobbing*, Milano, 2002; Monateri, Bona e Oliva, *Il mobbing come «legal framework»: una categoria unitaria per le persecuzioni morali sul lavoro*, in *Riv. critica dir. privato*, 2000, 547 e segg.;Monateri, Bona e Oliva, *Mobbing - Vessazioni sul lavoro*, Milano, 2000; Bona e Oliva, *Nuovi orizzonti nella tutela della personalità dei lavoratori: prime sentenze sul mobbing e considerazioni alla luce della riforma IN AIL*, in *Danno e Resp.*, 2000, 403; Oliva,*Mobbing: quale risarcimento?*, in *Danno e Resp.*, 2000, 27 e segg.

(15) *Cass., Sez. VI, 12 marzo 2001, n. 10090* , ined.

(16) Cfr. tra le tante Cass., 12 novembre 1982, in *Giust. Pen.*, 1983, II, 431.

(17) Antolisei, *Manuale di Diritto penale*, Parte Spec, I, Milano, 1966, 365.

(18) Cass., Sez. VI, 19 dicembre 1990, n. 16661, in *C.E.D.*, rv. 186109.

(19) Cfr. Coppi, voce «Maltrattamenti», in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, 223, e segg.

(20) Cass., 4 maggio 1982, in *Cass. Pen.*, 1984, 302 e ancora Id., Sez. I, 5 febbraio 1974, in *Giust. Pen.*, 1975, II, 56.

(21) Mantovani, *Diritto Penale*, p.te gen., Padova, 1988, 371 e Antolisei, *op. cit.*, p.te gen., 1963, 293.

(22) Cass., Sez. I, 10 agosto 1987, n. 8957, in *C.E.D.*, rv. 176520.
(23) Cass., Sez. I, 7 aprile 1989, n. 4912, in *C.E.D.*, rv. 180979.
(24) Cfr. recentemente Strumia e Criniti, *Le lesioni personali nel diritto penale*, in Monateri, Bona, Oliva, Peccenini, Tullini, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, 771.
(25) Cfr. Baima Bollone e Zagrebelsky, *«Percosse e lesioni personali»*, in *Giurisprudenza Sistematica di Diritto Penale*, a cura di Bricola e Zagrebelsky, Parte Spec, II, Torino, 1984, 1051.
(26) Cass., Sez. VI, 16 marzo 1971, in *Giur. It.*, 1973, II, 242 e fra le tante ancora Id., Sez. I, 30 novembre 1976, in *Giur. Pen.*,1977, II, 577.
(27) Cfr. Cass., 20 febbraio 1973, in *Temi*, 1975, 412 con nota di Ferraro ed ancora Cass., Sez. I, 25 luglio 1973, n. 5513, in*C.E.D.*, rv. 124647.
(28) Cfr. Cass., Sez. I, 25 gennaio 1977, in *Riv. Pen.*, 1977, 812.
(29) Cfr. Cass., Sez. IV, 6 ottobre 1979, in *Riv. Pen.*, 1980, 182.
(30) Cfr. Antolisei, *op. cit.*, Parte Spec, 71.
(31) Cfr. Manzini, *Trattato di Diritto Penale*, VIII, Torino, 1985, 234.
(32) Cfr. Cass., Sez. V, 17 giugno 1986, n. 5696, in *C.E.D.*, rv. 173150 e Id., Sez. VI, 8 marzo 1977, in *Cass. Pen.*, 1978, 330.
(33) Cass., Sez. VI, 13 febbraio 1995, n. 1485, in *C.E.D.*, rv. 201038.
(34) Cfr. Pannain, voce «Omicidio», in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 872 e cfr. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., Parte gen., Milano, 1963,318.
(35) Cfr. Cass., n. 87/177311 e Id., 9 novembre 1988, in *Cass. Pen.*, 1990, 1487.
(36) Così Antolisei, *op. cit.*, Parte gen., 278; Mantovani, *op. cit.*, 331; Fiandaca Musco, *Diritto Penale*, Parte gen., Bologna, 1989, 397.
(37) Tra le tante: Cass., Sez. IV, 6 novembre 1990, n. 14434, in *C.E.D.*, rv. 185674 e Id., 20 gennaio 1986, in *Cass. Pen.*, 1987, 1547.
(38) Cass., Sez. IV, 25 ottobre 1990, n. 14188, in *C.E.D.*, rv. 185559 e Id., Sez. IV, 12 gennaio 1988, n. 105, in *C.E.D.*, rv. 177366.
(39) Vedi tra gli altri Leone, *Il reato aberrante*, Napoli, 1940, 150; Bettiol, *Diritto Penale*, Parte gen., Padova, 1973, 377.
(40) Antolisei, *op. cit.*, Parte gen., 279; Mantovani, *op. cit.*, 332.
(41) Cass., 24 giugno 1974, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1977, 397, con nota critica di Dassano; ancora Id., Sez. IV, 2 febbraio 1990, n. 1501, in *C.E.D.*, rv. 183204 e Id., 29 aprile 1977, in *Mass. Cass. Pen.*, 1978, 56.
(42) Cfr. Fiandaca-Musco, *Diritto Venale*, Parte gen., Bologna, 1989, 272 e Antolisei, *op. cit.*, Parte gen., 282.
(43) Cass., Sez. I, 7 aprile 1989, n. 4912, in *C.E.D.*, rv. 180978 e Id., Sez. I, 27 gennaio 1996, n. 832, *ivi*, rv. 203484.
(44) Per soluzioni in tal senso cfr. Cass., Sez. I, 20 maggio 1991, n. 5527, in CED., rv. 187590.
(45) Cfr. *Cass., Sez. VI, del 12 marzo 2001, n. 10090* , ined.
(46) Cfr. ancora Cass., Sez. VI, 3 novembre 1990, n. 14413, in *C.E.D.*, rv. 185647.

(47) Cass. pen., Sez. V, 9 febbraio 1984, in *C.E.D.*, rv. 162866.
(48) Ovviamente tale presunzione contrasta non poco con la realtà che contraddistingue il *mobbing*. Infatti, la riconduzione di più condotte entro una strategia rivolta contro il lavoratore è sicuramente indice di una maggiore gravità della condotta dell'agente nel suo complesso. Questo profilo ci pare dimostrare come in realtà la tutela penale presenti delle lacune nelle ipotesi di*mobbing*. Lacune che tuttavia non sembrano risolvibili in via puramente ermeneutica.
(49) Cfr. Cass., Sez. V, 15 marzo 1974, n. 376, in *C.E.D.*, rv. 128053.
(50) Il *mobbing*, nel caso in cui le vittime siano delle lavoratrici, è spesso la reazione del molestatore al rifiuto da parte della donna di accondiscendere a corteggiamenti e proposte più o meno esplicite di relazioni sessuali. In altri termini, la catena che contraddistingue il *mobbing* trova al suo primo anello la resistenza della lavoratrice alle pressioni sessuali del suo molestatore. Le vessazioni che ne seguono talvolta trovano altri episodi di molestie o violenze sessuali, in un crescendo di aggressioni.
(51) In dottrina qualche Autore (cfr. Musacchio, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, in *Giust. Pen.*, 1966, 118) ritiene che la norma sia inficiabile d'illegittimità costituzionale per difetto dei requisiti di tassatività e determinatezza della fattispecie penale. Ma la Corte cost. con sent. n. 191 del 1970 ha stabilito che la formula normativa *«non può essere ritenuta generica e indeterminata, poiché molte volte l'organo di giustizia costituzionale ha riconosciuto la legittimità del riferimento a condotte, la cui illiceità è condizionata dall'evoluzione del costume sociale o da nozioni scientifiche ed i cui contenuti sono determinati dall'interpretazione giurisprudenziale»* (*sic* in Cass., Sez. III, 27 aprile 1998, in *Giust. Pen.*, 1998, 1748). Sulla nozione di atto sessuale cfr. tra gli altri in dottrina Ambrosini, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, 1997, 11 ed ancora Campisi, *Note sulle modifiche in tema di violenza sessuale*, in *Riv. Pen.*, 1996, 681.
(52) Cfr. Veneri, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Lav. e Prev. Oggi*, 1999, VI, 1117.
(53) Pret. Milano, 12 gennaio 1995, in *Foro It.*, 1995, I, 1985.
(54) Cass., Sez. III, 11 novembre 1966, Rotella, in *Cass. Pen.*, 1997, 1194.
(55) In tal senso anche Mavilla, in *Giust. Pen.*, 1998, II, 213.
(56) *Sic* Padovani, *Commentario delle «Norme contro la violenza sessuale - L 15/02/96 n. 66»*, Trento, 1996, 9.
(57) Cfr. Progetto di legge n. 93/93 (all'art. 3) che — prevedendo una pena per chiunque compisse atti sessuali su taluno ovvero lo inducesse a compiere atti sessuali, contro o senza il suo consenso — è stato orientato in tale direzione.
(58) Cfr. ancora *Cass., Sez. VI, 12 marzo 2001, n. 10090* sentenza inedita in commento.
(59) Cfr. Manzini, *Trattato di Diritto Penale*, cit., III, 807.
(60) Cfr. ancora Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 1327 e Dassano, voce «Minaccia», in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 335.
(61) Cfr. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 166.
(62) Così la Relazione del Guardasigilli al Re, n. 198.

(63) Cfr. Antolisei, *Manuale di Diritto penale*, Parte Spec, cit., 148; in senso contrario Florian, *Ingiuria e diffamazione*, 1939, 177 e segg.
(64) Cass., Sez. V, 17 agosto 1990, n. 11492, in *C.E.D.*, rv. 185119.
(65) Come si è osservato in altra sede (Bona, *Infortuni e «mobbing» nel pubblico impiego: questioni preliminari nell'azione risarcitoria*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2001, 713 e segg.) il fenomeno del *mobbing* sembra avere avuto tra i suoi molteplici riflessi quello di avviare la progressiva emersione di pratiche vessatorie attuate in ambienti di lavoro lasciati per lungo tempo in balia di gerarchle ben radicate e consuetudini spesso infauste per i dipendenti, quali appunto gli enti pubblici.
(66) Cfr. Cass., Sez. un., 11 luglio 1992, n. 7958, in *C.E.D.*, rv. 191171.
(67) Cass., Sez. un., 11 luglio 1992, n. 7958, in *C.E.D.*, rv. 191172.
(68) Cfr. Cass., Sez. V, 12 aprile 1991, n. 4002, in *C.E.D.*, rv. 186792.
(69) Cfr. per tutti Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, ora in *Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 5 e segg.
(70) Trib. Torino, 16 novembre 1999, Giud. Ciocchetti-Erriquez -Ergom e Id. Torino, 30 dicembre 1999, Giud. Ciocchetti-Stomeo-Ziliani, in *Danno e Resp.*, 2000, 403, con nota di Bona e Oliva.
(71) Cfr. Boscarelli, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955 e cfr. Vassalli, voce «Analogia nel diritto penale», in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 607.
(72) M. Gallo, *Legge penale*, *Appunti delle lezioni*, 1967, Torino, 22.
(73) Leone, *Del reato abituale e permanente*, Napoli, 1933, 45.
(74) Zagrebelsky, *Reato continuato*, in *Giur. Sist. di Dir. Pen.* a cura di Bricola e Zagrebelsky, Torino, 1984, II, 776.
(75) *Cass., Sez. VI, 12 marzo 2001, n. 10090* , ined.
(76) Corte App. Milano, 1° febbraio 1999.
(77) Cfr. Coppi, voce «Maltrattamenti», cit.
(78) Cfr. in tal senso anche Cass. pen., Sez. VI, 30 aprile 1999, in *Cass. Pen.*, 2000,1276.
(79) Cfr. Cass., Sez. I, 29 giugno 1977, in *Giust. Pen.*, 1978, II, 102 ed ancora Id., Sez. I, 21 ottobre 1977, n. 13404.
(80) Cfr. Zagrebelsky, in *Giur. Sistem. Dir. Pen.*, Torino, Parte spec, II, 100.
(81) Colacci, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, 1963, 66 ed ancora Pettoello Mantovani, *Maltrattamenti in famiglia e dolo specifico*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1955, 564.
(82) Cfr. in tal senso Trib. Torino, 7 settembre 1982, G.I. Cuva, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1984, 1150, con nota di Fracchia e in *Comm. breve al cod. proc. pen.*, Padova, 1992, 1237.
(83) In un recente convegno, tenutosi all'Università di Torino il 26 settembre 2001, su «i danni psicosociali creati sul posto di lavoro», Raffaele Guariniello, Procuratore aggiunto della Repubblica di Torino, ha reso noto che il 2000/2001 è stato il biennio delle prime indagini sul *mobbing*; ha prospettato, in considerazione del costante aumento delle denunce da parte dei lavoratori, che «nell'ambiente di lavoro si profila un nuovo pericolo», ha (anch'egli) rilevato che «in mancanza di una figura *ad hoc* di

reato, vengono in soccorso le figure previste dal nostro Codice penale del 1930, che — basta saperlo leggere — è pieno di risorse nascoste», riferendosi esplicitamente al reato di *maltrattamenti* — ha ricordato opportunamente la sentenza di *Cass., Sez. VI, 12 marzo 2001, n. 10090* — e ai reati di contorno, che si accompagnano solitamente al *mobbing* e che egli ha appunto individuato nella *violenza privata*, nella *violenza sessuale*, nelle *ingiurie*, nelle *minacce* e (finanche) *nell'estorsione* (v. *La Repubblica* e *La Stampa* del 27 settembre 2001).

(84) Nel corso della la Conferenza Nazionale, nel 2000, sulla «salute mentale», l'allora Ministro della Sanità, Luigi Veronesi, forni alcuni dati ufficiali: il *mobbing* è risultato al 2° posto tra i fattori di rischio per malattia mentale, avendo colpito 2 milioni di vittime, 4 milioni di familiari, anch'essi interessati indirettamente in questa grave patologia sociale.

IL REATO DI ATTI PERSECUTORI – ART. 612 BIS C.P.

Giurisprudenza

Cass. pen. Sez. V Sent., 22/06/2010, n. 34015 (rv. 248412)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Atti persecutori - Elemento oggettivo

Il delitto di cui all'art. 612 bis, cod. pen. (atti persecutori, cosiddetto "stalking") - è un reato a fattispecie alternative, ciascuna delle quali è idonea ad integrarlo. (Annulla con rinvio, Trib. lib. Napoli, 26 novembre 2009)

FONTI
CED Cassazione, 2010

Cass. pen. Sez. VI Sent., 19/05/2016, n. 30704 (rv. 267942)
MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA

REATI CONTRO LA FAMIGLIA - Delitti contro l'assistenza familiare - Maltrattamenti in famiglia - In genere - Rapporti con il delitto di atti persecutori (cosiddetto "stalking") - Forma aggravata del reato di cui all'art. 612 bis, comma secondo, cod. pen. - Concorso apparente di norme - Possibilità - Limiti - Indicazione - Fattispecie di concorso tra i due reati

In tema di rapporti fra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori (art. 612-bis, cod. pen.), salvo il rispetto della clausola di sussidiarietà prevista dall'art. 612-bis, comma primo, cod. pen. - che rende applicabile il più grave reato di maltrattamenti quando la condotta valga ad integrare gli elementi tipici della relativa fattispecie - è invece configurabile l'ipotesi aggravata del reato di atti persecutori (prevista dall'art. 612-bis, comma secondo, cod. pen.) in presenza di comportamenti che, sorti nell'ambito di una comunità familiare (o a questa assimilata),

ovvero determinati dalla sua esistenza e sviluppo, esulino dalla fattispecie dei maltrattamenti per la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare ed affettivo o comunque della sua attualità temporale. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva configurato il concorso tra i due reati, sul presupposto della diversità dei beni giuridici tutelati, ritenendo integrato quello di maltrattamenti in famiglia fino alla data di interruzione del rapporto di convivenza e poi, dalla cessazione di tale rapporto, quello di atti persecutori). (Rigetta, App. Potenza, 29/05/2015)

FONTI

CED Cassazione, 2016

Cass. pen. Sez. VI Sent., 24/11/2011, n. 24575 (rv. 252906)
MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA

REATI CONTRO LA FAMIGLIA - Delitti contro l'assistenza familiare - Maltrattamenti in famiglia - In genere - Rapporti con il delitto di atti persecutori (cosiddetto "stalking") - Forma aggravata del reato di cui all'art. 612 bis, comma secondo, cod. pen. - Concorso apparente di norme - Possibilità - Limiti - Indicazione - Fattispecie

In tema di rapporti fra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori (art. 612-bis, cod. pen.), salvo il rispetto della clausola di sussidiarietà prevista dall'art. 612-bis, comma primo, cod. pen. - che rende applicabile il più grave reato di maltrattamenti quando la condotta valga ad integrare gli elementi tipici della relativa fattispecie - è invece configurabile l'ipotesi aggravata del reato di atti persecutori (prevista dall'art. 612-bis, comma secondo, cod. pen.) in presenza di comportamenti che, sorti nell'ambito di una comunità familiare (o a questa assimilata), ovvero determinati dalla sua esistenza e sviluppo, esulino dalla fattispecie dei maltrattamenti per la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare ed affettivo o comunque della sua attualità temporale. (In motivazione, la S.C. ha precisato che ciò può valere, in particolare, in caso di divorzio o di relazione affettiva definitivamente cessata con la persona offesa, ravvisandosi il reato di maltrattamenti in caso di condotta posta in essere in presenza di una separazione legale o di fatto). (Dichiara inammissibile, App. Roma, 30/11/2010)

FONTI

CED Cassazione, 2012
Foro It., 2013, 2, 2, 93

Cass. pen. Sez. V Sent., 22/01/2018, n. 10111 (rv. 272594)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Atti persecutori - Cambiamento delle abitudini di vita - Criteri di individuazione e di valutazione - Fattispecie

In tema di atti persecutori, ai fini dell'individuazione del cambiamento delle abitudini di vita, che costituisce uno dei tre possibili eventi alternativi comtemplati dalla fattispecie criminosa di cui all'art. 612 bis cod. pen., occorre considerare il significato e le conseguenze emotive della costrizione sulle abitudini di vita cui la vittima sente di essere costretta e non la valutazione, puramente quantitativa, delle variazioni apportate. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato la sentenza impugnata che aveva escluso rilevanza penale ai cambiamenti di vita imposti alla vittima, costretta, prima di uscire, ad ispezionare preventivamente dallo spioncino lo spazio comune condominiale antistante l'abitazione per evitare incontri con l'imputata e a controllare la cassetta delle lettere per proteggere il figlio minore dagli scritti osceni ivi inseriti, sempre dall'imputata. (Annulla con rinvio, App. Brescia, 25/01/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2018

ass. pen. Sez. V Sent., 03/02/2017, n. 39758 (rv. 270901)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Atti persecutori - Procedibilità d'ufficio - Connessione ai sensi del comma 4 dell'art. 612-bis cod. pen. - Nozione

Il delitto di atti persecutori è procedibile d'ufficio se ricorre l'ipotesi di connessione prevista dal comma 4 dell'art. 612-bis cod. pen., da intendersi nel senso di necessaria interferenza fattuale ed investigativa tra il reato procedibile d'ufficio e quello di "stalking". (Rigetta, App. Roma, 03/12/2015)

FONTI

CED Cassazione, 2017

DELITTI COMMESSI CON VIOLENZA ALLA PERSONA E ATTI PERSECUTORI: UN PROBLEMA PROCESSUALE PRIVO DI RIFLESSI SOSTANZIALI

di Annamaria Peccioli(*)

Cass. pen. Sez. Unite, 29 gennaio 2016, n. 10959

Cass. pen. Sez. VI, 09 febbraio 2016, n. 6864

La sentenza delle Sezioni Unite, richiamando le definizioni internazionali e comunitarie, ricostruisce, ai fini processuali, in termini lati la categoria dei delitti

commessi con violenza alla persona, in cui può ritenersi ricompreso anche il delitto di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.), che prevede come penalmente rilevanti formalmente le sole minacce (e molestie). Tale dilatazione non può riflettersi sulla struttura dello *stalking* portando a ritenere che la violenza fisica sia un elemento costitutivo implicito della fattispecie.

Sommario: Premessa - Il percorso argomentativo dell'ordinanza di rimessione - Le motivazioni delle Sezioni Unite: la violenza di genere quale categoria omnicomprensiva di ogni forma di violenza - I possibili risvolti sostanziali della supposta riconducibilità dello *stalking* alla categoria dei "delitti commessi con violenza alla persona"

Premessa

La Cassazione a Sezioni unite con la pronuncia in commento è stata chiamata a risolvere un dubbio interpretativo relativo ad una questione di natura processuale, che potrebbe presentare un importante profilo di carattere sostanziale. Il D.L. 14 agosto 2014, n. 93, conv. nella L. 15 ottobre 2013, n. 199 (la c.d. legge sul femminicidio), aspirando a rafforzare la tutela (sia sostanziale sia processuale) delle vittime della violenza di genere, ha inserito nell'art. 408 c.p.p. un comma 3 *bis*, che prevede che per i delitti commessi con violenza alla persona l'avviso della richiesta di archiviazione debba essere in ogni caso notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa, indipendentemente dalla richiesta che nella generalità dei casi deve essere fatta contestualmente o successivamente alla presentazione della notizia di reato. In sede di prima applicazione si è posto il problema di individuare con sufficiente precisione le singole ipotesi criminose riconducibili alla categoria dei delitti commessi con violenza alla persona; questione che assume rilievo in relazione al delitto di *stalking*, che, come è noto, non prevede tra gli elementi costitutivi della condotta la componente violenta[(1)].

Il percorso argomentativo dell'ordinanza di rimessione

Il quesito posto alle Sezioni unite era stato formulato dall'ordinanza di rimessione[(2)] in termini molto ampi: si richiedeva se l'espressione "violenza alla persona" fosse in grado di ricomprendere le sole condotte di violenza fisica o anche quelle di minaccia ai fini dell'applicabilità dell'art. 408, comma 3 *bis*, c.p.p. Ad un'attenta analisi non può sfuggire come la supposta riconducibilità della minaccia alla nozione omnicomprensiva di violenza potrebbe assumere rilevanza anche in altre disposizioni codicistiche in cui sembra trovare pieno riconoscimento la categoria dei delitti commessi con violenza alla persona. Nel quesito sollevato dall'ordinanza di remissione si fa, infatti, riferimento al comma 3 dell'art. 649 c.p. in cui la non punibilità (e la procedibilità a querela) non viene prevista se i delitti contro il patrimonio, anche se in un contesto familiare, sono realizzati con violenza alla persona.

L'ordinanza di rimessione nel porre al vaglio delle Sezioni Unite il quesito relativo all'interpretazione della categoria dei delitti commessi con violenza alla persona ha richiamato diverse argomentazioni di carattere logico e sistematico.

In primis a favore della riconducibilità del delitto di atti persecutori alla suddetta categoria militerebbe il riferimento alla disciplina dell'avviso della conclusione delle indagini preliminari all'indagato (art. 415 *bis* c.p.p.). Tale disposizione, infatti, diversamente dall'art. 408 c.p.p., contiene un espresso riferimento al delitto di atti persecutori. Non ritenere riconducibile lo *stalking* alla categoria dei reati commessi con violenza contro la persona sarebbe indice di incoerenza sistematica della disciplina processuale: l'esclusione dell'obbligatorietà della notifica dell'avviso del deposito della richiesta di archiviazione presenta la stessa *ratio* giustificatrice dell'avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari.

Ulteriore argomento sistematico addotto a sostegno della riconducibilità della violenza morale alla c.d. violenza di genere è rappresentato dal richiamo all'art. 393 c.p.: norma che, nonostante la rubrica faccia unicamente riferimento al c.d. esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alla persona, incrimina alternativamente condotte commesse con violenza o con minaccia.

Le motivazioni delle Sezioni Unite: la violenza di genere quale categoria omnicomprensiva di ogni forma di violenza

Le Sezioni unite, richiamando il principio di interpretazione conforme, affermano che la locuzione 'violenza alla persona' debba essere intesa alla luce del concetto di violenza di genere, quale risulta dalle relative disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto comunitario.

La nozione sviluppata in ambito internazionale e comunitario è, certamente, più ampia di quella prevista nel codice penale italiano ed è comprensiva non solo delle aggressioni fisiche ma anche di quelle morali o psicologiche.

A titolo meramente esemplificativo si ricorda che l'art. 3 della Convenzione del Consiglio di Europa sulla prevenzione e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e della violenza domestica (Instanbul 11 maggio 2011) definisce in modo ampio la violenza quale forma di violazione dei diritti umani e di discriminazione, comprendente atti di violenza fondati sul genere che provocano, o che sono in grado di provocare, danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica o la privazione della libertà.

Sempre secondo la sentenza in commento definizioni generali di violenza si ritrovano, ancora, nel *considerando* 17 della Dir. 2012/29/UE (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezioni delle vittime di reato) che ricostruisce la nozione di *violenza di genere* quale violenza diretta verso una persona o che colpisce in maniera sproporzionato le persone di un particolare genere. Violenza da cui può derivare un danno fisico, sessuale, psicologico o emotivo. La definizione europea limita la configurabilità delle condotte violente a quelle realizzate in occasione di reati di particolare gravità (indici di discriminazione e di violazione di libertà fondamentali) quali la violenza sessuale, la tratta degli esseri umani, la schiavitù e, con una clausola generale, le "diverse forme di pratiche dannose".

Ulteriori richiami alla categoria della violenza di genere vengono rinvenuti nella Dir. 2011/36/UE (relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta degli esseri

umani) che individua specificatamente le ipotesi criminose da ricondurre nella categoria delle *violenze gravi alla persona:* tortura, uso forzato di droghe, stupro e altre forme di violenza, sessuale, fisica e psicologica.

Infine viene richiamata la Dir. 2011/99/UE (che istituisce l'ordine di protezione europeo) che nei considerando 9 e 11 individua quali potenziali destinatari delle misure di protezione le vittime dei reati che pregiudicano la vita, l'integrità fisica o psichica, la libertà personale, la sicurezza o l'integrità sessuale del soggetto e della c.d. violenza di genere (realizzabile con violenze, fisiche e sessuali, molestie, atti di persecuzione e forme indirette di coercizione).

Le Sezioni Unite concludono l'ampio *excursus*, evidenziando che, nel contesto europeo, la nozione di violenza è da intendersi in termini più estesi di quelli positivamente disciplinati dal nostro codice penale e sicuramente comprensiva di ogni forma di violenza di genere, sia essa attuata con violenza fisica o solo morale. Pertanto l'espressione "delitti commessi con violenza alla persona" comprende anche i reati di atti persecutori e di maltrattamenti in famiglia.

La definizione degli elementi caratterizzanti la violenza di genere (e la violenza domestica) non era, però, estranea al nostro ordinamento già prima dell'intervento delle Sezioni Unite del 2016. Il D.Lgs. n. 24/2014 (con cui si è data attuazione alla Dir. 2011/36/UE e si è proceduto a modificare gli elementi costitutivi dei reati di riduzione in schiavitù e di tratta) ha offerto la prima definizione italiana espressa di vittime vulnerabili, identificate dall'art. 1, comma 1 (principi generali) nei "minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere". Nella categoria di violenza psicologica, cosi come indicata nella norma del 2014, potrebbe essere ricompresa anche l'ipotesi della mera minaccia.

La categoria della violenza di genere a cui ricondurre l'ampia definizione, offerta dalla pronuncia in commento, dei delitti commessi con violenza alla persona) sembrerebbe riemergere[3] nell'art. 90 *quater* c.p.p., introdotto dal recente D.Lgs. n. 251/2015 (che recepisce la Dir. 2012/29/Ue sulla tutela della vittima del reato). Agli effetti delle disposizioni processuali la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. La norma processuale afferma che per la valutazione della condizione si tiene conto 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.

I possibili risvolti sostanziali della supposta riconducibilità dello *stalking* alla categoria dei "delitti commessi con violenza alla persona"

La ricostruzione del contenuto della classe dei delitti commessi con violenza (da intendersi come categoria comprensiva sia della violenza fisica sia di quella morale),

ad opera della pronuncia in commento, viene attuata, come detto, attraverso il richiamo al principio di interpretazione conforme, da sempre impiegato per valutare elementi non sufficientemente determinati di fattispecie sostanziali e processuali del nostro ordinamento. Prassi interpretativa[4] che sottostà al rispetto di due rigorosi limiti: quello logico del tenore letterale della norma e del divieto di effetti *in malam partem*.

Nell'ottica della sentenza delle Sezioni unite la riconducibilità del delitto di *stalking* (art. 612 *bis* c.p.) risponde alla lodevole e condivisibile esigenza di rafforzare la tutela *processuale* della vittima dei reati riconnessi alla violenza di genere.

La ricostruzione, effettuata dalla sentenza in commento, della violenza come categoria di genere in grado di ricomprendere le forme di aggressione sia fisiche sia psichiche (es. minaccia nel delitto di *stalking*) sembra richiamare il dibattito dottrinale sviluppatesi in relazione al controversa nozione di violenza.

Già prima dell'intervento delle Sezioni Unite la nozione di violenza come categoria di genere era controversa. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritenevano che il termine violenza fosse in grado di ricomprendere non soltanto l'impiego di forza fisica sulle persone e sulle cose ma anche ogni altro mezzo (anche di natura psichica), in grado di coartare e strumentalizzare la volontà del soggetto passivo annullando o, comunque, pregiudicando la capacità di determinazione del soggetto passivo. A tale ampia e generale nozione se ne contrapponeva, però, una diversa che offriva una ricostruzione più limitata del concetto, in base al quale sarebbero state definibili come violente solo le ipotesi di aggressione fisica in grado di offendere (in termini di danno o di mera messa in pericolo) la vita, l'integrità fisica o la libertà di movimento del soggetto passivo. Solo una nozione ristretta di violenza avrebbe consentito di ricostruire una nozione unitaria di violenza sia per le ipotesi in cui viene in considerazione come mezzo di coartazione della volontà del soggetto passivo (c.d. violenza mezzo) sia come fine dell'azione del soggetto attivo (come nei delitti di percosse, di lesioni)[5].

A seguito dell'ampliamento della definizione processuale dei delitti commessi con violenza alla persona potrebbe porsi il problema in ordine alle possibili ricadute sugli elementi costitutivi della fattispecie sostanziale, in quanto qualcuno potrebbe sostenere che, ad oggi, la violenza fisica sia elemento costitutivo implicito dell'art. 612 *bis* c.p. Questa interpretazione farebbe sorgere un problema di razionalità sistematica e non piena conformità con il principio di legalità.

Inoltre non sarebbe pienamente in linea con le scelte di politica criminale che nel 2009 ha indotto il nostro legislatore ad introdurre il delitto di *stalking*. Come è noto la fattispecie è stata introdotta con la finalità di rafforzare il trattamento sanzionatorio di condotte vessatorie (tali da pregiudicare la tranquillità della vita personale che, in precedenza, parevano sostanzialmente prive di rilevanza penale e, dunque, non sussumibili all'interno di alcuna fattispecie delittuosa o di fattispecie per così dire minori, come per esempio la minaccia o la molestia alle persone) in un'ottica di prevenzione rispetto alla verificazione di eventi più gravi. La *ratio* di anticipazione

della tutela penale, che caratterizza il reato di *stalking*, ispira, altresì, la particolare misura di prevenzione dell'ammonimento e dell'applicazione delle misure cautelari con particolare riguardo al divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa *ex* art. 282 *ter* c.p.p. Alle condotte di minaccia o di molestia devono seguire tre diversi ed alternativi eventi descritti dalla norma come un perdurante e grave stato di ansia o di paura, un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva e la costrizione dello stesso ad alterare le proprie abitudini di vita[6].

In tale ottica di tutela è giustificata e voluta la mancata previsione della condotta della violenza (fisica) tra gli elementi costitutivi. Nel delitto di atti persecutori le uniche ipotesi di condotte penalmente rilevanti sono rappresentate dalla minaccia e dalla molestia

Per minaccia, riprendendo la giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 610 c.p. , si deve intendere la prospettazione di un male futuro ed ingiusto, la cui verificazione dipende dalla volontà del soggetto attivo.

La minaccia nell'ambito del delitto di atti persecutori può essere realizzata attraverso i mezzi più diversi: espressioni verbali pronunciate in presenza della vittima designata o anche rivolte a prossimi congiunti o a soggetti legati ad essa da un rapporto affettivo in grado di riferirle (nel caso di specie la modalità di più frequente di realizzazione è la via telefonica), l'invio di lettere, di sms e di pacchi dal contenuto non equivocabile (si va dalla minaccia di morte a quella riguardante la realizzazione di comportamenti lesivi dell'incolumità personale. Non si rinviene traccia di riferimento a forme a componente violenta: in tal caso si configurerà, un concorso nel caso di lesioni con procedibilità d'ufficio (in tali ipotesi non potrà trovare applicazione la clausola di sussidiarietà che presuppone l'identità della condotta tra i reati in concorso formale). Sarà, infatti, configurabile un concorso con il delitto di violenza privata. Infatti quest'ultima costituisce un'ipotesi speciale per la cui configurazione non è sufficiente che nella vittima sia stato procurato uno stato di ansia e di timore per l'incolumità, bensì rileva come elemento specializzante la finalità di costrizione a fare, tollerare od omettere qualcosa, impedendo la libera determinazione della persona offesa con una condotta immediatamente produttiva di una situazione idonea ad incidere sulla sua libertà psichica[7]Non è certamente la pronuncia in commento, che amplia la tutela processuale della vittima die delitti a base violenta, a giustificare un futuro *revirement* della giurisprudenza relativa ai rapporti tra il delitto di *stalking e* di violenza privata.

In conclusione la corretta riconducibilità della minaccia all'ampio concetto di violenza di genere non giustifica l'inclusione automatica della condotta di violenza fisica all'interno del delitto di *stalking*.: ritenere la violenza fisica elemento costitutivo implicito non consentirebbe di differenziare il trattamento sanzionatorio di condotte profondamente diverse per intensità e per gravità. Rilievo che ad oggi, può recuperarsi, come detto, solo attraverso il concorso con i delitti di lesioni o di violenza privata. Come correttamente è stato suggerito[8] sarebbe stato preferibile (ed ad oggi

auspicabile) prevedere sotto forma di circostanza aggravante (eventualmente anche blindata a cui accordare un particolare privilegio nel giudizio di bilanciamento) una differenziazione del trattamento sanzionatorio per ipotesi di persecuzione a contenuto anche violento (di natura fisica).
Sarebbe illogico e, altresì, paradossale ritenere che la ricostruzione lata delle Sezioni unite della categoria dei delitti commessi con violenza alla persona possa avere dei risvolti di ordine sostanziale: infatti nella prospetttiva processuale l'ampia nozione garantisce un potenziamento delle prerogative e dei diritti della vittima mentre nella prospettiva sostanziale condurrebbe ad un discutibile assorbimento delle condotte a base violenta in una fattispecie di minor gravità.
La nozione lata di violenza, così come ricostruita dalle Sezioni unite in commento, in grado di ricomprendere ogni forma di minaccia, non sembra poter incidere sugli elementi costitutivi di ulteriori ipotesi criminose; la non perfetta coincidenza tra minaccia e violenza fisica emerge anche da una disamina di alcune fattispecie in cui la condotta è descritta in termini alternativi (minaccia o violenza come, a titolo esemplificativo, nei delitti di violenza sessuale, di rapina e di estorsione).
È stato evidenziato[9] che la ricostruzione della categoria dei delitti commessi con violenza alla persona come ipotesi generale potrebbe, forse, consentire di comporre il contrasto interpretativo in relazione al comma 3 dell'art. 649 c.p. in cui la non punibilità (e la procedibilità a querela) non viene prevista se i delitti contro il patrimonio, anche se in un contesto familiare, sono realizzati con violenza alla persona, che secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza non ricomprendeva i casi di mera minaccia.
Con la sentenza in esame la S.C. ha riconosciuto, al fine condivisibile di ampliamento delle garanzie processuali, l'esistenza di una categoria (non dogmatica) dei delitti a tutela delle vittime vulnerabili in cui sono enucleabili le più diverse forme di manifestazione della condotta violenta. Tale intepretazione, si inserisce appieno nella recente rivalutazione (*rectius* riscoperta[10]) della vittima, del suo ruolo e delle sue prerogative, che giustifica la strategia multidisciplinare[11] (strumenti di natura processuale, amministrativa e scelte di politica criminale volte alla penalizzazione *ex novo* o alla rimodulazione di fattispecie incriminatrici) volta al rafforzamento della tutela della vittima, che affonda le sue radici nelle fonti internazionali ed europee. Vittime vulnerabili sono i soggetti che, in virtù delle loro condizioni fisiche (età, *status* personali) e mentali, si trovano in una posizione di particolare sensibilità e di difficoltà di autodeterminarsi tale da essere posti nella difficile condizione di non avere altre alternative effettivi ed efficaci che subire l'abuso di cui sono vittime e nei cui confronti debbono essere potenziate le garanzie processuali anche in deroga alla disciplina ordinaria.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.
Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) A.M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 256 ss.; A. Valsecchi, *Delitti contro la libertà fisica e psichica dell'individuo*, in F. Viganò - C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e il patrimonio*, Torino, 2015, 257 ss.

(2) Cass., Sez. V, 20 ottobre 2015, n. 42220, ord., in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 gennaio 2016, con commento di M.C. Ubiali, *Violenza vs minaccia: i profili processuali di unna classica dicotomia al vaglio delle Sezioni Unite. In tema di archiviazione dei procedimenti per stalking*.

(3) 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 *www.penalecontemporaneo.it*, 21 giugno 2016.

(4) Prassi interpretativa già nota in relazione alla definizione degli elementi costitutivi della finalità di terrorismo prima dell'introduzione dell'art. 270 *sexies* c.p.; alla nozione di pornografia minorile, prima dell'introduzione dell'ultimo comma dell'art. 600 ter c.p.; alla definizione della situazione di necessità nei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta).

(5) F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale - I. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, *passim;* Id., *I delitti di violenza privata (artt. 610 -611)*, in G. Marinucci - E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, X, Milano, 2015, 595 ss.; Id., *sub* art. 610, in E. Dolcini - G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, III, Milano, 517 ss.

(6) La giurisprudenza (*ex plurimis* Cass. 1° febbraio 2016, in *D&G*, 2 febbraio 2016) ha qualificato il delitto come reato di evento, il cui momento consumativo è rappresentato dalla verificazione in concreto di uno dei sopraindicati eventi alternativi. Importante l'individuazione della soglia di consumazione del reato non solo per il decorso del termine di prescrizione quanto per il decorso del tempo necessario per la presentazione della querela. Da una lettura formale (A.M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 260 ss.; E. Venafro, *Commento all'art. 7 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. Con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 - misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Leg. pen.*, 2009, 482 ss.) della fattispecie si poteva sostenere che il delitto di atti persecutori fosse una fattispecie di mera condotta che si consuma nel momento in cui si realizzano le molestie o le minacce che presentano un'idoneità causale alla verificazione di uno dei tre eventi alternativi. La norma, infatti, utilizza la locuzione "in modo tale da cagionare" diversamente da altre ipotesi di delitti contro la persona (come per esempio l'omicidio) non sembra focalizzare la punibilità sulla verificazione in concreto di uno die tre eventi. Tale interpretazione consente di anticipare la soglia di consumazione del delitto: anticipazione che se, da un lato incide negativamente sulla prescrizione, dall'altro

elimina ogni problema di ordine probatorio (*Deficit* di determinatezza della fattispecie che è stato superato dall'intervento chiarificatore della Corte cost. 11 giugno 2014, n. 172, in *Giur. cost.*, 2014, 2729; Valsecchi, *La Corte costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 23 giugno 2014) in ordine alla sussistenza in concreto degli eventi ed è in linea con la scelta di politica criminale di dare rilevo autonomo a condotte prodorimiche rispetto alla verificazione di fatti di più rilevante gravità e connotati da profili di violenza in senso stretto.

(7) *Ex plurimis* Cass., Sez. V, 24 marzo 2015, n. 20968, in *D&G*, 21 maggio 2015; Cass., Sez. V, 11 novembre 2014, n. 2283, in *D&G*, 19 gennaio 2015. Sarebbe illogico ritenere assorbita un'ipotesi, quale la violenza privata, procedibile d'ufficio, assorbita nel delitto di atti persecutori, procedibile nella forma non aggravata a querela di parte.

(8) M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 260 ss.

(9) P. Pittaro, *Per le sezioni unite è violenza alla persona non solo quella fisica ma anche quella morale*, in *Il quotidiano giuridico del 31 marzo 2016*.

(10) M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo*, Napoli, 2015, *passim*.

(11) T. Armenta Deu - L. Luparia (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, *Working paper*sull'attuazione della decisione quadro 2001/220 /GAI in Italia ed in Spagna, Milano, 2011.

Corriere Giur., 2011, 11, 1515 (nota a sentenza)

Procedimento amministrativo - Atti persecutori

Persona offesa da atti persecutori (cd. stalking)

a cura di Luigi Carbone e Mario D'Adamo con la collaborazione di Daniela Dell'Oro

Cons. Stato Sez. III, 19 luglio 2011, n. 4365

D.L. 23-02-2009, n. 11, art. 8

L. 23-04-2009, n. 38

c.p. art. 612-bis

Sommario: Il caso - La decisione

Va dato avviso di avvio del procedimento per l'adozione del provvedimento di "ammonimento" richiesto dalla persona offesa da atti persecutori (cd. stalking)?

Negativa la risposta al quesito suesposto.

Il caso

Un cittadino ricorre al Tar Liguria avverso il provvedimento di ammonimento, di cui all' *art. 8 d.l. n. 11/2009*, adottato dal Questore di Savona su richiesta della moglie che aveva denunciato atti persecutori nei suoi confronti in occasione della loro separazione giudiziale e dell'affidamento della figlia. Il giudice di prime cure annulla l'atto, ritenendo violate le garanzie partecipative di cui all' *art. 7 l. n. 241/1990*, atteso

che non erano state esplicitate le particolari ragioni di urgenza che potevano giustificare il mancato rispetto del contraddittorio. Il Consiglio di Stato, invece, su appello del Ministero dell'Interno, riforma la sentenza del Tar.

La decisione

Il Collegio osserva che "il provvedimento in questione (del quale non possono disconoscersi gli effetti particolarmente lesivi, dal momento che esso comporta non solo la procedibilità d'ufficio, ma anche l'aumento di pena, per il delitto previsto dall'art. 612-*bis* c.p.) assolve ad una funzione tipicamente cautelare e preventiva, essendo preordinato a che gli "atti persecutori" posti in essere contro la persona non siano più ripetuti, e non abbiano a cagionare esiti irreparabili. Queste essendo le finalità proprie del provvedimento questorile, è del tutto palese l'esigenza che la sua adozione avvenga in tempi rapidi, in ragione della necessità di interrompere con immediatezza l'azione persecutoria. E del resto è lo stesso legislatore a configurare l'"ammonimento" come provvedimento caratterizzato da "esigenze di celerità", laddove ne ha previsto la esternazione in forma orale (art. 8, comma 2), ed ha stabilito che la richiesta della sua emissione sia trasmessa al Questore "senza ritardo" (art. 8, comma 1)".

Del resto, il destinatario di tali atti può esporre con ricorso gerarchico - rimedio ammesso su tutti gli atti del Questore - quelle deduzioni di merito che non ha avuto modo di formulare in precedenza. Peraltro nel sistema della *legge n. 241/1990* si può ritenere implicito che quando l'avviso di procedimento viene legittimamente omesso per ragioni di urgenza, la parte interessata, qualora non sia ammesso il ricorso gerarchico ovvero anche in alternativa a questo, possa presentare una motivata richiesta di riesame che l'autorità sarà tenuta a prendere in considerazione. Queste considerazioni non sono direttamente rilevanti nella fattispecie in esame, ma sono utili a far intendere che la giusta tutela delle ragioni del privato non postula necessariamente una interpretazione rigorosamente restrittiva del concetto di "urgenza" ai fini di cui si discute", tanto più che non è configurabile l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 cit. per violazione del principio di imparzialità di cui *all'art. 97 Cost.* (ove interpretato in modo da escludere la necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento) "poiché il principio di imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa a norma *dell'art. 97 Cost.* non esclude che in presenza di situazioni che reclamano un intervento immediato possa procedersi senza la "partecipazione" del soggetto destinatario dell'atto, il quale ha comunque la possibilità di tutelare la propria sfera giuridica eventualmente lesa dal provvedimento sia in via amministrativa che in via giurisdizionale".

I reati di indebita interferenza nella vita privata e rivelazione di segreti –

615 bis - 617 bis - 617 ter – 617 quater - 618 – 619 – 621 – 622 623 c.p.

Dispositivo dell'art. 615 bis Codice penale

Fonti → Codice penale → LIBRO SECONDO - Dei delitti in particolare → Titolo XII - Dei delitti contro la persona → Capo III - Dei delitti contro la libertà individuale → Sezione IV - Dei delitti contro la inviolabilità del domicilio

(1) Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente (2) notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde (3), mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo.

I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato (4).

Art. 617 bis c.p.

(1)Chiunque, fuori dei casi consentiti dalla legge [c.p.p. 266-271], installa apparati, strumenti, parti di apparati o di strumenti al fine di intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche tra altre persone è punito con la reclusione da uno a quattro anni (2).

La pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso in danno di un pubblico ufficiale nell'esercizio o a causa delle sue funzioni ovvero da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato (3).

Art. 618 c.p.

Chiunque, fuori dai casi preveduti dall'articolo 616(1), essendo venuto abusivamente a cognizione del contenuto di una corrispondenza [616] a lui non

diretta, che doveva rimanere segreta [2], senza giusta causa [3] lo rivela, in tutto o in parte, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da centotre euro a cinquecentosedici euro.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Art. 619 c.p.

L'addetto al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni, il quale, abusando di tale qualità, commette alcuno dei fatti preveduti dalla prima parte dell'articolo 616 (**prendere cognizione del contenuto di corrispondenza non diretta senza giusta causa**) , è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni [1].

Se il colpevole, senza giusta causa[2], rivela, in tutto o in parte, il contenuto della corrispondenza[616 4], è punito, qualora il fatto non costituisca un più grave reato, con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da trenta euro a cinquecentosedici euro.

Nel caso previsto dal primo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa. [3]

Art. 617 quater c.p.

Chiunque fraudolentemente intercetta comunicazioni relative a un sistema informatico o telematico o intercorrenti tra più sistemi [2], ovvero le impedisce o le interrompe [3], è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la stessa pena si applica a chiunque rivela, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, in tutto o in parte, il contenuto delle comunicazioni di cui al primo comma [4].

I delitti di cui ai commi primo e secondo sono punibili a querela della persona offesa.

Tuttavia si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso:

1) in danno di un sistema informatico o telematico utilizzato dallo Stato o da altro ente pubblico o da impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità;

2) da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, ovvero con abuso della qualità di operatore del sistema;
3) da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

Giurisprudenza

Cass. pen. Sez. V Sent., 30-05-2017, n. 34151 (rv. 270679)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Interferenza illecita nella vita privata - Riferimento ai luoghi indicati nell'art. 614 cod. pen. - Scale e pianerottoli condominiali - Natura di luogo privato - Esclusione - Ragioni

Ai fini della integrazione del reato di interferenze illecite nella vita privata (art. 615 bis cod. pen.), deve escludersi che le scale condominiali ed i relativi pianerottoli siano "luoghi di privata dimora" cui estendere la tutela penalistica alle immagini ivi riprese, trattandosi di zone che non assolvono alla funzione di consentire l'esplicazione della vita privata al riparo di sguardi indiscreti, essendo destinati all'uso di un numero indeterminato di soggetti. (Rigetta, App. Palermo, 16/03/2016)

FONTI
CED Cassazione, 2017

Cass. pen. Sez. III Sent., 30-04-2015, n. 27847 (rv. 264196)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Interferenza illecita nella vita privata - Riferimento ai luoghi indicati nell'art. 614 cod. pen. - Bagno di studio professionale - Natura di luogo privato - Sussistenza - Ragioni - Fattispecie

Ai fini della integrazione del reato di interferenze illecite nella vita privata (art. 615 bis cod. pen.), deve ritenersi luogo di privata dimora la "toilette" di uno studio professionale, trattandosi di locale il cui accesso è riservato al titolare ed ai dipendenti dello studio ed è consentito a clienti e fornitori solo in presenza di positiva volontà del personale.(Fattispecie in cui la Corte, avendo riguardo a condotta posta in essere da uno dei titolari dello studio e consistita nella captazione delle immagini delle impiegate mediante un telefono cellulare opportunamente occultato, ha precisato che la disponibilità del luogo anche da parte dell'autore della indebita interferenza non incide sulla sussistenza del reato, che mira a tutelare la riservatezza domiciliare della persona offesa). (Annulla in parte con rinvio, App. Brescia, 23/09/2014)

FONTI
CED Cassazione, 2015

Cass. pen. Sez. V Sent., 11/10/2011, n. 9235 (rv. 251999)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Interferenza illecita nella vita privata - Riferimento ai luoghi indicati nell'art. 614 cod. pen. - Significato

Il riferimento contenuto nel primo comma dell'art. 615 bis cod. pen. ai luoghi indicati nell'art. 614 dello stesso codice ha la funzione di delimitare gli ambienti nei quali l'interferenza nella altrui vita privata assume penale rilevanza, ma non anche quella di recepire il regime giuridico dettato dalla disposizione da ultima citata. (Fattispecie in cui è stato ritenuto sussistere il reato di interferenze illecite nella vita privata in relazione alla condotta dell'investigatore privato che aveva effettuato riprese di un rapporto sessuale all'interno di una abitazione privata con il consenso del suo titolare, ma all'insaputa dell'altro soggetto coinvolto nel rapporto). (Rigetta, App. Roma, 10/02/2011)

FONTI
CED Cassazione, 2012

Cass. pen. Sez. V Sent., 07/11/2017, n. 4669 (rv. 272279)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Reato di interferenze illecite nella vitaprivata ex art. 615-bis cod. pen. - Elemento materiale - Tentativo - Configurabilità - Fattispecie

L'art. 615-bis cod. pen., che punisce la condotta di chi procura immagini o notizie attinenti alla vita privata, che si svolgono in luoghi di privata dimora utilizzando mezzi di ripresa visiva o sonora, è configurabile anche nell'ipotesi tentata qualora, adoperando tali strumenti, l'imputato non sia riuscito a procurarsi immagini o notizie della vita privata altrui. (Fattispecie in cui l'imputato, introducendo nel bagno dell'ufficio riservato al personale femminile una microtelecamera, a causa di un guasto tecnico di quest'ultima, non era riuscito a riprendere alcuna delle utenti). (Annulla con rinvio, App. Reggio Calabria, 19/05/2016)

FONTI
CED Cassazione, 2018

Cass. pen. Sez. VI, 27-02-2013, n. 15003 (rv. 256235)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Interferenze illecite nella vita privata - Ascolto di conversazione telefonica -

Soggetto presente in quanto autorizzato da uno degli interlocutori - Sussistenza del reato - Esclusione - Fattispecie

Non commette il reato di cui all'art.615 bis cod. pen., né quello di cui agli articoli 617 e 623 cod. pen. colui che assiste ad una conversazione telefonica svoltasi fra altre persone, in quanto autorizzato da una delle stesse. (Fattispecie relativa alla ritenuta utilizzabilità della testimonianza resa da colui che ascolti il colloquio in modalità viva voce). (Dichiara inammissibile, App. Venezia, 28 ottobre 2011)

FONTI

CED Cassazione, 2013

Cass. pen. Sez. II Sent., 15/05/2015, n. 25363 (rv. 265044)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Reato di interferenze illecite nella vitaprivata - Ripresa fotografica di persone in luogo di privata dimora non visibile all'esterno - Integrazione del reato - Fattispecie

Integra il reato di cui all'art. 615-bis, primo comma, cod. pen., la ripresa fotografica da parte di terzi di comportamenti che si svolgono in luoghi di privata dimora solo se questi sono sottratti alla normale osservazione dall'esterno, ma non anche se i medesimi possono essere liberamente osservati dall'esterno senza ricorrere a particolari accorgimenti, in quanto la tutela della riservatezza del domicilio è limitata a ciò che si compie in tale luogo in condizioni tali da renderlo tendenzialmente non visibile ad estranei. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la motivazione della sentenza che aveva ravvisato la configurabilità del reato in questione, escludendo che le immagini captate con l'uso di un teleobiettivo e di un particolare programma al computer per ingrandire i fotogrammi senza modificarne la risoluzione, potessero considerarsi visibili dall'esterno del domicilio). (Annulla con rinvio, App. Milano, 29/10/2014)

FONTI
CED Cassazione, 2015

LAVORO SUBORDINATO - CONTROLLI A DISTANZA E *PRIVACY* DEL LAVORATORE

Enrica De Marco(*)

Cass. pen. Sez. V, 13 settembre 2017, n. 46428

L. 20-05-1970, n. 300, Art. 4

Con la sentenza che si annota la Corte di cassazione afferma che, ai fini della configurazione dei reati di interferenze illecite nella vita privata e di violazione di domicilio commessa dal pubblico ufficiale e della contravvenzione di controllo a distanza dei lavoratori, non trovano applicazione le garanzie procedurali di cui all'art. 4, L. n. 300/1970, le quali riguardano sempre l'utilizzabilità delle

apparecchiature di controllo nei rapporti interni di diritto privato tra datore di lavoro e lavoratore e mai l'attività di repressione di fatti costituenti reato.

Sommario: Premessa - Il caso - I controlli a distanza nella L. n. 300/1970 - Rilevanza penale del controllo datoriale illegittimo e consenso del lavoratore - Utilizzabilità della prova illecita - La condotta antisindacale - I nuovi limiti al controllo a distanza del lavoratore: il *Jobs act* - Conclusioni

Premessa

La sentenza che si annota offre interessanti spunti di riflessione sul tema del bilanciamento tra il potere di controllo del datore di lavoro e la tutela della *privacy* e della riservatezza del lavoratore.

Una pronuncia particolarmente importante che, nel sancire l'utilizzabilità in sede penale delle prove illecitamente acquisite dal datore di lavoro, si inserisce nel più ampio e vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale che, sin dagli anni settanta, ha accompagnato la disciplina dei controlli a distanza sui lavoratori. È infatti noto che, sin dalla sua introduzione ad opera dell'art. 4, L. n. 300/1970, la normativa sui controlli a distanza ha diviso gli studiosi tra chi interpretava la disposizione nel senso della legittimità di un controllo continuo(1), espressione del potere direttivo riconosciuto al datore di lavoro direttamente dalla legge(2), e chi(3) aderiva alla tesi secondo cui la *privacy* e la dignità del lavoratore costituiscono un bene di fondamentale importanza, la cui tutela costituzionale e legislativa ne impone il più ampio rispetto, anche e soprattutto sul luogo di lavoro(4).

Un dibattito mai sopito, che ha gradualmente corroso, a ritmo di sentenze e interpretazioni dottrinali, la disciplina dei controlli a distanza, costringendo in tempi recenti il legislatore a modificare, dopo oltre quarant'anni di vita, le regole dettate dall'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori(5).

Non è certamente questa la sede per ripercorrere il lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha negli anni accompagnato l'applicazione della disciplina dei controlli a distanza, pur essendo doveroso anticipare che la novella legislativa di cui al D.Lgs. n. 151/2015 ha restituito linfa vitale al dibattito su un tema, quello dei controlli a distanza dei lavoratori, tuttora particolarmente controverso(6).

Il caso

Con la sentenza n. 46428/2017 la Corte di cassazione ha stabilito che le garanzie procedurali previste dall'art. 4 St. lav. non trovano applicazione quando si procede all'accertamento di fatti che costituiscono reato.

La controversia sottoposta all'attenzione della Suprema Corte riguardava l'installazione di uno strumento di ripresa da parte dei funzionari comunali preposti alla manutenzione di un cimitero all'interno di una scatola elettrica ubicata sul viale di accesso, così da immagazzinare le immagini relative al passaggio ed all'accesso all'ufficio, destinato anche a spogliatoio, in uso al custode. Ufficio che, nella specie, veniva più volte visitato dal dirigente comunale, che disponeva legittimamente delle chiavi per accedervi.

Chiamata a valutare la sussistenza dei delitti di interferenza illecita nella vita privata e di violazione di domicilio commessa dal pubblico ufficiale, nonché la contravvenzione di controllo a distanza dei lavoratori, la Corte di Appello di Bologna dichiarava assolti tutti gli imputati, confermando la pronuncia emessa in primo grado dal Gup di Forlì all'esito del giudizio abbreviato[7], sulla base di un duplice rilievo. Innanzitutto, il direzionamento della videocamera consentiva la videoripresa del viale di accesso del cimitero e, dunque, genericamente del luogo di lavoro, e non in via diretta dell'attività del lavoratore. In secondo luogo, il possesso da parte del dirigente comunale delle chiavi del locale destinato al custode e l'uso delle stesse per farvi ingresso erano funzionali all'esercizio del potere di vigilanza allo stesso attribuito.

Ricorreva per la cassazione della sentenza il custode, lamentando che la Corte territoriale fosse incorsa nel vizio di travisamento di prova - con riferimento alle finalità che avevano indotto i funzionari ad installare la videocamera sul viale di accesso del cimitero e all'idoneità di tale strumento a riprendere atti della sua vita privata e delle sue mansioni lavorative -, nonché in erronea valutazione delle evidenze probatorie, dalle quali emergeva che l'accesso del dirigente nel locale era avvenuto quando il ricorrente non avrebbe potuto trovarcisi, a conferma della consapevolezza dell'imputato dell'illiceità delle proprie condotte. Presentava memoria il difensore di fiducia degli imputati, secondo il quale l'impugnante si era limitato a riproporre le stesse censure avanzate in appello, senza confrontarsi criticamente con i passaggi argomentativi della decisione della Corte territoriale.

La Corte di Cassazione, confermando l'interpretazione della Corte di merito, escludeva la sussistenza dei reati contestati. Rilevava in particolare che, affinché sussista il reato di interferenze illecite nella vita privata, oggetto della ripresa debbano essere i comportamenti del lavoratore sottratti alla normale osservazione dall'esterno, poiché la tutela del domicilio è limitata a ciò che si compie in luoghi di privata dimora e non anche ai fatti che, seppur attinenti la vita privata, si dispiegano in luoghi visibili dall'esterno. Con riferimento al delitto di violazione di domicilio commesso dal pubblico ufficiale, precisava che l'elemento qualificante la condotta è rappresentato dall'abuso dei poteri inerenti le funzioni del pubblico ufficiale, dovendosi escludere che la condotta del dirigente comunale che accede all'ufficio di cui ha disponibilità delle chiavi realizzi un abuso di potere e violi il domicilio privato. Da ultimo, con riferimento alla contravvenzione di controllo a distanza dei lavoratori, statuiva che le garanzie procedurali di cui all'art. 4 St. lav. non trovano applicazione nel giudizio penale, per l'interesse pubblico che giustifica sempre l'accertamento dei reati.

I controlli a distanza nella L. n. 300/1970

È noto come l'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori abbia storicamente vietato il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, cercando di bilanciare la tutela della libertà, della dignità e della riservatezza del prestatore di lavoro con le ovvie necessità di controllo dell'attività da parte del datore di lavoro[8].

In tale ottica, il legislatore storico aveva introdotto due fattispecie autonome di controlli, classificati in intenzionali e preterintenzionali[9]. Se il 1° comma della disposizione vietava "l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori", il secondo introduceva una norma maggiormente tollerante, che ammetteva la possibilità di installare le apparecchiature ed impianti di controllo richieste "da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro", previo accordo in sede sindacale o amministrativa[10].
Restavano dunque esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 4 St. lav. i controlli accidentali sull'attività del lavoratore. Una lacuna di evidente rilievo, che aveva portato la giurisprudenza di legittimità[11] ad elaborare una terza categoria, quella dei controlli difensivi[12], sottratti integralmente alle condizioni imposte dall'art. 4 e, pertanto, sempre ammessi a tutela del patrimonio aziendale in virtù del principio di libertà della difesa privata[13].
L'interpretazione "creatrice" della Suprema Corte, mentre trovava un discreto seguito nelle successive pronunce di legittimità, stentava a ricevere condivisione dai giudici del merito, probabilmente preoccupati di evitare che un'applicazione dell'art. 4 St. lav. incatenata alle risultanze probatorie risultasse eccessivamente distaccata dalla lettera della legge e causasse una prevedibile disomogeneità tra giudicati.

Una preoccupazione che, del resto, era stata fatta propria anche da quella dottrina che sottolineava l'eccessiva indulgenza della giurisprudenza di legittimità nei riguardi di situazioni che, a ben vedere, avvenivano senza rispettare le garanzie procedurali statutarie e, dunque, *contra legem*[14].
Per questo motivo, a distanza di poco tempo la Suprema Corte provvedeva ad "aggiustare il tiro", riducendo l'ambito dei controlli esclusi dalla disciplina dell'art. 4 St. lav. a quelli diretti a tutelare solo i "beni estranei al rapporto di lavoro"[15]. Per tale via, si tentava di escludere dai controlli datoriali compiuti al di fuori dei limiti della disciplina statutaria quelli non rivolti a verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni lavorative[16].

Rilevanza penale del controllo datoriale illegittimo e consenso del lavoratore

Ai fini dell'indagine, assume particolare rilevanza la valutazione della rilevanza penale del controllo datoriale e, in particolare, dell'utilizzabilità nel giudizio penale delle prove da lui illecitamente raccolte.

Al riguardo, è opportuno far presente che la violazione della normativa sui controlli a distanza è punita con le sanzioni di cui all'art. 38 St. lav.[17], in virtù del combinato disposto degli artt. 114 (per cui "Resta fermo quanto disposto dall'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300") e 171 (secondo cui "La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 113, comma 1, e 114 è punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300") del D.Lgs. n. 196/2003[18].
Nella specie, affinché si configuri il reato di controllo a distanza, è necessario che oltre al fatto materiale della condotta datoriale sussista anche l'elemento soggettivo, pacificamente ammesso dalla giurisprudenza di legittimità anche nella forma della colpa[19].

Il reato *de quo*[20] è permanente, decorrendone dunque la prescrizione, secondo le regole generali, dalla cessazione della permanenza e, dunque, dalla cessazione dell'uso degli apparecchi audiovisivi in grado di controllare a distanza i lavoratori[21].
Ciò posto, una riflessione deve essere riservata all'analisi della presunta scriminante del consenso del lavoratore all'utilizzo delle apparecchiature e degli impianti audiovisivi di controllo. Al riguardo, la più recente giurisprudenza di legittimità, richiamata anche nella sentenza che si annota, è granitica nel ritenere che il reato sussiste anche nel caso in cui sia stato acquisito il consenso, in qualsiasi forma, scritta o orale, del lavoratore[22].
La ragione risiede nella seguente considerazione: la norma penale tutela interessi di carattere collettivo e superindividuale, anche qualora si verifichino interferenze tra la lesione delle posizioni giuridiche facenti capo alle rappresentanze sindacali e quelle facenti capo ai singoli lavoratori. Per questo motivo, la valutazione circa l'idoneità degli impianti a ledere la dignità dei lavoratori e la loro effettiva rispondenza alle esigenze tecnico produttive o di sicurezza spetta alla rappresentanza sindacale, portatrice dell'interesse collettivo al rispetto della disciplina introdotta dallo Statuto dei Lavoratori. Pertanto, la condotta datoriale che, acquisito il consenso del lavoratore, pretermette l'interlocuzione con le rappresentanze sindacali e procede all'installazione degli impianti di ripresa audiovisiva da cui può derivare il controllo dell'attività del lavoratore, "produce l'oggettiva lesione degli interessi di cui le rappresentanze sindacali sono portatrici".
Un orientamento giurisprudenziale condivisibile, che, al fine di valorizzare l'esigenza di tutela in forma punitiva dei diritti legislativamente riconosciuti al lavoratore e bilanciare l'asimmetria genetica del rapporto di lavoro, riconosce l'utilizzabilità nel giudizio penale delle prove di reato illecitamente raccolte dal datore di lavoro[23].

Utilizzabilità della prova illecita

Come anticipato, nel silenzio del legislatore si discute da anni della utilizzabilità, ai fini processuali civili e disciplinari, della prova illecitamente ottenuta dal datore di lavoro, in violazione dell'art. 4 St. lav.[24]. Ad oggi, non può ancora dirsi raggiunta un'opinione condivisa sulla questione, né in dottrina né, tanto meno, in giurisprudenza.
Gli studiosi hanno infatti variamente interpretato il problema, da un lato, sostenendo la piena utilizzabilità nel processo civile delle prove illecite[25] e, dall'altro, escludendo la possibilità di utilizzo nel processo dei mezzi istruttori illecitamente acquisiti[26]. Un'elaborazione dottrinale ricca di incertezze ed oscillazioni interpretative, le cui soluzioni sono state spesso influenzate dalle caratteristiche del caso concreto.
Del pari, le pronunce giurisdizionali in materia registrano un andamento incostante, quasi oscillatorio, tra il riconoscimento della piena utilizzabilità delle prove acquisite in maniera illegittima e l'affermazione della piena inutilizzabilità dei dati raccolti in violazione dell'art. 4 St. lav. È stato affermato, per un verso, che la violazione della disciplina rende i dati acquisiti inutilizzabili per l'irrogazione delle eventuali sanzioni disciplinari[27] e, per un altro, che le previsioni statutarie a tutela della riservatezza del

lavoratore non implicano il divieto di c.d. controlli difensivi del patrimonio aziendale da azioni delittuose da chiunque provenienti[28].
Una giurisprudenza in fin dei conti sorda perfino alle indicazioni fornite dal Ministero del Lavoro, secondo il quale il provvedimento di autorizzazione del controllo deve recare esplicita menzione della circostanza che le registrazioni "non potranno in nessun caso essere utilizzate per eventuali accertamenti sull'obbligo di diligenza da parte dei lavoratori né per l'adozione di provvedimenti disciplinari"[29].
Così, la mancanza di un'interpretazione condivisa ha realizzato una vera e propria "torsione" degli originali propositi del legislatore: dall'intenzione di mantenere la vigilanza sul lavoro in una dimensione umana, non esasperata dall'uso delle tecnologie, fino al risultato, inimmaginabile nel 1970, di ritenere le informazioni così acquisite utilizzabili, ai fini processuali e disciplinari[30].
Al netto di tali contrasti interpretativi, la sentenza che si annota ribadisce l'orientamento giurisprudenziale in virtù del quale "in tema di apparecchiature di controllo dalle quali derivi la possibilità di verificare a distanza l'attività dei lavoratori, le garanzie procedurali previste dall'art. 4, 2° comma, dello Statuto dei lavoratori non trovano applicazione quando si procede all'accertamento di fatti che costituiscono reato. Tali garanzie, infatti, riguardano solo l'utilizzabilità delle risultanze delle apparecchiature di controllo nei rapporti interni, di diritto privato, fra datore di lavoro e lavoratore". In conseguenza, "la loro eventuale inosservanza non assume pertanto alcun rilievo nell'attività di repressione di fatti costituenti reato, al cui accertamento corrisponde sempre l'interesse pubblico alla tutela del bene penalmente protetto, anche qualora sia impossibile identificare la persona offesa nel datore di lavoro"[31].
Si comprendono le ragioni della Corte, protesa a garantire che la repressione del reato, pur se provato mediante dati acquisiti in via illegittima, posto che la tutela penale risponde ad esigenze di ordine pubblico, e non attinge alla sfera privata del rapporto di lavoro. Per tale motivo, in un astratto bilanciamento tra valori, l'interesse pubblico alla repressione del crimine prevale sul diritto alla riservatezza e all'autonomia del lavoratore, nonché sul suo interesse al rispetto delle garanzie procedurali dell'art. 4 St. lav.

La condotta antisindacale

L'installazione delle apparecchiature di videoripresa, che deve essere assoggettata ai limiti dell'art. 4 St. lav. "anche se da essi derivi solo una mera potenzialità di controllo a distanza sull'attività lavorativa dei dipendenti, senza che peraltro rilevi il fatto che i dipendenti siano a conoscenza dell'esistenza di tali impianti", se non preceduta dall'accordo con le rappresentanze sindacali configura una condotta antisindacale del datore di lavoro, sempre reprimibile con la speciale tutela approntata dall'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori[32].
Pertanto, le organizzazioni sindacali sono legittimate a dedurre l'illegittimità della condotta datoriale sotto il profilo della mancata attivazione della procedura di consultazione prescritta dall'art. 4 St. lav. Ciò, tanto nell'ipotesi in cui il controllo illegittimo venga effettivamente compiuto quanto nella circostanza della mera

installazione delle apparecchiature di controllo, da cui derivi l'astratta possibilità di controllo a distanza del lavoratore.

Anche in tal caso, tuttavia, la pronuncia *ex* art. 28 St. lav. non costituisce giudicato per i lavoratori interessati, dispiegando i suoi effetti solo nei confronti dei sindacati coinvolti[33].

I nuovi limiti al controllo a distanza del lavoratore: il *Jobs act*

Il legislatore del 2015, nell'ambito del più ampio intervento riformatore noto sotto il nome di *Jobs Act*[34], ha modificato l'art. 4 St. lav., anche nel senso della "delegittimazione" della discussa categoria dei controlli difensivi elaborata dalla giurisprudenza[35]. Ed infatti, la mancanza di un'interpretazione condivisa, ha precipitato l'art. 4 St. lav. in uno stato di "indubbia sofferenza"[36], provato da una tendenza giurisprudenziale all'analisi casistica del materiale probatorio piuttosto che, come richiesto dalla norma, alla verifica della legittimità dell'installazione dell'apparecchio di controllo[37].

Un modo di interpretare la disciplina sui controlli a distanza che, oltre a porre non pochi dubbi sul rispetto del principio di uguaglianza sostanziale nell'applicazione della legge, ha reso del tutto imprevedibile l'applicazione della norma, portando il legislatore a riformarne la disciplina.

A ciò si aggiunga che, al contempo, il progresso tecnologico degli ultimi decenni ha reso gli stessi strumenti di lavoro mezzi di controllo ed ha, per tale via, indirettamente modificato il controllo del datore di lavoro, che da "orwelliano" e centralizzato, spesso attuato mediante telecamere e strumenti di sorveglianza occulti, è nel tempo divenuto "kafkiano", decentrato e burocratizzato[38].

In tale contesto, la consapevolezza, avvertita dalla giurisprudenza e dalla dottrina, dell'incapacità dell'art. 4 di disciplinare quelle situazioni che, figlie del progresso tecnologico, erano inimmaginabili negli anni settanta, ha contribuito ha rendere necessaria la modifica della disciplina dei controlli a distanza.

In particolare, l'intervento del 2015 si muove lungo due direttrici principali. Da un lato, il 1° comma dell'art. 4 St. lav. disciplina le ipotesi in cui il datore di lavoro può installare impianti e attrezzature di controllo a distanza "preterintenzionali". A condizione che venga richiesta la relativa autorizzazione sindacale o amministrativa, si possono installare gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo dell'attività dei lavoratori non solo per esigenze organizzative e produttive e per la sicurezza del lavoro, ma anche per la tutela del patrimonio aziendale, sinora protetto esclusivamente dalla giurisprudenza sui c.d. controlli a distanza difensivi[39].

Dette limitazioni non sono tuttavia applicabili a due categorie di strumenti: gli "strumenti di rilevazione degli accessi e delle presenze" e gli "strumenti di lavoro", la cui installazione deve dunque considerarsi libera. Un'esclusione condivisibile, in quanto riguardante strumenti che consentono, nell'un caso, la sola verifica degli orari di ingresso e di uscita del lavoratore, e non anche della sua attività lavorativa, e

nell'altro caso, il controllo degli strumenti funzionali all'attività lavorativa effettivamente utilizzati.

Dall'altro, il legislatore disciplina il profilo, in precedenza non chiarito dalla disposizione, dell'utilizzabilità delle informazioni registrare nell'ambito del rapporto di lavoro, in particolare ai fini disciplinari. Il nuovo 3° comma dell'art. 4 espressamente dispone che le informazioni raccolte ai sensi dei precedenti commi sono "utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro", alla sola condizione che il datore fornisca al lavoratore adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli.

Su questo secondo aspetto il legislatore interviene dunque con una dichiarazione di principio, ovvero l'utilizzabilità delle informazioni registrate a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, corredata da due ordini di limiti. Il primo, eventuale, riguarda l'ottenimento delle autorizzazioni sindacali o amministrative richieste dal 1° comma, a condizione che non sussista una delle ipotesi indicate dal secondo per escludere la necessità di preventiva autorizzazione dell'installazione. Il secondo, sempre necessario, riguarda l'informazione del lavoratore sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli nonché, ed ecco l'ulteriore novità della riforma del 2015, il rispetto di quanto disposto dal Codice della *privacy*, di cui al D.Lgs. n. 196/2003[40].

Conclusioni

Occorre a questo punto domandarsi quali effetti comporti, da un lato, l'introduzione della finalità di tutela del patrimonio aziendale tra le causali legittimanti il controllo a distanza del datore di lavoro e, dall'altro, il raccordo della disciplina statutaria con la normativa sulla *privacy*.

Dovrebbe concludersi che, sotto il primo profilo, l'ingresso dell'esigenza di tutela del patrimonio aziendale all'interno dell'art. 4 St. lav. consenta di porre la parola fine alla controversa vicenda dei controlli difensivi del datore di lavoro. Del resto, l'ampliamento delle fattispecie in cui l'installazione degli impianti audiovisivi è oggi legittima rende difficile immaginare quale ulteriore interesse meritevole di tutela del datore di lavoro possa giustificare un controllo a distanza dei lavoratori che avvenga *contra* o *extra legem*.

Del pari, sotto il secondo profilo, il richiamo diretto al codice sulla *privacy* introduce un limite a ben vedere intrinseco al potere di controllo datoriale, il quale deve oramai essere esercitato nel rispetto non solo dell'art. 4 St. lav, ma anche del D.Lgs. n. 196/2003 e delle prescrizioni del Garante[41].

Ne discende che, a parere di chi scrive, l'elemento di maggiore novità della riforma del 2015 consista nell'introduzione della disciplina sulla *privacy* quale parametro alla stregua del quale il giudice sarà chiamato a valutare l'utilizzabilità degli accertamenti raccolti dal datore di lavoro con gli strumenti di cui all'art. 4 St. lav., aspetto sinora non indagato dai giudici nella valutazione della legittimità del controllo a distanza[42]. Ed in tale prospettiva, occorrerà verificare se i principi di trasparenza, correttezza, pertinenza e non eccedenza che permeano la disciplina sulla *privacy*, siano in grado di bilanciare i contrapposti interessi del rapporto di lavoro ed evitare che,

paradossalmente, l'eccesso di tutele riconosciute in favore del lavoratore muti la garanzia della *privacy* in "terreno per coprire attività abusive e mezzo per evitare strumentalmente di doverne rispondere"(43).

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Riteneva G. Giugni, *Art. 4*, in A. Freni-G. Giugni, *Lo statuto dei lavoratori, Comm. alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Milano, 1971, 10, che l'espressione controllo a distanza, riportata dal testo legislativo, ha il "significato tecnico" di "controllo continuo o, comunque, controllo attuabile in qualsiasi momento dalla direzione aziendale senza la conoscenza del personale controllato". In seguito, M. Dell'Olio, *Art. 4 St. lav. ed elaboratori elettronici*, in *Dir. Lav.*, 1986, I, 487 interpreta il connotato della "distanza" come "impossibilità di accorgersi del controllo nel momento in cui viene attuato".

(2) Il bilanciamento di interessi contenuto nell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori recepisce le indicazioni della Carta costituzionale sul contemperamento fra interesse dell'impresa e dignità e riservatezza dei lavoratori. Al riguardo, l'art. 41 della Costituzionesancisce il principio di libertà d'iniziativa economica, in virtù del quale l'imprenditore è libero di organizzare l'impresa secondo le sue necessità, purché non "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". Dalla libertà d'iniziativa economica deriva il potere di controllo del datore di lavoro, previsto dagli artt. 2104, 2° comma e 2086 c.c. Sulla necessaria limitazione dei poteri del datore di lavoro in coerenza ad un principio di proporzionalità, inteso quale protezione dei diritti fondamentali costituzionalmente protetti, si veda R. Pessi, *Persona, lavoro e poteri privati*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2009, 3, 1.

(3) Tra tutti, L. Mengoni, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in AA.VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1973, 23.

(4) Il diritto alla dignità del lavoratore è garantito, oltre che dall'art. 41, 2° comma, Cost., dall'art. 2087 c.c., ai sensi del quale il datore di lavoro è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa tutte le misure che - secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica - sono necessarie per tutelare l'integrità fisica e la "personalità morale" del prestatore di lavoro.

(5) Tra i più recenti contributi dottrinali in materia di controlli a distanza si vedano, tra gli altri: M.T. Carinci, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (art. 23 D. lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 1, 2, 1; L. Cairo, *Il controllo a distanza dei lavoratori: precedenti della giurisprudenza di ieri decisi con le norme di oggi*, ivi, 60; P. Lambertucci, *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del c.d. jobs act del 2015: primi spunti di riflessione, ivi*, 514; F. Carinci, *Il tramonto dello Statuto dei Lavoratori (dalla l. n. 300/1970 al Jobs Act)*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele* crescenti, in *Quad. Arg. Dir.*

Lav., 2015, 14, 1; A. Minervini, *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, in *Lav. nella Giur.*, 2014, 314; A. Sitzia, *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013; M. Miscione, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *Lav. nella Giur.*, 2013, 761; P. Tullini (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2010; C. Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità e esigenze di riforma*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I 485.

(6) Sulla recente modifica della disciplina dei controlli a distanza ad opera dell'art. 23, D.Lgs. n. 151/2015 si richiama V. Maio, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 6, 1186.

(7) Da quanto precede, la Corte di appello deduceva l'inidoneità delle condotte ad integrare la materialità dei reati di cui agli artt. 615 *bis* c.p. e 4 e 38 della L. n. 300/1970 e la capacità di scriminare il fatto di cui all'art. 615 c.p., assolvendo gli imputati con la formula "perché il fatto non sussiste", in relazione ai reati di interferenza illecita nella vita privata e di controllo a distanza dei lavoratori, e con la formula "perché il fatto non costituisce reato" in relazione al reato di violazione di domicilio commessa dal pubblico ufficiale.

(8) Sul punto M. Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 1995, 1, 1, ove rileva che la legge, a tutela della soggezione del lavoratore nei confronti dei poteri unilaterali riconosciuti al datore di lavoro, ha previsto dei limiti esterni a quei poteri, ma non anche dei limiti interni, in tal modo escludendo la possibilità di un controllo giudiziale nel merito del loro esercizio.

(9) L'espressione appartiene a U. Romagnoli, commento all'art. 4, in G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1979, 29.

(10) Come ricorda G.A. Recchia, *Controlli datoriali difensivi: note su una categoria in via di estinzione*, in *Lav. nella Giur.*, 2017, 4, 349, il 2° comma della disposizione è "sorretto non solo dalle finalità 'esclusivamente' individuate, ma anche dal concreto giudizio di necessità e proporzionalità compiuto in sede sindacale, amministrativa o, in ultima analisi, giudiziale".

(11) La celebre sentenza della Corte di cassazione n. 4746 del 3 aprile 2002 ha inaugurato la controversa categoria dei controlli difensivi, affermando che "devono ritenersi certamente fuori dall'ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore", in *Notiz. Giur. Lav.*, 2002, 644; in *Giornale Dir. Lav. e Relazioni Ind.*, 2002, 21, 10 con nota di L. Nogler. Il principio è stato successivamente condiviso da numerose pronunce di legittimità: Cass., 17 luglio 2007, n. 15892 in *Rass. Giur. Lav.*, 2008, II, 358, con nota di A. Bellavista, *controlli a distanza e necessità del rispetto della procedura di cui al comma 2 dell'art. 4 St. lav.*; in *Mass. Giur.*

Lav., 2007, 868, con nota di M Ranieri; 23 febbraio 2010, n. 4375 in *Giust. Civ.*, 2011, 4, 1049 con nota di F. Buffa, *Il controllo informatico del lavoratore*; 23 febbraio 2012, n. 2722 in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 2, 203; Cass. pen., 12 luglio 2013, n. 30177, in *Guida Dir.*, 2013, 33, 76.

(12) L'orientamento giurisprudenziale sui controlli difensivi ha suscitato le critiche di quella dottrina che rifiuta di dedurre la legittimità del controllo dall'accertamento *ex post* della condotta illecita. Sul punto L. Nogler, *Potere di controllo e utilizzo privato di telefono cellulare*, in *Giornale Dir. Lav. e Relazioni Ind.*, 2002, 21,13; C. Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, 485; P. Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, 324.

(13) Il principio è stato ampiamente richiamato a giustificazione dei controlli occulti del lavoratore, legittimi solo in quanto finalizzati ad accertare comportamenti del lavoratore estranei all'attività lavorativa ed illeciti. Per tutti, si veda M. Falsone, *L'infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le prospettive del suo superamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, 990.

(14) Al riguardo, fortemente critico è A. Bellavista, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, II, 465, il quale evidenzia le difficoltà di una separazione netta tra i controlli sull'attività lavorativa ed i controlli sull'attività illecita del lavoratore, posto che nella realtà i due tipi di controllo spesso coincidono.

(15) Cass., 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, 358 con ampia nota di A. Bellavista, *Controlli a distanza e necessità del rispetto della procedura di cui al comma 2 dell'art. 4 St. lav.*

(16) Sull'evoluzione giurisprudenziale in materia di c.d. controlli difensivi G.A. Recchia, *controlli datoriali difensivi: note su una categoria in via di estinzione*, in *Lav. nella Giur.*, 2017, 4346.

(17) Il doppio rinvio operato dagli artt. 114 e 171 del codice della *privacy* rende punibili le condotte illegittime del datore di lavoro con l'ammenda da euro 154 a euro 1.549 o l'arresto da quindici giorni ad un anno, salvo che il fatto non costituisca più grave reato. Nei casi più gravi di violazione, le pene dell'arresto e dell'ammenda sono applicate congiuntamente, con facoltà del giudice di aumentare la seconda. Nei restanti casi, l'ammenda può essere aumentata fino al quadruplo se si presume inefficace nell'applicazione del massimo ed il giudice può ordinare la pubblicazione della sentenza penale di condanna *ex* art. 36 c.p.

(18) Sulle differenze valoriali e metodologiche tra i modelli normativi dello Statuto dei Lavoratori e del Codice della *privacy* si veda A. Sitzia, *Il controllo(del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori:il nuovo art. 4 St. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *Labour and Law Issues*, 2016, 2, 1, 83, secondo il quale "il sistema dello Statuto dei lavoratori, più in particolare, poggia sulla dimensione "dinamica" della conoscenza, riguardata in rapporto con il suo oggetto (la protezione della riservatezza rispetto a profili estranei alla valutazione dell'idoneità professionale di cui all'art. 8), mentre la

legislazione sulla privacy si muove in una dimensione più "statica", concentrata sull'informazione, considerata come bene giuridico in sé".

(19) Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 2010, n. 37171, in *Dir. Prat. Lav.*, 2010, 45, 2633.

(20) Per le sanzioni previste dall'art. 38 St. lav. è ammessa l'oblazione *ex* art. 162 *bis* c.p., con la conseguenza dell'estinzione del reato posto in essere dal datore in caso di positiva valutazione del giudice penale.

(21) Sul punto si richiama M. Miscione, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *Lav. nella Giur.*, 2013, 8-9, 761.

(22) Cass. pen., Sez. III, 8 maggio 2017, n. 22148, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2017, 24, 1523. In senso contrario si segnala 17 aprile 2012, n. 22611, in *Foro It.*, 2012, 11, II, 593, con commento di Ricci, nella quale si afferma che "l'installazione nel luogo di lavoro di un sistema di videosorveglianza mediante telecamere (cd. controlli a distanza) non costituisce reato, ai sensi del combinato disposto degli art. 4 e 38 l. n. 300/1970, laddove, come nel caso di specie, pur in assenza di autorizzazione sindacale, risulti comprovato l'assenso all'installazione da parte della totalità dei lavoratori dell'azienda".

(23) Al riguardo, restano quanto mai attuali le parole di F. Santoro Passarelli, 1973, 13-14: "Tutto il diritto del lavoro è ordinato caratteristicamente a questo fine, alla tutela della libertà, anzi della stessa personalità umana del lavoratore, legato da un vincolo che, fra tutti i vincoli di contenuto patrimoniale è il solo a porre, sia pure per necessità istituzionale, un soggetto alle dipendenze di un altro soggetto".

(24) M. Miscione, *op. cit.*, rileva che intorno all'art. 4 St. lav. si è sviluppato un "contenzioso anomalo", in cui "per evitare le sanzioni penali e soprattutto per l'utilizzabilità di qualunque prova, si è interpretato l'art. 4 St. lav. in modo allo stesso tempo restrittivo o estensivo, perché cioè certi controlli non rientrino affatto nel campo di applicazione dell'art. 4 St. lav. e siano leciti, senza sanzioni penali e con utilizzabilità delle prove".

(25) Così G. Ricci, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1987, 1745.

(26) Sul punto A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e di prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2011, 693.

(27) Nel senso dell'inutilizzabilità dei dati acquisiti in via illegittima dal datore di lavoro si vedano, *ex plurimis*, Cass., Sez. lav., 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Lav. nella Giur.*, 2010, 8, 805 con nota di P. Dui, *Monitoraggio della posta elettronica e accesso a internet*; 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, 3, II, 718, con nota di M.L. Vallauri, *È davvero incontenibile la vis expansiva dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori?*, in cui i giudici di legittimità hanno statuito che "l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore. Tale esigenza non consente di espungere dalla fattispecie astratta i casi dei c.d. controlli difensivi, ossia di quei controlli diretti ad accertare comportamenti

illeciti dei lavoratori quando tali comportamenti riguardino, come nel caso, l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro - e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso - ove la sorveglianza venga attuata mediante strumenti che presentano quei requisiti strutturali e quelle potenzialità lesive, la cui utilizzazione è subordinata al previo accordo con il sindacato o all'intervento dell'Ispettorato del lavoro".

(28) Cass. pen., Sez. V, 1 giugno 2010, n. 20722, in *Dir. Giust.*, 2010, per il cui commento si rinvia a A. conti, *La Sezione Lavoro e la Sezione Penale a confronto su controlli a distanza e controlli difensivi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 7, 561.

(29) Nota del Ministero del Lavoro n. 7162 del 16 aprile 2012.

(30) Sul punto G.A. Recchia, *Controlli datoriali difensivi: note su una categoria in via di estinzione*, in *Lav. nella Giur.*, 2017, 4, 346.

(31) In senso conforme si vedano Cass., Sez. II pen., 12 maggio 2016, n. 33567 in *Cass. Pen.*, 2017, 1, 267; Sez. V pen., 1 giugno 2010, n. 20722, in *Lav. nella Giur.*, 2010, 10, 991, con commento di E. Barraco e A. Sitzia, *Il problema dei "controlli difensivi" del datore di lavoro: estne saepe ius summum malitia?*; tra i precedenti, in senso difforme si veda Cass., Sez. III pen., 16 ottobre 2009, n. 40199, in *CED Cassazione penale*, 2009; Sez. III pen. 15 dicembre 2006, 8042 in *Cass. Pen.*, 2008, 4, 1555, in cui si afferma che la sorveglianza sui lavoratori non deve assumere "carattere di polizia" e non può pertanto essere realizzata mediante forme di controllo occulto o a distanza.

(32) Cass. pen., Sez. III, 8 maggio 2017, n. 22148, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2017, 24, 1523, che a sua volta richiama Sez. lav., 16 settembre 1997, n. 9211, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, 58 con nota di S. Veraldi, *I limiti al potere di vigilanza del datore di lavoro: il divieto di controllo a distanza dei lavoratori*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, I, 830 con nota di F. Cuomo, *Sull'applicabilità dell'art. 4 St. lav.*

(33) Cass., 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Lav. nella Giur.*, 2013, 383 con nota di E. Barraco e A. Sitzia, *Un de profundis per i controlli difensivi del datore di lavoro?* e in *Prat. Lav.*, 2012, 42, 1883 con nota di A. Proietti Semproni, *Controlli difensivi, la privacy del lavoratore è garantita.*

(34) I principi su cui si basa la riforma legislativa nota con il nome di "Jobs Act" sono espressi nell'art. 1 della L. n. 183/2014, per la quale è stata sollevata questione di legittimità costituzionale. Sui risvolti, giuridici e politici, della futura sentenza della Corte Costituzionale si veda M. Martone, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del "Jobs Act"*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2017, 4/5, 1039.

(35) L'espressione è di A. Ingrao, *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, II, 46.

(36) L'espressione appartiene a M.T. Carinci, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (art. 23, d.lgs. 151/2015)*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 1, V.

(37) Come ricostruito da G.A. Recchia, *op. cit.*, "Gli arresti più recenti non hanno certamente contribuito a risolvere i dubbi interpretativi ed anzi sembrano muoversi in (almeno) tre diverse direzioni. Da un lato, vi sono quelle pronunce che hanno recuperato la *ratio* della norma e pur senza mettere in discussione la categoria dei controlli difensivi per evitare attività illecite (extracontrattuali) dei dipendenti, derivano dalla circostanza che gli impianti e le apparecchiature di controllo che rilevino dati relativi anche all'attività lavorativa dei lavoratori debbano essere installati osservando le garanzie procedurali di cui all'art. 4, 2°comma, la più corretta conseguenza che gli stessi non possano porre in essere, anche se quale conseguenza mediata, un controllo a distanza dei lavoratori, e che pertanto i relativi dati non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale del lavoratore. In altri casi, i giudici, pur ribadendo l'ampia utilizzabilità delle informazioni raccolte ai sensi dell'art. 4, 2° comma, ne hanno fornito un'ulteriore ragione di legittimità sulla base di "ragioni di sospetto" già emerse nei confronti del lavoratore, elemento certamente non considerato dalla fattispecie in parola. Accanto a queste, poi, l'attenzione è stata appuntata sulla possibile "divaricazione" tra il divieto di controllo a distanza della prestazione lavorativa e l'utilizzabilità in sede giudiziale delle risultanze di registrazioni operate da un soggetto terzo, del tutto estraneo all'impresa e ai lavoratori dipendenti della stessa, avvicinandosi così alle posizioni della Cassazione penale più radicali, e solo in parte giustificati dalla prevalenza dell'interesse pubblico, che considera comunque ammissibili i controlli diretti a riscontrare la commissione di illeciti penali, anche nel caso in cui la relativa prova sia stata illegittimamente raccolta, dovendosi ritenere prevalente, sul diritto alla riservatezza e all'autonomia del lavoratore, la esigenza di ordine pubblico relativa alla prevenzione dei reati".

(38) Per la compiuta disamina, sotto il profilo informatico-giuridico, degli strumenti di controllo sull'attività del lavoratore, G. Ziccardi, *Il controllo della attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 1, 2, 48.

(39) In dottrina non vi è chi non sostenga la perdurante vigenza del divieto che la precedente versione dell'art. 4 St. lav. enunciava espressamente, nonostante l'impressione di discontinuità tra le previsioni. Si veda I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 1, 2, 16, il quale ritiene che: "il fatto che la nuova disposizione disciplini come un'eccezione l'installazione di strumenti dai quali derivi la possibilità di un controllo "preterintenzionale" dell'attività lavorativa, consente infatti di concludere agevolmente deve ritenersi implicitamente vietata qualunque forma di controllo diretto dell'attività lavorativa tramite strumenti di controllo a distanza".

(40) Nella rinnovata cornice legislativa, deve darsi conto dell'orientamento dottrinale secondo cui la fissazione di un canone di generale utilizzabilità ha ampliato l'estensione della disposizione sino al livello processuale, così che i dati e le informazioni legittimamente rilevati a distanza possano essere utilizzati in giudizio

come mezzi di prova. Così C. Gamba, *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 2, 1, 122.

(41) Sulle Linee-guida del Garante per posta elettronica e internet di cui alla delibera n. 13 del 2007 si veda I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza*, in *Labour and Law Issues*, 2016, 1, 2, 3.

(42) In merito al controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri del datore di lavoro, *raison d'être* del diritto del lavoro, si richiama A. Perulli, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 1, 83.

(43) Così Trib. Torino, 8 gennaio 2008, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, 845, con nota di R. Imperiali, *Privacy e controllo sull'utilizzo di cellulare e computer aziendali ai fini personali: un difficile equilibrio.*

LA VIDEOSORVEGLIANZA IN CONDOMINIO

di Giuseppe Bordolli - Consulente legale in Genova

c.c. art. 1122

c.c. art. 1135

c.p. art. 615-bis

La sorveglianza di unità immobiliari facenti parti di un caseggiato e/o di aree condominiali rappresenta un tema di particolare interesse per i condomini che, per contrastare il crescente fenomeno dei furti od altri reati nelle proprietà private, non esitano ormai a ricorrere a sistemi di videosorveglianza. È sorto quindi il problema certamente delicato di riuscire a bilanciare le legittime esigenze di prevenzione e contrasto del crimine con quelle altrettanto legittime di *privacy* e riservatezza di quanti vengono ripresi dalle telecamere.

Sommario: La giurisprudenza ante riforma del condominio - Il nuovo art. 1122 *ter* c.c. - I requisiti di validità della delibera - La fase attuativa della delibera - La telecamera del singolo condomino

Bisogna considerare che da quando la tecnologia moderna ha reso disponibili, a basso costo, apparecchi in grado di acquisire con facilità immagini fisse e in movimento e, quindi, ha permesso a chiunque di introdursi, attraverso una qualsiasi ripresa, nella vita privata di altri individui, sussiste il problema di bilanciare gli interessi di quanti eseguono le riprese con quelli di quanti sono soggetti passivi di tali operazioni.

Del resto, si deve considerare l'estrema facilità con cui è possibile pubblicare contenuti multimediali nel web e trasmetterli in tutto il mondo, anche in tempo reale.

Si è quindi posta l'esigenza di dettare delle regole che evitino gli abusi: il problema, infatti, non è il proliferare in sé dei sistemi di videosorveglianza, quanto l'uso illegittimo che qualcuno potrebbe fare degli stessi.

La giurisprudenza ante riforma del condominio

La videosorveglianza in ambito condominiale, almeno fino alla legge di riforma del condominio, non ha trovato (né avrebbe potuto trovare) espressa regolamentazione nel codice civile del 1942.

Di conseguenza nel 2008 è stata oggetto di una segnalazione da parte del Garante della *privacy* al governo ed al parlamento; ciò per sottolineare l'assenza di una puntuale disciplina capace di risolvere alcuni problemi applicativi evidenziati nell'esperienza di questi ultimi anni.

Non è risultato chiaro se, pur applicando i princìpi generali, l'installazione di sistemi di videosorveglianza potesse essere effettuata in base alla sola volontà dei (com)proprietari (comunque, il quadro normativo esistente e l'interpretazione giurisprudenziale non consentiva di comprendere con quale maggioranza) o se rilevasse anche la volontà dei conduttori(1).

In ogni caso, centrale è sempre stato il problema del numero di voti necessario per la deliberazione condominiale in materia, se occorresse cioè l'unanimità ovvero una determinata maggioranza(2).

Nella totale assenza di sicuri appigli normativi, secondo una prima opinione giurisprudenziale l'assemblea di condominio non avrebbe potuto validamente deliberare in materia, in quanto lo scopo della tutela dell'incolumità delle persone e dei beni dei condomini, cui tende l'impianto di videosorveglianza, avrebbe esulato dalle attribuzioni proprie dell'organo assembleare(3).

Tale affermazione si riteneva avvalorata da una decisione della Cassazione secondo cui la delibera istitutiva di un servizio di vigilanza armata, per la tutela dell'incolumità dei partecipanti, è rivolta a perseguire finalità estranee alla conservazione e gestione delle cose comuni, e, quindi, non è riconducibile nella attribuzione dell'assemblea; di conseguenza gli stessi giudici supremi hanno precisato che una tale delibera, ancorché presa a maggioranza, non opera nei confronti dei condomini assenti all'assemblea e non può essere fatta valere per una ripartizione della relativa spesa anche a loro carico(4).

Un'altra decisione di merito aveva invece sottolineato che il singolo condomino, in mancanza di una normativa *ad hoc*, non avrebbe avuto alcun potere di installare, per sua sola decisione, delle telecamere idonee a riprendere spazi comuni o addirittura spazi esclusivi degli altri condomini.

Nemmeno il condominio avrebbe avuto la potestà normativa per farlo, eccezion fatta per il caso in cui la decisione fosse stata deliberata all'unanimità dai condomini(5).

In altre parole solo una scelta concordata tra tutti i condomini avrebbe potuto considerarsi lecita.

Una terza impostazione interpretativa si era invece accontentata della deliberazione assembleare a maggioranza e per la prospettata violazione della *privacy* dei condomini aveva richiamato la giurisprudenza penale della Corte di cassazione, secondo cui installare una telecamera sul cortile condominiale non integra gli estremi del reato di cui all'art. 615 *bis* c.p. (interferenze illecite nella vita privata)(6).

La S.C., infatti, ha stabilito che non sussistono gli estremi atti ad integrare il delitto di interferenze illecite nella vita privata (art. 615 *bis* c.p.) nel caso in cui un soggetto effettui riprese delle parti comuni, trattandosi di luoghi destinati all'uso di un numero indeterminato di persone e, pertanto, esclusi dalla tutela di cui all'art. 615 *bis* c.p., la quale concerne, sia che si tratti di "domicilio", di "privata dimora" o "appartenenze di essi", una particolare relazione del soggetto con l'ambiente in cui egli vive la sua vita privata, in modo da sottrarla ad ingerenze esterne indipendentemente dalla sua presenza[7].

Il nuovo art. 1122 *ter* c.c.

Quelle decisioni che hanno escluso dalle attribuzioni dell'organo assembleare la possibilità di assumere decisioni volte alla tutela dell'incolumità delle persone e delle cose dei condomini, cui tende l'impianto di videosorveglianza, non si potevano certo condividere perché l'attività di vigilanza del caseggiato, attuato attraverso nuove tecnologie o personale dipendente qualificato e dotato delle necessarie autorizzazioni per svolgere la predetta attività, rientra certamente nell'ambito degli scopi di protezione dei beni comuni ed individuali.

Di conseguenza era preferibile quella tesi favorevole ad ammettere la competenza delle collettività condominiali a deliberare di affidarsi ad un istituto di vigilanza oppure a introdurre nuovi impianti volti a garantire i beni (comuni ed individuali) ma anche l'incolumità degli stessi condomini o loro familiari.

È soltanto per effetto del nuovo art. 1122 *ter* introdotto dalla legge di riforma del condominio, però, che è stato eliminato ogni dubbio sulla liceità dell'installazione delle telecamere in condominio per la videosorveglianza del cortile e delle altre parti comuni ed è stato anche colmato il vuoto legislativo che esisteva in ordine al *quorum* necessario per legittimamente deliberare da parte dell'assemblea l'installazione di un impianto di videosorveglianza sulle parti comuni: adesso serve il voto favorevole espresso dalla maggioranza degli intervenuti in assemblea (non importa se presenti personalmente o per delega) portatori di almeno la metà del valore dell'edificio[8].

La videosorveglianza entra dunque tra quegli atti di gestione dei beni comuni demandati dall'art. 1135 c.c. all'esclusiva competenza dell'assemblea.

La decisione su tale argomento resta limitata ai soli condomini, per precisa volontà del nuovo legislatore di confermare il principio per cui la gestione del condominio è lasciata esclusivamente ai proprietari delle singole unità che lo compongono, unici a restare vincolati anche in tema di esborsi dalle decisioni assunte dall'assemblea[9].

In ogni caso si tratta di un'innovazione non suscettibile di utilizzazione separata (anche se agevolata, visto che il Legislatore ha ritenuto di richiamare un *quorum* deliberativo più basso rispetto a quello ordinariamente previsto dall'art. 1136, comma 5, c.c.) con la conseguenza che le relative spese andranno suddivise tra tutti i condomini, compresi i dissenzienti, in base alle rispettive quote millesimali[10].

Tuttavia si deve considerare che qualora il bene e/o l'impianto fornisca utilità a un gruppo "ristretto" di condomini, la ripartizione dei costi di esercizio e/o di

conservazione deve gravare esclusivamente sulla parte della collettività condominiale che fruisce dell'impianto con esclusione dei soggetti che non traggono alcuna utilità dall'innovazione.

I requisiti di validità della delibera

Come è stato osservato l'art. 1122 *ter* si dimostra disposizione anche ingannatoria: infatti il mero raggiungimento della maggioranza in questione non rende comunque legittima la delibera, dal momento che permane la vincolatività dei principi fondamentali previsti dalla normativa sulla riservatezza[11].

La legittimità della delibera, oltre che subordinata alla suddetta maggioranza e agli interventi solo sulle parti comuni, rimane altresì vincolata all'osservanza delle disposizioni indicate dal Garante e dal codice della *privacy* con gli adattamenti per la specifica materia.

A tale proposito merita di essere ricordato che l'Autorità Garante per prevenire abusi ha emanato un primo provvedimento generale[12], cioè un decalogo volto ad indicare gli adempimenti, le garanzie e le tutele necessarie per l'utilizzo di sistemi di videosorveglianza nel rispetto dei principi della legge sulla protezione dei dati personali (cioè l'allora vigente L. 31 dicembre 1996, n. 675).

Tuttavia, nel successivo triennio di applicazione del predetto decalogo sono stati sottoposti all'esame dell'Autorità numerosi casi, attraverso reclami, segnalazioni e richieste di parere, i quali hanno evidenziato un utilizzo crescente, spesso non conforme alla legge, di apparecchiature audiovisive capaci di rilevare in modo continuativo immagini, eventualmente associate a suoni, relative a persone identificabili, spesso anche con registrazione e conservazione dei dati.

Di conseguenza il Garante nel 2004[13] ha ritenuto opportuno aggiornare ed integrare il provvedimento del 29 novembre 2000, anche per conformare i trattamenti di dati personali mediante videosorveglianza, al codice in materia di protezione dei dati personali (D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196) entrato in vigore il 1° gennaio 2004 che ha abrogato L. 31 dicembre 1996, n. 675[14].

Successivamente, il Garante ha ritenuto necessario intervenire nuovamente in tale settore con il provvedimento generale del 2010[15] che ha sostituito quello del 29 aprile 2004 e con un vademecum (Il condominio e la *privacy*) del 10 ottobre 2013 in cui vengono ribadite le condizioni per una legittima installazione degli impianti di videosorveglianza.

Sotto questo profilo occorre sottolineare come sia radicalmente nulla la delibera condominiale che estenda la sorveglianza anche alle proprietà esclusive dei condomini o a luoghi pubblici esterni all'edificio.

Infatti, nell'effettuazione delle operazioni materiali di videosorveglianza, in quanto comportante un trattamento di dati, il relativo servizio deve essere effettuato nel rispetto della legge (c.d. principio di liceità), non solo settoriale, ossia riguardo al codice della *privacy*, ma anche con riferimento a qualsiasi norma presente nell'ordinamento e concernente questa materia.

Allo stesso modo è invalida la delibera relativa all'installazione di un sistema di videosorveglianza non conforme ai principi di necessità, proporzionalità e finalità, in violazione dei quali il trattamento dei dati diviene illegittimo[16].
Così la videosorveglianza è lecita solo se gli scopi perseguiti sono determinati, espliciti e legittimi, escludendo finalità generiche o indeterminate, tanto più quando esse siano incompatibili con gli scopi che vanno esplicitamente dichiarati e legittimamente perseguiti (c.d. principio di finalità)[17].
Inoltre, nel rispetto del c.d. principio di proporzionalità, l'impiego delle telecamere in relazione agli scopi perseguiti deve rappresentare l'unica soluzione possibile rispetto ad altre forme di tutela o ad altri dispositivi di sicurezza che si sono dimostrati inefficaci o non siano applicabili al caso specifico (ad esempio sistemi comuni di allarme, blindatura o protezione rinforzata di porte e portoni, cancelli automatici, abilitazione degli accessi, etc.).

Il medesimo principio di proporzionalità deve essere ovviamente valutato anche in relazione alle modalità di installazione dell'impianto (per esempio allorché si debba stabilire la dislocazione delle singole telecamere, l'angolo visuale delle stesse, l'uso di zoom automatici e le tipologie - fisse o mobili - delle apparecchiature, l'utilizzo o meno di fermo-immagine o tecnologie digitali)[18].
Infine, secondo il principio di necessità si deve escludere l'uso superfluo od eccessivo (ingrandimenti inutili) del sistema, evitando la rilevazione di dati in aree o attività che non sono soggette a concreti pericoli, o per le quali non ricorre un'effettiva esigenza di deterrenza (come quando, ad esempio, le telecamere vengono installate solo per meri fini di apparenza o di "prestigio).

La fase attuativa della delibera

Come sopra detto la nuova norma introdotta dalla riforma del condominio, limitandosi a prevedere l'ammissibilità di una delibera volta all'installazione dell'impianto di videosorveglianza adottata a maggioranza, si colloca all'interno dell'ambito di vigenza delle prescrizioni del codice della *privacy* ma anche delle regole previste dai citati provvedimenti del Garante finalizzati a regolamentare la specifica fattispecie della videosorveglianza in condominio.

I frequentatori delle aree condominiali devono quindi essere informati del fatto che stanno per accedere a una zona videosorvegliata: a tale scopo è sufficiente un cartello (il cui fac-simile è riportato in allegato al provvedimento generale del 2010) che specifichi le finalità del trattamento e il nominativo del titolare.

Il predetto supporto con l'informativa deve essere collocato nei luoghi in cui avvengono le riprese o nelle immediate vicinanze, non necessariamente a contatto con la telecamera, e avere un formato e un posizionamento tale da essere chiaramente visibile.

In ogni caso, in presenza di più telecamere, in relazione alla vastità dell'area e alle modalità delle riprese, vanno installati più cartelli che, qualora il sistema di videosorveglianza sia attivo anche in orario notturno, dovranno essere visibili anche di notte; nel caso in cui gli impianti di videosorveglianza fossero collegati alle forze

dell'ordine, sarà necessario apporre uno specifico cartello che lo evidenzi; se poi il sistema di videosorveglianza prevede la possibilità di effettuare registrazioni, la conservazione delle immagini deve essere limitata a poche ore o, al massimo, alle ventiquattro ore successive alla rilevazione (sempre che la durata non debba essere maggiore per aderire a una specifica richiesta investigativa dell'Autorità giudiziaria)[19].

In ogni caso il sistema impiegato deve essere programmato in modo da operare al momento prefissato - ove tecnicamente possibile - la cancellazione automatica da ogni supporto, anche mediante sovra-registrazione, con modalità tali da rendere non riutilizzabili i dati cancellati.

Inoltre dovrà prevista l'adozione di idonee e preventive misure di sicurezza che garantiscano l'accesso alle immagini alle sole persone debitamente autorizzate nel rispetto delle istruzioni ricevute (che precludano, in particolare, accessi indebiti alle stesse[20].

Si deve considerare poi che le ragioni delle scelte operate dal titolare del trattamento in merito ai tempi di conservazione delle immagini devono essere adeguatamente documentate in un atto autonomo conservato presso il medesimo (o l'eventuale responsabile del trattamento) e ciò anche ai fini dell'eventuale esibizione (ad esempio in occasione dell'esercizio dei diritti dell'interessato o in caso di contenzioso).

In ogni caso devono essere designati i custodi, i responsabili e/o gli incaricati del trattamento dei dati personali[21].

Il mancato rispetto di queste prescrizioni, a seconda dei casi, comporterà: l'inutilizzabilità dei dati personali trattati (art. 11, comma 2, del codice); l'adozione di provvedimenti di blocco o divieto del trattamento disposti dal Garante (art. 143, comma 1, lett. c del codice) ed, infine, l'applicazione delle sanzioni amministrative o penali ed esse collegate (artt. 161 ss. del codice), oltre ovviamente a eventuali richieste di risarcimento da parte di eventuali soggetti danneggiati.

Naturalmente per evitare tali conseguenze sarà l'amministratore condominiale[22], che dovrà porre in essere tutte le prescrizioni previste dalla legge per l'installazione di un sistema di videosorveglianza e controllare a sua volta il rispetto delle stesse.

La telecamera del singolo condomino

Secondo le indicazioni del Garante della *privacy*, se un singolo condomino installa sistemi di videosorveglianza per fini esclusivamente personali e le immagini non vengono comunicate a terzi o diffuse (per esempio tramite webcam), non si applicano le norme sulla riservatezza e non è nemmeno necessario segnalare la presenza del sistema di videosorveglianza con apposito cartello (art. 5, comma 3, Codice della *privacy*).

Tuttavia, il sistema di videosorveglianza va comunque installato in maniera tale che l'obiettivo della telecamera riprenda esclusivamente uno spazio privato.

Ne consegue che, anche al fine di evitare di incorrere nel reato di interferenze illecite nella vita privata (art. 615 *bis* c.p.), l'angolo visuale delle riprese deve essere limitato ai soli spazi di propria esclusiva pertinenza, ad esempio

antistanti l'accesso alla propria abitazione, escludendo ogni forma di ripresa anche senza registrazione di immagini relative ad aree comuni (cortili, pianerottoli, scale, garage comuni) o antistanti l'abitazione di altri condomini[23].
Così, ad esempio, il singolo partecipante al condominio potrà controllare la serranda del proprio box auto ma non l'intera corsia di marcia, ovvero potrà sorvegliare la porta d'ingresso alla propria abitazione ma non l'intero pianerottolo di disimpegno o la tromba delle scale o l'ascensore.

La *privacy* è comunque "potenzialmente" lesa anche se l'obiettivo sia puntato verso la strada, oggetto di servitù di passaggio o se la qualità delle immagini sia scarsa e ad essere inquadrati siano soltanto gli arti inferiori di coloro che la percorrono[24].
Tale ragionamento vale, a maggior ragione, se dalle caratteristiche della telecamera, risulta che l'obiettivo può essere orientato, oltre che in modo meccanico, anche tramite software, garantendo una visuale totale di 180 gradi ed è dotato anche della funzione di autotracciamento, che consente di attivare la registrazione appena un soggetto entra nel campo visivo e di seguirlo automaticamente.

In virtù di tali caratteristiche, anche se l'installazione è autorizzata dall'assemblea, è evidente la sussistenza del concreto pericolo di pregiudizio della sfera privata dei singoli condomini rispetto al godimento delle parti comuni che rientrano nel possibile angolo visuale della telecamera[25].
In ogni caso secondo la S.C. non è lecito collocare (in posizione non immediatamente visibile da estranei) in direzione della proprietà del vicino neppure una telecamera, anche finta (ad esempio un contenitore avente l'aspetto di una telecamera con un led ed una lampadina al suo interno) perché non può avere la finalità di scoraggiare eventuali malintenzionati ma l'esclusivo scopo di recare molestia allo stesso vicino: in tale ipotesi non vi è dubbio che ricorrano gli estremi dell'atto emulativo[26].
Secondo i giudici supremi infatti l'atto emulativo, così come disciplinato dall'art. 833 c.c., si inscrive nell'ambito dei limiti alle facoltà di godimento da parte del proprietario e dunque al contenuto del diritto di proprietà, sanzionando come comportamenti illeciti atti che pure astrattamente sono configurabili conformi al diritto in quanto esplicazioni delle suddette facoltà.

L'elemento decisivo per ritenere detti comportamenti *contra legem* è costituito dalla mancanza di un apprezzabile vantaggio per colui che lo compie: l'assenza di qualsiasi giustificazione di natura utilitaristica dal punto di vista economico e sociale rivela infatti la mera ed esclusiva intenzione di nuocere o recare molestia ad altri e, dunque, lo scopo emulativo dell'atto stesso; a diverse conclusioni deve invece giungersi allorché un dato comportamento determini comunque una utilità per il suo autore che orienti una telecamera o un videocitofono in modo tale da riprendere solo spazi di propria pertinenza (e non aree comuni o antistanti le abitazioni di altri condomini) perché in questa ipotesi è prevalente, sull'eventuale intenzione di nuocere o di recare molestia ad altri, il perseguimento di un interesse concreto e di un'utilità effettiva ricollegabili alle facoltà di godimento del diritto, cosicché il suo esercizio è meritevole di tutela.

(1) Segnalazione al Parlamento e al Governo sulla videosorveglianza nei condomini - 13 maggio 2008 - Bollettino n. 94 del maggio 2008.

(2) Provvedimento in materia di videosorveglianza 8 aprile 2010, in *G.U.*, n. 99 del 29 aprile 2010.

(3) Trib. Taranto 8 giugno 2012, in *www.condominioprofessionale.it*; Trib. Salerno 14 dicembre 2010, ord., in *www.litis.it*.

(4) Cass. 20 aprile 1993, n. 4631, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 701.

(5) Trib. Varese 16 giugno 2011, in *Corr. mer.*, 2011, 11, 1025.

(6) Trib. Roma 30 marzo 2009, n. 7106; Cass. 3 gennaio 2013, n. 71; Cass. pen. 26 novembre 2008, n. 44156, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1125.

(7) Cass. pen. 20 agosto 2015, n. 35775.

(8) Il legislatore, con l'art. 1122 *ter*, ha risposto però ad una soltanto delle esigenze prospettate dal Garante, trascurando di pronunciarsi sulla tutela della riservatezza del conduttore, che non ha titolo per esprimere la propria volontà in materia.

(9) M. Monegat, *La riforma del condominio*, Milano, 2013, 23. Nello stesso senso A. Cirla - G. Rota, *La riforma del condominio*, Milano, 2013, 57. Gli stessi Autori ricordano che il primo disegno di legge della materia condominiale liquidato dal Senato prevedeva l'estensione del voto in assemblea anche ai conduttori delle unità immobiliari site in condominio, proprio in ragione del fatto che la maggior parte delle spese della gestione andavano poi a gravare su di loro; in sede dei successivi emendamenti, simile previsione è stata eliminata dal testo già congedato dalla Camera in prima istanza, a dimostrazione del fatto che, indipendentemente dal soggetto interessato dal servizio reso dal condominio, è sempre e solo il proprietario che deve rispondere nei confronti del condominio e che, in quanto tale, deve quindi potersi esprimere in assemblea.

(10) Le spese devono restare a carico della collettività anche quando un condomino, ai sensi dell'art. 1134 c.c., richiede la restituzione delle spese anticipate per l'installazione, in via d'urgenza, di una telecamera a circuito chiuso con videoregistratore semestrale, al fine di scoraggiare azioni di danneggiamento, ulteriori rispetto a quelle già denunciate al Questore: Cass. 3 gennaio 2013, n. 71, in *Mass. Giust. civ.*, 2013.

(11) E. Ditta, *La riforma del condominio dopo tre anni*, Milano, 2015, 7.

(12) Provv. 29 novembre 2000 (c.d. "decalogo") pubblicato sul Bollettino del Garante n. 14/15, 28.

(13) Provv. generale 29 aprile 2004.

(14) Per un approfondimento si veda: *Videosorveglianza in condominio e tutela della* privacy, in questa *Rivista*, 2005, 73 ss.

(15) Provvedimento generale 8 aprile 2010.

(16) Si veda in proposito: A. Celeste - A. Scarpa, *L'amministratore e l'assemblea*, Milano, 2014, 338 ss.

(17) Le finalità così individuate devono essere correttamente riportate nell'informativa.

(18) Il provvedimento in questione sottolinea che la videosorveglianza dovrebbe, di preferenza, essere svolta in modalità *live*, ovvero mediante sola osservazione dei *monitor*, senza registrazione delle immagini e che a quest'ultima si può ricorrere solo quando ciò sia giustificato dal predetto principio di proporzionalità.

(19) Le registrazioni possono essere conservate per un periodo limitato tendenzialmente non superiore alle 24-48 ore, anche in relazione a specifiche esigenze come alla chiusura di esercizi e uffici che hanno sede nel condominio o a periodi di festività. Per tempi di conservazione superiori ai sette giorni è comunque necessario presentare una verifica preliminare al Garante: così il vademecum della *privacy*, cit.

(20) Provv. del Garante 8 aprile 2010 e Vademecum - *Il condominio e la* privacy, cit. 16.

(21) Se l'accesso alle immagini risulta consentito ad una persona che è stata solo genericamente individuata dall'assemblea condominiale nel verbale assembleare senza un puntuale atto di designazione quale incaricato del trattamento con il quale, in particolare, sia stato individuato l'ambito del trattamento consentito nel rispetto di precise istruzioni impartite dal titolare del trattamento (art. 30 del Codice), il condominio può essere costretto ad interrompere il trattamento dei dati: si veda il provvedimento del Garante del 13 febbraio 2014.

(22) Merita di essere ricordato che nel provvedimento generale dell'Autorità Garante del 18 maggio 2006 sul trattamento dei dati personali nel condominio, viene precisato che "possono formare oggetto di trattamento da parte della compagine condominiale unitariamente considerata - di regola con l'ausilio dell'amministratore di condominio (nell'eventuale veste di responsabile del trattamento ai sensi degli artt. 4, comma 1, lett. g, e 29 del Codice) - le sole informazioni (...)". Questa frase ha portato alcuni Autori a parlare di (con)titolarità del trattamento per i soli condomini e di mera responsabilità del trattamento per l'amministratore condominiale: M. Soffientini, Privacy *e condominio*, Milano, 2013; M. Baldacci, *Come applicare la riforma del condominio*, Rimini, 2013. Secondo una diversa tesi il ruolo dell'amministratore a ben valutare gli aspetti delle sue mansioni e le dinamiche di gestione è quello di titolare del trattamento: cosi A. Celeste - A. Nicoletti, *Tecnologia e informatica nel nuovo condominio*, Rimini, 2013, 206. Probabilmente, poiché, come visto, sussiste una netta differenza di ruolo tra i singoli condomini (tra loro contitolari del trattamento) e l'amministratore (legato a questi da un rapporto contrattuale di mandato), quest'ultimo potrebbe essere qualificato come titolare autonomo e non come *contitolare* (assieme ai condomini) del trattamento: G. Bordolli - G. Di Rago, *Condominio e* privacy, Rimini, 2007, 134; G. Di Rago, *Il condominio e gli adempimenti in materia di* privacy, Rimini, 2015, 34.

(23) Questa conclusione è contenuta nel Provvedimento generale sulla videosorveglianza 29 aprile 2004 reperibile sul sito *www.garanteprivacy.it.*

(24) Cass. 11 giugno 2015, n. 12139, in *Mass. Giust. civ.*, 2015.

(25) Trib. Salerno 30 aprile 2015, ord.

(26) Cass. 11 marzo 2001, in *Mass. Giur. it.*, 2001.

REATI DI RIVELAZIONE E DIFFUSIONE DI DOCUMENTI SEGRETI

Art. 621 c. p. e 326 c.p.

Giurisprudenza

Cass. pen. Sez. V Sent., 12/05/2014, n. 51089 (rv. 261726)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Rivelazione del contenuto di documenti segreti -
Nocumento - Contenuto - Pregiudizio di qualsiasi natura - Necessità - Fattispecie

Ai fini dell'integrazione del reato di rivelazione del contenuto di documenti segreti (art. 621 cod. pen.) è necessario che dalla rivelazione e dall'utilizzazione del segreto derivi, quale condizione di punibilità, un nocumento, intendendosi per tale un pregiudizio giuridicamente rilevante di qualsiasi natura in danno del titolare del diritto alla segretezza. (Nella specie la S.C. ha ritenuto integrato il nocumento nella rivelazione di oltre 3200 informazioni relative ad una società e rivelate ad altra concorrente della prima con la determinazione di una turbativa illecita al mercato nei confronti della società titolare di tali informazioni). (Rigetta, App. Bologna 25/09/2012)

FONTI
CED Cassazione, 2014

T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, 26/04/2018, n. 4616
Omissis c. Ministero della Difesa

REATO IN GENERE

Reato - In genere

Integra il reato di rivelazione di segreti di ufficio la divulgazione, da parte di un ufficiale di polizia giudiziaria, del contenuto di una informativa di reato e delle indagini eseguite, essendo irrilevante che gli atti o i fatti segreti siano già conosciuti in un ambito limitato di persone, quando la condotta dell'agente abbia avuto l'effetto di divulgazione a settori ben più vasti di pubblico.

FONTI
Massima redazionale, 2018

Corte d'Appello L'Aquila Sent., 12/02/2018
CONCORSO NEL REATO SEGRETI
In tema di rivelazione di segreti d'ufficio, integra il concorso nel delitto la divulgazione da parte dell'"extraneus" del contenuto di informative di reato redatte da un ufficiale di polizia giudiziaria, realizzandosi in tal modo una condotta ulteriore rispetto a quella dell'originario propalatore.

FONTI
Massima redazionale, 2018

Cass. pen. Sez. VI Sent., 30/01/2018, n. 14931 (rv. 272760)
ABUSO DI UFFICIO Rivelazione di segreti di ufficio

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - Delitti - Dei pubblici ufficiali - Rivelazione di segreti di ufficio - Accesso al sistema d'indagine (sdi) e successiva indebita divulgazione delle informazioni - Reato di cui all'art. 12 legge n. 121 del 1981 - Elemento differenziale dal reato di cui all'art. 326 cod. pen. - Modalità di acquisizione delle informazioni - Conseguenze

In tema di rivelazione e di utilizzo di informazioni estratte dal Sistema d'Indagine (SDI), l'elemento differenziale tra il reato di cui all'art. 2, legge 1 aprile 1981, n. 121 e quello di cui all'art. 326 cod. pen. attiene alle modalità, lecite o illecite, di acquisizione delle informazioni; ne consegue che è configurabile la prima fattispecie di reato nel caso in cui il pubblico ufficiale divulga o utilizza le informazioni acquisite accedendo legittimamente allo SDI e consultandolo nei limiti e nelle forme a lui consentite, mentre è configurabile il più grave reato di cui all'art. 326 cod. pen., qualora l'acquisizione di tali informazioni sia illegittima, in quanto effettuata senza alcuna autorizzazione ad operare nella banca dati, ovvero contravvenendo alle regole di accesso, ai limiti ed alle forme consentite dalla legge. (Rigetta, App. Trieste, 09/06/2016)

FONTI
CED Cassazione, 2018

Cass. pen. Sez. VI Sent., 03/10/2017, n. 49526 (rv. 271565)
AMMINISTRAZIONE PUBBLICA Amministrazione pubblica, in genere
PUBBLICO UFFICIALEREATO IN GENERE

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - Delitti - Dei pubblici ufficiali - Rivelazione di segreti di ufficio - Reato di cui all'art. 326, comma primo, cod. pen. - Bene giuridico tutelato - Buon andamento e imparzialità dell'amministrazione - Conseguenze - Fattispecie

Il reato di rivelazione di segreti di ufficio, previsto dall'art. 326, comma primo, cod. pen., è un reato di pericolo concreto, posto a tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, la cui configurabilità va esclusa solo con riferimento alla divulgazione di notizie futili o insignificanti, ma non in relazione a notizie inesatte. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso la inoffensività

della rivelazione da parte di un funzionario della cancelleria dell'ufficio del giudice per le indagini preliminari, su richiesta informale di un privato, dell'assenza della iscrizione di quest'ultimo nei registri consultabili da tale ufficio, iscrizione in realtà esistente ma segretata dal pubblico ministero). (Rigetta, App. Lecce, 09/03/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2017

LA CONDOTTA DEL PUBBLICO UFFICIALE FRA VIOLAZIONE DELLA *VOLUNTAS DOMINI*, "ABUSO" DEI PROFILI AUTORIZZATIVI E "SVIAMENTO DI POTERE"

di Roberto Flor(*)

Cass. pen. Sez. Unite, 18 maggio 2017, n. 41210

c.p. art. 615-ter

Le Sezioni Unite sono intervenute nuovamente sul contrasto giurisprudenziale sorto in relazione alla configurazione del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio. La soluzione ermeneutica prospettata risulta criticabile, in quanto l'"abuso" del pubblico ufficiale (o la violazione dei doveri inerenti alla funzione), di cui al comma 2, n. 1, dell'art. 615 *ter* c.p., andrebbe sistematicamente distinto, da un lato, dallo sviamento di potere e, dall'altro lato, dall'"abusività" dell'accesso o del mantenimento "senza autorizzazione" nel sistema informatico. Il raccordo fra l'esigenza di tale distinzione e l'approccio oggettivo sostenuto dalle Sezioni Unite Casani eviterebbe anche il rischio di una metamorfosi genetica del bene giuridico protetto, di natura prevalentemente privatistica, in quanto afferente all'area di riservatezza dell'individuo.

The United Chambers of the Supreme Court handed down a new judgment regarding the illegal access to computer systems committed by a public officer or a person in charge of a public service. The interpretation followed by the Judges is open to criticism. The "abuse" of the public officer - or the infringement of the duties - (par. 2, n. 1, art. 615 ter criminal code) should be systematically distinguished, on the one hand, from the "misuse of powers" and, on the ohter hand, from the "illegal" access ("without authorisation"). The connection between this approach and the one followed by the United Chambers of the Supreme Court in the previous case "Casani" would avoid the risk of a "genetic metamorphosis" of the legal interest protected by the criminal offence, which is primarily of private nature, because it regards or referes to the privacy and confindential area of a person ("Information Technology Privacy").

Sommario: Premessa - Il principio espresso dalle Sezioni Unite Casani - L'impostazione ermeneutica seguita dalle Sezioni Unite Savarese - Bivi ermeneutici e problemi applicativi: la rilevanza della voluntas domini - "Abuso" dei profili autorizzativi, "abuso" di poteri da parte del pubblico ufficiale e offesa al bene giuridico protetto dall'art. 615 ter c.p. - Rilievi conclusivi

Premessa

Con la sentenza in commento le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute nuovamente sul contrasto giurisprudenziale sorto in relazione alla rilevanza penale delle condotte di accesso abusivo e mantenimento non autorizzato ad un sistema informatico o telematico commesse da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio che, attraverso l'uso delle proprie credenziali di autenticazione, detenute legittimamente, acceda al sistema informatico e vi si mantenga per finalità diverse o ontologicamente estranee rispetto a quelle per le quali la facoltà di accesso gli è attribuita.

I Giudici hanno stabilito che tali condotte integrano il delitto previsto dall'art. 615 *ter*, comma 2, n. 1, c.p. anche se il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio sono abilitati all'accesso e non violano le prescrizioni formali impartite dal titolare del sistema informatico o telematico.

Tale decisione è intervenuta dopo la nota sent. 27 ottobre 2011, n. 4694 (ric. Casani)[1], in cui le stesse Sezioni Unite avevano risolto il contrasto giurisprudenziale, relativo all'interpretazione dell'art. 615 *ter* c.p., aderendo alla tesi che individua, *de iure condito*, quale chiave di volta della fattispecie penale la "violazione" dello *ius excludendi* del titolare del sistema informatico. Tale violazione, secondo i Giudici, esprime il disvalore essenziale del fatto, indipendentemente dai motivi o dai propositi perseguiti dall'agente, dall'accesso reale a dati o informazioni e dalla loro natura, nonché dal loro successivo utilizzo, trovando il reato consumazione nella realizzazione delle condotte tipiche e, con riferimento a quella di permanenza *invito domino*, nella violazione delle disposizioni del titolare.

Gli orientamenti giurisprudenziali immediatamente successivi alla decisione delle Sezioni Unite Casani hanno evidenziato alcune oscillazioni in merito all'applicazione del criterio "oggettivo", relativo alla "violazione delle disposizioni del titolare", ai pubblici ufficiali ed agli incaricati di pubblico servizio, manifestando l'esigenza di ulteriori specificazioni, in chiave estensiva, del principio espresso dalle Sezioni Unite, tanto da ritenere idonea a integrare la tipicità della fattispecie incriminatrice la condotta del pubblico ufficiale che si traduca in uno sviamento dei poteri.

Con la sent. 24 aprile 2013[2], infatti, la Cassazione, con specifico riferimento allo *status* del soggetto dotato di veste pubblicistica, ha ritenuto applicabile l'ipotesi aggravata di cui all'art. 615 *ter*, comma 2, n. 1, c.p. se «la ontologica incompatibilità dell'accesso al sistema informatico [sia] connaturata [anche] a un utilizzo dello stesso fuoriuscente dalla ratio del conferimento del relativo potere». In altre parole, la condotta del pubblico ufficiale, che accede al sistema informatico con le proprie credenziali di autenticazione ma per scopi diversi da quelli "istituzionali", dovrebbe essere considerata "abusiva" in base ai principi generali che governano l'azione amministrativa (art. 1, L. 7 agosto 1990, n. 241).

Di diverso avviso una successiva sentenza dei Giudici di legittimità[3], i quali hanno affermato che il richiamo ai principi generali e, in specie, a quanto previsto dall'art. 1, L. n. 241 del 1990, nonché alla pretesa violazione della regola di imparzialità e trasparenza - che *ex* art. 7, L. n. 241 del 1990 deve presiedere allo

svolgimento dell'attività della pubblica amministrazione - avrebbe svuotato il riferimento a criteri sostanziali di natura oggettiva e, in relazione ai pubblici ufficiali, alla violazione di specifiche prescrizioni disposte dal titolare del sistema. Anche il disposto di cui all'art. 9, L. n. 121 del 1981, nell'individuare i soggetti abilitati ad accedere al sistema, non detterebbe prescrizioni in ordine alla modalità dell'accesso o alle operazioni consentite nell'ambito del mantenimento nello spazio informatico. Tale disposizione si limiterebbe, invece, a vietare ogni successiva utilizzazione dei dati appresi per fini diversi da quelli consentiti.
Per comprendere compiutamente le argomentazioni delle Sezioni Unite Savarese è opportuno riprendere brevemente quelle delle precedenti Sezioni Unite Casani, che consentono di poter avanzare alcuni rilievi critici sulla impostazione ermeneutica adottata dalla sentenza in commento.

Il principio espresso dalle Sezioni Unite Casani

La Corte di Cassazione[4] aveva avuto modo di affermare che il delitto di cui all'art. 615 *ter* c.p. punisce il pubblico ufficiale che, anche se abilitato a consultare il sistema informatico, si sia però introdotto «con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti la funzione o il servizio [...] o con abuso della qualità di operatore del sistema» e, dunque, per finalità diverse da quelle istituzionali. L'impostazione ermeneutica seguita dai giudici di legittimità, basata su un approccio "soggettivo-finalistico"[5], era stata adottata dalla V sezione della Cassazione nelle sentenze 7 novembre 2000, n. 12732 (Zara)[6], 8 luglio 2008, n. 37322 (Bassani)[7], 13 febbraio 2009, n. 18006 (Russo)[8], 10 dicembre 2009, n. 2987 (Matassich)[9], 16 febbraio 2010, n. 19463 (Jovanovic)[10], 22 settembre 2010, n. 39620 (Lesce)[11].
L'orientamento interpretativo difforme si basava sulla valorizzazione della prima parte del comma 1 dell'art. 615 *ter* c.p. In sintesi, era stato ritenuto abusivo il solo accesso posto in essere da un soggetto non abilitato. Viceversa, non avrebbe avuto rilevanza penale la condotta realizzata dal legittimo detentore dei profili di autenticazione, anche se l'accesso fosse stato effettuato per finalità estranee a quelle d'ufficio (sentenza Peparaio)[12] e persino illecite (sentenza Scimia)[13], ferma restando la responsabilità per i diversi reati eventualmente configurabili, se queste finalità avessero trovato effettivamente realizzazione[14]. La base argomentativa di questa ricostruzione ermeneutica era data da due elementi essenziali. *In primis*, la sussistenza della volontà contraria dell'avente diritto, cui fa riferimento la norma incriminatrice, dovrebbe essere verificata esclusivamente con riguardo al risultato immediato della condotta posta in essere dall'agente con l'accesso al sistema informatico e con il mantenersi al suo interno, e non con riferimento a fatti successivi (l'uso illecito dei dati) che, anche se già previsti, potrebbero di fatto realizzarsi solo in conseguenza di nuovi e diversi atti di volizione da parte dell'agente. In secondo luogo, la locuzione "abusivamente si introduce" potrebbe dare luogo ad imprevedibili dilatazioni della fattispecie penale se non fosse intesa nel senso di "accesso non autorizzato"[15].
Per queste ragioni non sarebbe condivisibile l'interpretazione della fattispecie penale che individua l'abusività della condotta nel fatto del soggetto agente che, abilitato ad accedere al sistema informatico, usi tale facoltà per finalità diverse e, se pubblico

ufficiale o incaricato di pubblico servizio, per scopi estranei a quelli istituzionali propri dell'ufficio. Questo orientamento, infatti, porrebbe altresì in discussione la stessa alternatività delle condotte descritte dall'art. 615 *ter* c.p., nell'ipotesi in cui "l'accesso abusivo" sia integrato da chi utilizzi le credenziali di autenticazione per svolgere attività diverse da quelle per cui è stato legittimato dal titolare.

Il fulcro della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite Casani è individuabile in due passaggi principali. *In primis*, la questione di diritto controversa non deve essere riguardata sotto il profilo delle "finalità perseguite da colui che accede o si mantiene nel sistema", in quanto la volontà del titolare del diritto di escluderlo si connette soltanto al dato oggettivo della permanenza [...] dell'agente in esso. Ciò significa che la volontà contraria dell'avente diritto deve essere verificata «solo con riferimento al risultato immediato della condotta posta in essere, non già ai fatti successivi». In secondo luogo, rilevante deve ritenersi «il profilo oggettivo dell'accesso e del trattenimento nel sistema informatico da parte di un soggetto che sostanzialmente non può ritenersi autorizzato ad accedervi ed a permanervi sia allorquando violi i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema», sia quando ponga in essere «operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle di cui egli è incaricato ed in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito».

Il dissenso, anche tacito, del titolare dello *ius excludendi* non viene desunto, dunque, dalle finalità dell'agente, ma dall'oggettiva violazione delle disposizioni del titolare medesimo - contenute in disposizioni organizzative interne, in clausole di contratti individuali di lavoro, ovvero in norme a carattere consuetudinario o in prassi aziendali - che regolano l'accesso al sistema e che stabiliscono per quali attività e per quanto tempo la permanenza si può protrarre, mentre devono ritenersi irrilevanti, ai fini della configurazione della fattispecie, eventuali disposizioni sull'impiego successivo dei dati[16].

L'impostazione ermeneutica seguita dalle Sezioni Unite Savarese

«In sintonia con le Sezioni Unite Casani», i Giudici hanno ritenuto che quella di cui all'art. 615 *ter*, comma 2, n. 1, c.p. costituisca una «*circostanza aggravante esclusivamente soggettiva*». La sua *ratio* può essere rinvenibile nel rapporto di agevolazione o di maggiore gravità del fatto determinate dalla qualifica ricoperta dal soggetto attivo.

Per quanto riguarda il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, anche se la loro condotta è realizzata attraverso l'uso delle rispettive credenziali di autenticazione e in assenza di violazioni di ulteriori divieti espressi in relazione al mantenimento nel sistema, troverebbe applicazione il reato *de quo* se il fatto è connotato da "sviamento di potere", ossia dall'abuso delle funzioni in violazione di dei doveri di fedeltà tipici per chi svolge compiti di natura pubblicistica.

Lo sviamento di potere rappresenta, a parere dei Giudici, una delle tipiche manifestazioni della più generale categoria amministrativistica del vizio di "eccesso di potere" e ricorre quando l'atto amministrativo non persegue un interesse pubblico, ma un interesse diverso, anche privato, come nel caso in cui il pubblico funzionario

«persegua una finalità diversa da quella che gli assegna in astratto la legge sul procedimento amministrativo *ex* art. 1, legge n. 241 del 1990»[17].
I principi richiamati da quest'ultima disposizione trovano la loro genesi negli artt. 54, 97 e 98 Cost., che hanno trovato ulteriori specificazioni nelle discipline in tema di organizzazione del pubblico impiego come, ad esempio, quelle previste dal c.d. "Codice di comportamento" dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 54, D.Lgs. n. 165 del 2001, sostituito dall'art. 1, comma 44, L. n. 190 del 2012, d.P.R. n. 62 del 2013)[18].
Con riferimento all'oggetto specifico della decisione sono state richiamate le norme che regolano la gestione e l'utilizzo dei registri informatizzati dell'amministrazione della giustizia, con le conseguenti problematiche inerenti alla tutela ed alla sicurezza dei dati, all'accesso a questi ultimi e alla loro comunicazione[19].
Le disposizioni normative appena richiamate delineano, secondo la Corte, lo *status* della persona dotata di funzioni pubbliche, il cui agire deve essere «indirizzato alle finalità istituzionali in vista delle quali il rapporto funzionale è instaurato: doveri a cui sono correlati i necessari poteri e l'utilizzo di pubbliche risorse, traducendosi in abuso della funzione, nell'eccesso e nello sviamento di potere la condotta che si ponga in contrasto con le predette finalità istituzionali».
Condizioni e doveri che - se connotano la figura del pubblico ufficiale, sia o meno legato all'amministrazione da rapporto organico, ma dotato di poteri autoritativi, deliberativi o certificativi, considerati anche disgiuntamente tra loro - contraddistinguono anche quella dell'incaricato di pubblico servizio, la cui figura è connessa allo svolgimento di un servizio di pubblica utilità presso soggetti pubblici.
Ne consegue, secondo i Giudici, l'illiceità ed abusività di qualsiasi comportamento che con tale obiettivo si ponga in contrasto, manifestandosi in tal modo la "ontologica incompatibilità" dell'accesso al sistema informatico, connaturata ad un utilizzo dello stesso estraneo alla *ratio* del conferimento del relativo potere. Il pubblico dipendente, invece, al quale non possano attribuirsi le qualifiche di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, che violi le disposizioni del titolare del sistema, commetterebbe in ogni caso, a prescindere dalle finalità perseguite, il reato di cui all'art. 615 *ter*, comma 1, c.p. vale a dire l'ipotesi base (non aggravata).

Bivi ermeneutici e problemi applicativi: la rilevanza della *voluntas domini*

Dall'entrata in vigore della L. n. 547 del 1993 sia la dottrina che la giurisprudenza hanno avuto modo di pronunciarsi sui problemi interpretativi legati non solo alla formulazione della fattispecie penale, ma anche all'individuazione del bene giuridico protetto ed alla funzione, oltre che natura, delle "misure di sicurezza" poste a protezione del sistema[20]. Le tesi interpretative emerse mantengono la loro rilevanza teorica e pratica, in quanto la L. n. 48 del 2008, di ratifica della Convenzione *Cybercrime*del Consiglio d'Europa del 2001, non ha apportato modifiche all'art. 615 *ter* c.p. In particolare, permangono le difficoltà di applicare detta fattispecie penale nel caso di realizzazione della condotta alternativa di "mantenimento", anche

per la prova relativa all'inosservanza delle regole e dei limiti della "permanenza" stabiliti dal titolare del sistema informatico o telematico[21].

La previsione, quale elemento costitutivo della fattispecie, della presenza di "misure di sicurezza" - di cui il legislatore non specifica qualità, natura o efficacia - ha la funzione non solo di selezionare i sistemi informatici meritevoli di tutela penale, ma anche di rendere manifesta la volontà del titolare dello *spatium operandi et deliberandi* di escludere soggetti non autorizzati[22]. Infatti, un soggetto può ben essere autorizzato a "superare" legittimamente le misure di sicurezza, ma non a "permanere" nel sistema informatico oltre i limiti posti dal titolare con l'autorizzazione all'accesso. In sostanza, la condotta di mantenimento abusivo nel sistema è connotata dalla volontaria permanenza in uno spazio informatico altrui, nonostante la contraria volontà del titolare. In questa prospettiva gioca un ruolo essenziale il requisito di illiceità speciale, che è ripetuto per ciascuna condotta alternativa: ossia l'"abusività", che equivale alla "mancata autorizzazione". Autorizzazione che potrebbe però essere anche tacita.

È necessario distinguere fra il soggetto autorizzato all'accesso al sistema, ma che vi si mantiene "abusando" del titolo di legittimazione, ossia per svolgere attività non attinenti al proprio lavoro e/o per raggiungere finalità completamente diverse da quelle consentite (si pensi all'ipotesi del consulente informatico esterno), da colui che, svolgendo la propria attività lavorativa ordinaria all'interno di un ente (come nei casi da cui traggono origine le sentenze delle Sezioni Unite Casani e Savarese), non osservi disposizioni organizzative interne su modalità e limiti di consultazione o di trattamento dei dati.

Nel primo caso non vi è dubbio circa la contraria volontà del titolare del sistema, avendo questi fornito l'autorizzazione all'accesso (per ipotesi la *password* di amministratore di sistema) per svolgere alcuni specifici compiti (ad esempio per effettuare la manutenzione e l'aggiornamento del sistema e dei programmi), con esclusione di ogni ulteriore attività estranea al rapporto. La connotazione abusiva deve essere ricavata, però, non dalle finalità dell'agente, ma dalla contravvenzione alle disposizioni, ad esempio, del contratto di assistenza, che delimita oggettivamente le operazioni eseguibili.

Nel secondo caso, invece, la violazione delle disposizioni del titolare si può desumere solo se esiste un parametro "regolamentare" ed oggettivo interno di riferimento, pur nella forma di un comportamento costante ed uniforme nel tempo seguito all'interno degli uffici dell'ente con l'assenso del titolare, nonché osservato dai dipendenti nella convinzione che sia obbligatorio, conformemente alle rispettive competenze lavorative. In difetto di una previsione vincolante in merito alla "forma" delle disposizioni organizzative, la permanenza *invito domino* in una parte di uno spazio informatico, cui si sia avuto accesso legittimo, può configurarsi solo se sussiste la prova del mancato rispetto dei "profili di autorizzazione", che può desumersi dalla violazione, oltre che di "consuetudini aziendali", anche di regolamenti organizzativi interni, di clausole di contratti individuali di lavoro e finanche del contenuto degli

"incarichi" previsti, ad esempio, dall'art. 30 del D.Lgs. n. 196 del 2003, in particolare quando specificano l'"ambito" di trattamento affidato[23].

La "permanenza", però, non deve essere intesa in senso "fisico", ma piuttosto come mantenimento "logico" nel sistema o della connessione con il sistema, a seguito di un accesso lecito o, persino, casuale o fortuito. Volendo semplificare, e considerando il caso concreto che ha portato alla remissione della questione alle Sezioni Unite in commento, sul piano squisitamente naturalistico la "permanenza" può tradursi in "interrogazioni" o "richieste" al sistema operativo, che vengono però realizzate nell'ambito di uno spazio informatico il cui accesso è stato limitato dai profili autorizzativi previsti dalle credenziali di autenticazione.

Sul piano giuridico, seguendo l'insegnamento delle Sezioni Unite Casani, il reato si consuma nel momento della contravvenzione alle disposizioni predisposte dal titolare, o dello svolgimento di «operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle di cui egli è incaricato ed in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito», a prescindere dalle successive attività che ne conseguano causalmente o dalle finalità perseguite dal soggetto attivo. Il principio espresso dalle Sezioni Unite da ultimo citate ha il pregio di valorizzare proprio la violazione oggettiva dei profili autorizzativi predisposti dal titolare del sistema, confermando l'irrilevanza delle finalità soggettive dell'agente o la realizzazione oggettiva di ulteriori comportamenti, purché non "ontologicamente" legati alle operazioni vietate o non consentite, che non trovano riscontro nel dato positivo né per la configurazione della condotta di accesso, né per la realizzazione di quella alternativa di permanenza.

Per evitare rischi di "corto circuito" nell'attività ermeneutica, che potrebbero sollevare notevoli problemi applicativi, sembra opportuno proporre un ulteriore spunto riflessivo, partendo necessariamente dalla interpretazione e dalla definizione del bene giuridico protetto dall'art. 615 *ter* c.p.

"Abuso" dei profili autorizzativi, "abuso" di poteri da parte del pubblico ufficiale e offesa al bene giuridico protetto dall'art. 615 *ter* c.p.

L'individuazione dell'oggetto giuridico tutelato dall'art. 615 *ter* c.p. deve avvenire attraverso l'interpretazione sistematica e teleologica della fattispecie, da porre in relazione anche ai reati di cui agli artt. 615 *quater*, 617 *quater*, 617 *quinquies* e 617 *sexies* c.p.

Una parte della dottrina ha ritenuto che il "nuovo" bene giuridico protetto debba essere distinto dall'area della *privacy* e del domicilio tradizionale, pur se legato sempre all'espansione ideale della riservatezza di pertinenza del titolare dello *ius excludendi alios*[24].

La riservatezza informatica ha ad oggetto l'interesse all'esclusività dell'accesso ad uno o più spazi informatici, a prescindere dalla natura dei dati e delle informazioni ivi archiviati, nonché alla loro disponibilità rispetto ad illegittime interferenze da parte di terzi soggetti. È stata prospettata una "teoria assiomatica" delle aree di tutela della riservatezza, che va oltre l'originaria contrapposizione fra la sfera individuale e quella privata, intese quali componenti del generale diritto della personalità, per la presenza

di aree di pertinenza dell'individuo, ovvero di "spazi informatici" di manifestazione della sua personalità, che coincidono con l'interesse sostanziale alla protezione di informazioni, siano esse riservate o non riservate, ed al loro controllo nello svolgimento di rapporti giuridici e personali *off-line*, *on-line* o in altri "*cyberspaces*". Ma nell'era dell'interconnessione e della comunicazione globale, nonché dell'accessibilità e della fruibilità delle risorse attraverso la rete e qualsiasi strumento di comunicazione mobile, il sistema informatico è passato da una concezione privata o singola ad una "dimensione pubblica". In altri termini all'interesse del singolo si affianca quello super-individuale o di natura collettiva a che l'accesso a sistemi informatici ed alla stessa rete avvenga per finalità lecite e in modo tale da essere regolare per la sicurezza degli utenti. Per cui, da un lato è innegabile che una componente di tale "area riservata" riguardi principalmente la facoltà, il potere, il diritto del titolare di gestire in modo autonomo le utilità e le risorse del sistema informatico, nonché i contenuti delle comunicazioni informatiche (o telematiche), indipendentemente dalla loro natura; dall'altro lato appare indispensabile almeno un minimo bilanciamento con le esigenze connesse alla "sicurezza informatica"[25].

L'interesse super-individuale o di natura collettiva al lecito, regolare e corretto utilizzo dei sistemi informatici, nonché accesso a spazi informatici, dati e informazioni, viene arricchito proprio dal riferimento all'aggravante di cui al comma 2, n. 1 dell'art. 615 *ter* c.p.

La pena più severa per il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio che commette il fatto con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla funzione si giustifica per la necessità di garantire anche l'interesse alla probità, riservatezza, imparzialità e fedeltà delle persone che esplicano attribuzioni di carattere pubblico e che possono avere un contatto "privilegiato" con un sistema informatico. L'abuso del pubblico ufficiale (o la violazione dei doveri inerenti alla funzione), va però sistematicamente distinto dall'abusività dell'accesso o del mantenimento "senza autorizzazione" nel sistema informatico. Il primo, infatti, consiste in una strumentalizzazione dell'ufficio per svolgere attività non consentite o non istituzionali, oppure per compiere atti contrari ai doveri d'ufficio, in contrasto con disposizioni normative o istruzioni di servizio, che possono produrre un vantaggio o un danno ingiusto. In questi casi il parametro oggettivo di riferimento, per tipizzare le condotte da punire, può essere costituito dalla violazione di leggi o regolamenti. Esso è volto, da un lato, ad evitare, in generale, il rischio di interferenza del controllo penale nel potere di sindacato discrezionale della pubblica amministrazione e, sostanzialmente, l'identificazione dell'"abuso" punibile con il mero eccesso o sviamento di potere. Dall'altro lato, il compimento di atti in violazione dei doveri inerenti alla funzione ed al servizio comporta *ex se* la violazione delle regole di esercizio delle funzioni amministrative e dell'obbligo della pubblica amministrazione di porsi in una posizione di terzietà rispetto ad interessi particolari[26].

La disciplina delle attività pubbliche o istituzionali, però, può anche non identificarsi o raccordarsi con quella relativa all'autorizzazione o alle regole interne inerenti alle modalità di accesso o di mantenimento in un sistema informatico, costituenti a loro

volta il parametro oggettivo di riferimento per verificare la sussistenza dell'"abuso" delle credenziali o dei profili-limiti di autorizzazione. In altri termini, questo ultimo parametro oggettivo può non corrispondere al primo, riferito alle attività, alle funzioni ed ai doveri d'ufficio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio. Essi, ad esempio, potrebbero abusare delle loro qualifiche e della loro posizione senza violare le regole relative all'accesso o al mantenimento in un sistema informatico e, viceversa, potrebbero violare queste ultime senza di per sé abusare dei poteri o violare i doveri inerenti alla loro funzione o servizio. Un significativo riscontro è rinvenibile nell'orientamento della Corte di Cassazione, la quale non ha ritenuto configurabile il reato di accesso abusivo nel fatto del pubblico ufficiale che aveva effettuato un accesso e un mantenimento nel sistema che gli erano consentiti, in quanto non erano previste limitazioni né tecniche sui profili di abilitazione delle *passwords*, né regolamentari sulle modalità di introduzione e permanenza, pur sussistendo la violazione dei doveri inerenti alle funzioni o, comunque, l'abuso della sua qualità. La Corte ha chiarito che il fatto che l'agente avesse agito in violazione dei doveri del suo ufficio riguardava non le modalità che regolano l'accesso al sistema, ma piuttosto "abusi" successivi che potevano integrare altri reati[27].

Viceversa, perché possa realizzarsi il reato di cui all'art. 615 *ter* c.p. è necessario che il fatto (l'accesso o la permanenza non autorizzati) sia commesso con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni, ossia con "abuso" del rapporto funzionale di cui il soggetto è investito nei confronti del sistema[28], come potrebbe accadere, ad esempio, se il pubblico ufficiale, abusando della propria funzione, inducesse un sottoposto a fornirgli le credenziali di autenticazione per accedere ad un sistema informatico ovvero, violando le prescrizioni del proprio dirigente o del proprio funzionario, si mantenesse nel sistema per acquisire dati non necessari per lo svolgimento delle sue funzioni. L'elemento comune o, meglio, l'area di intersezione fra dimensione individuale e dimensione collettiva del bene tutelato, è costituita dall'interesse a non subire indebite interferenze nella sfera di rispetto e disponibilità di "spazi informatici", indipendentemente dalla qualità (natura) o dalla quantità di dati e informazioni o dalla natura o dimensione dello spazio informatico di pertinenza di uno o più soggetti titolari, ovvero dal potere di determinare, in sé, il destino di tali aree informatiche in cui si manifesta la personalità umana.

Rilievi conclusivi

Non sembra del tutto condivisibile l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, in quanto appare viziato dall'iter argomentativo che ha legato, quasi sovrapponendole, le motivazioni della decisione alla giurisprudenza di legittimità sul reato di abuso di ufficio, la quale ha ricondotto lo sviamento di potere all'interno delle nozioni di *abusività* della condotta e di fatto commesso con *violazione dei doveri di ufficio*, enfatizzando la già fumosa locuzione di rapporto di "*ontologica incompatibilità*" con la funzione svolta.

È vero che questa ultima asserzione compare già nella decisione delle Sezioni Unite Casani. In tal caso, però, essa sembra riferita ai profili autorizzativi del titolare del

sistema ed al rapporto funzionale di cui il soggetto è investito nei confronti del sistema stesso.

In verità non dovrebbero confondersi piani diversi.

Anche cercando di sganciare il requisito della violazione di norme di legge dai vizi dell'atto amministrativo, l'esistenza di disposizioni specificative dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione contribuisce ad ampliare l'area di punibilità dell'abuso "mediante sviamento di potere", consistente nella oggettiva deviazione dell'atto o della condotta dalle finalità di pubblico interesse. È oggi consolidato l'assunto - teso ad attribuire rilevanza allo sviamento di potere - che la violazione di legge riguardi non solo le condotte in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche le condotte dirette alla realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito. L'art. 97 Cost., in questo contesto, assume rilievo diretto, nella parte ritenuta immediatamente precettiva, «che impone a ogni pubblico agente, nell'esercizio concreto delle sue funzioni, di non usare il potere conferitogli per procurare ingiusti vantaggi o danni», ovvero per privilegiare situazioni, anche private o personali, «confliggenti con gli interessi collettivi»[29].

La fattispecie di cui all'art. 323 c.p. però, al pari di molte altri reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, è volta a tutelare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Anche accogliendo la tesi della dimensione plurioffensiva del reato, derivante dalla presenza dell'ingiusto danno altrui, estendendo alla "vittima" / destinatario del danno la qualifica di soggetto passivo, rimane indubbio che il bene giuridico protetto sia formalmente e sostanzialmente diverso rispetto a quello protetto dall'art. 615 *ter* c.p.

Quest'ultima fattispecie legale, come è noto, è stata formulata sulla base del modello di cui all'art. 614 c.p. La violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale, *ex* art. 615 c.p., costituisce una autonoma previsione di reato in cui l'interesse tutelato è di duplice natura: da un lato, il diritto alla libertà domestica della persona nei confronti degli abusi del pubblico ufficiale, il quale proprio per le sue attribuzioni e la sua qualifica, potrebbe essere in grado di ledere in modo più grave la libertà individuale; dall'altro lato, l'interesse della pubblica amministrazione al corretto comportamento dei propri organi ed esercizio dei doveri funzionali da parte dei pubblici ufficiali[30].

La fattispecie aggravata di cui all'art. 615 *ter*, comma 2, n. 1 viene definita, dalle Sezioni Unite, «una circostanza aggravante esclusivamente soggettiva» ma, di fatto, viene trattata quale reato autonomo, non solo quando i Giudici legano le loro argomentazioni agli orientamenti giurisprudenziali in tema di "sviamento di potere", ma anche quando affermano che il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio «possono rispondere del reato solo in forza della previsione del co. 2» e che per «tali soggetti il reato è sempre aggravato proprio perché legato alla qualità soggettiva».

In verità la disposizione dovrebbe essere interpretata alla luce del bene giuridico protetto, nella sua duplice dimensione, ed alla scelta politico criminale del legislatore,

ossia di non prevedere una fattispecie autonoma di reato analoga a quella di cui all'art. 615 c.p.

Nelle ipotesi di una strumentalizzazione dell'ufficio per svolgere attività non consentite o non istituzionali, oppure per compiere atti contrari ai doveri d'ufficio, in contrasto con disposizioni normative o istruzioni di servizio, che possono produrre un vantaggio o un danno ingiusto, il parametro oggettivo di riferimento, per tipizzare le condotte da punire, può essere costituito dalla violazione di leggi o regolamenti. La disciplina delle attività pubbliche o istituzionali, però, può anche non identificarsi o raccordarsi con quella relativa all'autorizzazione o alle regole interne inerenti alle modalità di accesso o di mantenimento in un sistema informatico, costituenti a loro volta, come anticipato, il parametro oggettivo di riferimento per verificare la sussistenza dell'abuso delle credenziali o dei profili-limiti di autorizzazione.

Il raccordo fra l'approccio oggettivo sostenuto dalle Sezioni Unite Casani e l'esigenza di distinguere i casi di sviamento di potere - da ricondurre in modo maggiormente coerente all'abuso d'ufficio - da quelli di strumentalizzazione del rapporto del pubblico ufficiale nell'ambito di un accesso abusivo o un mantenimento non autorizzato in un sistema informatico, eviterebbe una metamorfosi genetica del bene protetto. In altri termini, sostenere che, in difetto di prescrizioni del titolare possano valere, in ogni caso, i principi generali che governano l'attività della pubblica amministrazione, sposta inevitabilmente la tutela da una dimensione prevalentemente privatistica ad una pubblicistica, tipica dei reati contro la pubblica amministrazione.

In tal modo si tradirebbe la stessa *ratio* del delitto di accesso abusivo a sistemi informatici e della scelta politico criminale di prevedere, fra gli elementi costitutivi della fattispecie, quella della presenza di "misure di sicurezza". Scelta politico criminale che, da un lato, mira alla responsabilizzazione del titolare del sistema, anche solo al fine di rendere manifesta la sua volontà di escludere soggetti non autorizzati e, dall'altro lato, pone al centro la violazione della *voluntas domini*, che proprio nella previsione dell'elemento obiettivo della presenza di misure protettive trova manifestazione.

Pertanto, un soggetto può ben essere autorizzato a "superare" legittimamente le misure di sicurezza, ma non a "permanere" nel sistema informatico oltre i limiti posti dal titolare con l'autorizzazione all'accesso.

L'applicazione concreta di questi rilievi critici alla casistica oggetto della decisione delle Sezioni Unite in commento porterebbe ad una soluzione diversa rispetto a quella prospettata dai Giudici.

In altri termini, il pubblico ufficiale che accede con le proprie credenziali di autenticazione al sistema, mantenendosi all'interno di questo in difetto di una regolamentazione interna, anche solo su base consuetudinaria, che delimiti oggettivamente l'ambito del mantenimento (ad esempio perché la credenziale attribuita al cancellerie gode di tutti i privilegi di quella dell'amministratore di sistema), non commetterebbe il reato di accesso abusivo. In questa ipotesi, infatti, non si riverrebbe la violazone della *voluntas domini*, i cui confini sono lasciati alla

determinazione discrezionale del titolare del sistema informatico. Le stesse "operazioni di natura ontologicamente diversa" - ferma restando l'indeterminatezza di tale locuzione - devono essere valutate in relazione all'ambito di operatività discrezionalmente delimitato o meno dal titolare e al rapporto funzionale di cui il soggetto è investito nei confronti del sistema. In sintesi e sul piano pratico se, a fini organizzativi, il cancelliere è destinatario di tutti i privilegi autorizzativi che gli consentono di accedere a tutti i dati archiviati in un *data-base*, non si può che desumere che il titolare del sistema non ha inteso apportare limitazioni. Se il cancelliere in questione visiona fascicoli che, in quel momento, non ha in carico, non sta ponendo in essere "operazioni di natura ontologicamente diversa", in quanto rientrano nel suo "ambito di operatività" legittimamente conferito dal titolare del sistema, a prescindere dai motivi che reggono la condotta del pubblico ufficiale.

Questo ultimo potrebbe eventualmente incorrere nella commissione di altri reati fra cui, se ne ricorrono tutti gli elementi costitutivi, l'abuso d'ufficio o la rivelazione di segreti d'ufficio, ovvero la corruzione per l'esercizio della funzione, oppure di ulteriori illeciti, anche extrapenali come, ad esempio, quelli previsti dal D.Lgs. n. 196 del 2003[31], per violazione dei principi di necessità ed indispensabilità nel trattamento dei dati, ovvero per la violazione delle regole previste per i soggetti pubblici (artt. 18 ss.) o delle regole previste per i trattamenti di dati in ambito giudiziario (artt. 46 ss.).

Tale soluzione sembra coerente con l'interpretazione funzionale e sistematica del bene giuridico protetto dall'art. 615 *ter* c.p., in considerazione della sua natura e del suo grado di "disponibilità" da parte del titolare dello *ius excludendi*, quantomeno sul piano organizzativo relativo ai profili di autorizzazione, a differenza di altri beni giuridici, afferenti alla sfera pubblicistica, che escono dalla sua disponibilità.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

(1) Vedi Cass., SS.UU., 7 febbraio 2012 (27 ottobre 2011), n. 4694 (ric. Casani), in *Cass. pen.* 2012, 11, 3681 ss., con nota di C. Pecorella, e in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2012. Cfr. il commento di R. Flor, *Verso una rivalutazione dell'art. 615 ter c.p.? Il reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici fra la tutela di tradizionali e di nuovi diritti fondamentali nell'era di Internet*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2/2012, 126 ss. - a cui si rinvia anche per quanto attiene ai riferimenti sull'evoluzione storica del dibattito politico criminale sulla introduzione e sulla formulazione delle fattispecie incriminatrice - nonché R. Flor, *Art. 615 ter c.p.*, in S. Seminara - G. Forti - G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Milano, 2017, 2129 ss.

(2) Cass. Pen., Sez. V., 24 aprile 2013, n. 22024 (Carnevale).

(3) Cass. Pen., Sez. V., 20 giugno 2014, n. 44390 (M.L.). Cfr. anche Cass., Sez. V, 13 giugno 2016, n. 33311 (S.P.); Cass., Sez. V, 29 settembre 2016, n. 3818 (P.A.); Cass., Sez. V, 26 ottobre 2016, n. 14546 (S.R.M.V.).

(4) Cass. Pen. 30 settembre 2008, n. 1727 (Romano).

(5) Per una sintesi dei contrapposti orientamenti vedi R. Flor, *Verso una rivalutazione*, cit., 126 ss.

(6) In *Cass. pen.*, 2010, 1, 155 ss.

(7) In *Cass. pen.*, 2002, 3, 1015 ss., con nota di L. Cuomo - B. Izzi.

(8) In *Cass. pen.*, 2009, 9, 3454 ss.

(9) In *Cass. pen.*, 2010, 1, 224 ss.

(10) In *Guida dir.*, 2010, 10, 95 ss.

(11) In *Cass. pen.*, 2011, 6, 2198 s. (s.m.), con nota di E. Mengoni.

(12) Cass., Sez. VI pen., 8 ottobre 2008, n. 3290, sent.

(13) Cass., Sez. V pen., 29 maggio 2008, n. 26797, sent. (Scimia), in *Cass. pen.*, 2009, 4, 1502 (s.m.).

(14) Così Cass., Sez. V pen., 20 dicembre 2007, n. 2534, sent., (Migliazzo), Cass., Sez. V pen., 29 maggio 2008, n. 26797, sent., (Scimia), Cass., Sez. VI pen., 8 ottobre 2008, n. 3290, sent., (Peparaio), Cass., Sez. V pen., 25 giugno 2009, n. 40078, sent., (Genchi).

(15) Tale interpretazione troverebbe conforto nelle fonti sovranazionali: sulle raccomandazioni R(89)9 del Consiglio d'Europa, prima dell'entrata in vigore della L. n. 547 del 1993, vedi ampiamente L. Picotti, *Studi di diritto penale dell'informatica*, Verona, 1992; dopo l'entrata in vigore della l. n. 547, cfr. L. Picotti, voce *Reati informatici*, in *Enc. giur.*, Agg., VIII, Roma, 2000, 1 ss.; F. Berghella - R. Blaiotta, *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cass. pen.*, 1995, 9, 2329 ss.; cfr. altresì L. Picotti, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in L. Picotti (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova 2004, 21 ss. Con riferimento alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 2001 sul Cybercrime e alla L. di ratifica n. 48 del 2008, vedi, fra tutti, L. Picotti, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in questa *Rivista*, 2008, 700 ss. Con riguardo anche agli aspetti processuali cfr., fra i primi contributi, L. Lupária (cur.), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest*, Milano, 2009 e L. Lupária, *I profili processuali* (*Commento alla legge n. 48 del 2008*), *in questa Rivista, 2008, 717 ss.*

(16) Sul dibattito connesso alle "finalità" ulteriori dell'agente vedi R. Flor, *Verso una rivalutazione*, cit., a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

(17) Le Sezioni Unite hanno privilegiato, dunque, l'interpretazione seguita dalla Cass., Sez. V pen., con la sent. n. 22024 del 2013 (Carnevale), che ha richiamato i principi previsti dalla L. n. 241 del 1990, in base alla quale «l'attività amministrativa persegue

fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

(18) I Giudici hanno richiamato Cass., SS.UU., 29 settembre 2011, n. 155 (ric. R.A., M.O.): «ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione».

(19) Art. 335 c.p.p., art. 110 *bis* disp. att. c.p.p. e, per quanto attiene a trattamento di dati personali, *data security* e distribuzione delle responsabilità, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Sul trattamento dei registri informatizzati è intervenuto, in sostituzione del D.M. 24 maggio 2001, il D.M. 27 aprile 2009, il quale prevede l'organizzazione centrale e periferica del sistema informatico del Ministero della giustizia. Le procedure di controllo delle attività relative all'utilizzo e alla gestione del sistema informatico, anche per la tutela della autenticità e della integrità dei dati, comprendono altresì, come misura minima di monitoraggio, la registrazione di tutti gli accessi, anche di carattere tecnico, ivi compresi quelli non riusciti o falliti, e di tutte le operazioni effettuate sui dati (*ex* D.Lgs. n. 240 del 2006, modificato dalla L. n. 24 del 2010).

(20) Cfr. C. Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, Padova, (rist.) 2006, 306 ss., 349-350; R. Flor, *Art. 615 ter c.p.: natura e funzioni delle misure di sicurezza, consumazione del reato e bene giuridico protetto*, in questa *Rivista*, 2008, 106 ss.

(21) L. Picotti, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa*, cit.; R. Flor, *Art. 615 ter c.p.*, in G. Forti - S. Seminara - G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., 2129 ss.

(22) *Contra* F. Berghella - R. Blaiotta, *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, cit., 2330 ss., i quali ritengono che le misure di sicurezza non possano ridursi ad una simbolica affermazione della *voluntas excludendi*.

(23) Questo profilo di carattere organizzativo-regolamentare e di proceduralizzazione delle attività consentite viene rafforzato in modo evidente dal nuovo Regolamento europeo n. 2016/679, in materia di protezione dei dati personali, che, ad esempio, all'art. 28 stabilisce che i trattamenti da parte di un responsabile devono essere disciplinati da un contratto, o da altro atto giuridico, che vincoli il responsabile al titolare del trattamento e che individui la durata, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, nonché gli obblighi ed i diritti dello stesso titolare del trattamento. Il contratto o altro atto giuridico devono prevedere altresì che il responsabile adotti tutte le misure richieste ai sensi dell'art. 32 del Regolamento ossia che, tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione,

nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, predisponga misure tecniche, informatiche e organizzative adeguate, per garantire un livello di sicurezza proporzionato al rischio. A tali disposizioni si aggiungono quelle (art.29) relative al divieto, in capo al responsabile del trattamento, o a chiunque agisca sotto la sua autorità o sotto quella del titolare del trattamento, che abbia accesso a dati personali, di trattare dati se non è istruito in tal senso dal titolare del trattamento (salvo che lo richieda il diritto dell'Unione o degli Stati membri), nonché quelle (art. 30) riguardanti gli obblighi di istituzione ed adozione di un registro delle attività di trattamento. Tali norme si inseriscono in un quadro più generale volto ad assicurare e a rafforzare la tutela dei dati personali attraverso la proceduralizzazione degli adempimenti. Il titolare, infatti, deve adottare misure tecniche e organizzative adeguate ed essere in grado di dimostrare che il trattamento è effettuato nel pieno rispetto della disciplina dettata dal Regolamento europeo. Tali misure devono includere, ad esempio, sia l'attuazione di politiche adeguate in materia di protezione dei dati, sia l'adesione a codici di condotta (art. 40) o a un meccanismo di certificazione (art. 42).

(24) Vedi già, per tutti, L. Picotti, *Sistematica*, cit., 21 ss.; L. Picotti, voce *Reati informatici*, cit., in specie 22.

(25) Cfr. R. Flor, voce *Riservatezza informatica*, in *Enc. giur.*, *Diritto on line*, 2017. Cfr. altresì L. Picotti (cur.)., *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013, in specie il contributo di L. Picotti (29 ss.), che esamina i beni della persona penalmente rilevanti nel *cyberspace* con riguardo al diritto ad una sfera personale esclusiva e sicura di «riservatezza informatica», alla riservatezza e sicurezza delle comunicazioni informatiche, nonché al diritto alla protezione dei dati personali e ad altri beni personali da tutelare, nel pieno riconoscimento e rispetto della persona, della pari dignità e dell'identità individuale. Cfr. anche, ivi, il contributo di I. Salvadori (125 ss.) che, con riferimento all'oggetto giuridico dell'art. 615 ter c.p., ne riprende sostanzialmente le linee direttrici ed argomentative.

(26) Il richiamo alla strumentalizzazione dell'ufficio o al compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio è evidentemente riferito ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione e, in particolare, all'abuso d'ufficio ed alla corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio; basti il rinvio, in questa sede, alla manualistica ed ai riferimenti bibliografici ivi riportati: G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, V ed., Torino, 2012, 223 ss. e 244 ss. Sembra assistere, in sostanza, ad uno "slittamento reciproco" dell'interpretazione giurisprudenziale in materia di abuso d'ufficio e di quella recente, delle Sezioni Unite in commento, relativa all'art. 615 *ter* c.p. Ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, infatti, si ritiene sussistente il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la condotta risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale

ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integrerebbe la violazione di legge poiché lo stesso non verrebbe esercitato secondo lo schema normativo che ne legittimerebbe l'attribuzione (vedi, ad esempio, Cass., Sez. III, 15 dicembre 2016, n. 7161, in *Guida dir.*, 2017, 14, 85 ss.; Cass., Sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, in *Riv. pen.*, 2016, 3, 238; Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 43789, in *Cass. pen.*, 2013, 10, 3516).

(27) Cass., Sez. V pen., 29 maggio 2008, n. 26797, sent. (Scimia), in *Cass. pen.*, 2009, 4, 1502, nonché R. Flor, *Verso una rivalutazione*, cit.

(28) Per considerazioni analoghe riferite agli operatori di sistema cfr. P. Perri, *Analisi informatico-giuridica dei reati di frode informatica e accesso abusivo a un sistema informatico o telematico con l'aggravante dell'abuso della qualità di operatore del sistema*, in *Giur. merito*, 2008, 6, 1651 ss.

(29) Basti il rinvio, in questa sede, a S. Seminara, *Art. 323 c.p.*, in G. Forti - S. Seminara - G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., 1075 ss.

(30) Cfr. R. Flor, *Art. 615 c.p.*, in G. Forti - S. Seminara - G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., 2125 ss. In giurisprudenza si è anche sostenuto che l'abuso di poteri inerenti alle funzioni - che qualifica la condotta del delitto di cui all'art. 615 c.p. - non postulerebbe la presenza degli estremi necessari per l'integrazione del reato di cui all'art. 323 c.p., potendo realizzarsi per effetto di qualsiasi abuso, come l'usurpazione, lo sviamento, il perseguimento di una finalità diversa, l'inosservanza di leggi, regolamenti o istruzioni, ecc., indipendentemente dall'ingiustizia o meno degli scopi perseguiti dall'agente (Cass., sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 34489, in *Cass. pen.*, 2014, 4, 1285 ss. e, in senso conforme, Cass., Sez. V, 10 agosto 1993, n. 5088, in *Giust. pen.*, 1994, II, c. 320).

(31) Si consideri che il nuovo Regolamento europeo n. 2016/679 rafforza sensibilmente l'apparato sanzionatorio extrapenale. Per quanto riguarda le sanzioni penali, con la legge delega n. 163/2017 il nostro legislatore ha demandato al Governo il compito di adottare i decreti legislativi per adeguare il quadro normativo interno alle previsioni europee, nonché per prevedere le misure di natura penale ritenute efficaci, dissuasive e proporzionate.

Cass. pen. Sez. VI Sent., 21/02/2013, n. 9726 (rv. 254593)
REATO IN GENERE SEGRETI

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - Delitti - Dei pubblici ufficiali - Rivelazione di segreti di ufficio - Individuazione - Notizie di ufficio che devono rimanere segrete - Nozione

In tema di rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio, per notizie di ufficio che devono rimanere segrete si intendono non solo le informazioni sottratte alla divulgazione in ogni tempo e nei confronti di chiunque, ma anche quelle la cui diffusione sia vietata dalle norme sul diritto di accesso, perché effettuata senza il rispetto delle modalità previste ovvero nei confronti di soggetti non titolari del

relativo diritto. (Fattispecie in cui sottufficiali della polizia di frontiera avevano fatto uso di dati identificativi di cittadini stranieri fermati per controlli, dei quali avevano fotocopiato passaporti e codici fiscali, al fine di consentire ad altro straniero, irregolarmente presente nel territorio dello Stato, di attivare schede telefoniche senza dover fornire le proprie generalità, e di evitare così il rischio di espulsione). (Annulla in parte senza rinvio, App. Torino, 27/01/2012)

FONTI

CED Cassazione, 2013

FINALMENTE UNA LEGGE GENERALE SUL *WHISTLEBLOWING*: LUCI ED OMBRE

di Aldo Frignani

L. 30-11-2017, n. 179, epigrafe

Seguendo (in parte) l'esempio di qualche altro Paese (USA,UK) l'Italia si è dotata di una legge *ad hoc* (30 novembre 2017, n. 179) per disciplinare il *whistleblowing*. L'articolo ne fa una illustrazione mettendola a confronto con varie norme già presenti, constatando la difficoltà di applicare al settore privato norme valide per la segnalazione degli illeciti nel settore pubblico e sottolineando (i) la mancanza di incentivi per il denunciante, (ii) la carenza di garanzia dell'anonimato, (iii) l'omissione di coordinamento con norme settoriali (antiriciclaggio, bancarie, finanziarie) che permangono nel sistema. Nonostante queste lacune l'autore saluta con favore la nuova legge.

Sommario: 1. Premessa - 2. Il raffronto con la normativa precedente - 3. Il *whistleblowing* nel settore privato - 4. Il *whistleblowing* prevale sull'obbligo al segreto. Il caso della proprietà industriale - 5. Qualche conclusione a caldo. In particolare il *whistleblowing* e il diritto della concorrenza

1. Premessa

Avendo svolto alcune considerazioni sul *whistleblowing* nel *public enforcement* della concorrenza[1] la legge 30 novembre 2017, n. 179 recante "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato" (approvata il 15 novembre 2017, pubblicata sulla *G.U.* 14 dicembre 2017, n. 291 ed entrata in vigore il 29 dicembre 2017) mi offre l'occasione, al di là della sua illustrazione, di qualche ulteriore approfondimento ed in particolare di trovare una conferma o di dover ammettere una smentita di quanto scrissi allora.

Innanzi tutto la L. n. 179 offre alcune conferme: in senso positivo e cioè la necessità di tenere riservata l'identità del segnalatore come strumento essenziale per tutelarlo da discriminazioni o ritorsioni; in senso negativo e cioè la protezione dell'identità del denunciante non è spinta fino all'anonimato in ingresso e poi l'assenza di incentivi per invogliare chi è a conoscenza di fatti o notizie corruttive a denunciarli.

Ma vediamo la struttura della L. n. 179. Essa è composta di tre articoli: il primo integra l'art. 54 *bis* del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165[2] con 9 lunghi commi; il secondo, dedicato agli illeciti nel settore privato, aggiunge alcuni commi all'art. 6 del decreto 8 giugno 2001, n. 231 sulla responsabilità amministrativa degli enti; l'ultimo si interessa del rapporto fra il segreto d'ufficioaziendale o professionale e l'obbligo di fedeltà del dipendente (art. 2105 c.c.) e la denuncia degli illeciti, dando priorità all'interesse generale a conoscere gli illeciti al fine di prevenirli o sanzionarli.
Gli artt. 1 e 2 sono dunque la conferma che il *whistleblowing* trovava già una disciplina, seppure embrionale ed insufficiente, nell'ordinamento italiano, di cui la legge in commento costituisce una generalizzazione ed un perfezionamento.

2. Il raffronto con la normativa precedente

Circa il rapporto tra il vecchio art. 54 *bis* e l'attuale, menziono i seguenti punti:

i) Innanzitutto c'è la definizione di "dipendente pubblico", allargato al "dipendente di un ente pubblico economico ovvero il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c.", ma sembra non comprendere i dipendenti di enti privati a semplice[3] partecipazione pubblica. In compenso la norma è estesa "anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzino opere in favore dell'amministrazione pubblica". Ciò vuol dire che vi ricadono tutti gli appaltatori di appalti pubblici e ciò non può meravigliare dal momento che sono questi i contratti attraverso i quali passa la più gran massa di denaro e sono più soggetti a corruzione, collusione ed altri reati. D'altra parte in tutte le legislazioni sul *whistleblowing* a noi note, a cominciare dal *False Claims Act* statunitense del 1863, il *bid rigging* è il terreno di coltura nel quale sono nate e cresciute.
ii) "L'identità del segnalante non può essere rivelata". Al principio della riservatezza sono apposte molte eccezioni. È legittimo chiedersi se ciò basti a garantire l'anonimato[4]. È da dubitarne. Intanto l'autorità o ente che riceve la denuncia è in tal modo venuto in possesso del nome del denunciante: è come quando uno rivela un segreto ad un altro facendosi promettere che questi non lo rivelerà ad alcuno: il segreto è perso ! Che in Italia non ci si possa fidare ne fa testimonianza la scarsa tenuta del segreto istruttorio sia in sede penale che civile.
Bisognerebbe adottare le tecnica usata dalla Commissione europea nella sua comunicazione del 16 marzo 2017 che annunciava l'adozione del nuovo mezzo per garantire l'anonimato nelle denunce relative alle violazioni della concorrenza[5]. Il legislatore sembra che abbia percepito la insufficienza dell'affermazione "non può essere rivelata" e al comma 5 prevede che "Le linee guida [*dell'ANAC*] prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione". La norma è generica e dovremo vedere come il punto sarà specificato nelle future Linee Guida[6].
iii) La legge prosegue dicendo che le denunce sono "Nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione". Questa espressione non è meglio definita e lascia dubbi su

cosa voglia dire. Si deve con ciò intendere la spinta motivazionale del denunciante? Se così fosse si taglierebbero fuori una gran quantità di segnalazioni che sono fatte per motivi meno nobili. O vuol dire che "*l'interesse dell'integrità*" è "*in re ipsa*" in ogni denuncia per il fatto che evita la prosecuzione di un illecito oppure disvela l'esistenza di un fatto che se conosciuto danneggerebbe la P.A? Se così fosse sarebbe totalmente inutile e propria di un linguaggio politico-parlamentare pieno di declamazioni. Se non è *in re ipsa*, la deve provare o dimostrare il denunciante? Tutto ciò che si può dire è che vi è un interesse in primo luogo "morale" (tocca l'immagine della P.A.), ma non solo, si pensi ai reati di cui al Libro II, titolo II del codice penale dove è chiaro il riferimento all'integrità economica. In ogni caso non si può concludere che il *whistleblower* sia tenuto a spiegare i motivi del suo gesto.

iv) La definizione dell'ambito di applicazione della legge rimane un puzzle irrisolto. Si usano infatti 3 nozioni diverse. Oggetto della denuncia sono "condotte illecite" (art. 54 *bis*, comma 1), mentre nel titolo della legge esso è indicato come "reati o irregolarità" e la rubrica dell'art. 1 reca l'indicazione di "illeciti"(7). Non è facile districarsi: per esempio, un documento può essere considerato una "condotta"? Mentre "*irregolarità*" è un concetto vago e generico e richiama la violazione di forme (o norme procedimentali) più che la sostanza. È da ritenere invece che la legge Severino (norma originale, qui solo implementata), usando l'espressione "illegalità", si riferisse piuttosto alla violazione di un comando sostanziale.

In questa situazione di incertezza maggiori lumi potrebbero provenirci dalle Linee Guida dell'ANAC nella Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, a parere della quale le "condotte illecite" oggetto di segnalazione "comprendono non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione, di cui al Titolo II Capo I del codice penale, ma anche le situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati, nonché i fatti in cui ... venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ... Si pensi a titolo meramente esemplificativo, ai casi di sprechi, nepotismo, demansionamenti, ripetuto mancato rispetto dei tempi procedimentali, assunzioni non trasparenti, irregolarità contabili, false dichiarazioni, violazione delle norme ambientali e di sicurezza sul lavoro". Onde ci sembra corretta l'espressione più volte usata nelle Linee Guida:" corruzione e *mala gestio*". Forse con questa interpretazione allargata si riuscirà a far rientrare nel perimetro della legge la piaga dei cc.dd. "furbetti del cartellino" che tutta la comunità depreca, ma che ammorba di sé la pubblica amministrazione non solo nella sua immagine ma anche dal punto di vista della efficienza economica("integrità")(8).

In quest'ottica si spiega meglio anche il legame teleologico con "l'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione" che non era altrimenti facilmente decifrabile.

In altre parti della *Determinazione* si usa l'espressione "corruzione" sulla base dei titoli dei vari provvedimenti legislativi che disciplinano la materia(9). Il ché ci avvicina alle origini della disciplina che si trovano negli Stati Uniti: si ricordi che ivi il *False Claims*

Act (FCA)del 1863 (ancora in vigore, seppure avendo subito molti emendamenti) era nato per perseguire le frodi nelle pubbliche forniture ed appalti[10]. Accanto a questo può collocarsi il *Dodd-Frank Act* del 2010 il quale, al fine di lottare contro la grave crisi del mercato finanziario, estese le norme sul whistleblowing ai reati finanziari conferendo nuovi poteri alla SEC ridando vita alle azioni *qui tam* che consentivano agli individui di presentare ai tribunali un'azione contro i malfattori sia in nome e per conto proprio che a nome del governo[11] e rivedendo l'incentivo economico (*bounty*) che poteva raggiungere fino il 30% di quanto, in caso di esito positivo della causa, risultava l'ammontare della sanzione irrogata. Sulla stessa linea va citato il *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* del 2 febbraio 1977 e successivi emendamenti.

v) La L. n. 179 colma una lacuna lamentata a proposito nel vecchio art. 54 *bis*, e cioè quella di rivolgersi solo ai dipendenti del settore pubblico: ora questa critica è stata superata dall'art. 2 che in sostanza ripete per il settore privato, con i necessari adattamenti, le disposizioni previste per il settore *pubblico*.

vi) I destinatari della denuncia e il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Secondo il comma 1 del nuovo art. 54 *bis* la denuncia può essere fatta (a) al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza; (b) all'autorità nazionale anticorruzione (ANAC); (c) all'autorità giudiziaria ordinaria; (d) all'autorità giudiziaria contabile.

In tutte e quattro le ipotesi presupposto per l'esecuzione dei compiti che la legge gli assegna è che la denuncia non sia in forma anonima[12]. Nel vecchio 54 *bis* fra i possibili destinatari della denuncia c'era il *proprio superiore gerarchico*; ora questo tipo di "*whistleblowing* interno" è scomparso, per essere sostituito dal *Responsabile della prevenzione della corruzione*[13] che - secondo la legge Severino-è un pubblico ufficiale e che innesta un procedimento che invece una denuncia per vie gerarchiche poteva evitare.

vii) Il nuovo art. 54 *bis* si distanzia, ma poco, dall'ottica laburistica del precedente in quanto sostanzialmente basato-come dice il titolo della legge - sulla tutela del segnalante contro le eventuali discriminazioni o ritorsioni e cioè nella sua posizione lavoristica. Questo è sottolineato non solo con la nullità degli atti discriminatori o ritorsivi (che conduce al ripristino della situazione *quo ante*) (comma 7), ma con un'ammenda non indifferente al responsabile irrogata dall'ANAC (comma 6).

viii) La disciplina italiana, a differenza di altre esperienze (quella americana o quella inglese in particolare), nonostante gli sforzi lodevoli della legge in commento, rimane settoriale con norme non sempre coincidenti. Ne è un esempio la norma sull'antiriciclaggio introdotta con il D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 90 che dava attuazione alla IV direttiva comunitaria antiriciclaggio[14] che imponeva agli Stati di mettere in atto "meccanismi efficaci ... per incoraggiare la segnalazione"[15].

La primitiva direttiva comunitaria è stata trasposta in Italia dal D.Lgs. n. 231 del 2007, che dedica alle segnalazioni molti articoli fra cui il più importante è l'art. 45 sulla tutela della riservatezza; tutela che sarà possibile dare mediante un "*canale specifico di segnalazione, anonimo e indipendente*".

Sulla stessa lunghezza d'onda indico i settori bancario e finanziario che dedicano al *whistleblowing* rispettivamente gli artt. 52 *bis* e 52 *ter*[16] del T.U.B. e 8 *bis* e 8 *ter*[17] del T.U.F.
Tutte queste norme impongono di istituire procedure specifiche per la segnalazione, che si propongono di: a) garantire la riservatezza dei dati personali del segnalante; b) tutelare il denunciante contro condotte ritorsive, discriminatorie o comunque sleali; c) assicurare per la segnalazione un canale specifico, indipendente ed autonomo.

Come si vede, dopo l'affermazione di principio di protezione del segnalante, non c'è alcuna specifica indicazione dei mezzi o sistemi per garantire l'anonimato.

Una lacuna presente in tutti gli interventi legislativi italiani è questa: manca anche solo l'idea di un incentivo (e con ciò si divarica dai modelli adottati negli Stati Uniti o in UK ed in altri ordinamenti) nella forma di ricompensa o *reward*. L'esperienza di quegli ordinamenti testimonia il fatto che il segnalante raramente è mosso da scopi puramente ideali, ma la molla è spesso la promessa di una ricompensa (che i vari ordinamenti calcolano diversamente); non necessariamente, monetaria[18]: anche se più diffusa, per esempio, una promozione).
La concessione di incentivi è tanto più necessaria in quanto la tutela dell'anonimato, benché sbandierata ai quattro venti, non risulta efficace nella realizzazione pratica[19].
C'è infine un'altra finalità dell'incentivo e cioè riequilibrare il rischio che incombe sul denunciante se la denuncia si rivelasse falsa o diffamatoria (nel nostro caso solo con dolo o colpa grave: comma 9)[20].
Il comma 5 opportunamente fa carico all'ANAC di emanare delle Linee Guida relative alle "procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni" almeno per i reati che rientrano nella sua competenza. Tali procedure dovranno "garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione", mediante "l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia"[21]. Questi "strumenti" non sono meglio specificati e comunque il legislatore non ne indica la finalità dell'anonimato; la norma è più vicina ad un benevolo suggerimento che non ad un ordine.
Il comma 6 affida all'ANAC ampi poteri di sanzione nei confronti del "responsabile" delle amministrazioni o enti di cui al comma 2 per (i) l'adozione di misure discriminatorie; (ii) l'assenza delle procedure ad hoc per la segnalazione;(iii) mancanza di verifica ed analisi delle segnalazioni ricevute.

Va inoltre dato atto che il legislatore ha disciplinato il caso di denuncia palesemente calunniosa o diffamatoria accertata con sentenza, anche di primo grado, dunque non deve essere necessariamente passata in giudicato (comma 9)[22]. Nello scritto precedentemente citato avevo già sottolineato la necessità di una qualche sanzione per questa ipotesi onde evitare il pericolo della corsa alle denunce false o diffamatorie[23], pericolo che può aumentare in proporzione all'entità della ricompensa che si può percepire (in tal caso occorrerebbe un adeguato bilanciamento), ma che può verificarsi anche quando non sia prevista alcuna ricompensa.

3. Il *whistleblowing* nel settore privato

Con l'art. 2 si traspone la normativa dell'art. 1 dal settore pubblico a quello privato mediante un irrobustimento del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

È da notare nella nuova legge la richiesta di a) "uno o più canali" per la segnalazione (art. 2 *bis*, lett. a); b) "almeno un *canale alternativo di segnalazione*", che garantisca la riservatezza (art. 2 *bis* lett. b).

La lettera della norma ci induce a pensare che gli enti soggetti al D.Lgs. n. 231 debbano avere nel loro modello una pluralità di "canali" per le segnalazioni diversi, rispetto a quello comune della *governance* prestabilito in base al diritto societario applicabile secondo la struttura prescelta, per gli scopi previsti dalla 231.

In proposito avevo a suo tempo sottolineato che fra i compiti dell'organismo di controllo istituito dal D.Lgs. n. 231 vi era quello di soggetto destinatario delle eventuali segnalazioni da parte dei dipendenti[24], con il logico presupposto che per renderle più agevoli conveniva organizzare il loro anonimato[25]. Ovviamente si ragionava e si ragiona in termini di *whistleblowing interno*che, quanto alla segretezza del denunciante, ha altre esigenze rispetto al *whistleblowing* diretto ad un'autorità pubblica.

Qui il coordinamento tra le norme dei due settori pubblico e privato è scarso. Per averne un esempio, contrariamente a quanto disposto nell'ambito della pubblica amministrazione, nel settore privato manca qualsiasi indicazione dell'autorità esterna all'ente a cui fare la denuncia, mentre per il *whistleblowing* interno probabilmente ci si dovrà riferire all'organo di controllo[26]: dunque un certo grado di *overlapping* sembra inevitabile.

È scomparsa, come finalità della norma, "l'integrità della pubblica amministrazione" sostituita dall'"integrità dell'ente": il che mi sembra corretto, perché riflette l'interesse privatistico da tutelare in contrapposizione con quello pubblicistico legato alla P.A.

Un elemento di critica è dato dall'ambito di applicazione della nuova legge ai sensi dell'art. 2 che si riferisce al D.Lgs. n. 231. Per meglio capire il problema, riportiamo, per comodità del lettore, i tipi di illecito enunciati all'art. 25 ss., cui sicuramente si applicano le nuove norme sul *whistleblowing*.

1. Concussione, induzione indebita a dare o a promettere utilità e corruzione (art. 25);
2. Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento (art. 25 *bis*);
3. Delitti contro l'industria e il commercio (art. 25 *bis*, comma 1);
4. Reati societari (art. 25 *ter*);
5. Delitti con finalità di terrorismo o di eversione di ordine democratico (art. 25 *quater*);
6. Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25 *quater*, comma 1);
7. Delitti contro la personalità individuale (art. 25 *quinquies*);
8. Abusi di mercato (art. 25 *sexies*);
9. Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (art. 25 *septies*);

10. Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio (art. 25 *octies*);

11. Delitti in materia di violazione del diritto d'autore (art. 25 *novies*);

12. Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 25 *decies*);

13. Reati ambientali (25 *undecies*);

14. Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (art. 25 *duodecies*).

L'ottica della denuncia della corruzione, che induceva il *whistleblower* a "soffiare nel fischietto" si è allargata sfumando i contorni alla distanza: pensiamo ai reati di cui ai nn. 5, 6, 7, 11, 14, che hanno poco a che fare con la corruzione e dintorni.

Come si vede, in questa lista c'è gran parte degli illeciti del codice penale; comunque non so cosa resti fuori, considerando l'ampiezza delle "condotte illecite" del comma 2 *bis* lett. a). Forse era meglio sul punto amalgamare di più le norme dettate per il settore pubblico con quelle dettate per il settore privato.

Un'altra differenza di non scarsa rilevanza è data dal *pendant* del comma 9 dell'art. 1 spostato al settore privato, per il caso in cui il segnalante causi ingiustamente un danno al denunciato. Se la denuncia si basa su circostanze false affinché il denunciante perda le sue tutele, nel caso del dipendente pubblico, è necessario che la denuncia abbia gli estremi dei reati della calunnia o diffamazione o degli stessi illeciti nella responsabilità civile ma con dolo o colpa grave, accertata con sentenza di primo grado, mentre per il dipendente privato basta che la denuncia si riveli semplicemente "infondata". Nel primo caso la sanzione è la perdita della tutela laburistica del denunciante, nel secondo caso la sanzione è libera e lasciata al sistema disciplinare prescelto. Le condizioni di maggiore severità per il dipendente pubblico affinché scattino le sanzioni marcano una differenza che mal si spiega.

4. Il *whistleblowing* prevale sull'obbligo al segreto. Il caso della proprietà industriale

L'art. 3 solleva il denunciante dall'applicazione di tutte le norme penali e civili che tutelano il segreto dando priorità al "perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private" mediante la scoperta o cessazione di fatti corruttivi rispetto "all'interesse al segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale".

Questa scriminante è sottoposta ad un limite: torna a prevalere la norma generale a tutela del segreto se "la rivelazione [*è fatta*] con modalità eccedenti rispetto alle finalità dell'eliminazione dell'illecito e, in particolare, la rivelazione [*è fatta*] al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto a tal fine". Pertanto se la denuncia è fatta, ad esempio, sulla stampa o tramite i *social networks*, il denunciante risponderà degli eventuali illeciti di violazione del segreto.

Quid se nella denuncia vengono rivelati segreti industriali che potevano costituire oggetto di domanda di brevetto? Secondo l'art. 47 del codice della proprietà industriale (D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30) la divulgazione non è opponibile "se si è

verificata nei sei mesi che precedono la data di deposito della domanda di brevetto e risulta direttamente o indirettamente da un abuso evidente ai danni del richiedente o del suo dante causa"[27].

Ci può aiutare a rispondere al quesito la direttiva del Parlamento e del Consiglio dell'8 giugno 2016, n. 2016/943 sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, la quale regola in modo esplicito il nostro caso. L'art. 5 dice che la presunta divulgazione del segreto commerciale non può essere sanzionata quando sia avvenuta "per rivelare una condotta scorretta, un'irregolarità o un'attività illecita, a condizione che il convenuto abbia agito per proteggere l'interesse pubblico generale"[28]. Il combinato disposto delle due norme porta alla conclusione che se la denuncia risulta basata su falsità il denunciato non perde i suoi diritti al brevetto, con una ulteriore specificazione: che mentre nella norma italiana sembra che la non opponibilità della divulgazione valga solo per sei mesi, nella norma comunitaria tale limite non c'è. Perché la divulgazione perde il suo carattere di illiceità, se e nei limiti in cui è necessaria per il perseguimento dell'interesse pubblico[29].

In proposito rimane da chiedersi se questa esenzione sia destinata a valere anche per gli atti preparatori o propedeutici alla denuncia (per esempio, nel procurarsi documenti o colloquiando con colleghi). La risposta è quella data sopra.

5. Qualche conclusione a caldo. In particolare il *whistleblowing* e il diritto della concorrenza

1. Nel titolo l'abbiamo definita una legge generale sul *whistleblowing*. Ciò non è del tutto corretto sotto svariati profili. In primo luogo è rimasta incentrata dalla visione laburistica del fenomeno (che-lo riconosciamo-è il più importante), ma ci sono altre sfaccettature oltre la tutela del denunciante da ritorsioni del suo datore di lavoro: si pensi alla denuncia di un terzo o di un concorrente o di un agente per suo conto. In proposito mi sembra oltremodo restrittivo che gli illeciti denunciati debbano essere quelli "di cui [*il whistleblower*] è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro". Così impostato il meccanismo ne rimangono fuori tutti gli illeciti di cui il lavoratore sia venuto a conoscenza in altro modo e al di fuori del rapporto di lavoro, per esempio quegli che riguardano altre amministrazioni. Infine rimangono in piedi e fuori dalla legge in commento le regolamentazioni settoriali che o non sono state soppresse o non si è provveduto al necessario coordinamento.

2. In secondo luogo, persistendo le regolamentazioni settoriali, si nota ancora di più la mancata estensione alla concorrenza, del cui interesse generale nessuno più dubita. Questo aspetto merita qualche osservazione specifica.

I legislatori più avanzati nella materia hanno preso atto che senza il contributo dei *whistleblowers* molte intese segrete sarebbero sfuggite alle indagini delle autorità competenti, non risultando sufficienti i *leniency programs* che pure avevano adottato e qualche risultato avevano prodotto[30]. Ho già illustrato le ragioni per le quali tali

programmi di clemenza non possono sostituire se non in misura minima la funzione che si affida al *whistleblowing*[31].

Da tempo si è cercato di superare anche legislativamente tale limitazione. Ciò vale in particolare per quegli ordinamenti come gli USA che hanno istituito nella disciplina antitrust, accanto alla *Corporate Leniency Policy*, la c. d. *Individual Leniency Policy* che si applica a tutte le singole persone che denunciano una violazione antitrust da parte della società nella quale sono impiegati[32]. Questa regola acquista una particolare giustificazione in quegli ordinamenti dove le violazioni delle regole sulla concorrenza sono attribuite e colpiscono anche le persone fisiche come amministratori, direttori ed altri dipendenti.

Regole analoghe troviamo in Inghilterra con il *Competition Act* del 1998[33] e *l'Enterprice Act* del 2002[34] dove di un illecito anticoncorrenziale rispondono penalmente anche i dirigenti dell'azienda. L'esempio fu seguito dall'Irlanda.

In Brasile citiamo la legge sulla concorrenza del 30 novembre 2011, n. 12529[35] in base ai quali il programma di clemenza si applica oltre che alle società anche agli individui[36]. Ad esso possiamo aggiungere il Messico con la *Ley Federal de Competencia Economica* entrata in vigore il 7 luglio 2014, il cui art. 127 ritiene responsabili delle violazioni antitrust non solo le persone giuridiche ma anche gli individui.

In tutti questi sistemi, dei benefici della *leniency* possono approfittare anche gli individui che possono così andare immuni dalle pene personali.

Ma laddove la normativa antitrust colpisce solo le imprese e non i loro dirigenti (come nella Unione Europea e nella stragrande maggioranza dei suoi Stati membri) accanto ai *Leniency Programs* si è ritenuto necessario contare sul *whistleblowing* dei dipendenti per meglio scovare le pratiche illecite[37].

3. A proposito di *tax crimes*, per i quali in molti ordinamenti il *whistleblowing* è considerato fondamentale (come negli USA)[38]ed approvato dalla cultura diffusa, essi non risultano oggetto della nuova legge e questo è un vero peccato perché questi reati sono i più odiosi ed il loro impatto negativo nel bilancio dello Stato è mal tollerato e dunque la cultura pro *whistleblowing*dovrebbe trovare un terreno fertile.

4. Al di là delle lacune all'interno stesso del perimetro di applicazione della legge, c'era la necessità di un migliore coordinamento con la strumentazione penale di lotta contro questi reati fra le autorità destinatarie della denuncia e le autorità giudiziarie ordinarie o contabili (a meno che nel caso concreto non coincidano).

5. Tutto ciò osservato, la nuova legge (pur non perfetta) va salutata con favore costituendo un progresso verso la promozione dell'interesse pubblico da parte di soggetti privati che finora erano stati assenti nel perseguimento dello stesso ed allargando la diffusione della cultura della liceità quale bene comune da perseguire con ogni sforzo.

L'obiettivo perseguito dall'ANAC nello sponsorizzare la neonata legge sul *whistleblowing* era quello di "scacciare la paura" (delle ritorsioni). Speriamo che si realizzi!

(1) In questa *Rivista* 2017, 5, 413 ss.

(2) Introdotto dalla legge Severino 6 novembre 2012, n. 190 sulla repressione della corruzione e della illegalità della pubblica amministrazione. Con tale legge l'Italia diede attuazione alla Convenzione dell'ONU sulla corruzione del 31 ottobre 2003.

(3) E cioè che non diano luogo a controllo. Vedi Petrucci, *Whistleblowing, resta il rebus sui destinatari*, in *Guida dir.*, 2017, n. 48, 6.

(4) Ne sottolinea la necessità Ferrajoli, *Whistleblowing: fondamentali tutela e anonimato*, in *Guida dir.*, 2017, 5, 105.

(5) Che ha adottato un sistema di messaggistica criptata con un provider terzo, illustrato da Frignani, *Il whistleblowing nella concorrenza: la Commissione elimina un ostacolo alla sua espansione*, in questa *Rivista*, 2017, 413, cit. Si tratta di un sistema di messaggistica criptata specificamente concepito, che consente comunicazioni a due vie: è gestito da un fornitore di servizi esterni specializzato che, agendo da intermediario, si limita ad inoltrare il contenuto dei messaggi ricevuti senza trasmettere i metadati, che potrebbero essere utilizzati per identificare l'informatore.

(6) Ma vedi la Determinazione dell'ANAC 28 aprile 2015, n. 6, *Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (whistleblower)* dove ancora non si affronta il problema della crittografia.

(7) Anche se queste ultime due fonti non hanno valore cogente.

(8) Benché nel Comunicato del Presidente dell'ANAC del 27 aprile 2017 (modificato il 25 ottobre 2017) si legga, nell'elenco delle materie che non sono oggetto del controllo dell'ANAC, "*Casi di mero assenteismo dal lavoro*" per cui non è chiaro se vi rientrino i "furbetti del cartellino".

(9) Il cui fulcro è la lotta alla "corruzione": così si dice nella Convenzione dell'ONU del 31 ottobre 2003.

(10) Siamo negli ultimi anni della guerra civile e l'esercito ne aveva un grande ed urgente bisogno.

(11) Questa antica *form of action* della common law inglese trovava le sue origini dal brocardo medioevale che così si esprimeva: *" qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur"*, era perciò un'azione mediante la quale un individuo tutelava non solo un proprio interesse, ma anche un interesse pubblico. Era anche denominata "*popular action*": cfr. BLACK's *Law Dictionary, 8th edition*, 2004, sub "*qui tam action*".

(12) Dunque non è sorprendente leggere nel Comunicato del Presidente dell'ANAC del 27 aprile 2017 che "le segnalazioni anonime sono archiviate dal dirigente dell'ufficio".

(13) Questa nuova figura è individuata dalla legge Severino in questo modo: "l'organo di indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione. Negli enti locali,

il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione".

(14) Dir. UE 2015/849.

(15) *Articolo* *61*
1. Gli Stati membri provvedono affinché le autorità competenti mettano in atto meccanismi efficaci e affidabili per incoraggiare la segnalazione alle autorità competenti di violazioni potenziali o effettive delle disposizioni nazionali di recepimento della presente direttiva.
2. I meccanismi di cui al paragrafo 1 includono almeno:
a) procedure specifiche per il ricevimento di segnalazioni di violazioni e relativo seguito;
b) adeguata tutela dei dipendenti di soggetti obbligati o di persone in posizione comparabile che segnalano violazioni commesse all'interno di tali soggetti;
c) adeguata tutela della persona accusata;
d) protezione dei dati personali concernenti sia la persona che segnala le violazioni sia la persona fisica sospettata di essere responsabile della violazione, conformemente ai principi stabiliti dalla Dir. 95/46/CE;
e) norme chiare che garantiscano la riservatezza in tutti i casi con riguardo alla persona che segnala le violazioni commesse in seno al soggetto obbligato, salvo che la comunicazione di tali informazioni sia richiesta dalla normativa nazionale nel contesto di ulteriori indagini o successivi procedimenti giudiziari.
3. Gli Stati membri stabiliscono che i soggetti obbligati predispongano adeguate procedure perché i dipendenti o le persone in posizione comparabile possano segnalare a livello interno le violazioni attraverso uno specifico canale anonimo e indipendente, proporzionato alla natura e alla dimensione del soggetto obbligato interessato.

(16) Nel T.U.B. gli articoli furono inseriti dall'art. 1.18, D.Lgs. 12 maggio 2015, n. 72 di recepimento della Dir. 2013/36; nel T.U.F. furono inseriti dall'art. 4.8 del medesimo D.Lgs. In quegli articoli si dice che oggetto della denuncia sono "atti e fatti che possono costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria".

(17) Qui si usa una formula pressoché identica a quella per le banche, con la precisazione dell'attività finanziaria.

(18) Quale sia la quantità ottimale della ricompensa e se ci sono valide alternative è oggetto dello studio di Y. Givati, *A Theory of Whistleblowing Rewards*, in 45 *The Journal of Legal Studies*, 2016, 43 che prende come benchmark innanzitutto quanto costerebbe affidare la scoperta dei reati solo ai "policy officers and investigators". A mio avviso il punto di partenza è insufficiente perché certe "notizie" le può conoscere solo un "interno". L'altro benchmark più diffuso è la percentuale su quanto una denuncia di successo ha fatto incassare allo Stato. Sul punto lo studio di Givati riporta alcuni dati interessanti: nel 2011 la SEC, sulla base del Dodd-Frank Act che ha reso non più discrezionale la ricompensa, ha pagato ai *whistleblowers* la somma di $16.9 milioni e nel 2014 più di $ 30 milioni. In termini individuali Givati, *op. loc. cit.* ricorda che l'Internal Revenue Service (IRS) nel 2012 ha ricompensato con $ 104 milioni

un *whistleblower* per avere denunciato gli schemi usati da UBS per incoraggiare i cittadini americani a evadere le tasse e nel 2013 la SEC ha pagato $ 14 milioni a un *whistleblower* che aveva svelato un sistema basato a Chicago per defraudare investitori stranieri che cercavano la residenza negli USA.

(19) Per una ottima analisi empirica di ciò che più muove il *whistleblower* rinvio allo studio di J.V. Butler - D. Serra - G. Spagnolo, *Motivating whistleblowers*, CEIS Research Papers, Tor Vergata, december 2017, dal quale risulta che fra le motivazioni più frequenti si annovera (i) una ricompensa economica, (ii) l'immagine sociale.

(20) Pericolo già segnalato da Frignani, *op. cit.*, 416. Vedremo più oltre che nel settore privato basta che la segnalazione si riveli "infondata" (art. 2 *bis*, lett. d).

(21) Come avevo già auspicato *op. cit.*, 418.

(22) Per un recente esempio dei danni che può comportare una denuncia che risulti poi falsa si ricordi il caso del sindaco di Mantova che fu messo alla gogna da tutti i media vedi il Corriere della Sera 24 dicembre 2017 (articolo di Battista), la Stampa 23 dicembre 2017 (articolo di Poletti).

(23) Frignani, W*histleblowing*, cit., 416.

(24) Cfr. Frignani - Grosso, *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, in *Modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001(Etica d'impresa e punibilità degli enti)*, Milano, 2004, 387.

(25) E infatti in questi anni di applicazione in molti modelli organizzativi si era prevista la possibilità di una denuncia anonima all'organo di controllo.

(26) Previsto all'art. 6, comma 1, lett. b, e che dovrà essere *"dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo"*.

(27) Sulla divulgazione abusiva rinvio a Bergia, in Vanzetti - Sironi, *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2013, *sub art. 47*;Ottolia in Marchetti - Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Padova, 2016 sub. art. 47.

(28) Osserviamo *en passant* che ciò che qui è chiamato "segreto commerciale" comprende anche il *know-how* (Considerando 1 della direttiva).

(29) Già la Commissione lavoro e previdenza sociale del Senato ha dichiarato che una denuncia a questi fini costituisce una giusta causa di rivelazione di ciò che dovrebbe rimanere segreto.

(30) Consiglio la lettura dello studio di R.D. Luz - G. Spagnolo, *Leniency, Collusion, Corruption and Whistleblowing*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2017, 1-38, che offre sul tema anche una panoramica comparatistica oltre che economica.

(31) Cfr. Frignani, *Whistleblowing*, cit., 416.

(32) Vedi S. Hammond - B. Barnett, *Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters* (November 19, 2008) Question 23, reperibile in *www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.pdf*.

(33) C.41 par. 2.

(34) C.40 par. 188.

(35) Artt. 31 e 86.

(36) Ricordiamo che i cartelli costituiscono anche un reato sanzionabile con un ammenda e con la prigione: L. 27 dicembre 1990, n. 8.137, art. 4 legge sui reati economici.

(37) Per utili informazioni cfr. C. Aubert - W. Kovacic - P. Rey, *The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*, in 24 *International Journal of Industrial Organization*, 2006, 1241 ss.

(38) Cfr. L. Breuer, *Tax Compliance and Whistlblowing. The Role of Incentives*, in 2 *The Bonn Journal of Economics*, 2013, 7 ss.

Reati contro la vita e l'incolumità della persona

Art. 575 - Art. 578 - Art. 579- Art. 580 - Art. 581 - Art. 582 - Art. 583 bis - Art. 584 - Art. 586 - Art. 588 - Artt. 589 - Art. 590 c.p. - Art. 591 c.p. - Art. 593 c.p.

1. OMICIDIO VOLONTARIO

Giurisprudenza

Cass. pen. Sez. I Sent., 22/12/2017, n. 3619 (rv. 272050)

OMICIDIO E INFANTICIDIO
REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la vita e l'incolumità individuale - Omicidio - In genere - Omicidio volontarioe preterintenzionale - Distinzione in base all'elemento psicologico - Conseguenze - Fattispecie

Si configura il delitto di omicidio volontario - e non quello di omicidio preterintenzionale, caratterizzato dalla totale assenza di volontà omicida - qualora la condotta dell'agente, alla stregua delle regole di comune esperienza, dimostri la consapevole accettazione da parte del medesimo anche solo dell'eventualità che dal suo comportamento potesse derivare la morte del soggetto passivo. (Fattispecie in cui i colpevoli, nel corso di una rapina commessa nell'abitazione di una persona anziana, le avevano oppresso ed occluso il naso e la bocca con un cuscino ed un canovaccio, impedendole di respirare e cagionandone la morte, intervenuta per soffocamento). (Restituisce nel termine, Ass.App. Firenze, 22/03/2016)

FONTI
CED Cassazione, 2018
Cass. pen. Sez. I Sent., 18/06/2015, n. 36724 (rv. 264534)
CONCORSO NEL REATOOMICIDIO E INFANTICIDIO

REATO - Causalità (rapporto di) - Concorso di cause - Omicidio doloso - Evento morte - Concausa sopravvenuta - Omissione dei sanitari nella prestazione delle cure mediche - Interruzione del nesso di causalità con la condotta lesiva originaria- Esclusione - Fattispecie

In tema di omicidio doloso, le eventuali omissioni dei sanitari nelle successive terapie mediche non elidono il nesso di causalità tra la condotta lesiva posta in essere dall'agente e l'evento morte. (Fattispecie nella quale la vittima, ferita alla gola da arma da taglio e ricoverata in un nosocomio, vi decedeva a causa del rapido degenerare delle condizioni di salute, che non consentivano alcun tipo di intervento). (Rigetta, Ass.App. Palermo, 16/01/2014)

FONTI
CED Cassazione, 2015
Cass. pen. Sez. I Sent., 04/07/2007, n. 35369 (rv. 237685)
Z.H.H.

OMICIDIO E INFANTICIDIO PERSONE FISICHE E GIURIDICHE Diritti della personalità(alla vita ed integrità fisica)**REATO IN GENERE**

REATI CONTRO LA PERSONA - DELITTI CONTRO LA VITA E L'INCOLUMITÀ INDIVIDUALE - OMICIDIO - IN GENERE - Criterio distintivo tra omicidio volontario e omicidio preterintenzionale - Fattispecie.

Il criterio distintivo tra l'omicidio volontario e l'omicidio preterintenzionale risiede nell'elemento psicologico, nel senso che nell'ipotesi della preterintenzione la volontà dell'agente è diretta a percuotere o a ferire la vittima, con esclusione assoluta di ogni previsione dell'evento morte, mentre nell'omicidio volontario la volontà dell'agente è costituita dall'"animus necandi", ossia dal dolo intenzionale, nelle gradazioni del dolo diretto o eventuale, il cui accertamento è rimesso alla valutazione rigorosa di elementi oggettivi desunti dalle concrete modalità della condotta (il tipo e la micidialità dell'arma, la reiterazione e la direzione dei colpi, la distanza di sparo, la parte vitale del corpo presa di mira e quella concretamente attinta). (Nel caso di specie, la configurabilità dell'omicidio volontario è stata argomentata sulla base di molteplici elementi, quali l'arma usata, ossia un coltello, la direzione e la violenza dei colpi, la reiterazione degli stessi). (Dichiara inammissibile, Ass.App. Brescia, 15 dicembre 2006)

FONTI
CED Cassazione, 2007
Riv. Pen., 2008, 7-8, 832

Cass. pen. Sez. I, 26-05-2017, n. 3392
R.S.

CAUSE DI NON PUNIBILITA'Errore
In tema di omicidio del consenziente, il consenso si configura quale elemento costitutivo del reato. Pertanto, ove il reo incorra in errore circa la sussistenza del consenso, trova applicazione la previsione dell'art. 47 c.p., in base al quale l'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso, nel caso di specie individuabile nel delitto di omicidio volontario.

FONTI
Quotidiano Giuridico, 2018
Dir. Pen. e Processo, 2018, 4, 492
Famiglia e Diritto, 2018, 5, 504

Corte europea diritti dell'uomo Sez. I, 02/03/2017, n. 41237/14
Ta. c. Italia

MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA
Il caso concerneva una signora che nel corso di svariati anni denunciava le aggressioni fisiche, la violenza psichica e le minacce concretizzate dal marito alcoolizzato contro di lei e i suoi figli. Il caso concerneva una signora che nel corso di svariati anni denunciava le aggressioni fisiche, la violenza psichica e le minacce concretizzate dal marito alcoolizzato contro di lei e i suoi figli. Nel 2013 l'aggresione del marito contro i membri della famiglia ha provocato il grave ferimento della ricorrente e la morte del figlio che era accorso per difenderla. La Corte ha condannato l'Italia per non aver posto in essere una pronta ed efficace azione di difesa dell'incolumità fisica della ricorrente a seguito delle sue denunce, creando una situazione di impunità che ha condotto alla reiterazione degli atti di violenza che hanno portato all'assassinio del figlio della ricorrente e al grave ferimento della donna stessa. Ulteriormente, la Corte ha osservato che le vittime sono vissute in un clima di violenza sufficientemente grave da causare lesione alla salute delle vittime, anche a seguito della passività giudiziaria, incompatibile con l'art. 3 CEDU. Infine, la Corte ha osservato che la ricorrente è stata discriminata in quanto donna, poiché le autorità hanno sottostimato le sue denunce, rimanendo inerti, invece di occuparsi della protezione sua e della sua famiglia.

FONTI
Massima redazionale, 2016

ass. pen. Sez. I Sent., 22/10/2013, n. 7274 (rv. 259162)
CIRCOSTANZE DEL REATO Aggravanti comuniaggravamento delle conseguenze del delitto

REATO - Circostanze - Aggravanti comuni - Motivi abietti o futili - Finalità di vendetta - Configurabilità del motivo futile - Sufficienza - Esclusione - Fattispecie

In tema di circostanze del reato, la vendetta non integra, di per sè sola, l'aggravante dei motivi abietti o futili, in quanto essa non induce a quel profondo senso di ripugnanza o disprezzo richiesto dall'art. 61, n. 1, cod. pen. (In applicazione del principio, la Corte ha escluso la configurabilità dell'aggravante del motivo abietto o futile in relazione ad un omicidio volontariocommesso nel corso di una spedizione punitiva organizzata per vendicare la violenta aggressione perpetrata in danno di un amico). (Annulla in parte senza rinvio, Ass.App. Napoli, 30/05/2012)

FONTI

CED Cassazione, 2014**OMICIDIO DOLOSO E OMICIDIO PRETERINTENZIONALE: QUALE DIFFERENZA?**

Corbetta Stefano

Cass. pen. Sez. I Sentenza, 19 giugno 2013, n. 32149

Sommario: Il caso - La decisione - I precedenti - La dottrina

Il caso

La Corte di assise di appello di Taranto confermava la sentenza del g.u.p. del Tribunale di quella città, che aveva dichiarato un imputato responsabile dei reati di omicidio volontario e di occultamento di cadavere, e un'altra del solo reato di occultamento di cadavere. L'autore materiale dell'omicidio aveva ammesso di aver colpito la vittima, - ospitato insieme alla moglie, coimputata, in un casolare di sua proprietà - con un bastone nel corso di una lite insorta tra i coniugi, ma solo per difendersi dall'aggressione dell'uomo che, armato di una spranga, lo aveva già attinto alla mano destra; il corpo era stato poi da lui trascinato con la propria vettura per 5 km con l'aiuto della complice-amante. Il giudice richiamava l'accertamento autoptico in atti, escludendo la sussistenza di qualsivoglia scriminante. Nel ricorrere per cassazione, la difesa degli imputati deduceva due motivi. In primo luogo, lamentava l'erronea applicazione della legge penale, avendo il giudice di merito errato nell'escludere la sussistenza della legittima difesa o dell'eccesso colposo, posto che la vittima era armata di una spranga e, ubriaco, aveva colpito l'imputato alla mano; inoltre, i giudici non avevano considerato che il luogo teatro del delitto è privo di illuminazione, sicché non poteva verosimilmente escludersi che il ricorrente avesse avuto la percezione che il rivale si stesse rialzando e che avesse sferrato il secondo colpo alla cieca. In secondo luogo, eccepiva l'erronea esclusione dell'ipotesi dell'omicidio preterintenzionale, attesa la condizione di oscurità del luogo della lite, la casualità dell'intromissione dell'imputato nella discussione tra i coniugi, la casualità e la contingenza nella scelta dell'arma, la repentinità della colluttazione tra i due uomini e l'angustia degli spazi.

La decisione

La Corte ha respinto i ricorsi perché destituiti di fondamento. Quanto alla sussistenza della legittima difesa o, per lo meno, dell'eccesso colposo, la Cassazione ha evidenziato

come l"imputato, che si era intromesso *sua sponte* in un contesto di litigio altrui, aveva avuto la piena libertà di sottrarsi alla situazione di pericolo creata proprio con la sua intromissione, essendosi trovato nelle condizioni di potersi altrimenti autodeterminare. La Corte ha poi richiamato il principio secondo cui, ai fini del riconoscimento della causa di giustificazione della legittima difesa, il requisito della necessità della difesa, anche a seguito delle modifiche apportate *all'art. 52 c.p.* dalla *l. n. 59 del 2006* , "va inteso nel senso che la reazione deve essere, nelle circostanze della vicenda apprezzate *ex ante*, l'unica possibile, non sostituibile con altra meno dannosa egualmente idonea alla tutela del diritto". Nel caso di specie, una prova del genere era mancata, tanto più che l'imputato certamente avrebbe potuto, se avesse ritenuto in pericolo la propria amante, far intervenire le forze dell'ordine. Peraltro, non rispondeva al vero che il luogo teatro dell'omicidio fosse immerso nell'oscurità tanto da non consentire all'imputato di vedere quello che stava facendo: proprio l'imputato aveva affermato di essersi avveduto che la vittima era armata e che lo stava per colpire una seconda volta; l'asserita assenza di luce, peraltro, contrastava con la successiva accurata preparazione del corpo da parte dei due sodali in vista del suo occultamento. Quanto al secondo motivo, la Corte ha ribadito il principio secondo cui il criterio discretivo tra l'omicidio doloso e l'omicidio preterintenzionale risiede nell'elemento soggettivo, nel senso che, con riguardo al delitto *ex art. 584 c.p.* , l'agente deve escludere qualsivoglia previsione, anche indiretta (per dolo eventuale o alternativo), dell'evento morte. Invero, ha precisato la Cassazione, l'omicidio preterintenzionale "si configura allorquando l'azione aggressiva dell'autore del reato sia diretta soltanto a percuotere la vittima o a causarle lesioni, così che la morte costituisca un evento non voluto, ancorché legato da nesso causale alla condotta dell'agente". Quanto ai profili probatori, "quando la lesione produttiva dell'evento letale sia stata recata per mezzo di un'arma, l'accertamento del fine perseguito dall'agente deve essere attuato tenendo conto del tipo dell'arma usata, della reiterazione e direzione dei colpi, della distanza di sparo, della parte vitale del corpo presa di mira e di quella concretamente attinta". Nel caso di specie, correttamente i giudici di merito avevano ravvisato il dolo diretto, sulla base sia delle dichiarazioni della coimputata, presente al fatto, sia, soprattutto, della relazione medico-legale, che evidenziava la violenza dei colpi inferti al capo della vittima, capaci di provocare la frattura della calotta cranica con gravissime lesioni encefaliche, tanto più che il secondo colpo era stato assestato alla vittima quando questa era inerme e stava per rialzarsi da terra. Breve: il dolo omicidiario emergeva dal tipo di arma usata (un bastone), dalla impressionante forza impressa ai colpi, dalla sede corporea attinta (entrambi i colpi erano stati diretti, con precisione, alla testa).

I precedenti

In senso conforme circa la distinzione tra omicidio doloso e omicidio preterintenzionale cfr., tra le più recenti, Cass., Sez. V, 26 maggio 2011, S. e altri, in *Ced Cass.* n. 250935; Cass., Sez. I, 30 giugno 2009, Montagnoli, *ivi* n. 244743; Cass., Sez. I, 4 luglio 2007, Zheng, *ivi* 237685.

La dottrina

F. Basile, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005, *passim*; S. Cagli, *Preterintenzione e principio di colpevolezza*, in *Indice pen.*,1994, 532 ss.; S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, *passim*; S. Grossi, *L'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale tra accertamento ed "ascrizione"*, in *Cass. pen.*, 2010, 4189; C. F. Grosso, voce *Preterintenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, XXIV; G. Insolera, *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Indice pen.*, 1981, 75 ss.;V. Magnini, *Sulla struttura soggettiva del delitto preterintenzionale*, in questa *Rivista*, 2006, 1389 ss.; V. Patalano, voce*Preterintenzione*, in *Enc. dir.*, 1986, XXXV, 351 ss.; A. Regina, *L'omicidio preterintenzionale (una rilettura dell'art. 584 c.p.)*, in*Indice pen.*, 1991, 517 ss.

CIRCOSTANZE AGGRAVANTI e ATTENUANTI
Motivi abbietti e futili
Stati emotivi
Premeditazione

GIURISPRUDENZA

Cass. pen. Sez. I, 23/11/2005, n. 5448 (rv. 235093)
CA.MA.

CIRCOSTANZE DEL REATO Aggravanti comuni motivi abietti o futili

REATO - CIRCOSTANZE – AGGRAVANTI
COMUNI - MOTIVI ABIETTI O FUTILI - Motivo abietto - Nozione - Fattispecie.

In tema di circostanze aggravanti comuni, per motivo abietto si intende quello turpe, ignobile, che rivela nell'agente un grado tale di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità, nonché quello spregevole o vile, che provoca ripulsione ed è ingiustificabile per l'abnormità di fronte al sentimento umano. (Nella specie si è ritenuta sussistente l'aggravante con riferimento a un omicidio determinato dal proposito di vendetta dell'autore per le molestie sessuali subite dalla sorella ad opera della vittima, nonché dal fine di affermazione del prestigio criminale e della capacità di sopraffazione). (Rigetta, Ass.App. Catania, 8 Maggio 2003)

FONTI
CED Cassazione, 2006

Cass. pen. Sez. I, 06/07/2018, n. 49129
C.N.

CIRCOSTANZE DEL REATO Aggravanti comuni motivi abietti o futili
In tema di tentato omicidio, non può configurare motivo abbietto o futile la sola manifestazione per quanto parossistica e ingiustificabile di gelosia, che, collegata ad un sia pur abnorme desiderio di vita in comune, non è espressione di per sé di spirito punitivo nei confronti della vittima considerata come propria appartenenza, della quale pertanto non può tollerarsi l'insubordinazione.

FONTI
Quotidiano Giuridico, 2018

Cass. pen. Sez. V Sent., 21/04/2017, n. 36892 (rv. 270804)
CIRCOSTANZE DEL REATO Aggravanti comunimotivi abietti o futili

REATI CONTRO LA PERSONA - Reato - Circostanze - Aggravanti comuni - Motivi abietti o futili - Criteri di giudizio - Fattispecie

Il giudizio sui motivi abietti o futili, che integrano la circostanza aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 1, cod. pen., non può essere riferito ad un comportamento medio, attesa la difficoltà di definire i contorni di un simile astratto modello di agire, ma va ancorato agli elementi concreti tenendo conto delle connotazioni culturali del soggetto giudicato, del contesto sociale e del particolare momento in cui il fatto si è verificato, nonché dei fattori ambientali che possono avere condizionato la condotta criminosa. (Nella specie, la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva riconosciuto il motivo abietto nell'omicidio del figlio di due anni perpetrato dall'imputato per vendicarsi della decisione della madre di interrompere la relazione). (Rigetta, Ass.App. Taranto, 18/05/2016)

FONTI
CED Cassazione, 2017

Cass. pen. Sez. I Sent., 01-10-2013, n. 59 (rv. 258598)
CIRCOSTANZE DEL REATO Aggravanti comunimotivi abietti o futili**REATO IN GENERE**

REATO - Circostanze - Aggravanti comuni - Motivi abietti o futili - Motivo futile - Nozione - Fattispecie

La circostanza aggravante dei motivi futili sussiste quando la determinazione criminosa sia stata causata da uno stimolo esterno così lieve, banale e sproporzionato rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale. (Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto corretta la valutazione del giudice di merito che aveva ravvisato l'aggravante in relazione ad un tentato omicidio commesso in danno di persona che aveva disatteso l'intimazione

dell'imputato ad interrompere la relazione sentimentale con la propria sorella minorenne). (Rigetta, App. Reggio Calabria, 14/02/2012)

FONTI

CED Cassazione, 2014

Motivi futili ad agire: ma futili per chi quando il reato è "culturalmente" motivato?

Fabio Basile

Cass. pen. Sez. I, 04 dicembre 2013, n. 51059

Sommario: Premessa. - Dalla definizione di "futilità" … alla ricerca del parametro di valutazione della "futilità". - I c.d. elementi normativi della fattispecie penale. - L'orientamento tradizionale "generalizzante". - Il più recente orientamento "individualizzante". - Perché preferire l'orientamento "individualizzante". - La soluzione adottata nel caso di specie. - Futili motivi e reati culturalmente motivati.

Premessa.

La sentenza qui annotata riguarda una drammatica vicenda che ha avuto luogo a Milano, nel settembre 2011 (1): un padre egiziano (2) tenta di uccidere la figlia diciassettenne (avuta con la propria moglie italiana (3)), per "punirla" a causa della relazione sentimentale che la stessa intrattiene con un giovane italiano. Il padre ritiene, infatti, che la figlia, essendosi fidanzata con un ragazzo di fede diversa e avendo avuto con lo stesso rapporti sessuali (da minorenne e comunque prima del matrimonio), avrebbe disonorato la propria famiglia e violato i precetti della religione musulmana.

Dai giudici di merito l'imputato viene condannato, a seguito di giudizio abbreviato, a sette anni di reclusione per tentato omicidio (art. 56 in comb. disp. con *art. 575 c.p.*), con le attenuanti generiche dichiarate equivalenti alle aggravanti della premeditazione (*art. 577, comma 1, n. 2, c.p.*), dei futili motivi (*art. 61, n. 1, c.p.*), dell'aver agito contro un discendente (*art. 577, comma 1, n. 1, c.p.*) e con abuso di autorità e di relazioni domestiche (*art. 61, n. 11, c.p.).*

Con la sentenza in esame la Cassazione respinge i motivi di ricorso dell'imputato rivolti al riconoscimento della desistenza volontaria e alla derubricazione dell'accusa da omicidio tentato a lesioni personali, mentre accoglie quelli riguardanti la premeditazione e i futili motivi, così escludendo la sussistenza delle relative aggravanti.

Sono, in particolare, i passaggi della sentenza concernenti l'aggravante dei "futili motivi" ad attirare la nostra attenzione, anche in considerazione della possibilità di qualificare il caso di specie in termini di "reato culturalmente motivato", con tale etichetta riferendoci ad un «comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo culturale di minoranza che è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza; questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale del soggetto agente è

valutato in termini indulgenti, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura è incoraggiato o imposto» [4].

Dalla definizione di "futilità" … alla ricerca del parametro di valutazione della "futilità".

Ai sensi *dell'art. 61, n. 1, c.p.*, «l'aver agito per motivi […] futili» determina un aggravamento della pena del reato commesso: un aggravamento che — se di regola è contenuto "fino ad un terzo" della pena-base (*art. 64, comma 1, c.p.*) — nel caso dell'omicidio pesa in modo particolare, in quanto comporta il passaggio dalla reclusione all'ergastolo (art. 577, comma 1, n. 4).

Per pacifica opinione i motivi dell'agire sono "futili" quando risultano *del tutto sproporzionati* rispetto all'entità del reato al quale hanno dato origine [5]. Secondo una consolidata giurisprudenza, infatti, la futilità dei motivi ricorre «quando la determinazione criminosa sia stata causata da uno stimolo esterno così *lieve, banale e sproporzionato* rispetto alla gravità del reato, da apparire […] assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale» [6]; ed anche la sentenza in commento fa propria la suddetta definizione di "futili motivi".

Ma le difficoltà, interpretative e applicative, connesse all'aggravante in parola, non riguardano tanto la definizione del concetto di futilità, quanto il *parametro* sulla cui scorta valutare i motivi e ritenerli, se del caso, "lievi, banali, sproporzionati" e, quindi, "futili".

I c.d. elementi normativi della fattispecie penale.

Il concetto di "futilità" costituisce, infatti, in linguaggio tecnico-giuridico, un *elemento normativo della fattispecie penale*, vale a dire uno di quei concetti, che fanno parte del "materiale linguistico" [7] utilizzabile dal nostro legislatore penale, i quali «si riferiscono a dati che possono essere pensati e rappresentati solo sotto il presupposto logico di una norma» [8]: si pensi, per citare solo alcuni noti esempi di questa categoria di concetti, all'"altruità" della cosa all'interno della norma incriminatrice del furto (*art. 624 c.p.*), o al "matrimonio avente effetti civili" all'interno della norma incriminatrice della bigamia (*art. 556 c.p.*).

Ma se questi due esempi vanno ricondotti alla sotto-categoria degli elementi normativi *giuridici*, così detti perché la norma da essi logicamente presupposta è una norma, per l'appunto, giuridica (le norme civilistiche che determinano se una cosa è propria o altrui, nel primo caso; le norme, sempre civilistiche, che dettano la disciplina del matrimonio, nel secondo caso), la "futilità" — al pari degli altri concetti riferiti alla qualità dei motivi, con effetto aggravante (l'"abiezione" di cui all'art. 61, n. 1, prima parte, c.p.), o attenuante (il "particolare valore morale o sociale" di cui *all'art. 62, n. 1, c.p.*) — rientra, invece, nella sotto-categoria degli elementi normativi *extragiuridici* [9]. Quest'ultimi elementi rinviano, infatti, a norme extra-giuridiche, e segnatamente *culturali* (morali, sociali, o di costume che siano), tant'è che

vengono designati anche come elementi normativi "sociali" [10], o "etico-sociali" [11], o ancora, *tout court*, "culturali" [12].

L'esempio forse più noto e più studiato di questa sotto-categoria di concetti è costituito dal "*comune sentimento del pudore*", impiegato dal legislatore nella definizione di "atti e oggetti osceni" (*art. 529, comma 1, c.p.*): il lettore ben sa, infatti, che per stabilire, ai sensi delle norme incriminatrici pertinenti (*artt. 527 e 528 c.p.*), se un atto o un oggetto sia "osceno", l'interprete (*in primis*, il giudice) deve fare riferimento alle norme culturali che, in un determinato contesto di tempo e di luogo, formano il "comune sentimento del pudore" [13].

Ma è proprio qui che sorge il problema della individuazione del *parametro* di valutazione, cui facevamo prima riferimento. Quando, infatti, il giudice deve stabilire se un atto o un oggetto sia "osceno" o, come nel nostro caso, se il motivo ad agire sia "futile", *deve previamente individuare le norme culturali* (morali, sociali, di costume), in base alle quali effettuare poi la valutazione richiesta dalla legge: ma queste norme culturali il giudice non le trova scritte in un codice o in un testo di legge, sicché le deve in qualche modo reperire da sé, scegliendo, prima di tutto, *dove* andare a cercarle.

A questo proposito, con specifico riferimento alla "futilità" dei motivi, possono registrarsi, sia in dottrina che in giurisprudenza, due orientamenti.

L'orientamento tradizionale "generalizzante".

Un primo e a lungo unico orientamento propone di adottare come parametro di valutazione della futilità dei motivi il "sentire comune della comunità sociale" [14], o — detto con formule diverse, ma dal significato sostanzialmente identico — la "coscienza collettiva" [15], o la "generalità delle persone" [16].

Secondo questo orientamento, insomma, le norme culturali sulla cui base valutare se i motivi sono futili, sarebbero costituite dai giudizi di valore espressi dalla generalità dei consociati. La futilità andrebbe, quindi, commisurata ad un *parametro generalizzante*. Ed è proprio in questo senso che si esprime anche la sentenza in esame, la quale impiega, come parametro sulla cui scorta verificare se i motivi siano stati lievi, banali, sproporzionati e, quindi, futili, il "*comune modo di sentire*"[17].

Il più recente orientamento "individualizzante".

Un secondo e più recente orientamento propone, invece, di valutare la futilità dei motivi sulla scorta di un *parametro* che presenti un maggior grado di aderenza alla persona dell'imputato e al suo contesto socio-culturale di appartenenza.

A ben vedere, il primo passo in questa direzione era già stato mosso, tempo addietro, da autorevole dottrina che aveva proposto, riscuotendo una certa adesione anche in giurisprudenza, di valutare la futilità del motivo in base al parametro della «media dei delinquenti» [18]: non già, quindi, in base ai giudizi di valore espressi dalla generalità dei consociati, bensì in base alle valutazioni proprie della specifica categoria di persone, cui appartiene lo stesso soggetto agente.

Un ulteriore passo in tale direzione è stato poi compiuto da alcune sentenze, nelle quali, per vagliare la futilità dei motivi, in aggiunta al consueto parametro della

«generalità delle persone», è stato utilizzato anche quello dell'«ambiente in cui vive il reo»[19].

In tal senso può leggersi, ad esempio, una sentenza del 1996, in cui si rileva esplicitamente che «se normalmente è sufficiente, per ritenere sussistente l'aggravante dei futili motivi, fare riferimento [...] alla sproporzione (oggettiva) esistente tra movente e azione delittuosa, in un caso come quello in esame, che presenta aspetti e modalità particolari, tale semplice riferimento non basta, essendo necessario procedere ad una indagine più approfondita sulla incidenza che determinate circostanze hanno avuto sull'animo del colpevole e ad una valutazione più completa del modo in cui il soggetto ha percepito la spinta al reato. La sussistenza dell'aggravante in questione va esclusa qualora si accerti che la sproporzionata reazione allo stimolo [...] sia dovuta a *concezioni particolari*, in base alle quali si sia portati ad annettere a certi eventi una importanza di gran lunga maggiore rispetto a quella che la maggior parte della gente normalmente vi riconnette» [20]: nella specie si trattava di un imputato che aveva ucciso il proprio fratello per questioni inerenti ad una servitù di passaggio; la sua difesa, lamentando l'applicazione dell'aggravante dei futili motivi da parte dei giudici di merito, aveva chiesto (e ottenuto) che la Cassazione tenesse conto «dell'importanza che notoriamente questioni relative alla proprietà, al possesso e alla esistenza di diritti reali hanno per *persone abituate a vivere in campagna*» [21].

L'ultima tappa di questo percorso verso una maggiore individualizzazione del parametro da utilizzare in sede di applicazione*dell'art. 61, n. 1, c.p.* , è stata segnata da alcune recenti sentenze di legittimità in cui si è affermato che il giudizio sulla futilità dei motivi «non può essere riferito ad un comportamento medio, attesa la difficoltà di definire i contorni di un simile astratto modello di agire, ma va ancorato agli *elementi concreti*, tenendo conto delle *connotazioni culturali del soggetto giudicato*, del*contesto sociale* e del *particolare momento in cui il fatto si è verificato*, nonché dei *fattori ambientali* che possono avere condizionato la condotta criminosa» [22].

Applicando una siffatta *regula iuris*, la Cassazione ha, ad esempio, respinto il ricorso del P.M. che chiedeva l'applicazione dell'aggravante dei futili motivi in un caso in cui l'imputato aveva ucciso il proprio datore di lavoro. In tale sentenza la Cassazione rileva, infatti, che «appare pienamente condivisibile la motivazione con la quale la sentenza impugnata ha escluso nel comportamento complessivo tenuto dal ricorrente l'aggravante del motivo futile, non potendosi negare che per l'imputato, quale soggetto extracomunitario, per il quale lo svolgimento di un'attività lavorativa è essenziale ai fini di ottenere la proroga del permesso di soggiorno, l'avvenuto licenziamento ed il mancato pagamento delle somme spettantigli per il lavoro di autista in nero svolto alle dipendenze della vittima, non può essere ritenuta una causale meramente irrisoria, ovvero macroscopicamente inadeguata a spiegare il pur esecrabile comportamento da lui tenuto» [23].

Sta, quindi, maturando nella nostra giurisprudenza di legittimità un orientamento favorevole a valutare la futilità dei motivinon già sulla base dell'evanescente ed impalpabile parametro del "comune modo di sentire", bensì sulla base di una sorta

di*homo eiusdem condicionis et professionis*, di un agente-modello, cioè, che condivida alcuni tratti essenziali (come le connotazioni culturali e il contesto sociale) con l'agente concreto.

Perché preferire l'orientamento "individualizzante".

L'orientamento "individualizzante" è, a nostro avviso, da preferire, e ciò almeno per due ragioni.

In primo luogo, esso consente, infatti, di superare il principale limite del contrario orientamento "generalizzante", il quale, come si è visto, ricorre ad un parametro assolutamente vago ed indeterminato (la coscienza collettiva, il comune modo di sentire), la cui precisa individuazione — soprattutto in un'epoca in cui la società italiana non è più (…ammesso che in passato lo sia stata) omogenea e unitaria dal punto di vista culturale — risulta pressoché impossibile.

In secondo luogo, l'orientamento "individualizzante" risulta preferibile perché sembra meglio rispondere alla *ratio*dell'aggravamento della pena, consistente in un giudizio di maggiore *rimproverabilità* a carico di chi ha commesso il fatto per futili motivi [24]. Ma quello di rimproverabilità è un concetto indissolubilmente legato alla dimensione personale dell'autore del reato, sicché non pare congruo graduare siffatta rimproverabilità utilizzando parametri spersonalizzati, che non tengano in alcun modo conto di almeno taluni tratti essenziali del soggetto da rimproverare [25].

La soluzione adottata nel caso di specie.

Come anticipato, la Cassazione nella sentenza in esame si allinea all'orientamento tradizionale "generalizzante", giacché commisura la futilità dei motivi al "comune modo di sentire". Ciò nondimeno, essa giunge ad una *conclusione* — la negazione dell'aggravante in parola — che, nella sostanza, ci pare *condivisibile*.

Scrive, infatti, la Cassazione che «nel caso in esame l'imputato ha agito [...] perché si è sentito disonorato dalla figlia, la quale non solo aveva avuto rapporti sessuali senza essere sposata e da minore, ma aveva avuto tali rapporti con un giovane di fede religiosa diversa, violando quindi anche i precetti dell'Islam. Per quanto i motivi che hanno mosso l'imputato non siano assolutamente condivisibili nella moderna società occidentale, gli stessi non possono essere definiti futili, non potendosi definire né lieve né banale la spinta che ha mosso l'imputato ad agire».

I motivi per i quali l'imputato ha compiuto il fatto — ci dice insomma la Cassazione — non possono essere considerati a tal punto infimi e irrilevanti da attirare su di sé un aumento di pena, giacché si tratta pur sempre di motivi fondati sull'onore familiare e sulla fede religiosa. Peraltro — come opportunamente precisa la Cassazione — escluderne la futilità non significa affatto esprimere un apprezzamento per i motivi per i quali il padre ha tentato di uccidere la propria figlia; significa semplicemente non ritenerli a tal punto lievi, banali e sproporzionati da meritare l'aggravamento di pena di cui *all'art. 61, n. 1, c.p.*

Per le ragioni che esporremo tra breve (v. prossimo paragrafo), riteniamo che alla negazione dell'aggravante in parola la Cassazione sarebbe potuta giungere — anzi, a

maggior ragione — anche adottando, ai fini della valutazione dei motivi, l'orientamento "individualizzante". Ma al di là dell'adesione al primo o al secondo orientamento, che la negazione della futilità dei motivi nel caso di specie sia una soluzione da condividere, risulta con evidenza se solo si confronta il presente caso con altre vicende di omicidio, tentato o consumato, in cui, invece, l'aggravante dei futili motivi è stata — a buon diritto — applicata per punire di più una palese ed enorme sproporzione tra motivo ad agire e gravità del fatto commesso: Tizio aggredisce con armi da punta e da taglio Caio sol perché questi si era "permesso" di prendere le difese di una ragazza da lui importunata [26]; Sempronio risolve a colpi di pistola una banale controversia condominiale legata all'uso dei posti auto nell'area antistante il caseggiato [27]; Mevio uccide un altro automobilista che con la sua auto gli aveva "soffiato" il parcheggio davanti ad un ristorante [28]; Aulo prende a pugni e calci Augerio che lo aveva invitato a desistere dalla sua condotta molesta (tenere l'autoradio accesa ad altissimo volume in piena notte sotto un'abitazione) [29].
La soluzione adottata nel presente caso merita, per altro verso, apprezzamento anche perché con essa la Cassazione, negando l'aggravante di cui all'art. 61, n. 1, prende implicitamente le distanze da una precedente sentenza del 2006 in cui, nel giudicare un padre marocchino che aveva ucciso la propria figlia, si era, invece, ritenuta «ravvisabile la futilità del motivo, attesa l'enorme sproporzione tra la causa scatenante (violazione dell'onore familiare e dell'autorità parentale) e il male cagionato; indipendentemente dalla cultura e dalla nazionalità del soggetto, *non esiste alcun accettabile collegamento* in caso di soppressione della vita umana per sanzionare una condotta reputata trasgressiva» [30]: un'affermazione, questa, che suscita riserve, in quanto omette di considerare che tra "futilità" e "accettabilità" dei motivi dell'agire vi è, in realtà, un'ampia zona intermedia. L'eventuale negazione della futilità dei *motivi* (*non futili* in quanto connessi all'onore familiare e all'autorità parentale), insomma, non avrebbe necessariamente significato ammettere che il padre aveva ucciso la figlia per *motiviaccettabili* [31].
Nonostante le prime apparenze, il presente caso non sembra, invece, proficuamente confrontabile con il celebre, e drammatico caso della giovane pakistana Hina Saleem. Se è vero, infatti, che in base alla *vulgata* proposta dai *media* il padre avrebbe ucciso Hina per punirla del suo comportamento "all'occidentale", se si va a leggere la motivazione della sentenza di legittimità che ha chiuso quel caso, in realtà si scopre che in tale occasione la Cassazione ha ritenuto che «l'assunto difensivo per il quale non sarebbe nella specie ravvisabile la circostanza aggravante prevista *dall'art. 61, n. 1, c.p.* , essendo stata determinata la condotta dell'imputato dal profondo scoramento per non essere egli riuscito nel suo ruolo di educatore e dal senso di vergogna nei confronti della comunità di appartenenza, è tesi infondata [...]; nella specie, come logicamente accertato dalla Corte di merito, la motivazione assorbente dell'agire dell'imputato è scaturita da un patologico e distorto rapporto di "possesso parentale", essendosi la riprovazione furiosa del comportamento negativo della propria figlia fondata non già su ragioni o consuetudini religiose o culturali (in tal caso si sarebbe dovuto accertare l'esistenza di una sequela di riprovazioni basate su tali ragioni o

consuetudini) bensì sulla rabbia per la sottrazione al proprio reiterato divieto paterno» [32].

Futili motivi e reati culturalmente motivati.

Le peculiarità del caso di specie e degli altri due appena sopra ricordati — in cui l'imputato di origine straniera chiede al giudice l'estensione della cognizione processuale anche al suo *background* culturale, alla sua mentalità, alle sue tradizioni d'origine, al fine di giungere, nelle sue aspettative, ad una più corretta ricostruzione dei fatti e, quindi, ad una decisione a lui più favorevole[33] — ci sollecitano un'ultima riflessione: in sede di valutazione della futilità dei motivi quanto spazio si può concedere alla*cultura d'origine dell'imputato*, laddove questa sia diversa da quella italiana?

Si tratta, peraltro, di un interrogativo di portata più generale, che potrebbe riproporsi anche in relazione all'applicazione di altre norme ed istituti: solo a titolo di esempio, si pensi all'ignoranza della legge penale (*art. 5 c.p.*), all'errore sul fatto (*art. 47, comma 1, c.p.*), alla commisurazione della pena [34].

Per rimanere sul solo campo della futilità dei motivi, si considerino i differenti esiti cui si potrebbe pervenire, in taluni casi di reati culturalmente motivati, adottando ora l'orientamento tradizionale "generalizzante", ora invece l'orientamento innovativo "individualizzante", sopra illustrati.

Se per l'orientamento "generalizzante" la futilità dei motivi deve essere valutata sulla scorta della "coscienza collettiva", della "generalità delle persone" o, come si esprime anche la sentenza in parola, del "comune modo di sentire", parrebbe, infatti, preclusa qualsiasi possibilità di prendere in considerazione la cultura d'origine dell'imputato. Sicché l'aver agito per un motivo che, nella sua cultura d'origine — ma non già in quella italiana — non è assolutamente banale o lieve, non varrebbe a metterlo al riparo dall'aggravamento di pena *ex art. 61, n. 1, c.p.*

Per contro, ove si adottasse l'orientamento "individualizzante" — che fa spazio, in sede di valutazione della futilità dei motivi, anche alle *connotazioni culturali del soggetto giudicato*, al *contesto sociale* e ai *fattori ambientali* che possono avere condizionato la condotta criminosa [35] — vi sarebbero margini decisamente più ampi per prendere in considerazione la cultura d'origine dell'imputato, e per sindacare, anche sulla scorta di questa, la qualità dei motivi per i quali egli ha agito. Ma non si gridi allo scandalo: questa seconda opzione, infatti, non comporterebbe affatto un radicale ribaltamento di un giudizio di valore da "*futile*" ad "*apprezzabile*". Si tratterebbe, più semplicemente, di accettare l'eventualità che ciò che occupa il *gradino più infimo* nella scala di valori della cultura italiana, possa, invece, collocarsi qualche gradino più in su (ma pur sempre assai in basso) nella gerarchia di valori propria di un altro sistema culturale: una differenza di solo qualche gradino, sufficiente, tuttavia, a scongiurare l'applicazione dell'aggravante in parola in presenza di un motivo, pur sempre riprovevole, ma non futile in base alla cultura d'origine dell'imputato.

---

(1) Su questa stessa sentenza, v. pure Poli, *Una nuova pronuncia della Cassazione sull'aggravante dei futili motivi nei reati culturalmente motivati*, in *Diritto penale contemporaneo* (rivista online), 14 febbraio 2014.
(2) Il dato concernente la nazionalità dell'imputato è ricavabile dagli articoli di alcuni quotidiani che hanno riferito della vicenda in oggetto: v., ad es., *La Repubblica*, Milano, 18 dicembre 2013; *Il Giornale*, Milano, 18 dicembre.
(3) Anche questa informazione si ricava dalle fonti giornalistiche richiamate alla nota precedente.
(4) Cfr. van Broeck, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n. 1, 5. Sul punto, anche per alcune riflessioni sul concetto di "cultura", qui utilizzato nella sua accezione antropologica, sia consentito rinviare a Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 15 e segg., 41 e segg.
(5) In dottrina, v. per tutti Marinucci, Dolcini, *Manuale di diritto penale*, 4a ed., Milano, 2012, 481; Mantovani, *Diritto penale, pt. gen.*, 8a ed., Padova, 2013, 414; Fiandaca, Musco, *Diritto penale, pt. gen.*, 6a ed., Bologna, 2009, 434; Romano, *Commentario sistematico del c.p., I Art. 1-84*, 3a ed., Milano, 2004, 663; Antolisei, *Manuale di diritto penale, pt. gen.*, 16a ed., Milano, 2003, 446.
(6) Cass., Sez. I, 13 ottobre 2010 (dep. 5 novembre 2010), Mele, in *C.E.D. Cass.*, 248832 (corsivo aggiunto); in termini nella sostanza coincidenti, Cass., Sez. I, 8 maggio 2009 (dep. 16 luglio 2009), Albanese, in *C.E.D. Cass.*, 244645; Id., Sez. I, 14 dicembre 2000 (dep. 12 febbraio 2001), Gattellari, *ivi*, 218082, in *Riv. Pen.* 2001, 672; Id., Sez. I, 11 febbraio 2000 (dep. 12 aprile 2000), Dolce, in *C.E.D. Cass.*, 215806; Id., Sez. I, 19 gennaio 1999 (dep. 17 marzo 1999), Zumbo, *ivi*, 212871; Id., Sez. I, 17 dicembre 1998 (dep. 16 aprile 1999), Casile, *ivi*, 213378.
(7) Cfr. Palazzo, *Corso di diritto penale, pt. gen.*, 5a ed., Torino, 2013, 142.
(8) Così secondo la "classica" definizione di Engisch, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift Mezger*, München, 1954, 147.
(9) In tal senso v., tra i tanti, Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 57; Malinverni, *Scopo e movente nel diritto penale*, Vercelli, 1945, 163 e seg. Sulla distinzione tra "elementi normativi giuridici" ed "elementi normativi extragiuridici", v. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 73 e segg.; Gatta, Abolitio criminis *e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 841 e segg.
(10) Palazzo, *Corso*, cit., 142.
(11) Marinucci, Dolcini, *Corso*, cit., 131.
(12) Pulitanò, *Diritto penale, pt. gen.*, V ed., Torino, 2013, 158. V. anche Malinverni, *Scopo e movente*, cit., 179, che, con specifico riferimento alle circostanze legate alla qualità dei motivi dell'agire (art. 61, n. 1, e 62, n. 1), rilevava che esse comportano un "rinvio ai principi dell'etica e della morale sociale".

(13) In argomento, v. Pulitanò, *Il buon costume*, in AA.VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, 167 e segg.; Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume: profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova, 1984, 3 e segg.
(14) Cass., Sez. I, 19 dicembre 2001 (dep. 29 marzo 2002), Vaccaro, in *C.E.D. Cass.*, 221525 (in motivazione); sostanzialmente nello stesso senso, in dottrina, Mantovani, *Diritto penale, pt. gen.*, cit., 402.
(15) Cass., Sez. I, 4 luglio 2007 (dep. 21 settembre 2007), Zheng, in *C.E.D. Cass.*, 237686, e in *Leggi d'Italia*; Id., Sez. I, 11 febbraio 2000 (dep. 12 aprile 2000), Dolce, in *C.E.D. Cass.*, 215806; Id., Sez. I, 22 novembre 1996 (dep. 3 febbraio 1997), Patania, *ivi*, 206662.
(16) Cass., Sez. I, 22 maggio 2008 (dep. 18 giugno 2008), Iaria, in *C.E.D. Cass.*, 240905; Id., Sez. I, 19 marzo 2008 (dep. 24 aprile 2008), Calisti, *ivi*, 240001.
(17) Ricorrono al parametro del "comune modo di sentire", tra le altre, anche Cass., Sez. I, 13 ottobre 2010 (dep. 5 novembre 2010), Mele, in *C.E.D. Cass.*, 248832; Id., Sez. I, 8 maggio 2009 (dep. 16 luglio 2009), Albanese, *ivi*, 244645.
(18) Così Manzini, *Trattato*, cit., 191; più di recente, Mantovani, *Diritto penale, pt. gen.*, cit., 402. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. V, 22 aprile 1981 (dep. 4 giugno 1981), Corda, in *C.E.D. Cass.*, 149197; Id., Sez. I, 30 novembre 1970 (dep. 9 febbraio 1971), Zampaglione, *ivi*, 116622; Id., Sez. I, 23 gennaio 1970 (dep. 1 luglio 1970), Visconti, *ivi*, 114803.
(19) Cass., Sez. I, 22 gennaio 1996 (dep. 24 novembre 1995), Pellegrino, in *C.E.D. Cass.*, 203548; Id., Sez. I, 20 dicembre 1993 (dep. 21 febbraio 1994), Etzi, *ivi*, 196416.
(20) Cass., Sez. I, 27 novembre 1995 (dep. 27 gennaio 1996), Coppolaro, in *C.E.D. Cass.*, 203499 (corsivo aggiunto).
(21) Cass., Sez. I, 27 novembre 1995, cit. (corsivo aggiunto).
(22) Cass., Sez. I, 21 dicembre 2011 (dep. 21 febbraio 2012), H.L., n. 6796, in *Leggi d'Italia*; Id., Sez. I, 29 marzo 2012 (dep. 1 agosto 2012), C., n. 31454, in *Dir. Pen. Contemporaneo* (21 dicembre 2012), con nota di Poli, *Sull'aggravante dei futili motivi*; Id., Sez. I, 18 novembre 2010 (dep. 2 dicembre 2010), Muzaka, in *C.E.D. Cass.*, 249010; Id., Sez. I, 17 dicembre 1998 (dep. 16 aprile 1999), Casile, *ivi*, 213378; in senso pressoché identico, Id., Sez. I, 14 giugno 2007 (dep. 5 luglio 2007), Vallelunga, *ivi*, 237336.
(23) Cass., Sez. I, 18 novembre 2010 (dep. 2 dicembre 2010), Muzaka, in *C.E.D. Cass.*, 249010.
(24) Sia pur con terminologia varia, individuano nella maggior rimproverabilità dell'autore la *ratio* dell'aggravante dei motivi futili, Malinverni, *Scopo e movente*, cit., 176 e segg.; Bettiol, Pettoello-Mantovani, *Diritto penale*, 12a ed., Padova, 1986, 582 e, più di recente, Mantovani, *Diritto penale, pt. gen.*, cit., 414; Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, cit., 263 e segg.
(25) Giustamente, Bernardi, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 128, rileva che l'orientamento tradizionale «presenta il difetto, per così dire, di "oggettivizzare" una circostanza soggettiva».

(26) Cass., Sez. I, 4 luglio 2007 (dep. 21 settembre 2007), Zheng, in *C.E.D. Cass.*, 237686, in *Leggi d'Italia*.
(27) Cass., Sez. I, 8 maggio 2009 (dep. 16 luglio 2009), Albanese, in *C.E.D. Cass.*, 244645.
(28) Cass., Sez. I, 19 marzo 2008 (dep. 24 aprile 2008), Calisti, in *C.E.D. Cass.*, 240001.
(29) Cass., Sez. I, 11 febbraio 2000 (dep. 12 aprile 2000), Dolce, in *C.E.D. Cass.*, 215806.
(30) Cass., Sez. I, 14 giugno 2006 (dep. 30 maggio 2006), L.M., n. 20393, in *Leggi d'Italia* (corsivo aggiunto); per una più completa ricostruzione di questa vicenda, v. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 184.
(31) Per una analoga critica alla sentenza Cass., Sez. I, 14 giugno 2006, cit., v. Bernardi, *Il "fattore culturale"*, cit., 126, e Miazzi,*Violenza familiare tra causa d'onore e motivo futile*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2006, 65.
(32) Cass., Sez. I, 12 novembre 2009 (dep. 18 febbraio 2010), Saalem, in *C.E.D. Cass.*, 246309.
(33) Per la definizione di reato culturalmente motivato, v. *supra*, testo corrispondente alla nota 4.
(34) Sul punto, sia consentito rinviare ancora una volta a Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 353 e segg.
(35) V. *supra*, nota 22 e testo corrispondente.

REATI C.D. CULTURALMENTE MOTIVATI - QUANTO CONTA LA "CULTURA"? LA CASSAZIONE TORNA SUI REATI C.D. CULTURALMENTE MOTIVATI

Fabio Basile(*)

Cass. pen. Sez. III, 29 gennaio 2018, n. 29613

Con la sentenza Cassazione penale 2 luglio 2018, n. 29613 la Cassazione torna, con grande equilibrio e consapevolezza della delicatezza della materia, sul tema dei reati c.d. culturalmente motivati. Viene ribadito il condivisibile orientamento dello "sbarramento invalicabile" costituito dai diritti fondamentali a qualsiasi valutazione in prospettiva assolutoria della motivazione culturale, ma vengono altresì evidenziate talune variabili che devono essere opportunamente prese in considerazione all'interno di un cauto giudizio di bilanciamento.

Sommario: La vicenda in esame - Le definizioni di "reato culturalmente motivato" e di "cultura" - Le "sotto-categorie" prasseologiche di reato culturalmente motivato - La decisione della Cassazione - Verso un *test culturale* come architrave motivazionale? - Considerazioni finali

La vicenda in esame

La vicenda affrontata dalla sentenza in esame riguarda un increscioso caso di abusi su minore: un padre compiva ripetutamente atti sessuali sul figlioletto di soli cinque anni (palpeggiamenti nelle parti intime e "succhiotti" al pene). Il bimbo riferiva, sia pur in

termini giocosi, tali esperienze alle sue insegnanti, in un'occasione raccontando che il padre "mi ciuccia il pisellino come un biberon", mentre simulava il gesto mettendosi in bocca un cucchiaino e "facendo su e giù" con lo stesso. Le maestre denunciavano, quindi, i fatti alle autorità giudiziarie, le quali trovavano puntuali riscontri ai racconti del bimbo grazie a filmati audiovisivi, captati all'interno dell'abitazione dell'imputato, nonché grazie ad intercettazioni ambientali eseguite, dopo l'arresto in via cautelare del padre, in carcere. Il padre veniva, pertanto, imputato ai sensi degli artt. 81, 609 *bis*, e 609 *ter*, ult. comma, c.p. (violenza sessuale aggravata per il fatto di essere stata compiuta in danno di soggetto che non ha compiuto dieci anni). Dei medesimi fatti, commessi in forma omissiva ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., veniva peraltro chiamata a rispondere anche la madre, perché, nonostante l'obbligo giuridico di evitare i gravi abusi perpetrati ai danni del figlio, non era intervenuta per impedirli, pur essendone a conoscenza. Anzi, la madre si procurava anche un'imputazione ai sensi dell'art. 612 c.p. perché in un'occasione, incontrando per strada una delle due maestre denuncianti, l'aveva minacciata.

La vicenda - tristemente simile a molti altri casi di abusi su minori, commessi in ambito domestico - presenta un profilo di particolare interesse, in quanto i genitori, entrambi di origine albanese, nel corso del processo si difendevano invocando una sorta di "difesa culturale": i comportamenti tenuti dal padre, nella cultura d'origine degli imputati, non avrebbero alcuna valenza sessuale, non sarebbero manifestazione di concupiscenza, ma esprimerebbero, in forma ludica, solo sentimenti di amore e di orgoglio paterno per il figlio maschio.

Ci troviamo, quindi, di fronte - almeno stando alla prospettazione difensiva - ad un c.d. *reato culturalmente motivato*, sicché sorge l'interrogativo, in relazione a questo come in relazione a tutti i casi in cui l'imputato ha (o asserisce di aver) agito in adesione alla propria cultura origine, di verificare se, e in che modo, la dedotta motivazione culturale possa, o debba, essere presa in considerazione dai giudicanti[1].

Le definizioni di "reato culturalmente motivato" e di "cultura"

Conviene, allora, soffermarsi preliminarmente su questa categoria di reati, partendo proprio dalla definizione - per quanto solo dottrinale e, quindi, meramente convenzionale - di *reato culturalmente motivato*: è tale un comportamento tenuto da un soggetto appartenente ad un gruppo culturale di minoranza (nell'esperienza giuridica italiana si tratta, quasi sempre, di un immigrato); questo comportamento, però, mentre è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza (nella specie, il gruppo culturale italiano), è invece valutato con minor rigore, o accettato come normale, o addirittura incoraggiato all'interno del gruppo culturale d'origine del suo autore[2].

Calata nella concreta dinamica processuale, tale definizione potrebbe coprire tutti quei fatti di reato rispetto ai quali l'imputato chiede (o il giudice ritiene comunque opportuna) una estensione della cognizione processuale anche al suo *background* culturale, affinché il giudice possa addivenire ad una più corretta

ricostruzione dei fatti e, quindi, nelle aspettative dell'imputato, ad una decisione a lui più favorevole[3].

Prima di procedere oltre, conviene peraltro precisare che quando si parla di "reato culturalmente motivato" si suole per lo più intendere il termine "cultura" - termine di per sé estremamente ambiguo e plurivoco, nonché molto di moda non solo nel dibattito scientifico[4] - nel significato assegnatogli, sia pur in termini assai sofferti, dall'antropologia: per "cultura" va, quindi, inteso un sistema complesso ed organizzato di modi di vivere e di pensare, concezioni del giusto, del buono e del bello, radicati e diffusi in modo pervasivo all'interno di un gruppo sociale (quasi sempre identificabile con un gruppo etnico) e che, in tale gruppo, si trasmettono, pur evolvendosi e modificandosi, di generazione in generazione, risultando capaci di coinvolgere 'a tutto tondo' (non singoli, determinati aspetti, ma) i principali aspetti dell'esperienza personale degli appartenenti a tale gruppo[5].

Accogliendo siffatta "nozione antropologica" di cultura si evita, peraltro, il rischio - connesso, invece, all'adozione di un significato troppo "frazionato", o "parcellizzato" del termine "cultura" - di considerare culturalmente motivato ogni reato commesso sotto l'influenza di un "modo di pensare" diffuso anche solamente in un micro-gruppo familiare o sociale (incluse le cosiddette "sottoculture criminali", sottocultura mafiosa *in primis*), se non addirittura in adesione a modelli culturali meramente individuali[6].

Le "sotto-categorie" prasseologiche di reato culturalmente motivato

La definizione di reato culturalmente motivato sopra riferita, anche quando la si delimiti alla sola "cultura" in senso antropologico, presenta, a ben vedere, contorni assai ampi, e finisce così per risultare applicabile a casi tra loro anche profondamente eterogenei, accomunati solo dal fatto che l'imputato invoca una "difesa culturale". Può risultare, quindi, utile, per meglio inquadrare l'argomento in esame, "frantumare" tale definizione in alcune sotto-categorie di reati culturalmente motivati, che emergono direttamente dall'analisi della casistica giurisprudenziale[7]:

- "omicidi, lesioni personali e maltrattamenti commessi in contesto familiare" dal genitore, dal marito, dal capofamiglia che, in virtù della sua cultura d'origine, si ritiene titolare, nei confronti degli altri membri della famiglia, di poteri e prerogative, da tempo non più riconosciutigli dalla cultura (e dalla legge) italiana[8];
- "omicidi e lesioni a difesa dell'onore", che scaturiscono da un esasperato concetto dell'onore familiare o di gruppo, il quale può spingere a vendicare "col sangue" l'uccisione di un membro della propria famiglia o del proprio gruppo (c.d. "vendette di sangue"); altre volte, invece, viene in rilievo il concetto di onore sessuale, offeso da una relazione adulterina o da altra condotta ritenuta riprovevole; né mancano, infine, ipotesi in cui gravi fatti di sangue sono commessi per ristabilire la propria autostima, offesa da uno "smacco" ritenuto intollerabile in base ai parametri culturali d'origine[9];
- "reati di riduzione in schiavitù a danno di minori", commessi da soggetti che invocano a propria scusa e/o giustificazione le loro ataviche consuetudini concernenti i rapporti adulti-minori;

- "reati sessuali", le cui vittime sono ragazze minorenni che nella cultura d'origine dell'imputato non godono di una particolare protezione in ragione dell'età nella supposizione di una loro maturità psico-fisica precocemente raggiunta, o che risultano legate all'imputato da un cd. "matrimonio precoce", celebrato secondo la legge o le consuetudini del gruppo d'origine[10]; altre volte, vittime sono donne adulte alle quali la cultura dell'imputato - per il solo fatto di essere mogli o, *tout court*, persone di sesso femminile - non riconosce una piena libertà di autodeterminazione in ambito sessuale[11]; altre volte ancora, vittime sono bambini (sia maschi che femmine) in tenera età, che ricevono carezze, palpeggiamenti, baci nelle parti intime quali asserite espressioni di affetto genitoriale o manifestazioni di buon augurio e prosperità[12];
- "mutilazioni o lesioni genitali femminili, circoncisioni maschili rituali e tatuaggi ornamentali" "a cicatrici", suggeriti, ammessi o addirittura imposti dalle convenzioni sociali, dalle regole religiose o dalle tradizioni tribali del gruppo culturale d'origine[13];
- "reati in materia di stupefacenti" aventi per oggetto erbe, bevande, misture il cui consumo è ritenuto assolutamente lecito e, talvolta, addirittura raccomandato, per motivi rituali o sociali, nel gruppo culturale d'origine (ad esempio, foglie di coca, khat, cannabis, "vino dell'anima");
- "violazioni dei diritti dell'infanzia", come nel caso dell'avviamento precoce dei minori al lavoro o all'accattonaggio[14], o del rifiuto dei genitori di mandare i figli a scuola a causa di riserve di tipo religioso-culturale rispetto alla scuola cui questi sono stati assegnati, o circa la ripartizione dei compiti educativi tra famiglia e collettività;
- infine, "reati concernenti l'abbigliamento rituale", riguardanti casi in cui l'usanza tradizionale di portare un indumento (ad esempio, il *burqa* delle donne musulmane) o un amuleto simbolico (ad esempio, il *kirpan* degli indiani *sikh*) è stata vagliata alla luce della sua possibile rilevanza penale rispetto ad alcune figure di reato poste a tutela della sicurezza pubblica[15].

Rimangono, per contro, "del tutto estranee" alla categoria dei reati culturalmente motivati altre tipologie di reati: dai reati contro la personalità dello Stato ai reati contro la pubblica amministrazione; dai reati contro l'amministrazione della giustizia ai reati contro la fede pubblica; dai reati contro l'economia pubblica ai reati contro l'ambiente, a quelli contro il patrimonio, e in genere tutti quei reati che non coinvolgono né le "relazioni familiari e domestiche, né le concezioni in materia di religione e di onore", né, infine, i "comportamenti nella sfera sessuale e riproduttiva" (i quali costituiscono, come è noto, un tema dominante nelle tradizioni e nelle regole delle diverse culture e rispetto ai quali l'impronta lasciata dalla cultura d'origine più agevolmente, e più frequentemente, può riemergere in modo prepotente con la sua carica ancestrale).

Tale ultimo rilievo ha trovato conferma anche in una recente sentenza[16], riguardante alcuni imputati di origine albanese, condannati in primo grado per una serie di reati di falso (artt. 468, 476, 477, 482 c.p.), commessi al fine di ottenere la patente in Italia. Contro la concessione ad alcuni di essi, da parte del giudice di primo grado, delle attenuanti generiche in considerazione, oltre che della loro incensuratezza, delle

"differenze culturali che non consentivano loro di comprendere adeguatamente il disvalore dei fatti", ricorreva in Cassazione il Procuratore Generale, lamentando che il caso di specie non era affatto riconducibile nella categoria dei reati culturalmente motivati, e ciò non solo perché gli imputati risultavano ben integrati nel contesto italiano, ma ancor prima perché "i reati di falso in tema di patenti di guida non erano di natura tale da potersi annettere un peso significativo alle divergenze culturali". La Cassazione, quindi, opportunamente accoglie il ricorso del Procuratore Generale, a sua volta rilevando che "non riesce possibile capire quali siano le differenze culturali in ordine alla valutazione dei reati di falso documentale fra la società albanese e quella italiana, e le difficoltà consequenziali di comprensione del disvalore dei fatti" che potrebbero far meritare ai condannati il beneficio delle attenuanti generiche.

La decisione della Cassazione

Dopo averlo inquadrato tra i reati culturalmente motivati e, in particolare, nella sotto-categoria dei "reati sessuali culturalmente motivati", possiamo ora senz'altro tornare al nostro caso concreto del padre albanese che si difende asserendo di aver compiuto i palpeggiamenti e i succhiotti sul figlioletto in adesione alla sua cultura d'origine, quindi senza attribuire a tali comportamenti alcuna valenza sessuale[17].

Ebbene, questa linea difensiva risulta vincente presso entrambi i giudici di merito. La Cassazione, invece, annulla con rinvio, rilevando che le due sentenze di merito erano sì pervenute all'assoluzione, per giunta con la stessa formula ("perché il fatto non costituisce reato"), ma sulla base di argomentazioni sensibilmente diverse e nessuna di esse persuasiva.

Il Tribunale aveva assolto per mancanza di dolo: gli atti commessi, pur essendo oggettivamente "sessuali", non sarebbero stati commessi col dolo corrispondente, in quanto il padre li avrebbe compiuti attribuendo ad essi la valenza che essi assumono nella sua cultura d'origine, quindi in assenza di qualsivoglia connotazione sessuale.

La Corte d'appello, invece, partendo da una nozione soggettivistica di atto sessuale (nozione che ritiene fondamentale, per individuare un "atto sessuale", l'indirizzamento dello stesso a soddisfare la concupiscenza del soggetto agente: nozione, si badi, ormai da tempo respinta dalla dominante giurisprudenza di legittimità[18]), giungeva ad escludere la stessa sussistenza dell'elemento oggettivo del fatto di "atti sessuali".

Di conseguenza - rileva la Cassazione - non si è in presenza, nel caso, di una c.d. "doppia conforme", e quindi le numerose carenze motivazionali della sentenza d'appello, denunciate nel ricorso del Procuratore Generale, non potevano essere colmate attingendo all'impianto motivazionale della sentenza di primo grado.

Verso un *test culturale* come architrave motivazionale?

Al di là, tuttavia, del motivo tecnico dell'annullamento, la sentenza in esame è degna di nota per alcuni suoi passaggi motivazionali coi quali cerca di fornire talune "coordinate generali" per affrontare i vari casi di reati culturalmente motivati.

In primo luogo, infatti, la Cassazione in questa sentenza mostra piena consapevolezza della rilevanza, teorica e prasseologica, acquisita negli ultimi anni dalla categoria dei "reati culturalmente motivati", categoria che "si è via via imposta all'attenzione

dell'interprete, in ragione dell'imponente fenomeno dei flussi migratori e della cd. globalizzazione che caratterizzano, in questo periodo storico, l'Europa e il nostro paese".

In secondo luogo, la Cassazione coglie nitidamente il nesso che intercorre tra diritto penale e cultura, e che conferisce dignità scientifica e rilevanza pratica alla categoria dei reati culturalmente motivati. Come giustamente rileva la sentenza in esame, infatti, il diritto penale "risente fortemente del periodo storico e della evoluzione della "cultura" e della sensibilità diffuse": il diritto penale, in altre parole, almeno in alcune sue norme e in alcuni suoi settori, non è culturalmente neutro, e quindi non può essere interpretato ed applicato in modo avulso da un sistema di riferimenti culturali[19].

In terzo luogo, e si tratta del passaggio più rilevante, la sentenza in esame si impegna ad individuare alcuni "snodi fondamentali"[20], coi quali sarebbe opportuno che si confrontassero tutti i giudici chiamati a giudicare casi di reati culturalmente motivati, così abbozzando una sorta di "test", vale a dire una procedura standardizzata di accertamento di determinati requisiti, la quale potrebbe aiutare i giudici stessi ad elaborare una motivazione delle sentenze più articolata e meglio argomentata in punto di "motivazione culturale"[21]:

- il "primo snodo" è costituito da un'accurata ponderazione del "bene giuridico offeso" e del "grado di offesa al medesimo", al fine di verificare se davvero, nel caso concreto, possa entrare in gioco la teoria dello "sbarramento invalicabile", vale a dire la teoria in base alla quale la giurisprudenza precedente ha spesso negato qualsiasi idoneità alla "difesa culturale" ad esonerare l'imputato da responsabilità, qualora il reato comporti gravi offese a beni fondamentali della persona, quali vita, incolumità, libertà di autodeterminazione in ambito sessuale, etc.[22]. Anche la sentenza in esame ribadisce e fa pienamente propria tale teoria[23], senza, tuttavia, elevarla a tabù, o peggio a schermo per sbrigative soluzioni, dal momento che la "tutt'altro che uniforme casistica" dei reati culturalmente motivati "potrà essere valutata dall'interprete solo sulle premesse dell'attento bilanciamento tra il diritto, pure inviolabile, del soggetto agente a non rinnegare le proprie tradizioni culturali, religiose, sociali, ed i valori offesi o posti in pericolo dalla sua condotta";
- il "secondo snodo" consiste nella verifica della "'natura della norma culturale' in adesione della quale è stato commesso il reato, se di matrice religiosa, o giuridica (come accadrebbe se la norma culturale trovasse un riscontro anche in una corrispondente norma di diritto positivo vigente nell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza dell'immigrato, dovendosi ritenere tale circostanza rilevante quanto alla consapevolezza della antigiuridicità della condotta e quindi alla colpevolezza del fatto commesso), e del carattere vincolante di tale norma culturale (se rispettata in modo omogeneo da tutti i membri del gruppo culturale o, piuttosto, desueta e poco diffusa anche in quel contesto)";
- passando poi al "terzo e ultimo snodo", ad avviso della Cassazione "assumerà rilievo (...) il "grado di inserimento" dell'immigrato nella cultura e nel tessuto sociale del Paese d'arrivo o il suo grado di perdurante adesione alla cultura d'origine, aspetto relativamente indipendente dal tempo di permanenza nel nuovo Paese": è evidente,

infatti, che la credibilità di una "difesa culturale" risulta inversamente proporzionale al grado di integrazione dell'imputato nella cultura del Paese, di fronte ai cui giudici è chiamato a rispondere del fatto commesso.

Infine la Cassazione, nella sentenza in esame, tocca, sia pur fugacemente, anche il "profilo probatorio" dei reati culturalmente motivati, sottolineando l'esigenza che la tradizione, la prassi, la consuetudine culturale, invocata dall'imputato a sua difesa, vada adeguatamente dimostrata: cosa che, nel caso di specie, non era affatto avvenuta. La lettura in chiave "culturale" dei palpeggiamenti e dei succhiotti, compiuti dall'imputato, era stata, infatti, desunta dai giudici di merito, dalle "mere dichiarazioni difensive degli imputati e dei loro congiunti, e da una documentazione prodotta dalle parti non riscontrata né fornita di ufficialità (nota della prefettura di Vlore che riferirebbe della esistenza di una tradizione per cui un padre manifesta affetto per il proprio figlio, accarezzandolo nelle parti intime esprimendo, così la gloria della prosperità e continuità della generazione)": ma tale tradizione, continua la sentenza in esame, "non solo era stata esclusa dal consulente del p.m. (sia pure sulla base di mere indagini sommarie in letteratura), ma in concreto risultava ridimensionata dal fatto che, nel caso di specie, non di mere occasionali carezze si trattava, ma di vere e proprie *fellationes*".

Considerazioni finali

Il "test" culturale sopra abbozzato sicuramente consentirebbe, qualora effettivamente adottato, l'elaborazione, da parte dei giudici chiamati a confrontarsi con (veri o presunti) reati culturalmente motivati, di motivazioni più articolate e meglio argomentate in punto di "motivazione culturale". Le concrete capacità di rendimento di tale "test", tuttavia, dipenderanno in realtà molto dalla sensibilità della classe giudiziaria (e degli avvocati), dalla formazione che essi riceveranno in materia, nonché dal loro grado di resistenza alla tentazione di un "populismo giudiziario" (tentazione sempre molto forte quando il discorso verte sull'immigrazione)[24].

Sul piano pratico, invece, un profilo altamente problematico dei reati in esame resta quello della "prova"[25]: tenuto conto che non esistono e mai potranno esistere gli "atlanti delle culture" (le culture sono in continua evoluzione e contaminazione, e non costituiscono affatto dei sistemi monolitici e immutabili), occorre, infatti, chiedersi attraverso quali canali il giudice possa acquisire la corretta conoscenza della tradizione, della prassi, della norma culturale invocata a propria difesa dall'imputato. In tal senso potrebbe pensarsi al ricorso a "perizie o consulenze culturali"[26], oppure all'acquisizione di testimonianze di "esperti culturali"[27]. Una volta, tuttavia, superato l'ostacolo dell'acquisizione di una corretta conoscenza sulla prassi culturale, invocata dall'imputato, rimane ancora l'arduo compito, gravante tutto sul giudice, di verificare se l'imputato abbia effettivamente agito in adesione a tale prassi culturale, e non piuttosto seguendo la propria indole o dando sfogo alle proprie passioni o emozioni.

(*) Il contributo è stato sottoposto a referaggio interno.

(1) È ormai ampia la bibliografia sui "reati culturalmente motivati"; limitandosi alle sole monografie della dottrina penalistica, segnaliamo de C. Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; A. Bernardi., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; F. Basile., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; F. Parisi., *Cultura dell'"altro" e diritto penale*, Torino, 2010; A. Provera., *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, Milano, 2018; infine, in una prospettiva più marcatamente criminologica, Merzagora, I., *Lo straniero a giudizio. Tra psicopatologia e diritto*, Milano, 2017.

(2) Con lievi modifiche, si tratta della definizione di reato culturalmente motivato originariamente elaborata da van Broeck, J., *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n. 1, 5. Una definizione più ampia di reato culturalmente motivato - al cui interno ulteriormente si distingue tra reato culturalmente motivato "in senso stretto", "in senso lato" e "in senso latissimo" - è, invece, fornita da A. Bernardi, *Il "fattore culturale"*, cit., 5 e seg., 139 e seg.

(3) Rileva giustamente Renteln, A., *The Cultural Defense*, New York, 2004, 7, che la nota comune dei casi giudiziari riconducibili, almeno in via di prima approssimazione, alla nozione di reato culturalmente motivato, è costituita dal fatto che "in tutti questi casi alle Corti viene chiesto di tener conto del *background* culturale dell'imputato".

(4) Basterebbe navigare solo pochi minuti su internet per ritrovare molteplici, svariati e anche bizzarri utilizzi del termine cultura ("farsi una cultura", "cultura generale", "cultura d'impresa"; ma anche "cultura del cibo", "cultura del calcio", "cultura dell'olio d'oliva", e così via).

(5) Sul punto, anche per i doverosi rinvii, v. F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 15 e segg.

(6) C. Grandi, *A proposito di reati culturalmente motivati*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, 10.

(7) Per l'illustrazione di tale casistica, sia consentito rinviare a F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 165 e segg.; per la casistica più recente, oltre alle note successive, v. F. Basile, *Ultimissime* dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati, in *Stato e chiese - Rivista online*, 2018.

(8) Vedi, di recente, Cass., 30 marzo 2012, n. 12089, che nega qualsiasi rilievo alla motivazione culturale del padre marocchino che sottoponeva a ripetute vessazioni la figlia minore; in senso analogo, Cass., 1° ottobre 2018, n. 43283, relativa ad un padre originario della ex-Jugoslavia, che sottopone le figlie ad atti vessatori, compatibili - ad avviso della difesa - con un intento correttivo ed educativo proprio della concezione culturale di cui l'agente è portatore. Per contro, Cass., 6 marzo 2017, n. 10906, riconosce ai genitori, di origine tunisina, imputati di maltrattamenti ai danni del figlio maggiorenne, le attenuanti generiche, prendendo atto che la loro cultura d'origine non ha consentito loro di rendersi conto dell'inadeguatezza del loro comportamento a fronteggiare la patologia comportamentale (iperattività e disturbo

dell'attenzione) del figlio; per altri due recenti casi di maltrattamenti in famiglia, v. la successiva nota 11.

(9) Vedi, di recente, Cass., 28 ottobre 2015, n. 11591, con cui si conferma l'applicazione dell'aggravante dei futili motiviad un omicidio compiuto dagli agenti per punire un soggetto che aveva intrattenuto una relazione extraconiugale con una loro familiare, risultando a tal fine irrilevante l'appartenenza degli imputati ad un gruppo culturale (*rom*) connotato da una peculiare concezione dell'onore familiare; Cass., 18 dicembre 2013, n. 51059, con nota di F. Basile, *Motivi futili ad agire*, in *Giur. It.*, 2014, 980, con cui la Corte esclude l'aggravante dei futili motivi a carico di un padre egiziano di fede musulmana, che aveva tentato di soffocare la figlia, essendosi sentito disonorato dal suo comportamento, giacché la stessa aveva avuto rapporti sessuali senza essere sposata e con un giovane di fede religiosa diversa.

(10) Vedi, di recente, Cass., 22 novembre 2017, n. 53135, con cui si conferma la condanna dell'imputato (sia pur ad una pena molto mite, anche grazie al riconoscimento delle attenuanti generiche) per il delitto di violenze sessuali a danno di una minore sedicenne consenziente (art. 609 *quater*, 1° comma, n. 2 c.p.): la ragazza conviveva *more uxorio* con l'autore in virtù di un matrimonio celebrato con rito *rom*.

(11) Vedi, di recente, Cass., 31 maggio 2018, n. 24594, con cui si conferma la condanna dell'imputato, di origini albanesi, per violenze sessuali e maltrattamenti a danno della moglie, respingendo la richiesta di riconoscere, a suo favore, la scriminante putativa dell'esercizio di un diritto (ovverosia il diritto che, secondo l'imputato, la sua cultura d'origine gli riconoscerebbe, di pretendere rapporti sessuali dalla moglie); per un caso analogo, con analoga soluzione (di cui protagonista è un marito di origine marocchina), v. Cass., 13 aprile 2015, n. 14960.

(12) In quest'ultima sotto-categoria rientra il caso cui si riferisce la sentenza qui annotata.

(13) Vedi, di recente, Cass., 24 novembre 2011, n. 43646, con nota di C. Grandi, *Problemi in materia di errore scusabile*, in *Studium Iuris*, 2012, 961 e segg.: una madre nigeriana, imputata per aver concorso nel delitto di esercizio abusivo della professione sanitaria (artt. 110-348 c.p.), viene assolta per avere la stessa incolpevolmente ignorato (art. 5 c.p.) che la legge italiana riserva l'atto di circoncisione a personale medico (mentre lei aveva fatto circoncidere il proprio figlioletto ma da una "mammana"); App. Venezia, 23 novembre 2012, n. 1485, con nota di F. Basile, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza*, in *Stato e chiese - Rivista online*, 2012, in cui si assolvono alcuni genitori nigeriani che avevano fatto praticare una minuscola incisione sul clitoride delle rispettive figlie, agendo, tuttavia, senza lo "scopo di menomarne le funzioni sessuali" (come, invece, richiesto dall'art. 583 *bis*, 2° comma, c.p.), bensì per compiere, in conformità con la propria cultura d'origine, un rito purificatorio e identitario.

(14) Trib. Rovigo, Sez. Adria, 9 febbraio 2010 (riferita da C. Grandi, *Problemi*, cit., 965), relativa ad un padre di etnia *rom*, imputato del delitto di abbandono di minori

(art. 591 c.p.) per aver lasciato incustodite all'ingresso di un supermercato le proprie figlie minori (di 13 e 7 anni), forse per chiedere l'elemosina, ma assolto per errore sul fatto escludente il dolo (47 c.p.), in quanto il giudice ha riconosciuto valido il rilievo secondo cui nella cultura di appartenenza dell'imputato la maturità psicofisica - e con essa l'autosufficienza - dei fanciulli si considera raggiunta già prima dei 14 anni, sicché il padre non si era reso conto di "abbandonare" le figlie.

(15) Cass., 14 giugno 2016, n. 24739; Cass., 16 giugno 2016, n. 25163, Cass., 15 maggio 2017, n. 24084, tutte e tre concernenti indiani *sikh* condannati ai sensi dell'art. 4, L. n. 110/1975 per aver portato in pubblico il coltellino *kirpan*, simbolo della loro religione, "senza giustificato motivo", non essendo stato riconosciuto tale il motivo religioso.

(16) Cass., 26 aprile 2018, n. 18276.

(17) Un'analisi della giurisprudenza statunitense (F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 295 e segg.) ha fatto emergere alcuni casi analoghi al presente; in particolare, in due di essi si trattava proprio di baci sul pene del figlioletto (in un caso da parte della madre; nel secondo caso, da parte del padre). Senonché in quelle vicende, chiusesi con esito favorevole agli imputati, non solo si trattava di *baci*, anziché di *succhiotti*, ma i bambini erano anche molto più piccoli (8-12 mesi, e 18 mesi), sicché un contatto della bocca del genitore con il pene del bambino *senza valenza sessuale* - in occasione del bagnetto, o di un cambio del pannolino - poteva risultare in qualche modo più plausibile; nel caso di specie, invece, il bambino ha cinque anni e la sentenza in commento espressamente riferisce del padre che "abbassava repentinamente i pantaloni" del figlioletto.

(18) Secondo la giurisprudenza dominante della Cassazione, l'atto è "sessuale" quando è indirizzato verso zone erogene della vittima e risulta idoneo a comprometterne la libera determinazione in ambito sessuale, anche nel caso in cui esso sia stato "ispirato da una finalità diversa da quella a sfondo sessuale": in tal senso, v. ad es. Cass., 21 settembre 2011, n. 39710; in termini pressoché identici, da ultimo, Cass., 25 gennaio 2018, n. 3684.

(19) Quale più evidente testimonianza dei rapporti tra diritto penale e cultura, si pensi ai cd. *concetti normativi culturali*, vale a dire a quei termini, impiegati dal legislatore per la costruzione delle fattispecie penali, che, in sede di interpretazione e applicazione, possono essere pensati e compresi solo alla luce di un corpo di norme, per l'appunto, culturali: sono tali, ad esempio, il concetto di "comune sentimento del pudore", che compare nei delitti di osceno (art. 527 e segg. c.p.), il concetto di "pubblica decenza" (art. 726 c.p.), o ancora il concetto di "motivi di particolare valore morale o sociale" (art. 62, n. 1, c.p.), o il reciproco concetto di "motivi abietti o futili" (art. 61, n. 1, c.p.). Ad ulteriore conferma della non-neutralità culturale del diritto penale potremmo, inoltre, pensare a fatti come l'aborto, l'eutanasia, la procreazione assistita, l'omosessualità, l'adulterio, il consumo di sostanze stupefacenti, i mezzi (comprensivi, o meno, dell'uso della violenza) utilizzabili dai genitori per educare i figli, i vilipendi alla religione, il maltrattamento di animali, la prostituzione: tutti fatti la cui disciplina

penale cambia, anche significativamente, da Stato a Stato, in ragione, tra l'altro, della diversa cultura che impregna le norme penali di questo o quello Stato, sicché, parafrasando un adagio popolare, potremmo senz'altro dire: *paese che vai, reato che trovi.* In argomento, v. F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 93 e segg.

(20) Sia consentito segnalare che questi tre snodi erano già stati illustrati, con formulazioni in parte riprese alla lettera dalla sentenza in parola, da Basile, F., *I reati c.d. "culturalmente motivati" commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Quest. Giust.*, 1/2017, 126 e seg.; in tale contributo si evidenzia, tra l'altro, che alcune sentenze relative a reati culturalmente motivati, precedenti a quella in esame, si erano già, di fatto, soffermate sui tre snodi qui di seguito prospettati.

(21) Il concetto di *test culturale* è stato di recente ben illustrato, prendendo spunto dalla prassi giudiziaria nord-americana, da RUGGIU, I., *Il giudice antropologo*, Milano, 2012, 85 e segg.

(22) V., ad es., Cass., 31 maggio 2018, n. 24594 (su cui *supra*, nota 11), nonché Cass., 30 marzo 2012, n. 12089 (su cui *supra*, nota 6), cui si rimanda per la citazione di ulteriori precedenti conformi.

(23) In motivazione si legge, infatti, che "nessun sistema penale potrà mai abdicare, in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali del cittadino o dello straniero, alla punizione di fatti che colpiscano o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza (quali i diritti inviolabili dell'uomo garantiti e i beni ad essi collegati tutelati dalle fattispecie penali), che costituiscono uno *sbarramento invalicabile* contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile, di consuetudini, prassi, costumi che tali diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero, pongano in pericolo o danneggino".

(24) In argomento, in relazione alle vicende di indiani *sikh* che portano indosso il loro coltellino sacro, v. Bernardi, A., *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul* kirpan, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 671.

(25) In argomento, v. le interessanti considerazioni svolte da de C. Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit., 157 e segg.; da G. Ubertis, *Multiculturalismo e processo penale*, in AA.VV., *La condizione giuridica di* rom *e* sinti *in Italia*, Milano, 2011, 1134 e segg.; nonché, da ultimo, da A. Bigiarini, *La prova culturale nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2018, 411 e segg.

(26) Nel caso qui commentato, dal passaggio della sentenza annotata, appena sopra riportato nel testo, sembrerebbe che il P.M. si sia avvalso di un "consulente" per verificare l'effettiva esistenza della prassi culturale, invocata dall'imputato.

(27) Nel procedimento per lesioni genitali femminili, chiusosi con la sentenza App. Venezia, 23 novembre 2012, n. 1485 (v. *supra*, nota 13), erano stati escussi, come testimoni "esperti", un docente universitario di antropologia dell'educazione, una docente universitaria di pedagogia della mediazione, nonché un sacerdote della Chiesa

pentecostale, appartenente alla medesima etnia degli imputati, ma residente in Italia da circa vent'anni.

Stati emotivi

Cass. pen. Sez. Unite, 25/01/2005, n. 9163
Raso

IMPUTABILITA' Imputabilità in genere Vizi di mente in genere
Ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i "disturbi della personalità" che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di "per infermità" purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale. Ne consegue che nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di "infermità". (Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, che aveva erroneamente escluso il vizio parziale di mente sul rilievo che il disturbo paranoideo, dal quale, secondo l'indicazione della perizia psichiatrica, risultava affetto l'autore dell'omicidio, non rientrava tra le alterazioni patologiche clinicamente accertabili corrispondenti al quadro di una determinata malattia psichica, per cui, in quanto semplice "disturbo della personalità" non integrava quella nozione di "infermità" prese in considerazione dal codice penale).

FONTI
Corriere del Merito, 2005, 5, 585 nota di LEO
Riv. Polizia, 2005, 323
Riv. Pen., 2006, 1, 113

Cass. pen. Sez. Unite, 25/01/2005, n. 9163 (rv. 230317)
Raso

IMPUTABILITA' Vizi di mente in genere
In tema di imputabilità, ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i «disturbi della personalità», che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di «infermità», purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale. Ne consegue che nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri

sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di «infermità». (Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, che aveva erroneamente escluso il vizio parziale di mente sul rilievo che il disturbo paranoideo, dal quale, secondo le indicazioni della perizia psichiatrica, risultava affetto l'autore dell'omicidio, non rientrava tra le alterazioni patologiche clinicamente accertabili, corrispondenti al quadro di una determinata malattia psichica, per cui, in quanto semplice «disturbo della personalità», non integrava quella nozione di «infermità» presa in considerazione dal codice penale).

FONTI

Dir. Pen. e Processo, 2005, 4, 409

DOLO D'IMPETO ED AGGRAVANTE DELLA CRUDELTÀ

di Paolo Veneziani

Cass. pen. Sez. Unite Sentenza, 23 giugno 2016, n. 40516

c.p. art. 61

Si affronta principalmente il tema della compatibilità della circostanza aggravante della crudeltà rispetto al dolo d'impeto, nel contesto della rilevanza dell'atteggiamento interiore, dei dati motivazionali *lato sensu* intesi e del concetto di colpevolezza per il fatto.

L'Autore condivide le argomentazioni e le conclusioni della decisione in commento, soffermandosi in particolar modo sulla natura della circostanza *de qua*, sulle ragioni della compatibilità tra l'aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 4, c.p. e il dolo d'impeto, nonché sul tema dei c.d. "tratti impulsivi della condotta".

Completa l'indagine una riflessione sulle difficoltà nel nostro ordinamento di rendere ragionevolmente prevedibile *ex ante* la quantificazione della pena.

Sommario: Sevizie e crudeltà, tra condotta ed atteggiamento interiore - Aggravante della crudeltà e dolo d'impeto - Dolo d'impeto e "tratti impulsivi della condotta" - Disturbi psichici e pericolosità sociale

Sevizie e crudeltà, tra condotta ed atteggiamento interiore

Le Sezioni Unite, nell'affrontare il tema della compatibilità o meno dell'aggravante della crudeltà rispetto al dolo d'impeto, muovono da una ricognizione del significato letterale della disposizione di cui all'art. 61, n. 4, c.p., richiamata - in tema di omicidio volontario - dall'art. 577, comma 1, n. 4, c.p.

La Prima Sezione penale della S.C., cui il ricorso era stato originariamente assegnato, aveva evidenziato come vi fossero, sul punto, talune incertezze nella giurisprudenza di legittimità, essendo stata recepita, in passato, una netta distinzione tra sevizie e crudeltà, a fronte di una differenza solo quantitativa tra le prime e le seconde, ravvisata dalle sentenze più recenti[1].

Altro aspetto controverso era stato individuato sul versante della percezione delle sevizie o della crudeltà in capo alla vittima: dinnanzi al diffuso riconoscimento della

natura soggettiva della circostanza aggravante *de qua*, non sempre veniva fornita risposta univoca al quesito se la vittima dovesse aver percepito il tormento.

Sul piano definitorio, il recente contributo di nomofilachia pare tanto prezioso, quanto meritevole di citazione testuale: "Le sevizie costituiscono azioni studiate, specificamente indirizzate finalisticamente ad infliggere alla vittima sofferenze fisiche aggiuntive, gratuite. Talvolta esse, pur afferendo senza dubbio al contesto illecito, non attengono propriamente all'azione esecutiva, tipica, e sono caratterizzate dall'adozione di specifici gesti volti proprio ad infliggere patimenti efferati. Dunque, la figura è caratterizzata dalla specificità della misura afflittiva studiata, sadicamente indirizzata direttamente alla vittima, nonché dall'intenzionalità dell'agire. Parafrasando le classiche categorie del dolo d'evento, si può affermare che le sevizie richiedono dolo intenzionale: proprio la architettata, finalistica volontà di infliggere sofferenze perverse. Per contro, la condotta crudele è quella che, pur non mostrando una studiata predisposizione finalizzata a cagionare, per qualche verso, un male aggiuntivo, eccede rispetto alla normalità causale e mostra l'efferatezza che costituisce il nucleo della fattispecie aggravante"(2).

Si noti come sia le sevizie, sia la crudeltà, siano intese in primo luogo come dati oggettivi, attinenti al comportamento posto in essere dal soggetto.

Ma come subito precisa la Suprema Corte, "si tratta in effetti di comportamenti che rilevano precipuamente nella sfera della colpevolezza, dell'atteggiamento interiore, caratterizzato da particolare riprovevolezza per via della sua perversità. È ben vero che l'aggravante chiama in causa le particolari modalità dell'azione. Tuttavia tali peculiarità rilevano più che per la concreta afflittività della condotta tipica che conduce all'evento, per il contrassegno di spietatezza che conferiscono, nel complesso, alla volontà illecita manifestatasi nel delitto. Insomma, le eccedenti modalità dell'azione mostrano una riprovevolezza che giustifica l'aggravamento della pena".

Da ciò deriva la natura soggettiva della circostanza in questione(3).

Secondo un meccanismo ben noto ai cultori del diritto penale, ed efficacemente descritto da Pellegrino Rossi, "la giustizia umana non legge nei cuori", sicché il giudice deve muovere "dai fatti esterni e sensibili ai fatti interni che non cadono sotto i sensi", così potendosi pervenire "alla cognizione di ciò che è intervenuto nell'*io* di uno dei nostri simili"(4).

Nel caso della crudeltà, siamo di fronte a un fattore per così dire misto, che attiene ad una modalità accidentale rispetto alla condotta tipica, ma che viene a rilevare soprattutto sul versante della colpevolezza, in funzione dell'inasprimento del rimprovero giuridico penale dell'autore(5).

Dunque la crudeltà attiene sia alla condotta, sia alla colpevolezza, come dato atipico rispetto sia al fatto, sia al dolo, ma al tempo stesso tipico rispetto alla fattispecie circostanziata: dal punto di vista oggettivo, deve essere connotata da crudeltà la condotta; ma la crudeltà è altresì il contrassegno soggettivo dell'atteggiamento interiore sotteso al fatto.

Invero, come chiariscono gli stessi Giudici di legittimità, il riferimento al dolo intenzionale delle sevizie, e più in generale all'atteggiamento psicologico richiesto dall'aggravante *de qua* (definito "doloso"), non va riferito al dolo propriamente inteso (che ha per oggetto il fatto tipico): "non si fa qui riferimento al dolo d'evento ma se ne recuperano le categorie, i tipi, per più immediata ed agevole esplicazione del pensiero e catalogazione dei moti interiori entro schemi noti al lessico giuridico".

L'aggravante in oggetto viene così inquadrata come circostanza non solo "soggettiva", ma altresì "a colpevolezza dolosa", in cui l'intenzionalità in effetti degrada, dal suo significato più pregnante, a quello di "intrinseca volontarietà": con la conseguenza che una siffatta "colpevolezza circostanziale" può manifestarsi anche nella forma (del dolo) eventuale, laddove il reo sia consapevole della concreta e significativa possibilità che la propria condotta cagioni sofferenze maggiori di quelle normalmente derivanti dalla commissione del reato e decida comunque di agire, accettando tale eventualità.

Si fa, in proposito, l'esempio dell'omicida "che lascia la vittima agonizzante e senza scampo in un luogo remoto, accettando la concreta eventualità che la morte sopravvenga dopo strazianti patimenti a contatto con avverse forze della natura".

Ebbene, in un caso del genere, al dolo intenzionale dell'omicidio sembra affiancarsi - come bastevole per l'addebito della circostanza - la mera accettazione del rischio di un patimento aggiuntivo.

Inoltre, ad avviso delle Sezioni Unite, l'aggravante può concretizzarsi anche in caso di fatto tipico sorretto da dolo eventuale: prospettandosi, in tal caso, una duplice accettazione del rischio, sia quanto alla verificazione dell'evento, sia quanto al prodursi del male aggiuntivo, eccedente rispetto alla normalità causale.

Il denominatore comune dell'aggravante è in ultima analisi ravvisato nella "perversità dell'intento", che rende maggiormente rimproverabile l'autore, ma in stretta correlazione con il fatto commesso: il che pare assunto condivisibile, in linea con quel concetto normativo di colpevolezza per il fatto, che rappresenta una sorta di "ponte" tra la valutazione di ciò che è stato realizzato e di chi lo ha realizzato, tra reato e autore[(6)].

Le Sezioni Unite hanno infatti cura di sottolineare che "la riprovevolezza aggiuntiva riguarda l'azione e non l'autore. Si infligge una pena più severa perché la condotta è efferata e non perché l'agente è una persona crudele. Il contrario avviso espresso dall'ordinanza di rimessione non può essere condiviso. L'attribuzione al diritto penale di un'impronta autoriale rischia di evocare scenari del passato estranei al moderno diritto penale costituzionale. Inoltre, il dato normativo è chiaro: il rimprovero riguarda la condotta posta in essere nel corso dell'esecuzione del reato. Si può essere compassionevoli per un'intera vita ed efferati in una speciale, magari drammatica contingenza esistenziale. Infine il sistema. Il codice non è alieno dal considerare l'autore: la recidiva, l'abitualità, la professionalità nel reato. Ma sempre lo fa considerando la storia personale e mai un singolo atto".

La pronuncia in esame si colloca dunque nel percorso di rilettura della colpevolezza - intesa sia come principio costituzionale, che come categoria dogmatica - da molto tempo oramai avviato, ma che sul versante delle circostanze registra oggi - grazie alla sentenza qui annotata - un ulteriore affinamento[7].
Dal punto di vista tecnico-giuridico, ne esce confermato l'assunto - ribadito anche in tempi recenti dalla giurisprudenza di legittimità - secondo cui l'aggravante dell'aver agito con crudeltà verso la persona, di cui all'art. 61, n. 4, c.p., richiede che la *condotta* dell'agente sia connotata da *modalità* tali da rendere evidente la *volontà* (quale *atteggiamento interiore*, e non dolo *stricto sensu*) di infliggere alla vittima sofferenze aggiuntive che esulano dal normale processo di causazione dell'evento e che costituiscono un *quid pluris* rispetto all'attività necessaria ai fini della consumazione dei reato (cioè rispetto alla condotta tipica), rendendo la condotta stessa *particolarmente riprovevole* per la gratuità e superfluità dei patimenti cagionati alla vittima con un'azione efferata, rivelatrice di un'*indole malvagia e priva del più elementare senso d'umana pietà*[8].
Coerente corollario che si fa derivare da tali premesse è che la vittima sia (ancora) viva[9], e che il reo abbia consapevolezza di ciò: a conforto di tale interpretazione sta il dato letterale, per cui la condotta deve essere diretta verso una persona, e tale è l'uomo soltanto finché vive[10].
L'aggravante va dunque esclusa quando l'agente dia sfogo materiale al suo istinto crudele credendo che la vittima sia ancora viva, mentre in realtà è già deceduta (in effetti, sotto questo particolare profilo, pare destinato a prevalere il dato oggettivo sulla componente soggettiva della circostanza in esame).
Si tratta di una situazione opposta, in pratica, a quelle in cui si pone la problematica che ruota intorno al controverso concetto di *dolus generalis*: l'agente, credendo erroneamente che la vittima sia deceduta in conseguenza di una prima (frazione della) condotta, ne provoca la morte con una (frazione di) condotta ulteriore (ad esempio, dopo averla colpita violentemente e ripetutamente con colpi di spranga alla testa, sotterra ciò che ritiene essere ormai un cadavere, cagionando una morte da asfissia: di tal che si parla, anche nella giurisprudenza di legittimità, di "dolo colpito a mezza via dall'errore")[11].
Non è necessario, invece, che la vittima abbia percepito la spietatezza e l'efferatezza della condotta, poiché appunto la circostanza risulta essenzialmente imperniata sulla considerazione della maggiore riprovevolezza del *modus agendi*dell'autore dell'illecito[12].
Del resto, non occorre nemmeno che la condotta crudele sia diretta contro la vittima: si cita a conferma il caso di scuola del figlio costretto ad assistere allo scempio del genitore[13].
Alla luce di quanto sopra, circa il rapporto tra sevizie e crudeltà sembra di poter concludere che le sevizie rappresentino una sorta di *species* del *genus* crudeltà: è difficile infatti immaginare forme di sevizie che non integrino anche l'estremo della crudeltà[14]. Quest'ultima, invece, può abbracciare modalità eccedenti rispetto alla

normalità causale non riconducibili alla nozione di sevizie, fra cui l'inflizione di sofferenze morali (laddove si voglia limitare il concetto di sevizie alle sofferenze fisiche), anche nei confronti di soggetti diversi dalla vittima[15].
Salve sporadiche eccezioni, peraltro, la prassi mostra come l'aggravante trovi applicazione a fronte di condotte realizzate contro la vittima e caratterizzate dalla volontaria produzione di un *quid pluris* di sofferenze fisiche rispetto a quelle necessarie per la realizzazione del reato[16], sicché la distinzione è spesso di scarsa utilità pratica (come evidenziato dalle stesse Sezioni Unite).

Aggravante della crudeltà e dolo d'impeto

Le Sezioni Unite affrontano il tema della compatibilità o meno della circostanza aggravante della crudeltà di cui all'art. 61, comma 1, n. 4, c.p. rispetto al dolo d'impeto, ribadendo la risposta affermativa cui ripetutamente era giunta, anche in passato, la giurisprudenza della S.C.

Invero, nella pronuncia in commento, si ridimensiona alquanto la rilevanza della distinzione tra dolo d'impeto e dolo di proposito[17], fondata essenzialmente su un dato cronologico: la maggiore o minore repentinità della decisione illecita e della sua esecuzione: "Il primo è caratterizzato da una risoluzione che insorge improvvisa e viene subito tradotta in azione. Tale specie di dolo viene ritenuta meno grave, in quanto esprime una ponderazione sommaria delle implicazioni del fatto. Essa non è incompatibile col dolo eventuale, giacché l'analisi dei risultati che si prospettano può avvenire anche in un breve lasso di tempo. Il dolo di proposito è caratterizzato, invece, da un considerevole distacco temporale tra il sorgere dell'idea criminosa e la sua esecuzione. Qui il coefficiente psicologico è più forte, giacché più viva è la coscienza dell'atto e delle sue conseguenze. A tale categoria, quale sottospecie, viene generalmente ricondotta la premeditazione, prevista come circostanza aggravante dagli artt. 577 e 582 c.p., nella quale, secondo la visione più diffusa in dottrina ed in giurisprudenza, al decorso di un significativo lasso di tempo tra la nascita e l'esecuzione dell'idea criminosa si accompagna una riflessione che esprime il consolidamento del proposito ed una sua persistenza tenace ed ininterrotta"[18].
Non è questa la sede - non fosse altro per motivi di spazio - per sviluppare i numerosi spunti di riflessione che si potrebbero ricavare sul tema del dolo, partendo dalle origini storiche della distinzione tra dolo d'impeto e dolo di proposito.

Ci si limiterà, più avanti, a fornire qualche cenno in tema di intensità del dolo, in rapporto alle componenti motivazionali e più in generale all'atteggiamento interiore dell'agente, nell'ottica della graduazione della colpevolezza per il fatto e della commisurazione della pena.

Sin d'ora, si può convenire sulla conclusione della compatibilità tra l'aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 4, c.p. e il dolo d'impeto, giacché una condotta connotata da sevizie o crudeltà può certo essere realizzata anche in conseguenza di una decisione coeva o immediatamente precedente[19].
In altri termini, come affermano le Sezioni Unite, "non si scorge alcuna ragione logica, empirica o legale che consenta di escludere l'affermata compatibilità: è ben possibile

che un delitto maturato improvvisamente si estrinsechi in forme che denotano efferatezza, brutalità; e l'art. 61, n. 4, c.p., non caratterizza per nulla la circostanza in una guisa che postuli una protratta ponderazione in ordine alle modalità dell'aggressione".

D'altra parte, il presunto contrasto giurisprudenziale che ha portato ad investire della questione le Sezioni Unite non è mai esistito, nella sostanza.

Il diverso orientamento espresso nella sentenza[20] richiamata dall'ordinanza di rimessione, è infatti riferito ad una vicenda in cui a ben vedere si riscontra il dolo d'impeto, che si accompagna ad una reazione rapida ed immediata, ma è escluso in fatto l'estremo dell'avere agito con crudeltà. I colpi risultano infatti "portati in rapida sequenza e ravvicinati", in numero tale da rendere evidente la volontà omicida: ma "nessuna delle lesioni è mortale, tutte concorrendo alla determinazione dell'evento. La sede delle lesioni non risulta indicativa di alcun ulteriore determinismo volitivo, posto che esse sono tutte probabile frutto della stessa concitazione lesiva. Ciò esclude il tentativo di scannamento che si era in un primo momento ipotizzato; e quindi l'esistenza dell'aggravante"[21].

Dolo d'impeto e "tratti impulsivi della condotta"

Uno degli sviluppi di maggiore interesse della sentenza annotata è relativo al tema dei c.d. "tratti impulsivi della condotta", che conduce ad approfondire l'indagine sulla condizione psichica dell'agente, con riferimento non solo al dolo, ma anche alle problematiche della rilevanza dei processi motivazionali latamente intesi e dell'imputabilità.

In particolare, le difficoltà nascono dal differente significato che possono assumere costellazioni di condotte almeno apparentemente simili.

Paradigmatici sono proprio i casi di reiterazione (senza significativa soluzione di continuità) dei colpi inferti alla vittima, che rendono tutt'altro che agevole stabilire se ricorrano gli estremi di un crudele accanimento, che tragga origine dalla volontà di procurare una particolare sofferenza (in aggiunta al dolo dell'omicidio), oppure se si tratti di atti funzionali al delitto, non eccedenti la normalità causale, o ancora se ci si trovi o meno al cospetto dell'estrinsecazione di forme patologiche, tali da incidere sulla capacità di intendere e di volere.

Come rilevano le Sezioni Unite, "l'aggressività talvolta platealmente insistita può essere una contingente modalità omicidiaria oppure un modo per crudelmente infierire, per smembrare la vittima, per farne scempio. L'alternativa teorica impone al giudice di analizzare attentamente tutti i dettagli del contesto per sceverare l'un caso dall'altro: è ciò che accade normalmente nella prassi"[22].

Per inciso, sembra opportuno osservare come, in giurisprudenza, la "normalità causale" non sia (giustamente) predicata in maniera rigida, nel senso che l'agente può colpire in maniera comunque eccessiva, spinto dalla rabbia, dalla concitazione, o persino dal dubbio di non riuscire ad avere il sopravvento sulla vittima, o che questa sia ancora viva, senza che automaticamente sia ravvisabile l'aggravante dell'art. 61, n. 4, c.p.[23].

In altri termini, le componenti impulsive della condotta non si traducono affatto, in maniera pressoché automatica, nel c.d. dolo d'impeto: infatti, "la deliberazione illecita può ben essere fulminea, estemporanea ma al contempo fredda ed ordinata. Al contrario, un crimine lungamente preordinato può essere eseguito in una condizione psichica emotivamente perturbata dalla stessa drammaticità dell'atto".

Di qui l'esigenza di evitare confusioni e sovrapposizioni tra il dolo (in particolare il dolo c.d. d'impeto) e quelle componenti motivazionali ulteriori e per così dire accidentali, a loro volta ricavabili dal riscontro, nel caso concreto, di comportamenti che eccedono la normalità causale.

In altri termini, la qualificazione del dolo come d'impeto non esime da una verifica autonoma ed ulteriore circa la sussistenza di un *quid pluris*, tale da concretizzare l'aggravante *ex* art. 61, n. 4, c.p. e da cogliere su un duplice piano: quello oggettivo della condotta, che oltre agli estremi tipici deve essere connotata da una particolare virulenza, non necessaria rispetto alla commissione del delitto; quello della colpevolezza, in cui si evidenzia il maggior disvalore dell'atteggiamento psicologico complessivo dell'agente, inquadrando il segmento soggettivo tipico del dolo nel più ampio contesto motivazionale, che svela un atteggiamento interiore di crudeltà verso la persona, e dunque specialmente riprovevole[24]. Detti piani vanno ovviamente letti in stretta correlazione tra loro, sia nell'ottica sostanziale, che in quella dell'accertamento processuale.

Paiono non trascurabili i riflessi in tema di apprezzamento dell'intensità del dolo d'impeto.

Invero, come ricordano le stesse Sezioni Unite, si legge nella Relazione al Re sul codice che il dolo d'impeto costituisce il primo gradino cui seguono quelli della riflessione normale e quello della premeditazione.

Quindi, tali rispettive caratterizzazioni del dolo incidono sulla commisurazione in senso stretto, in forza del disposto dell'art. 133, comma 1, n. 3, c.p.

Ma al contempo, il dato motivazionale è pure destinato ad incidere, come indice di capacità a delinquere del soggetto, sulla quantificazione della pena, all'interno della cornice edittale (art. 133, comma 2, n. 1, c.p.), o potenzialmente anche oltre, nei casi in cui specifiche norme elevino a circostanza segmenti di per sé atipici del percorso psicologico, ovvero dell'atteggiamento interiore, che ha sorretto la commissione del fatto: come nel caso dell'aggravante della crudeltà[25].

Mentre in generale l'accertamento dei motivi consente di rispondere alla domanda "perché il soggetto ha realizzato quel determinato fatto di reato", l'accertamento dello specifico atteggiamento ulteriore di crudeltà spiega "perché l'agente ha realizzato il fatto con quelle particolari modalità", con un ragionamento circolare, giacché è dalle modalità estrinseche della condotta che si parte, per ricavare il dato psicologico. Ma in ogni caso, l'indagine serve ad illuminare la colpevolezza per quel fatto, non solo in base all'intensità del dolo, bensì anche alla valenza sul piano etico-giuridico dei dati motivazionali, in vista di una corretta personalizzazione del rimprovero giuridico.

Disturbi psichici e pericolosità sociale

Nel caso di specie, in sede di merito l'imputato è stato riconosciuto capace di intendere e di volere al momento del fatto, pur essendo stato sottoposto ad "almeno tre ricoveri in regime di trattamento sanitario obbligatorio, mostrando di volta in volta sospettosità, agitazione psicomotoria, ideazione delirante a contenuto persecutorio e di veneficio", avendo fatto "uso continuativo di droghe pesanti", con conseguente esperienza in una comunità terapeutica; presentando altresì "disturbo di personalità che si caratterizza per una struttura disarmonica con spiccate valenze paranoidi e psicopatiche, pure se tale condizione non configura una infermità rilevante ai fini medico-legali e psichiatrico-forensi".

Dunque, come si riporta nella sentenza annotata, quanto a personalità l'imputato "perfettamente normale in senso metagiuridico non pare": "è un soggetto che non si scansa neppure quando incrocia veicoli in movimento, è da anni sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori, anche per aver camminato sul cornicione di un palazzo, con diagnosi di psicosi, seguito dal centro di igiene mentale ed in cura presso varie comunità per lungo tempo", tant'è che i consulenti della difesa avevano sostenuto l'esistenza di psicosi paranoide con grave disturbo di personalità, e quindi la parziale incapacità di intendere e di volere.

Per quanto sia stata esclusa in concreto l'attenuante di cui all'art. 89 c.p., giova ricordare come l'aggravante della crudeltà sia reputata compatibile con il vizio parziale di mente, salvo che nel singolo caso emerga che la condotta sia espressione della patologia[26]: ciò in linea con l'ormai consolidata concezione di imputabilità c.d. settoriale, ovvero di "divisibilità" della capacità di intendere e di volere[27].

Peraltro, le condizioni psichiche dell'imputato hanno avuto un ruolo determinante nell'esclusione dell'aggravante della crudeltà.

Posto che il duplice omicidio, commesso nei confronti dei genitori, è connotato da particolare rabbia e ferocia, come dimostrano gli innumerevoli colpi inferti alle vittime, si è potuta escludere la sussistenza della circostanza aggravante della crudeltà (non per l'incompatibilità con il dolo d'impeto, ma) alla luce di due fattori, tra loro interagenti: (*i*) i delitti sono stati commessi dopo anni di sistematiche vessazioni e violenze ad opera del padre, in un contesto di degrado familiare; (*ii*) il disturbo psichico dell'imputato (tale per cui le modalità brutali della condotta hanno trovato spiegazione non in un proposito efferato, bensì nella rabbia esplosiva, a sua volta generata dalla morbosa condizione psichica dell'agente).

Correlativamente, tale disturbo psichico è risultato irrilevante, alla stregua di quegli stati emotivi o passionali che l'art. 90 c.p. menziona al fine di escludere che possano incidere sull'imputabilità, nel senso di escluderla o anche solo di diminuirla.

A fronte di una condanna ad anni venti di reclusione, si conferma in definitiva la difficoltà di razionalizzare e di rendere ragionevolmente prevedibile *ex ante* la quantificazione della pena, al di là del lavoro di cesello che si possa fare su temi pur rilevanti, quale è quello della compatibilità tra dolo d'impeto e aggravante della crudeltà: ciò per effetto sia della disciplina delle circostanze (che da "elementi accidentali" finiscono spesso per condizionare in maniera decisiva l'esito processuale),

sia degli enormi spazi di discrezionalità giudiziale nella commisurazione, in senso stretto ed in senso ampio (inclusi i giudizi di prevalenza o di equivalenza tra circostanze di segno opposto)[28], sia - *last but not least* - per l'incidenza della diminuzione di un terzo conseguente al giudizio abbreviato, che finisce quasi per soppiantare una lunga serie di complesse valutazioni da operare "a monte".
Sullo sfondo, aleggia il nodo problematico dei rapporti tra colpevolezza per il fatto ed esigenze di prevenzione speciale, al cospetto di soggetti che denotino una spiccata pericolosità sociale e di meccanismi di esecuzione della pena oltremodo in crisi.

---

(1) Cfr. E. Andolfatto, *Alle Sezioni Unite la questione sulla compatibilità dell'aggravante della crudeltà con il c.d. "dolo d'impeto"*(nota a Cass., Sez. I, 13 gennaio 2016, dep. 6 maggio 2016, n. 18955, ord.), in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2016.

(2) Par. 1 del *Considerato in diritto.*

(3) Natura soggettiva ribadita dalle Sezioni Unite, ma già più volte affermata dalla giurisprudenza di legittimità; cfr. p. es. Cass., Sez. I, 14 ottobre 2014, n. 2489, Bruzzone, Rv. 262179. Di recente, D. Maltese, *L'aggravante delle sevizie e della crudeltà*, in *Foro it.*, 2009, II, 397 ss.; L. Pacifici, *Riflessioni sulle circostanze aggravanti di cui all'art. 61 nn. 1 e 4 c.p. in materia di omicidio volontario*, in *Giur. mer.*, 2013, III, 650 ss. In termini problematici, G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale*, *Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 452, secondo cui è controverso se l'aggravante attenga alle modalità della condotta e dunque abbia natura oggettiva, o denoti una maggiore criminosità dell'agente, con conseguente natura soggettiva.
Come si vedrà, pare preferibile riconoscere che la circostanza in oggetto debba avere un sostrato sia materiale che psicologico, e che prevalga comunque la rilevanza della stessa sul piano soggettivo, in termini di maggiore rimproverabilità dell'agente in ragione del particolare atteggiamento interiore sotteso alle concrete modalità della condotta.

(4) P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, trad. it. E. Pessina, Torino, 1853, 329 ss., con indicazioni efficacemente riprese e sviluppate nella monografia di G.P. De Muro, *Il dolo*, I, *Svolgimento storico del concetto*, Milano, 2007, 220 ss.

(5) Cfr. R.A. Frosali, *Sulle circostanze di cui al n. 4 dell'art. 61 c.p.*, in *Scuola positiva*, 1938, II, 154; Id., *Sistema del diritto penale italiano*, I, Torino, 1958, 626 s., ove si sottolinea sul piano oggettivo la maggiore sofferenza della vittima (che peraltro è un riflesso del *quid pluris* di afflittività della condotta) e sul piano soggettivo la maggiore malvagità del reo.

(6) Anche per ulteriori riferimenti, P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 165 ss.; con riguardo alla sentenza in commento, E. Andolfatto, *Le Sezioni Unite su crudeltà e dolo d'impeto (e assieme, una robusta "tirata d'orecchie" ai giudici di merito sullo stile della motivazione)*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016.

(7) Dal punto di vista del formante legislativo, la categoria delle circostanze si è aperta alla colpevolezza soprattutto con la riforma dell'art. 59 c.p. in tema di imputazione delle circostanze aggravanti, attuata con la L. 7 febbraio 1990, n. 19; cfr. Al. Melchionda, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1433 ss.; A. Manna, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 2 ss.; G. De Francesco, Opus illicitum. *Tensioni innovatrici e pregiudizi dogmatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 994 ss.; G. Marconi, *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, 1993, 239 ss.

(8) Ai fini della valutazione, può essere rilevante la scelta del mezzo o dei mezzi di esecuzione del reato, tra varie alternative possibili. Significativa, in proposito, Cass., Sez. I, 5 giugno 2014, n. 40829 (nel caso di specie, è stata riconosciuta la sussistenza dell'aggravante nei confronti dell'imputato non solo per "la smodata violenza percussiva dei colpi con cui il ricorrente continuò a infierire sull'anziana vittima anche dopo che questa era stata resa completamente inoffensiva e incapace di reagire, provocando quasi a ogni nuovo colpo frammentazioni ossee delle strutture scheletriche del viso, della gabbia toracica e dei processi vertebrali", ma anche per aver colpito la vittima, oltre che con le mani nude e con altri corpi contundenti presenti nell'abitazione, anche con "delle assi chiodate divelte da una cassetta di legno di cui l'imputato si servì per martoriare ulteriormente il corpo del M., provocando allo stesso inutili e acute sofferenze fisiche dovute alla penetrazione dei chiodi nei suoi tessuti vitali"). In precedenza, cfr., nello stesso senso, Cass., Sez. I, 24 ottobre 2013, n. 725, Iania, Rv. 258358; Cass., Sez. I, 28 maggio 2013, n. 27163, Brangi, Rv. 256476; Cass., Sez. I, 16 maggio 2012, n. 33021, Victorero Teran, Rv. 253527; Cass., Sez. I, 27 maggio 2008, n. 25276, Potenza, Rv. 240908. Parte della dottrina sembra reputare superflua la consapevolezza, in capo all'agente, della crudeltà. Nella manualistica, cfr., p. es., F. Mantovani, *Diritto penale*, *Parte generale*, IX ed., Assago-Padova, 2015, 406: "Occorre nel soggetto la coscienza e volontà del comportamento, ma non anche la consapevolezza della crudeltà e della sevizia". Sul punto ritengo che il soggetto debba rappresentarsi e volere una condotta eccedente, nel senso precisato nel testo, tale da concretizzare oggettivamente l'estremo della crudeltà; viceversa, la valutazione del relativo atteggiamento interiore in termini di crudeltà deve prescindere dalla percezione che ne abbia il reo. Sul punto cfr. altresì T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 218; nella dottrina meno recente, con accenti diversi, E. Altavilla, *Crudeltà e sevizie*, in *Dir. crim.*, 1957, 107; A. Zerboglio, *La crudeltà secondo l'art. 61 n. 4 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1939, 16.

(9) Oltre alla pronuncia delle Sezioni Unite in commento, cfr. Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 19966, Amore, Rv. 256254; Cass., Sez. I, 23 febbraio 2006, n. 16473, in *Cass. pen.*, 2007, 5, 2061.

(10) In dottrina, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, II, V ed., Torino, 1987, 201. In giurisprudenza, oltre alla pronuncia delle Sezioni Unite in commento, cfr.

Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 19966, Amore, cit.; Cass., Sez. I, 23 febbraio 2006, n. 16473, cit.; Cass., 10 luglio 2002, n. 35187, Botticelli, *CED*, 222520.

(11) Anche per ulteriori riferimenti, R. Bartoli, *Il dolo c.d. generico tra "disvalore soggettivo" e tipicità oggettiva*, in questa *Rivista*, 2004, 340 ss.; V. Patalano, voce *Omicidio (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 916 ss. (e spec. 946); A. Pecoraro Albani, *Il dolo*, Napoli, 1955, 481.

(12) Così le Sezioni Unite: "Coerente con tale lettura della norma è la costante, condivisa giurisprudenza che ritiene l'aggravante anche quando la crudeltà si manifesta nei confronti di una persona viva di cui non si sa se percepisca concretamente l'afflizione gratuita, trovandosi in stato d'incoscienza"; in precedenza, cfr. Cass., Sez. I, 27 maggio 2011, n. 30285, Alfonzetti, Rv. 250797; Cass., Sez. I, 29 ottobre 1998, n. 4678, Ventra, Rv. 213019. In dottrina, v. A. Malinverni, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 80.

(13) Così le Sezioni Unite; quale precedente conforme, cfr. Cass., Sez. I, 10 luglio 2002, n. 35187, Botticelli, cit.

(14) Per esempio, il cagionare lesioni ai glutei e al fianco alla vittima quando è già agonizzante, per sadismo; il legare la vittima e sottoporla ad una lenta, dolorosa e spasmodica asfissia da strangolamento; l'infierire con altre forme fisiche di tormento: sono tutte ipotesi di sevizie, che comunque potrebbero rientrare anche nella nozione oggettiva di crudeltà. Cfr. M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Milano, 2004, 665-666: "le sevizie sono sofferenze fisiche inflitte alla vittima e implicano la crudeltà, ma questa (...) può ben sussistere anche senza le prime (...); in ogni caso, vi è implicita l'idea di una inutilità o di un sovrappiù di durezza rispetto a quanto la commissione del reato richieda". Analogamente, S. Preziosi, *Le circostanze del reato*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale*, *Parte generale*, II, Torino, 2013, 861; A. Vallini, *Circostanze del reato*, in G. De Francesco (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, in F. Palazzo - C.E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, II, Torino, 2011, 33.

(15) Nel senso che risulti, in pratica, irrilevante il carattere fisico o morale delle sofferenze inflitte, avendo rilievo assorbente la superfluità delle modalità della condotta efferata, A. Manna, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 9.

(16) Per l'applicabilità dell'aggravante anche in rapporto al delitto tentato (con riferimento ad un tentato omicidio), v. di recente Cass., Sez. I, 7 marzo 2014, n. 18136: "il ricorso alle violenze fisiche ed il previsto impiego del fuoco per cagionare la morte contro persona inerme e già indebolita dai colpi ricevuti esulava dal normale processo causale dell'evento mortale (...)" e "denotava malvagità per le sofferenze che avrebbe causato lo sviluppo delle fiamme col coinvolgimento nel rogo anche della sorella (...). Inoltre, l'atteggiamento descritto dai testi oculari indica il compiacimento dell'imputato nel prefigurarsi l'imminente sviluppo delle fiamme e le conseguenze dolorose che avrebbero determinato, nonché nel constatare i sentimenti di terrore ed

ansia manifestati dalla parte lesa, la quale a sua volta aveva compreso il rischio cui era esposta di fare una fine atroce per mano del proprio fratello".

(17) Per tutti: F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, *Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, 306-307. Di recente, sul tema dell'omicidio improvviso nei suoi rapporti con l'aggressività, V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale*, Pisa, 2016, spec. 32 ss., 181 ss. e (per riferimenti comparatistici) 231 ss.

(18) Sentenza in commento, ove si evidenzia altresì come la non incidenza della categoria del dolo d'impeto in termini di effetti concreti sul piano della disciplina sostanziale (e la rilevanza, piuttosto, sul piano probatorio) risulti confermata proprio dall'ormai pacificamente ritenuta compatibilità con una serie di istituti, quali l'aggravante del nesso teleologico, l'aggravante dei motivi abietti o futili, il dolo eventuale.

(19) Si è ritenuto che i moventi - quali "ragioni per agire" - non incidano direttamente sull'intenzione, intesa come fulcro del dolo. I motivi, secondo tale tesi, non sono ancora "intenzione": lo diventano solo quando una ragione per agire prevale su altre ragioni per agire che spingano in diversa direzione, ovvero su ragioni per non agire. Al contrario, l'intenzione si ricollega al momento ed alla fase della *decisione* fra più ragioni confliggenti, traducendosi in *intention in action* quando appunto trova materiale attuazione da parte del soggetto. Cfr. L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia, 138 ss.; R.A. Duff, *Intention*, *Agency and Criminal Liability*, Oxford, 1990, 67 ss.; D. Davidson, *Azioni ed eventi* (1980), ed. it. Bologna, 1992, 133 ss.

(20) Cass., Sez. I, 17 febbraio 2015, n. 8163, P., Rv. 262595.

(21) Cfr. le Sezioni Unite in commento, che così chiosano: "Come si vede, l'esclusione della circostanza non è determinata, in realtà, dall'esistenza di dolo d'impeto, cioè di una deliberazione criminosa improvvisa, bensì dalla rabbiosa concitazione che determinò la furiosa e non mirata ripetizione dei colpi che attinsero la vittima in organi non vitali, tanto che la morte sopravvenne solo in un momento successivo al termine dell'azione violenta. Dunque, la pronunzia si rivela, al fondo, perfettamente aderente alle caratteristiche dell'aggravante che si sono sopra tratteggiate: l'inflizione di lesioni eccedenti rispetto alla normalità causale, sorretta dalla perversa volontà di cagionare gratuite sofferenze fisiche o morali. La Corte di legittimità analizza il caso alla ricerca della colpevolezza dell'aggravante alla stregua del metodo indiziario che costituisce l'unico possibile strumento per l'indagine sulla colpevolezza, sull'atteggiamento interiore che contrassegna il processo decisionale (Sez. U, n. 38343 del 24 aprile 2014, Espenhahn, Rv. 261105). La ragionata conclusione dell'indagine è che l'azione è mossa da parossistica impulsività e non da dolo di crudeltà".

(22) P. es. Cass., Sez. I, 28 maggio 2013, n. 27263, Rv. 256476, ha ritenuto la sussistenza dell'aggravante in un'ipotesi in cui la condotta omicida si era concretizzata nell'attingere per 64 volte la vittima con un coltello in varie parti del corpo, "accanendosi con brutalità sulla stessa in modo non più funzionale al delitto, ma costituente di per sé autonoma manifestazione di ferocia belluina trascendente la mera volontà di arrecare la morte".

(23) Significativa, in tal senso, Cass., Sez. I, 24 ottobre 2013, n. 725. I Giudici di merito, nel caso di specie, avevano desunto la sussistenza della circostanza "dalla considerazione della dinamica dell'azione omicidiaria e della natura, ubicazione, pluralità di lesioni cagionate dall'uso protratto della sbarra di ferro, sollevata ed abbattuta sulla vittima con entrambe le braccia dall'imputato, che vi aveva potuto imprimere una forza devastante. Gli esiti erano stati tremendamente lesivi, tanto che era stato prodotto lo sfondamento della teca cranica e la perdita già sul luogo del delitto di tessuti ossei, cutanei, cerebrali da pare della vittima a seguito della reiterazione di colpi, inflitti tutti al capo, zona vitale per eccellenza. A riscontro sono stati indicati: i rilievi fotografici ritraenti la parte lesa; la descrizione contenuta nella relazione di ispezione cadaverica, che aveva messo in evidenza la sutura chirurgica presente in zona gabellare senza soluzione di continuità dall'osso temporale di destra a quello di sinistra e le altre numerose suture in zona occipitale, dal che si era dedotto che 'il cranio della vittima era praticamente in pezzi'; la copiosa perdita di sangue e la caduta al suolo di una ciocca di capelli della vittima, che aveva quindi subito persino il distacco di parte della cute ricoperta dai capelli". Al contrario, la Cassazione ha ritenuto che l'agente avesse reiterato i colpi "per avere la certezza di riuscire ad ucciderla senza che in ciò siano rintracciabili una particolare insistenza, finalizzata ad arrecare gratuitamente dolore o comunque sofferenza, al di là dell'uso della violenza necessario per portare a compimento la volontà omicidiaria".

(24) Talora si trovano sottolineati anche altri aspetti del carattere, e segnatamente la personalità disaffettiva o anaffettiva. Oltre alle indicazioni in tal senso che si rinvengono nella manualistica, cfr. G. Amato, *Dall'indifferenza dello stato emotivoall'indifferenza come stato emotivo del colpevole: nuovi sentieri nel diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Cass. pen.*, 2012, 1516 ss.

(25) Per inciso, essa pare perfettamente compatibile con la nozione di colpevolezza per il singolo fatto; cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 301 ss., ove si giunge ad un giudizio di compatibilità limitatamente alle modalità della condotta, alle conseguenze colpevoli della stessa, ed ai motivi a delinquere. Al contrario, condotte antecedenti e susseguenti al reato, carattere, condizioni personali e sociali del reo aprirebbero la strada, perlomeno tendenzialmente, a valutazioni di vero e proprio stampo moralistico, con il pericolo di configurare una colpevolezza d'autore.

(26) Cfr. Cass., Sez. I, 4 novembre 2011, n. 20995, Olivo, Rv. 252844; Cass., Sez. I, 18 febbraio 1998, n. 3748, Varallo, Rv. 210120, le cui conclusioni hanno ricevuto avallo dalle Sezioni Unite.

(27) Cfr. Cass., SS.UU., 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), n. 9163, in questa *Rivista*, 2005, 852, segnatamente par. 16, ove si pone in evidenza la necessità che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo; in dottrina cfr., per tutti, F. Centonze, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 262 ss.; A. Manna, *Disturbi di personalità e rapporto di causa con*

il reato, in S. Cipolla-A. Bana (a cura di), *Crimini, criminali e malattia mentale. Scienze giuridico-penali e scienze empirico-sociali a confronto*, Atti di Convegno (Milano, 11-12 maggio 2006), Bruylant, Bruxelles, 2007, segnatamente 43 ss. Sulla necessità del riscontro del nesso eziologico in discorso v. altresì, a mero titolo esemplificativo, M. Bertolino, *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità: evoluzione e/o involuzione della prassi giurisprudenziale in tema di vizio di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 512 s.; U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, V ed., Torino, 2013, soprattutto 139 ss., 165; nonché, in prospettiva *de iure condendo*, I. Merzagora, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico e psicopatologico forense*, in A. Manna (a cura di), *Imputabilità e misure di sicurezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, Torino, 2002, 98.

(28) Di recente, cfr. l'acuta analisi di F. Basile, *L'*enorme *potere delle circostanze sul reato; l'*enorme *potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1743-1768.

Inoltre, sia che il legislatore intenda ricorrere a distinti modelli di omicidio, puniti più o meno gravemente a seconda dei motivi *lato sensu* intesi (e pur variamente tipicizzati) che hanno spinto alla realizzazione del fatto, sia che il dato motivazionale sia preso in considerazione quale circostanza (come nel nostro sistema), occorre fare i conti con le difficoltà di isolare il c.d. movente; con la necessità di misurarsi con la valutazione in termini di valore di una pluralità di motivazioni, fra loro sovrapposte; con le possibili "ambivalenze" di non poche situazioni motivazionali, suscettibili di essere lette a favore o contro il reo (in termini di minore o maggiore rimproverabilità), a seconda dell'ottica che si intenda adottare. Senza trascurare che le tecniche normative per attribuire giuridico rilievo a dati motivazionali per loro natura pertinenti all'autore possono, come si è visto, estrapolare taluni elementi dell'atteggiamento interiore (latamente inteso) dell'agente in rapporto al fatto, elevandoli a fini tipici, ovvero consentire una "diretta" esplorazione dei medesimi, per lo più sulla base di coordinate "di massima", così indirizzando l'indagine nei confronti dello stesso autore, anche in funzione della maggiore o minore rimproverabilità giuridico-penale del medesimo.

Giur. It., 2017, 5, 1211 (nota a sentenza)

DOLO D'IMPETO E AGGRAVANTE DELLA CRUDELTÀ - LE SEZIONI UNITE "RIBADISCONO" LA COMPATIBILITÀ TRA DOLO D'IMPETO E AGGRAVANTE DELLA CRUDELTÀ

Emanuele La Rosa(*)

Cass. pen. Sez. Unite, 23 giugno 2016, n. 40516

c.p. art. 43

c.p. art. 61

c.p.c. art. 575

c.p.c. art. 576

La Corte di cassazione a Sezioni unite risolve affermativamente la questione della compatibilità tra aggravante della crudeltà e dolo d'impeto. Secondo i giudici, infatti, bisogna tenere distinto tale modo di atteggiarsi dell'elemento soggettivo dalle componenti impulsive della condotta. È l'incidenza di queste ultime che può, eventualmente, portare a escludere l'applicabilità della circostanza, all'esito di una valutazione - da fare, ovviamente, caso per caso -, che tenga conto "delle modalità della condotta e di tutte le circostanze del caso concreto, comprese quelle afferenti alle note impulsive del dolo". La decisione si fonda, da un lato, sulla natura soggettiva "a colpevolezza dolosa" della previsione dell'art. 61, n. 4 c.p., e, dall'altro, su una lettura del "dolo d'impeto" che ne valorizza il mero dato cronologico intercorrente tra il sorgere del proposito criminoso e la sua attrazione. La sentenza offre l'occasione per fare il punto sull'interpretazione dell'art. 61, n. 4, c.p. e per chiarire l'esatto contenuto del dolo d'impeto e del dolo di proposito.

Sommario: La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni unite - L'aggravante dell'art. 61, n. 4, c.p.: contenuto e natura giuridica - L'art. 61, n. 4, c.p. come circostanza "a colpevolezza dolosa" - Dolo d'impeto, dolo di proposito, premeditazione - La compatibilità tra dolo d'impeto e crudeltà - Il problema della c.d. "reiterazione dei colpi" - Una postilla sulla struttura e sullo stile della motivazione

La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni unite

Con la sentenza in commento, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno risolto positivamente la questione "se, avuto riguardo agli elementi costitutivi dell'aggravante della crudeltà, la modulazione dell'elemento psicologico del delitto, nella forma del dolo d'impeto, abbia influenza sulla configurabilità della circostanza in questione". Questione, quella della compatibilità tra il c.d. "dolo d'impeto" e la circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 4, c.p., sottoposta loro dalla prima sezione, la quale aveva ravvisato un contrasto giurisprudenziale, sia in ordine agli elementi costitutivi dell'aggravante della crudeltà, sia in ordine alla questione specifica dell'eventuale assorbimento (con conseguente esclusione) della medesima nella particolare modulazione dell'elemento psicologico del delitto nella forma del dolo d'impeto[1].

La vicenda è quella di un trentasettenne - affetto da spiccate problematiche di natura psicopatologica, peraltro non ritenute tali da incidere sulla sua capacità di intendere e volere - che, dopo un'ennesima lite scatenatasi nel contesto familiare, aveva ucciso entrambi i genitori colpendoli complessivamente con centoundici coltellate. In sede di giudizio abbreviato, il G.u.p. aveva condannato l'imputato, ma aveva escluso l'applicabilità della circostanza di cui qui si discute, sulla base di una asserita incompatibilità col dolo d'impeto che aveva animato la condotta omicidiaria. Da qui, il ricorso *per saltum* del Procuratore della Repubblica e il successivo giudizio dinanzi alla Suprema Corte, che ha portato alla sentenza che qui si commenta.

La decisione offre l'occasione per ripercorrere i nodi problematici dell'aggravante dell'"aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone", con particolare riguardo al suo inquadramento dommatico e alle conseguenze da questo

discendenti, oltre che per chiarire i contenuti del c.d. "dolo d'impeto". Condizioni preliminari per poter affrontare la questione sottoposta alle Sezioni unite.

L'aggravante dell'art. 61, n. 4, c.p.: contenuto e natura giuridica

L'art. 61, n. 4, c.p. prevede, tra le ipotesi di aggravamento della pena, l'"aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone". Si tratta di una circostanza comune, ma il cui terreno d'elezione non può che essere quello dei c.d. "delitti di sangue".

La disposizione non fornisce indicazioni esplicite sulla natura della circostanza e sugli esatti confini dei suoi contenuti precettivi, affidando la risoluzione delle relative questioni all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

I giudici delle Sezioni unite non sembrano attribuire particolare importanza della distinzione tra "sevizie" e "crudeltà", della quale si sottolineano le limitate ricadute sul piano applicativo. Del resto, è innegabile che tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza si registri spesso la reiterazione di formule standardizzate, che non sempre hanno alle spalle un significativo approfondimento dommatico.

A onore del vero, l'uso della congiunzione disgiuntiva "o" lascerebbe intendere la volontà del legislatore di tenere distinte le due ipotesi. Un tentativo di delimitazione, del resto, oltre a venire incontro a irrinunciabili esigenze di chiarezza concettuale - funzionali anche a una migliore ricostruzione della *ratio* complessiva dell'istituto -, risulta utile a comprendere le ricadute applicative dell'inquadramento nell'una piuttosto che nell'altra ipotesi. Ricadute che, pur limitate, sussistono, come emerge chiaramente anche in alcuni passaggi della sentenza in commento.

Secondo una prima impostazione la differenza sarebbe di carattere squisitamente quantitativo: si avrebbe "crudeltà" nel caso di inflizione di sofferenze, fisiche o morali, non necessarie per l'esecuzione del reato, ma non tali da assurgere al livello di atrocità proprio delle sevizie[2]. Si tratta di un parametro inevitabilmente elastico, che rischia di affidare la soluzione dei singoli casi alla discrezionalità (se non all'arbitrio) della giurisprudenza.

Preferibile risulta, allora, l'orientamento - prevalente in dottrina, e accolto anche in talune pronunce della giurisprudenza - che fa ricorso a criteri distintivi di natura qualitativa.

Una possibile linea di demarcazione potrebbe passare, per esempio, dalla distinzione tra sofferenze fisiche e sofferenze psichiche[3]. In entrambi i casi emerge un'eccedenza causale rispetto a quanto necessario per la commissione del reato: è l'elemento della c.d. pleonasticità; a sua volta, espressione del generale principio del *ne bis in idem* sostanziale[4]. Nondimeno, le "sevizie" consistono in inutili sofferenze fisiche inferte alla vittima, con l'unico scopo di compiacere la malvagità dell'autore[5]. Si pensi per esempio, alle torture fatte precedere all'uccisione di un uomo o al ricorso a modalità efferate come il lento dissanguamento. La "crudeltà verso le persone", invece, si traduce nell'inflizione, alla vittima o - come si vedrà - a un terzo, di una sofferenza morale, anche in questo caso, non necessaria: inscenare una finta esecuzione

prima dell'effettiva uccisionedella vittima; imporre ad un genitore di assistere alla violenza sessuale subita dalla figlia.
Secondo una variante dell'orientamento appena esaminato, le sevizie avrebbero carattere oggettivo, sostanziandosi in sofferenze non necessarie inflitte alla vittima; la crudeltà, invece, assumerebbe una connotazione prevalentemente soggettiva, manifestando l'indole malvagia dell'autore e la sua mancanza del più elementare senso di umana pietà[6].
Volendo concludere sul punto, pare preferibile evitare una *reductio ad unum* delle due fattispecie, il cui dato unificante consiste, sul piano psicologico, nella particolare intensità dell'elemento soggettivo della circostanza(7). Del resto, può condividersi l'affermazione secondo cui "l'uso di sevizie implica crudeltà, ma può esserci crudeltà senza sevizie"[8]. A chiarificazione di quanto affermato, si può portare la valutazione giudiziaria dell'eccidio delle Fosse Ardeatine: nella vicenda non si riscontano gli estremi delle sevizie, in quanto le modalità esecutive non rappresentavano, rispetto all'azione esecutiva del crimine, un *quid pluris*escogitato allo scopo di soddisfare il piacere di veder soffrire le vittime[9]. La spietatezza era nell'atto, per la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il luogo della sua esecuzione e per ogni altra modalità della condotta, a cominciare dall'algida selezione preventiva degli innocenti. Non già, dunque, sevizie, ma crudeltà *in re ipsa* di un'efferata azione omicida[10].
Quanto fin qui esposto si riverbera sull'individuazione della natura giuridica dell'aggravante. Come noto, alla luce di quanto disposto negli artt. 70 e 118 c.p., si considerano oggettive le circostanze che concernono "la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso": in tutti questi casi, la *ratio* dell'aumento di pena consiste nell'aver agevolato la commissione del reato sul piano materiale[11]. Le circostanze oggettive, invece, attengono a particolari condizioni personali del reo, ai suoi rapporti con la vittima o alla particolare conformazione dell'elemento soggettivo.
La tesi della natura oggettiva dell'aggravante qui considerata attribuisce valore preminente alla sua ritenuta rilevanza sul piano delle modalità della condotta[12]. Quanti, invece, propendono per la natura soggettiva sottolineano come la circostanzafaccia riferimento ad un comportamento umano, ad un particolare aspetto del carattere del soggetto agente, indicativo di una sua maggiore criminosità[13].
Pare fuor di dubbio, in effetti, che a delineare il volto della circostanza in oggetto concorrano tanto componenti di carattere oggettivo, quanto valutazioni di carattere soggettivo: il riferimento alle "sevizie" denota una particolare modalità di realizzazione del fatto; la "crudeltà" si presenta come uno *status* del reo, dal quale traspare la sua particolare insensibilità o efferatezza. Tant'è vero che si potrebbe risolvere la questione valorizzando al massimo la distinzione tra le due ipotesi e riconoscendo natura oggettiva alla prima e soggettiva alla seconda. Il tenore complessivo della disposizione, però, fa emergere una *ratio*sostanzialmente unitaria, che non può che riflettersi sull'inquadramento dommatico della circostanza.

Si tratta, allora, di determinare quali tra le caratteristiche appena evidenziate assumano valore prevalente nell'economia dell'art. 61, n. 4, c.p. All'esito di una tale valutazione, l'inquadramento tra le circostanze soggettive si lascia preferire per un duplice ordine di motivazioni.

Innanzi tutto, né le sevizie, né la crudeltà - così come definite - agevolano la commissione del reato, atteso che tratto distintivo comune è la loro "superfluità". Se è così, viene meno il presupposto implicito richiesto dall'art. 70 c.p. per le circostanzeoggettive.

In secondo luogo, le modalità di realizzazione del fatto non vengono considerate in sé, ma in quanto rivelatrici di un animo perverso e proclive al crimine, insensibile e disaffettivo; pertanto non possono che riferirsi allo stato soggettivo del colpevole. Per citare un classico del pensiero penalistico, nelle situazioni considerate "più feroce proposito che non si appaga di spegnere la vita del suo nemico, ma vuole di più farlo acerbamente soffrire prima che muoia"(14).

È questa la conclusione cui giungono le Sezioni unite, secondo cui "è la perversità dell'intento che, al fondo, contrassegna la figura di cui si parla", i comportamenti cui essa fa riferimento "rilevano precipuamente nella sfera della colpevolezza, dell'atteggiamento interiore, caratterizzato da particolare riprovevolezza".

La riconosciuta natura soggettiva dell'aggravante non si traduce - ovviamente - in uno scivolamento verso il c.d. "diritto penale d'autore".

La *ratio* dell'aggravamento di pena non risiede "esclusivamente" nella rimproverabilità della particolare efferatezza manifestata dal soggetto attivo, quanto piuttosto nei riflessi di questo atteggiamento interiore sulla vittima. Detto altrimenti: non si punisce il carattere spietato dell'agente, ma piuttosto la brutalità della sua azione. Il dato normativo è inequivoco nell'ancorare il rimprovero alla condotta posta in essere nell'esecuzione del reato. È un profilo opportunamente ed efficacemente evidenziato nella sentenza in commento, che respinge i rischi di "derive autoriali" emergenti dall'ordinanza di rimessione(15).

Dalla riconosciuta natura soggettiva dell'aggravante discendono importanti conseguenze sul piano applicativo.

Innanzi tutto, nulla esclude che la condotta sia diretta contro persona diversa dal soggetto passivo. Ciò vale, in particolare, per i fatti commessi con "crudeltà verso le persone"(16): si pensi, per esempio, all'omicidio commesso in presenza dei parenti della vittima(17). A conclusione diversa si deve giungere nel caso delle "sevizie": non già perché se ne metta in discussione la natura di circostanza soggettiva, ma in quanto l'atteggiamento interiore dell'agente si manifesta, qui, attraverso una ben precisa modalità esecutiva che non può che avere ad oggetto la vittima.

In secondo luogo, si deve respingere ogni tentativo di subordinare la rilevanza penale della "crudeltà" alla presenza del requisito (oggettivo) della percezione da parte della vittima dell'ulteriore tormento inflittole dall'agente(18). La gratuità e superfluità della condotta, in altri termini la sua eccedenza causale rispetto a quanto necessario per il perseguimento dello scopo criminoso va valutata in astratto secondo l'*id quod*

plerumque accidit e non avendo riguardo alla particolare condizione della vittima. È indifferente che la vittima percepisca l'afflittività degli atti; ciò che conta è l'"azione cosciente e volontaria dell'agente che manifesta un'indole particolarmente malvagia quando usa violenza che non è necessaria né per vincere la resistenza della vittima, né per perseguire la morte, ma per dare soddisfazione ai propri istinti crudeli"[19]. Ciò discende dall'essere la "circostanza essenzialmente imperniata sulla considerazione del comportamento dell'autore dell'illecito e sulla conseguente maggiore riprovevolezza di un *modus agendi* connotato da particolare insensibilità, spietatezza, efferatezza"[20]. Non pare condivisibile, pertanto, l'affermazione secondo cui la gratuità e superfluità della condotta andrebbe apprezzata alla luce delle particolari condizioni psico-fisiche della vittima[21].

L'art. 61, n. 4, c.p. come circostanza "a colpevolezza dolosa"

La riconosciuta natura soggettiva dell'aggravante si riflette anche sul criterio di imputazione della medesima, definita - dalle Sezioni unite - "a colpevolezza dolosa". In deroga al disposto dell'art. 59, 1° comma, c.p., non è sufficiente che la stessa sia imputata all'agente a titolo di colpa, ma è necessario che l'autore si rappresenti e voglia che la vittima patisca sofferenze aggiuntive rispetto a quelle sufficienti sul piano eziologico.

Non si tratta di una forzatura del dato normativo, sia pure *in bonam partem*. Nulla esclude, infatti, che la particolare conformazione di una circostanza aggravante richieda, sul piano dell'imputazione soggettiva, elementi aggiuntivi rispetto ai requisiti minimi della conoscibilità/prevedibilità del fatto circostanziale, richiesti dall'art. 59, 1° comma, c.p. Si tratta di circostanze soggettivamente pregnanti, la cui esistenza (e applicazione) dipende anche da profili psichici[22]. È il caso, ovviamente, dell'aggravante dell'aver agito "per motivi abietti o futili" (art. 61, n. 1, c.p.); ma anche di quella c.d. del "nesso teleologico", cioè l'"aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di un altro reato" (art. 61, n. 2, c.p.): presupposto indefettibile è che l'agente commetta il reato nella consapevolezza che si tratti di uno strumento per conseguire uno degli obiettivi indicati dalla norma. Analoghe considerazioni valgono per la circostanza dell'art. 61, n. 4: da un lato, l'"aver adoperato sevizie" implica un uso consapevole di una particolare modalità di esecuzione del reato; dall'altro, sarebbe quasi assurdo ipotizzare una "crudeltà" inconsapevole e involontaria[23].

Assunta la natura dolosa dell'aggravante, sembrerebbe[24] emergere proprio su questo terreno un profilo di rilevanza giuridica della distinzione tra "sevizie" e "crudeltà". Se le prime richiedono la forma d'intensità dolosa massima, cioè il dolo intenzionale, per la crudeltà quest'ultimo non sarebbe necessario, mancando "quella studiata predisposizione finalizzata a cagionare ... un male aggiuntivo". Nell'affermare questo principio, però, le Sezioni unite mettono in guardia dal rischio che s'ingeneri confusione tra il criterio soggettivo di imputazione della circostanza e il dolo d'evento che accompagna la realizzazione del fatto tipico cui accede la situazione aggravatrice. È evidente che una cosa è l'intenzionalità riferita alla condotta e all'evento (che

condiziona la configurabilità del fatto tipico), altra cosa è la volontaria realizzazione di comportamenti che si concretizzano negli estremi di una circostanza(25).
Alla luce di tali premesse, non convince la decisione con la quale è stata esclusa la ricorrenza dell'aggravante in un caso di uxoricidio commesso alla presenza dei figli minori, sul rilievo che la presenza di questi ultimi era fortuita e non specificamente voluta dall'imputato[26]. Versandosi in un'ipotesi di "crudeltà verso le persone", l'aver agito consapevoli del fatto che all'omicidio stavano assistendo i figli, senza valutare la possibilità di recedere dal proposito criminoso, pare sufficiente - sotto il profilo soggettivo - a giustificare l'applicazione della circostanza.
Si discute, semmai, dell'eventuale necessità della consapevolezza che la propria condotta integri gli estremi delle "sevizie" o della "crudeltà". Dottrina e giurisprudenza prevalenti tendono a negarlo[27]. E a ragione. Diversamente si finirebbe col premiare l'anaffettività e l'insensibilità di quanti agiscono con crudeltà, senza neppure rendersene conto.

La particolare pregnanza soggettiva dell'aggravante, invece, impone che l'agente si sia rappresentato lo stato della vittima quale persona viva. Laddove si dimostri la consapevolezza dell'agente di indirizzare la propria condotta verso un essere umano già morto, non si applicherà l'art. 61, n. 4, c.p., ma il delitto di *Vilipendio di cadavere ex* art. 410 c.p. Del resto, ai fini dell'aggravante in parola rilevano, infatti, soltanto comportamenti che arrecano al soggetto passivo sofferenze maggiori di quelle che ordinariamente produce la morte. Ed è superfluo precisare che i patimenti debbono essere conseguenza diretta della condotta del colpevole e da questi espressamente preveduti e voluti. Non si configura pertanto l'aggravante nel caso di una lunga e sofferta agonia, conseguenza, ad esempio, di un colpo di pistola sparato alla vittima[28].
Proprio il carattere necessariamente doloso dell'aggravante, infine, spiega la sua non estensibilità al concorrente *ex* art. 116 c.p.[29].

Dolo d'impeto, dolo di proposito, premeditazione

Precisati, nelle loro linee essenziali, i caratteri della circostanza di cui all'art. 61, n. 4, c.p., si tratta di fissare i contenuti del concetto di "dolo d'impeto"; figura che emerge, nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, in contrapposizione al c.d. "dolo di proposito"[30].
È bene precisare che non si tratta di *species* diverse di dolo, quanto piuttosto di modulazioni di intensità dello stesso[31], come tali rilevanti, innanzi tutto, in sede di commisurazione della pena *ex* art. 133, 1° comma, n. 3, c.p.[32]. In particolare, secondo il prevalente orientamento dottrinale, la classificazione in oggetto rapporta l'intensità del momento volitivo al grado di adesione psicologica del soggetto al fatto, nonché alla complessità e alla durata del processo deliberativo[33].
La distinzione tra "dolo d'impeto" e "dolo di proposito" fa leva, essenzialmente, su un dato cronologico: l'intervallo temporale tra il sorgere della risoluzione criminosa e la sua concretizzazione. Nel primo caso, la decisione di commettere il reato è simultanea o di poco precedente alla sua realizzazione; nel secondo caso, intercorre un certo lasso temporale tra il proposito e la sua attuazione.

La questione è se tale connotazione temporale rilevi in sé, o non sia piuttosto rivelatrice di un diverso processo motivazionale. Detto altrimenti, dall'assenza di una frattura temporale tra deliberazione e azione determinata si dovrebbe accertare la comprovata impossibilità che contro-motivi inibitori intervengano a contrastare la spinta criminosa.

Le Sezioni unite respingono questa lettura, ritenendo il dolo d'impeto un normale criterio di imputazione del fatto, nel quale il momento volitivo e quello intellettivo sono pari ad ogni altra forma di dolo, differenziandosi solo per il dato cronologico(34). Discorso diverso va fatto per la "premeditazione". Vero che si tratta di un'ipotesi particolarmente intensa di "dolo di proposito", ma tale intensità non si misura in termini esclusivamente cronologici, arricchendosi l'intervallo temporale di un *quid pluris* che ne giustifica la considerazione come circostanza aggravante del delitto di omicidio. Tale componente aggiuntiva del dolo di premeditazione, però, non deve essere identificata con l'esecuzione *frigido pacatoque animo*(35), quanto piuttosto con c.d. "macchinazione", da intendere come perseveranza nel proposito criminoso senza resipiscenza(36).

È proprio l'esatta ricostruzione dei rapporti tra "dolo di proposito" e "premeditazione" a illuminare con maggiore precisione i contorni della categoria del "dolo d'impeto"(37). Nella premeditazione un intervallo temporale ampio tra l'insorgere e l'esecuzione del proposito criminoso deve indicare univocamente - in rapporto alle circostanze del caso concreto - il consolidamento (mediante maturata riflessione) e la persistenza, tenace e ininterrotta, del proposito criminoso(38). È questo l'elemento che consente di enucleare all'interno delle ipotesi sorrette da un "dolo di proposito" la sottocategoria dei reati premeditati. Se anche per le prime si richiedesse la medesima prova, ovvero che il trascorrere del tempo non è stato sufficiente a inibire la spinta criminosa dell'agente, non si giustificherebbe la previsione di un aggravamento di pena solo per i delitti (*rectius*, gli omicidi) commessi con premeditazione. Il "dolo di proposito" non può che essere un *minus* rispetto a quest'ultima, e i suoi contenuti non possono che riflettersi, in negativo, nella speculare figura del "dolo d'impeto". Tanto nell'una, quanto nell'altra, il *quantum* di durata indizia circa la diversa complessità della deliberazione criminosa, ma non richiede alcun tipo d'indagine sulle effettive modalità del sorgere e del dipanarsi di quest'ultima.

La compatibilità tra dolo d'impeto e crudeltà

Muovendo dalla connotazione meramente cronologica del dolo d'impeto, le Sezioni unite escludono l'incompatibilità con la circostanza aggravante della crudeltà di cui all'art. 61, n. 4, c.p., dando così soluzione affermativa alla questione sottoposta loro.

Non esiste alcuna ragione logica per escludere, a priori, la conciliabilità di una deliberazione delittuosa fulminea e la malvagità di una volontà crudele. Conclusione, questa, ulteriormente rafforzata alla luce della segnalata differenziazione tra il piano della consapevolezza e volontarietà degli elementi costitutivi dell'aggravante in oggetto e quello del dolo d'evento che sorregge l'intero fatto di reato. La ravvisata matrice soggettiva dell'art. 61, n. 4, c.p. - che si manifesta, come detto, nelle forme di

una colpevolezza necessariamente dolosa - è un dato preesistente e, dunque, indipendente, rispetto all'insorgere dell'elemento psicologico del reato.

A diversa conclusione potrebbe giungersi solo muovendo da una ricostruzione del "dolo d'impeto" che - come detto - non si accontenti del mero dato cronologico. Respinta, per le ragioni sopra esposte, la correttezza di questa impostazione, viene meno ogni residuo ostacolo all'affermazione di una piena compatibilità tra questo particolare modo di atteggiarsi dell'elemento soggettivo e l'aggravante della crudeltà.

Il dolo d'impeto non va confuso con la concitazione che può accompagnare la commissione del reato. Esso deve essere distinto dal "reato d'impeto"[39]. È l'equivoco nel quale, a detta delle Sezioni unite, sembrano essere incorsi - come si vedrà - i giudici della decisione citata nell'ordinanza di rimessione come precedente contrario all'indirizzo favorevole alla compatibilità tra dolo d'impeto e aggravante qui considerata[40]. Equivoco ingenerato anche da una non adeguata delimitazione concettuale tra "dolo di proposito" e "premeditazione".

Il "reato d'impeto" designa, genericamente, reati non premeditati, non psicologicamente programmati e realizzati in circostanze di violento coinvolgimento emozionale. Dal punto di vista psichico e criminologico, il reato d'impeto implica una ridotta, se non assente, libertà del volere nell'atto di commissione del reato. Ciò è destinato a incidere sul grado di colpevolezza, in ragione della diversa rimproverabilità del fatto al suo autore, riflesso di una sua diversa responsabilità morale. In tale particolare tipologia delittuosa, l'atto volitivo risulta inquinato dalle spinte emozionali e pulsionali del momento. Certo il soggetto conosce l'illiceità della propria condotta e vuole realizzarla, ma la scelta criminosa non è preceduta da un bilancio preventivo, essendo il frutto di quello che è stato variamente definito come "discontrollo", "impulso irresistibile", "raptus", ovvero, per usare la terminologia del codice penale, "*stato emotivo*"[41]. Ora, se il reato d'impeto, quando commesso da persona capace di intendere e volere, non può che essere supportato da un dolo d'impeto, non è necessariamente vero il contrario. Anche una risoluzione criminosa istantanea può coesistere con una consapevole e chiara volontà di infliggere alla vittima sofferenze gratuite.

Il problema della c.d. "reiterazione dei colpi"

Il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite deve, a questo punto, essere calato nel caso concreto. La vicenda - come detto - attiene a una situazione affatto inedita: un omicidio commesso con sproporzionata e "parossistica" reiterazione di colpi. Si tratta di vicende spesso venute all'attenzione degli organi giurisdizionali, chiamati a pronunciarsi proprio sull'applicabilità della circostanza di cui si discute.

Da tale produzione giurisprudenziale emerge chiaramente come non vi sia alcun automatismo tra reiterazione dei colpi e aggravante dell'art. 61, n. 4, c.p.[42].

Presupposti per l'applicazione della circostanza sono ritenuti il superamento dei limiti della normalità causale rispetto all'evento e la possibilità di leggere l'episodio come manifestazione di efferatezza[43]. In altri termini, il reiterato uso della medesima arma può integrare l'aggravante "qualora, per il numero dei colpi inferti, non sia soltanto

funzionale al delitto, ma costituisca espressione della volontà di infliggere alla vittima sofferenze che esulano dal normale processo di causazione dell'evento morte"[44]. Si tratta, quindi, di valutare se la ripetizione di colpi entro un breve intervallo temporale non serve a causare l'evento morte, bensì a umiliare la vittima, ancora viva, a farne scempio, a procurarne dolore.
Le decisioni giurisprudenziali sul punto hanno fatto leva sul criterio oggettivo della "eccedenza eziologica" quale riflesso della volontà di infliggere alla vittima sofferenze che esulano dal normale processo di causazione dell'evento morte[45]. Una valutazione fondata sulle circostanze fattuali, sulle condizioni del reo e della vittima e sulle modalità di commissione del fatto. In alcuni casi, l'eccedenza causale - come indice del *surplus* di colpevolezza insito nell'aggravante - è stata individuata nella scelta del mezzo che, tra quelli a disposizione dell'agente e da lui astrattamente utilizzabili, riveli la volontà di infliggere particolari sofferenze alla vittima. Sulla base di questo criterio, per esempio, l'aggravamento di pena è stato escluso nell'ipotesi in cui i ripetuti colpi di spranga inferti alla vittima fino al sopraggiungere della morte rappresentavano l'unico metodo a disposizione dell'agente[46].
Rispetto ai precedenti appena citati, la sentenza in commento introduce un elemento di novità. Questo consiste nell'individuazione di un ulteriore parametro di valutazione: la concitazione che ha accompagnato l'esecuzione del reato. Per stabilire se la condotta ecceda la normalità causale, sì da determinare sofferenze aggiuntive ed esprimere un atteggiamento interiore specialmente riprovevole, bisogna tener conto - secondo i giudici - non solo delle modalità della condotta e delle circostanze del caso concreto, ma anche di "quelle afferenti alle note impulsive del dolo". Detto altrimenti, non ci si può limitare a una valutazione del dato numerico, essendo "necessarioapprofondire il contesto anche psicologico" che accompafgna la condotta criminosa[47]. È la medesima indagine che deve essere compiuta riguardo a reati efferati commessi da persone in condizioni psicopatologiche. Ove queste ultime non attingano al livello del vizio totale di mente, infatti, occorre valutare se le modalità particolarmente aggressive della condotta siano frutto di un chiaro intento crudele o se non siano, piuttosto, espressione della patologia[48].
Questa precisazione aiuta a comprendere la reale portata del precedente segnalato nell'ordinanza di rimessione come espressivo di un orientamento, difforme da quello dominante, ed espressivo di una incompatibilità tra dolo d'impeto e aggravante della crudeltà.

In effetti, da una lettura superficiale delle motivazioni emerge come l'esclusione dell'aggravante si fondi sull'assenza di una "preordinazione del delitto", atteso che la coppia creata fuori dalle mura domestiche non rappresenta un "movente", bensì un "antecedente logico e storico di un profondo disagio personale, che, nel determinare una strettoia emotiva, ben può avere determinato quelle particolari condizioni di aggressività" concretizzatesi "nel momento del delitto". In realtà, però, a un esame più attento, emerge come la conclusione cui pervengono i giudici, a dispetto di quanto affermato, non deriva dall'essere stato il delitto commesso con dolo d'impeto, ma piuttosto dall'essere stata la condotta caratterizzata da estrema rapidità, frutto di

slatentizzazione di rabbia e aggressività: il numero dei colpi inferti, più che denotare una particolare crudeltà, ulteriore a quella di per sé insita in un'azione omicidiaria, ha costituito, nel caso concreto, espressione proprio dell'immediatezza e rapidità della decisione e del finalismo della condotta a cagionare la morte della donna. Peraltro, nel caso in questione, l'applicazione dell'aggravante non aveva superato - secondo i giudici della Suprema Corte - nemmeno il vaglio del criterio dell'eccedenza causale. Le censure mosse ai giudici di merito, riguardavano, infatti, anche il peso decisivo attribuito al numero dei colpi inferi alla vittima. Ora, è vero che nessuno di questi risultava in sé letale - essendo tutti superficiali e non diretti verso organi vitali - ma i periti avevano escluso che ci fosse stato un tentativo di scannamento, confermando l'ipotesi che lo spropositato numero di ferite fosse stato il frutto della "concitazione lesiva"[49].

Alla luce di quanto fin qui esposto, quindi, la questione sottoposta al vaglio delle Sezioni unite si presenta come un falso problema. Non esiste alcun dubbio, né un reale contrasto di giurisprudenza circa la compatibilità tra l'aggravante dell'art. 61, n. 4, c.p. e il dolo d'impeto.

In applicazione dei principi di diritto individuati per la soluzione della questione a essi sottoposta, i giudici hanno gioco facile nel rigettare il ricorso.

Pur non condividendo i presupposti giuridici sulla base dei quali il gup aveva negato l'applicabilità dell'aggravante della crudeltà, pervengono alla medesima conclusione applicando la regola di giudizio secondo cui la crudeltà "deve essere accertata alla stregua delle modalità della condotta e di tutte le circostanze del caso concreto, comprese quelle afferenti alle note impulsive del dolo".

Certo si tratta di un accertamento tutt'altro che agevole, i cui esiti sono esposti al rischio di oscillazioni e incertezze; rischio acuito dal ruolo preminente rivestito, nella valutazione, da elementi psichici e componenti psicologiche. Nondimeno, la pronuncia di primo grado - pur nel contesto di un apparato motivazionale di difficile intellegibilità - forniva indicazioni preziose. Dava conto, infatti, di alcuni tratti particolarmente rilevanti della personalità dell'imputato, utili per valutare la configurabilità dell'aggravante in discussione: specificamente, un profondo odio verso i genitori, spesso manifestato (anche il giorno prima della consumazione degli omicidi) attraverso plurime aggressioni verbali e minacce di morte; la pregressa sottoposizione a ben tre ricoveri in regime di trattamento sanitario obbligatorio; l'aver manifestato segni di sospettosità, di agitazione psicomotoria e di ideazione delirante, oltre che di disturbi di personalità paranoidi.

Sulla base di questi elementi le Sezioni unite possono confermare l'esito del giudizio di primo grado: "il reato è d'impeto, i colpi sono davvero innumerevoli, ma le peculiarità aggressive dell'azione trovano la loro spiegazione non in un proposito efferato, bensì nella perturbata condizione dell'agente; dunque, la sentenza, pur riproducendo la diffusa confusione tra dolo d'impeto e componenti impulsive dell'azione, esclude l'aggravante non a causa

dell'incompatibilità tra gli istituti discussi, ma per il ruolo determinante attribuito [...] alla rabbia esplosiva, a sua volta generata dalla morbosa condizione psichica".

Una postilla sulla struttura e sullo stile della motivazione

In conclusione, un breve cenno va fatto alle osservazioni dei giudici sull'importanza della motivazione e sulle modalità della sua redazione. In particolare - ammoniscono - occorre evitare la sovrabbondanza di particolari insignificanti, come pure la riproduzione integrale e acritica delle deposizioni assunte in dibattimento o di altri atti processuali. Diversamente si rischia di confondere il contenuto delle prove e i fatti che da essa si desumono. È un modo di procedere che "ostacola la comprensione del senso della decisione, tradisce la funzione euristica della motivazione, disattende precise indicazioni di plurime norme processuali".

Un giudizio certo severo, ma fondato. L'esigenza avvertita dalla Suprema Corte di motivazioni più agili e, soprattutto, più intellegibili sul processo motivazionale, infatti, diventa ancora più urgente proprio nei casi - come quello oggetto della decisione in commento - in cui l'applicazione della norma è subordinata non solo - com'è normale - all'esatta ricostruzione delle risultanze del caso concreto, ma anche alla valutazione dei riflessi di queste ultime sull'atteggiamento interiore dell'agente.

L'auspicio, allora, è quello di motivazioni snelle, capaci di andare sinteticamente al nocciolo delle questioni affrontate, in modo da agevolare, da un lato, la comprensione da parte dei consociati, e, dall'altro, l'attività di controllo dei giudici delle impugnazioni.

Un'indicazione che si muove nella medesima direzione delle linee di indirizzo in tema di "motivazione semplificata delle sentenze penali", recentemente rivolta dal Primo Presidente ai consiglieri della Corte di cassazione(50).

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Cass., Sez. I, ord. 13 gennaio 2016, n. 18955, in *Dir. Pen. Cont.* (*www.penalecontemporaneo.it*), 6 giugno 2016, con nota di Andolfatto, *Alle Sezioni Unite la questione sulla compatibilità dell'aggravante della crudeltà con il c.d. "dolo d'impeto"*.

(2) Cass., Sez. I, 6 ottobre 1987, n. 747, in *Giust. Pen.*, 1988, II, 385; G.i.p. Bologna, 22 marzo 2012, in *Giur. di Merito*, 2013, 648, con nota di Pacifici, *Riflessioni sulle circostanze aggravanti di cui all'art. 61, nn. 1 e 4, c.p. in materia di omicidiovolontario*; Ass. La Spezia, 30 ottobre 2012, in *www.dejure.it*. In dottrina, Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 449.

(3) Per tutti, Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 452; de Vero, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, 630 s.

(4) Il sistema penale non può consentire che sia considerata punibile più di una volta (anche sotto il profilo circostanziale) la medesima condotta causativa dell'evento preso di mira e tipizzato dalla norma incriminatrice.

(5) Cass., Sez. I, 6 ottobre 1987, in *Giust. Pen.*, 1988, II, 385.

(6) Cass., Sez. I, 12 marzo 1976, Cance, in *Giust. Pen.*, 1976. Echi di quest'impostazione in Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 552.

(7) Maltese, *L'aggravante delle sevizie e della crudeltà*, in *Foro It.*, 2009, II, 397.

(8) Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1945, 336. Nello stesso senso, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 665.

(9) Sevizie che si riscontravano, invece, in altri episodi verificatisi nel medesimo contesto storico. Si pensi al trattamento riservato agli attentatori alla vita di Hitler, i quali, per vendetta, venivano denudati fino alla cintola, avvolti al collo da un cappio di corda di pianoforte e impiccata a un gancio da macellaio pendente dal soffitto, sicché la morte sopraggiungeva in maniera lenta e dolorosa. In argomento, Shirer, *Storia del Terzo Reich*, Torino, 1962, II, 1626.

(10) Cass., Sez. I, 1 dicembre 1998, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, 603, con nota di Riondato, *Fosse Ardeatine: solo l'ergastolo rende imprescrittibili i crimini di guerra?*

(11) F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 402, che argomenta facendo leva sulla ratio dell'originario art. 118 c.p., che estendeva ai concorrenti nel reato non solo le circostanze oggettive, ma anche le soggettive che avessero in concreto agevolato l'esecuzione del reato.

(12) Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2003, 470; Marinucci-Dolcini, *Manuale cit*, 536; de Vero, *Corso*, cit., 630; Tassinari, *I delitti di omicidio*, in *I reati contro la persona*, I, in Trattato diretto da Cadoppi-Canestrari-Papa, Torino, 2006, 76; Manna, voce "Circostanze del reato", in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 11, il quale riconosce, peraltro come le due proposizioni mettano in risalto "la prava propensione dell'agente ad infliggere sofferenze sia fisiche, che morali alla vittima e quindi la sua crudeltà d'animo, che oltrepassa i limiti di normalità causale nella produzione dell'evento".

(13) Malinverni, voce "Circostanze del reato", in *Enc. Dir.*, VII, Milano 1960, 80; Mantovani, *Diritto penale*, cit., 405; Antolisei, *Manuale*, cit., 450; di recente, Demuro, *Dolo d'impeto, aggravante della crudeltà e componenti impulsive della condotta*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 1977.

(14) Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, I, Lucca, 1872, par. 1243.

(15) Cass., Sez. I, ord. 13 gennaio 2016, n. 18955, cit.

(16) Cass., Sez. I, 5 maggio 1969, n. 744, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. I, 21 febbraio 1979, in *Cass. Pen.*, 1980, 1262. Ad analoga conclusione, sia pur muovendo in modo meno convincente, da una qualificazione oggettiva dell'aggravante, Tassinari, *I delitti di omicidio*, cit., 78.

(17) Per esempio, Cass., Sez. I, 25 marzo 1969, in *Mass. Cass. Pen.*, 1970, 1133.

(18) Accoglieva questa non condivisibile impostazione Cass., Sez. I., 22 giugno 1971, n. 556.

(19) Cass., Sez. I, 11 marzo 2015, n. 27235, in *Dir. Giust.*, 30 giugno 2015. In dottrina, tra gli altri, Canestrari-Cornacchia-De Simone, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008, 785. Secondo M. Romano, *Commentario*, cit., 666, proprio in ragione della sua natura soggettiva, l'aggravante "può sussistere anche se la vittima non avesse più avvertito la particolare atrocità, essendo già deceduta".

(20) Nello stesso senso, già, Cass., Sez. I, 27 maggio 2011, n. 35187, in *www.dejure.it.*

(21) Cass., Sez. I, 6 luglio 2006, n. 32006, in *Cass. Pen.*, 2007, 2501.

(22) Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2013, 413.

(23) Sul carattere dolo dell'aggravante, per esempio, Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 19966, in *www.dejure.it.*

(24) Il condizionale è d'obbligo atteso che, sul punto, la motivazione della pronuncia in commento non prende una posizione netta. Se, da un lato, si afferma - quanto riportato nel testo - sul carattere intenzionale (quanto meno) delle sevizie, dall'altro, si legge che la "colpevolezza circostanziale può ben manifestarsi nella forma del dolo eventuale". L'esame dell'esempio riportato a supporto di quest'ultima affermazione - autore che lascia la vittima agonizzante in un luogo remoto, accettando la concreta eventualità che la morte sopravvenga dopo strazianti patimenti, a contatto con le forze avverse della natura - può essere letto, però, nel senso che il dolo eventuale investa l'evento morte, laddove strazianti patimenti inferi alla vittima sono il frutto di una deliberazione intenzionale dell'agente.

(25) Patalano, voce "Omicidio", in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 917.

(26) Corte Assise Appello Reggio Calabria, 30 giugno 2006, n. 19, in *Guida Dir.*, 2007, 3, 84.

(27) Cass., Sez. I, 20 novembre 1995, Flore, in *Giust. Pen.*, 1997, II, 51. In dottrina, Mantovani, *Diritto Penale*, cit., 405; Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2012, 218, lo annovera tra i c.d. elementi oggettivi della colpevolezza.

(28) Patalano, *Omicidio*, cit., 917.

(29) Per tutte, Cass., Sez. I, 11 marzo 2011, n. 9883, in *Cass. Pen.*, 2011, 487 e segg., con nota di Pesce, *La non estendibilità dell'aggravante soggettiva al concorrente anomalo: un tentativo di porre rimedio alla responsabilità oggettiva dell'art. 116 c.p.*Non mancano, peraltro, precedenti di segno contrario: per esempio, Cass., Sez. I, 28 gennaio 2005, n. 6775, in *www.dejure.it.*

(30) Per un approfondimento dei connotati storici, dommatici e sistematici del "dolo d'impeto", Demuro, *Dolo d'impeto*, cit., 1081 e segg.

(31) F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 324. Secondo De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, 406,- si tratterebbe, in particolare, di possibili manifestazioni di una particolare forma di dolo, quello intenzionale.

(32) De Vero, *Corso*, cit., 497.

(33) Fiandaca-Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 372. Secondo, Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2016, 301, se nella distinzione tra dolo intenzionale, diretto ed eventuale viene in rilievo il diverso ruolo della rappresentazione nel processo motivazionale che porta alla deliberazione criminosa, qui si fa leva sulla presenza di "motivi inibitori antagonisti alla spinta a delinquere".

(34) Critico sul punto, Demuro, *Dolo d'impeto*, cit., 1989, secondo cui le Sez. un., facendo leva sul mero dato cronologico, determinano una sostanziale svalutazione della figura del dolo d'impeto.

(35) Tale ricostruzione si scontra con la constatazione che non vi sono delitti commessi senza concitazione, salvo (forse) quelli posti in essere da soggetti amorali o disaffettivi. Così, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 325.

(36) Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, II, tomo I, Bologna, 2013, 18; De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., 408. Secondo Palazzo, *Corso*, cit., 302, la premeditazione richiederebbe una preparazione accurata del delitto, da intendere non in senso materiale, ma come "messa a punto del piano criminoso nei suoi dettagli esecutivi".

(37) Sulla necessità di tenere distinti "dolo di proposito" e "premeditazione", Cadoppi-Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 352; Petrini, *Dolo*, in Grosso-Pelissero-Petrini-Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, 344.

(38) F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 325.

(39) Ponti, *Il reato d'impeto: una prospettiva criminologica e psichiatrico-forense*, in *Ind. Pen.*, 1994, 27 e segg.; Surace, *Il delitto d'impeto*, Soveria Mannelli, 2005.

(40) Cass., Sez. I, 10 febbraio 2015, n. 8163, in *Dir. Giust.*, 24 febbraio 2015, con nota di Iavolella.

(41) Ponti, *Il reato d'impeto*, cit., 31. Sull'estraneità degli "*stati emotivi e passionali*" rispetto al dolo, Masucci, *"Fatto" e "valore" nella definizione del dolo*, Torino, 2004, 97.

(42) Tra le altre, Cass., Sez. V, 17 gennaio 2005, n. 5678, in *Cass. Pen.*, 2006, 3254.

(43) Cass., Sez. I, 24 ottobre 2013, n. 725, in *Dir. Giust.*, 13 gennaio 2013, con nota di Piras, *Premeditazione e sevizie: quando sono applicabili le aggravanti?*; Cass., Sez. I, 28 maggio 2013, n. 27163, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. V, 17 gennaio 2005, n. 5678, in *Cass. Pen.*, 2006, 3254.

(44) Cass., Sez. I, 5 marzo 2014, n. 18332, in *Dir. Giust.*, 6 maggio 2014.

(45) Per esempio, Cass., Sez. I, 28 maggio 2013, n. 27163, in *www.dejure.it*. Sui rapporti tra crudeltà e vizio di mente nel reato d'impeto, Demuro, *Dolo d'impeto*, cit., 1989 e segg.

(46) Cass., Sez. I, 14 ottobre 2014, n. 2489, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. I, 2 ottobre 2014, n. 40829, in *Dir. Giust.*, 3 ottobre 2014, con nota di Pelliccioli.

(47) Demuro, *Dolo d'impeto*, cit., 1981.

(48) La circostanza è del resto compatibile con il vizio parziale di mente "a meno che la condotta inumana e crudele non sia stata l'effetto della malattia, e cioè una manifestazione patologica del vizio di mente, la quale abbia sconvolto, in tutto o in parte, il processo intellettivo e volitivo del soggetto, identificandosi nel vizio medesimo". Così, Cass., Sez. I, 18 febbraio 1998, n. 3748, in *Cass. Pen.*, 1999, 1104.

(49) Cass., Sez. I, 10 febbraio 2015, n. 8163, cit.

(50) Lo osserva Andolfatto, *Le Sezioni Unite su crudeltà e dolo d'impeto (e insieme una robusta "tirata d'orecchie" ai giudici di merito sullo stile delle motivazioni*, in *Dir. pen. cont.* (*www.penalecontemporaneo.it*), 24 ottobre 2016. In argomento, anche Romeo, *Tra Scilla e Cariddi il superstite lupo di mare*, ivi, 16 giugno 2016.

DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE - LA (RESIDUA?) VALIDITÀ DELL'ACCETTAZIONE DEL RISCHIO QUALE CRITERIO IDENTIFICATIVO DEL DOLO EVENTUALE

Simona Raffaele

Cass. pen. Sez. VI, 26 febbraio 2015, n. 22065

c.p. art. 43

c.p. art. 61

La vicenda oggetto di giudizio. Nella notte del 14 giugno 1995 un elicottero della Polizia di Stato, in attività di servizio anticontrabbando, sorprendeva in mare, nello specchio d'acqua compreso tra Brindisi e Cerano, un motoscafo a bordo del quale si trovavano soggetti impegnati in attività di contrabbando. A bordo del velivolo della polizia si trovavano il comandante delle operazioni di volo, un funzionario della questura, il questore ed il dirigente della Squadra Mobile di Brindisi. Avvistato il motoscafo, l'elicottero si abbassava di quota, accendeva il faro di posizione, mentre il funzionario sparava alcuni colpi di pistola fuori dai portelloni laterali; i contrabbandieri, a loro volta, dopo aver acceso il faro del motoscafo, fuggivano verso il mare aperto, con il natante ad andatura sostenuta e con modalità volte ad eludere l'inseguimento dell'elicottero.

Durante questa fase, il questore esplodeva colpi di arma da fuoco, lanciando nel contempo alcune bombe che esplodevano cadendo in acqua; il ricorrente, posizionato sul lato opposto dell'elicottero, a sua volta, sparava facendo uso di una mitraglietta M12 in dotazione del corpo di polizia. Nel corso della fuga verso il mare aperto, il motoscafo raggiungeva un natante della Guardia Costiera; gli inseguiti, dopo aver gridato all'equipaggio della motovedetta di essere oggetto di colpi d'arma da fuoco, virando di bordo ripartivano in direzione della costa, persistendo l'inseguimento da parte dell'elicottero della polizia. Uno dei proiettili esplosi dall'elicottero attinge la vittima, cagionandogli lesioni personali mortali.

Del fatto descritto veniva data una prima versione ufficiale, per la quale si accreditava l'ipotesi che l'evento si fosse realizzato nel corso di uno scontro a fuoco con le forze dell'ordine, cosicché la morte del contrabbandiere sarebbe stata la conseguenza di un

uso legittimo delle armi da parte della polizia. Sulla vicenda veniva aperta una prima inchiesta giudiziaria, poi archiviata dalla Procura della Repubblica di Brindisi.

È però emersa, in un secondo momento, una diversa realtà degli accadimenti che determinava gli organi inquirenti a riaprire le indagini sulle cause del conflitto a fuoco e del decesso del contrabbandiere.

La Corte d'Assise d'Appello di Taranto, pertanto, ha dovuto stabilire, da un lato, quale fosse l'atteggiamento psicologico dell'imputato, nell'alternativa tra dolo eventuale e colpa cosciente, immediatamente rifluente sulla qualificazione giuridica del fatto; dall'altro, se ricorresse o meno l'esimente speciale di cui all'art. 6, L. n. 100/1958 ("Uso delle armi da parte dei militari e degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria in servizio alla frontiera e in zona di vigilanza").

Nelle more della trattazione dei ricorsi in Cassazione presentati dalle parti coinvolte nella vicenda giudiziaria in parola, è intervenuta la decisione delle Sez. un. n. 38343 del 24 aprile 2014, che ha costituito l'occasione di un'*actio finium regundorum* tra le figure dogmatiche del dolo eventuale e della colpa cosciente, di cui la sesta Sezione della Corte di cassazione, sollecitata dalle difese, ha tenuto conto per valutare quale fosse il concreto atteggiamento psicologico dell'imputato.

La Corte territoriale aveva escluso la ricorrenza della colpa cosciente, ravvisando invece il dolo eventuale del delitto di omicidio, sul presupposto che al momento del fatto l'imputato non fosse in grado di escludere in maniera ragionevole che i colpi a raffica esplosi dalla sua mitraglietta potessero uccidere gli occupanti del natante, a tal fine valorizzando: il tipo ed il numero delle armi caricate sull'elicottero e adoperate quella notte, il dato temporale dell'azione, l'inseguimento ad alta velocità con continue manovre modificative della rotta del velivolo ed infine le dichiarazioni rese dall'imputato nel giudizio di primo grado. In altre parole, a parere dei giudici di prime cure, l'imputato, nonostante si fosse configurato la possibilità concreta dell'evento morte, non si è astenuto, ma ha proseguito, accettando il rischio, tutt'altro che astratto, che tale evento si verificasse.

Su questa linea, la sesta Sezione della Corte di cassazione è stata chiamata a sindacare se il concetto di "accettazione del rischio" conservi ancora validità al fine di tracciare il distinguo tra le due figure soggettive, alla luce degli approdi interpretativi giurisprudenziali più recenti.

Secondo la citata decisione delle Sezioni unite, ai fini del dolo eventuale occorre una situazione di probabilità dell'evento che deve essere verificata scrutinando il modo in cui l'agente ha ravvisato la possibilità di verificazione di un risultato derivante dalla sua condotta, cui si accompagna la c.d. accettazione volontaristica del rischio che, però, riguarda non l'evento in sé, ma il rischio della sua verificazione. Nel caso in cui l'evento sia, invece, certo o probabile non è necessario ricercare l'atto deliberativo in cui si estrinseca la direzione della volontà: la presenza dell'elemento volitivo si ricava dalla stessa elevata probabilità e deve essere accertata sulla base di indici obiettivi connessi sostanzialmente alle peculiarità della fattispecie.

D'altronde, la decisione sulla vicenda ThyssenKrupp risente inevitabilmente delle specificità del caso da cui prende le mosse e si caratterizza per il collegamento stabilito tra colpa cosciente e violazione di norme precauzionali. Tale delimitazione di confini tra le distinte figure dogmatiche avviene, infatti, in un ambito concettuale che appare sostanzialmente diverso da quello in esame, in quanto connotato unicamente dalla cosciente trasgressione di regole di cautela positivamente o normativamente stabilite.

La sesta Sezione Penale della Suprema Corte condivide la sentenza impugnata, argomentando che, ove si volessero ritenere applicabili alla fattispecie in esame i capisaldi dogmatici della decisione delle Sezioni unite, l'elemento psicologico dell'agente potrebbe ritenersi connotato finanche da dolo diretto, attesa l'alta probabilità dell'evento in concreto determinatosi per effetto della condotta contestata. In altre parole, sparare ripetutamente all'indirizzo del natante, con un'arma di prestazioni elevate e non di ordinanza, nel corso di un inseguimento notturno connotato da alta velocità e da frequenti mutamenti di rotta, in un contesto di emulazione e di reciproca esaltazione dovute anche alla presenza di un superiore gerarchico, con impiego anche di bombe a mano, unitamente alla mancata adozione di particolari cautele, oltre che della perizia dovuta nell'utilizzo delle armi, sono ritenuti "indiscutibili indici rivelatori della sussistenza di un'alta probabilità che qualcuno di quegli occupanti fosse attinto dai colpi esplosi, quando non dalle bombe lanciate verso l'imbarcazione in fuga" e, dunque, del requisito psicologico del dolo eventuale riscontrato nei precedenti gradi di giudizio.

Gli indicatori del dolo eventuale proposti dalle Sezioni unite nella sentenza n. 38343/2014. La sentenza in parola si presenta come la prima applicazione giurisprudenziale degli "indicatori sintomatico-probatori" del dolo eventuale evidenziati dalle Sezioni unite nella motivazione della decisione sul caso ThyssenKrupp.

Il quadro teorico che fa da sfondo alla giurisprudenza italiana avvalora l'idea che la questione sostanziale della linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente discenda dall'incertezza che caratterizza la *prova* dell'elemento psicologico: trattandosi di un requisito che non può essere verificato in via diretta, richiede il ricorso ad elementi oggettivi; quale che sia la formula prescelta, l'accertamento del criterio di imputazione soggettiva resta rimesso al ragionamento intuitivo; da qui la necessità di elaborare "indicatori" in grado di orientare l'interprete che si trovi a dover compiere l'impegnativa scelta.

Nell'ordine, il primo "indice" valorizzato nella motivazione della sentenza Thyssen è "negli ambiti governati da discipline cautelari, la lontananza dalla condotta standard": qui il perimetro delle cautele sarà dato dalle autorizzazioni e dalle prescrizioni previste dalla legge. Sembra quasi intuitivo che scarti notevoli o modalità marcatamente difformi dallo "standard" orientino, ricorrendone i requisiti, verso l'imputazione dolosa. Occorre valutare tale indicatore con grande cautela, poiché fondandosi su parametri obiettivi di giudizio, reca con sé il rischio di oggettivare la figura del dolo eventuale, conducendo inevitabilmente a giudizi di valore.

Il secondo indice è la "durata e ripetizione della condotta": questo aspetto si presta a valutazioni differenti a seconda delle fattispecie da valutare (rischiando di causare pericolosi automatismi, non sempre coerenti con il disvalore del fatto). Come conferma la sentenza in commento, tale profilo si presta ad essere valorizzato ai fini dell'affermazione del dolo eventuale, nel caso di condotte che si protraggono per un determinato lasso di tempo, in ambiti monitorati o dotati di forme di osservazione privilegiata.

Questo segnale, insieme alla "personalità, alla storia e alle precedenti esperienze dell'imputato", oltre che alla "condotta successiva al fatto" ed al suo "fine" sembra consentire di valorizzare la componente volitiva in cui consiste la differenza profonda tra dolo eventuale e colpa cosciente. Perché sussista il dolo eventuale, infatti, deve essere effettuato un accurato esame di tutte le circostanze fattuali (oggettive e soggettive) del caso concreto, che possono mettere in dubbio l'inferenza di questa forma del dolo.

Quanto alla "probabilità di verificazione dell'evento", si tratta di un requisito tendenzialmente incerto, ancorato alla percezione posseduta, di volta in volta, dal soggetto agente. Ciononostante, in ipotesi del tipo che ci occupa, la condotta dell'imputato è caratterizzata da modalità di aggressione del bene giuridico tali da renderlo un segnale verosimilmente sussistente e, di conseguenza, dirimente ai fini dell'individuazione del requisito psicologico doloso.

L'indagine sulle "conseguenze negative anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento" implica la valutazione di elementi eterogenei, poiché dovrà orientarsi sulla base del rango dei beni/interessi offesi nel caso concreto. Tale apprezzamento dipenderà dalla proporzione fra gli interessi in gioco e, di conseguenza, dovrà essere compiuto tenendo conto della gerarchia di valori dell'agente concreto e non dell'uomo medio.

Il riferimento al "contesto lecito o illecito di base", poi, richiama l'idea che dolo e colpa siano elementi, innanzitutto, della tipicità. L'accoglimento di tale suggestione induce a riconoscere che sia la "qualità" del rischio sotteso alla condotta a connotare il dolo o la colpa, concretandosi il dolo nell'accettazione di un rischio che l'agente modello non avrebbe mai preso in considerazione. Né va sottovalutato il pericolo di un uso spregiudicato di questo indicatore che potrebbe condurre ad autentici "giudizi per tipo d'autore".

La verifica circa "la razionalità di certi atteggiamenti" eÌ un dato ambiguo che può condurre a conclusioni discutibili, ad esempio, nel caso di condotte che si realizzano in lassi di tempo lunghi e, nell'immediatezza, non producono danni esteriormente apprezzabili.

Il giudizio "controfattuale alla luce della prima formula di Frank" è il criterio considerato più significativo dalle Sezioni unite, nonostante implichi una valutazione essenzialmente ipotetica, fondata su un quesito la cui risposta spesso sfugge perfino al reo.

Tra l'altro, in diversi casi, la prima formula di Frank dovrebbe "mettere sulla bilancia" un profitto ingente sul breve-medio termine contro un prezzo da pagare lontano, quand'anche in ipotesi certo. È arduo negare che il giudizio controfattuale, in molti casi, si rivela di difficile lettura anche per gli interpreti più acuti.

Non sembra neppure così scontato che tra le circostanze soggettive possano rilevare gli stati emotivi: si tratta di accertare un elemento della sfera interna - la volontà (indiretta) dell'evento - attraverso atteggiamenti interiori come, ad esempio, la speranza, anch'essa inaccessibile alla percezione diretta.

Uno dei *leitmotiv* della sentenza delle Sezioni unite è l'importanza della dimensione dell'accertamento del dolo eventuale che "pur essendo analiticamente distinto dalla struttura e dall'oggetto della fattispecie, tende a compenetrarvisi e ad assumere un ruolo concreto e cruciale", da qui, la fondata perplessità che il modello di dolo eventuale tratteggiato dalle Sezioni unite possa "essere ricondotto ad una impostazione di tipo tendenzialmente 'proceduralista', (…) fino al punto di ipotizzare che gli indicatori utilizzati ai fini della verifica processuale entrino a far parte (…) dello stesso dolo eventuale inteso (…) come concetto 'disposizionale'" (Fiandaca, *Le Sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, fasc. 4, 1947-1948).

Le Sezioni unite precisano che si tratta di elementi che non incarnano la colpevolezza, ma servono a ricostruire il processo decisionale e le motivazioni dell'autore, con particolare attenzione al momento in cui è assunta una condotta che si basa sulla ponderata consapevolezza della concreta prospettiva dell'evento collaterale e, pertanto, si aderisce a tale eventualità quale "prezzo o contropartita accettabile in relazione alle finalità primarie".

A corollario dell'elencazione sopra descritta, la Corte di legittimità evidenzia che il catalogo degli indicatori è "aperto", poiché ciascuna fattispecie concreta può mostrare plurimi indizi in grado di orientare il giudizio sul dolo eventuale: quanto più alta è l'affidabilità, la coerenza e la consonanza dei segni tanto maggiore sarà la forza finale del giudizio.

L'aspetto concettuale e normativo della nozione del dolo eventuale si intreccia, dunque, ineluttabilmente, con il problema probatorio; da qui l'esigenza, avvertita in particolare dalla giurisprudenza, di individuare il *topos* dei "segnali d'allarme": elementi che - se conosciuti dal soggetto agente - consentono di mediare la conoscenza e la volontà del fatto necessarie ai fini di un'imputazione dolosa.

La questione dei "segnali" da riconoscere e valutare, però, a parere di chi scrive, è più coerente con la struttura del reato colposo, poiché il rispetto di regole di diligenza richiede la capacità di cogliere "segnali riconoscibili" nelle situazioni in cui si agisce, così da potere adeguare il proprio comportamento alla situazione concreta.

Evidentemente consapevoli della complessità dell'itinerario richiesto all'interprete - spesso reso ancora più controverso dalla povertà del materiale probatorio -, le Sezioni unite non hanno esitato a sottolineare che, laddove alla stregua della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, la situazione probatoria rimanga irrisolta, occorre

attenersi al principio di favore per l'imputato e rinunziare all'imputazione soggettiva più grave a favore di quella colposa, se prevista dalla legge.

Rilievi conclusivi. Alla luce dei rilievi formulati, sembra quasi retorico domandarsi se, a seguito della sentenza Thyssen, la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente possa dirsi finalmente tracciata in modo chiaro; l'impressione è di essere (ancora) di fronte ad un circolo vizioso che non ha nessuna possibilità di essere superato se non per via normativa attraverso soluzioni eterogenee.

Il dolo eventuale si conferma l'elemento psicologico più ricco di connotazioni normative; per contro, la colpa cosciente è l'elemento di imputazione normativa più ricco di connotazioni autenticamente psicologiche: qui risiede la difficoltà evidenziata nel corso del tempo dalla natura fallace di tutti i criteri discretivi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di distinguerne i confini senza il rischio di far confluire il dolo eventuale nella colpa cosciente e viceversa. Anche le più moderne teorie fondate sulla ricerca di un elemento autenticamente volitivo nel dolo eventuale si sono rivelate deboli, da un lato, perché correlate alla tentazione diabolica dell'indagine sulla *Gesinnung* del reo, dall'altro, poiché hanno bisogno di riscontri ulteriori per poter essere concretamente utilizzate nella dimensione processuale. Queste formule ulteriori, però, rischiano di sostituire alla doverosa indagine sull'atteggiamento psicologico "reale" del soggetto valutazioni sull'atteggiamento psicologico "ipotetico". Da qui la necessità di utilizzare riscontri controfattuali, non sempre perspicui, in grado di dare corpo e sangue all'indagine sul dolo eventuale nella sua componente volitiva che non è scevra anche da connotazioni emotive.

Sull'onda del caso Thyssen, l'interprete non può fare a meno di domandarsi fino a che punto gli indici di contestualizzazione del dolo eventuale non si presteranno a diventare la nuova chiave di volta per affermare, anche in rapporto allo stesso caso concreto, ora la sussistenza del dolo ora quella della colpa.

La sentenza in commento conferma che, allo stato, l'estensione del dolo eventuale ai contesti di base leciti sembra cedere inesorabilmente alla tentazione di plasmare l'elemento soggettivo a seconda delle esigenze di prevenzione generale diffuse nella collettività, poiché laddove le condotte siano caratterizzate da modalità di aggressione del bene giuridico qualificate da un intrinseco ed apprezzabile disvalore, propendere per il dolo eventuale, appare una soluzione non soltanto condivisibile, ma in linea con il postulati fondamentali della materia penale.

Rebus sic stantibus, sembra opportuno sottolineare che l'auspicata interpretazione restrittiva del dolo eventuale ha bisogno di rendere esplicita la propria "diversa moralità", ossia "una moralità che arriva ad accettare la non punizione di fatti non incolpevoli, per ragioni ritenute prevalenti" (cfr. Pulitanò, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 2013, 27; Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *StudiCoppi*, II, Torino, 2011, 907 e segg.; Id., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1183 e segg.). Vale la pena di rammentare che il nostro sistema penale si regge su canoni di garanzia e

proporzione che trovano traduzione giuridica, innanzitutto, nei principi di colpevolezza e uguaglianza. Per queste ragioni, tutte le forme di dolo "devono" incorporare un disvalore qualitativamente accostabile alla forma base, ravvisabile nel dolo intenzionale; devono cioè incorporare una conoscenza sufficientemente definita del fatto delittuoso, quale conseguenza della propria condotta (cfr. Eusebi, *Verso la fine del dolo eventuale? (Salvaguardando* in itinere *la formula fi Frank)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014, 1, 124 e segg.).

La sesta sezione penale della Corte di Cassazione sembra aderire a tali conclusioni, sul presupposto che il dato normativo (e la coerenza del sistema) impongono, ove si voglia punire a titolo doloso la causazione di un evento non voluto, il cui prodursi non sia *ex ante* certo, di riscontrare in capo all'autore il medesimo stato psicologico che è presente nel dolo diretto; in altre parole, deve essere provato che il soggetto fosse *ex ante* disposto a perseguire i suoi fini anche a costo di provare la verificazione dell'evento offensivo.

Premeditazione

Cass. pen. Sez. I Sent., 08/02/2017, n. 51260 (rv. 271261)

IMPUTABILITA'

REATO - Circostanze - Aggravanti in genere - Premeditazione - Contestazione - Modalità - Formula specifica - Necessità - Esclusione - Ragioni

Ai fini della contestazione della circostanza aggravante della premeditazione, non è indispensabile una formula specifica espressa con una particolare enunciazione letterale, né l'indicazione della disposizione di legge che la prevede, essendo sufficiente che, conformemente al principio di correlazione tra accusa e decisione, l'imputato sia posto nelle condizioni di espletare pienamente la difesa sugli elementi di fatto che lo integrano. (Rigetta, Ass.App. Milano, 09/09/2015)

FONTI

CED Cassazione, 2017

Cass. pen. Sez. I Sent., 08/03/2016, n. 17606 (rv. 267714)
INCOLUMITA' PUBBLICA (REATI)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la vita e l'incolumità individuale - Omicidio - Circostanze aggravanti - Premeditazione - Vizio parziale di mente - Compatibilità - Limiti

Nell'ipotesi di accertato grave disturbo della personalità, funzionalmente collegato all'agire e tale da incidere, facendola scemare grandemente, sulla capacità di volere, l'accertamento della circostanza aggravante della premeditazione richiede un approfondito esame delle emergenze processuali che porti ad escludere, con assoluta certezza, che la persistenza del proposito criminoso sia stata concretamente influenzata da uno degli aspetti patologici correlati alla formazione od alla persistenza della volontà criminosa. (Annulla in parte con rinvio, Ass.App. Milano, 10/12/2014)

FONTI
CED Cassazione, 2016
Foro It., 2017, 2, 2, 116
Cass. pen. Sez. VI Sent., 21/09/2017, n. 56956 (rv. 271952)
CONCORSO NEL REATO

REO - Concorso di persone nel reato - Valutazione delle circostanze (estensione al correo) - Aggravanti o attenuanti - Premeditazione - Effettiva conoscenza dell'altrui volontà criminosa - Estensione al concorrente nel reato - Condizioni

La circostanza aggravante della premeditazione può essere estesa al concorrente, che non abbia partecipato all'originaria deliberazione volitiva, qualora questi ne abbia acquisito piena consapevolezza precedentemente al suo contributo all'evento ed a tale distanza di tempo da consentire che la maturazione del proposito criminoso prevalga sui motivi inibitori. (Rigetta, Ass.App. Lecce, 11/04/2016)

FONTI
CED Cassazione, 2017
Il reato aberrante (omicidio)

Cass. pen. Sez. I Sent., 08/07/2014, n. 38549 (rv. 260797)

REATO ABERRANTE

REATO - Reato aberrante - Offesa di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta ("aberratio ictus") - Omicidio - Morte di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta - Concorso morale - Configurabilità

Èconfigurabile la partecipazione, a titolo di concorso morale, nell'omicidio di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, in quanto l'errore esecutivo non ha alcuna incidenza sull'elemento soggettivo del partecipe morale, essendosi comunque realizzata l'azione concordata con l'autore materiale, il cui esito aberrante è privo di ogni rilevanza ai fini della qualificazione del reato sotto il profilo oggettivo e soggettivo. (Rigetta in parte, Ass.App. Caltanissetta, 09/10/2013)

FONTI
CED Cassazione, 2014
Cass. pen. Sez. VI Sent., 02/07/2014, n. 45065 (rv. 260836)
REATO ABERRANTE
REATO - Reato aberrante - Offesa di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta ("aberratio ictus") - Condotta di tentato omicidio commessa per errore nei confronti di persona diversa da quella presa di mira - Disciplina di cui all'art. 82 cod. pen. - Applicabilità - "aberratio delicti" - Esclusione - Ragioni

Integra un'ipotesi di "aberratio ictus", disciplinata dall'art. 82 cod. pen., e non di "aberratio delicti", prevista dall'art. 83 cod. pen., la condotta consistita nel compimento di atti idonei diretti in modo non equivoco a cagionare la morte di una

persona, quando tale condotta, per errore, è indirizzata nei confronti di una vittima diversa da quella che si intendeva attingere, cagionandosene il ferimento, poichè l'errore non determina la realizzazione di un evento di natura diversa da quello che l'agente si proponeva, ma, cadendo sull'oggetto materiale del reato, dà luogo ad un'azione che, pur non offendendo il bene-interesse specificamente preso di mira, lede lo stesso bene-interesse di altra persona, e che, sotto il profilo soggettivo, è sorretta da una volontà la cui direzione non muta. (Annulla in parte con rinvio, App. Napoli, 22/05/2013)

FONTI

CED Cassazione, 2014

Rapporti fra lesioni volontarie e tentato omicidio

Cass-. pen.

Sez. I Sent., 27/11/2013, n. 51056 (rv. 257881)

LESIONE PERSONALE E PERCOSSE

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la vita e l'incolumità individuale - Lesioni personali volontarie - In genere - Omicidio - Tentativo - Elementi distintivi - Fattispecie

In tema di delitti contro la persona, per distinguere il reato di lesione personale da quello di tentato omicidio, occorre avere riguardo sia al diverso atteggiamento psicologico dell'agente sia alla differente potenzialità dell'azione lesiva, desumibili dalla sede corporea attinta, dall'idoneità dell'arma impiegata nonché dalle modalità dell'atto lesivo. (Fattispecie in cui è stato ritenuto sussistente il tentato omicidio per essere stata la vittima colpita da cinque coltellate di cui una all'addome). (Rigetta, App. Milano, 09/02/2012)

FONTI

CED Cassazione, 2013

Femminicidio

LA LEGGE SUL FEMMINICIDIO: LE DISPOSIZIONI PENALI DI UNA COMPLESSA NORMATIVA

di Paolo Pittaro

c.p. art. 61

c.p. art. 612-bis

D.L. 14-08-2013, n. 93, Art. 5

Il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito con la legge 15 ottobre 2013, n. 119, comunemente richiamato come la normativa sul c.d. femminicidio, contiene una congerie di eterogenee disposizioni, attinenti a vari settori. Di seguito vengono evidenziate esclusivamente le norme penali, a loro volta dedicate ad innovare non

l'omicidio c.d. di genere, bensì altri istituti, fra i quali i maltrattamenti in famiglia, i reati sessuali, le minacce e lo *stalking*: una normativa complessa che non può sottrarsi a valutazioni anche critiche.

Sommario: Premessa - Non "femminicidio" ma violenza di genere - Una nuova aggravante comune … - … che si sovrappone a quelle esistenti - L'ignoranza dell'età del minore o dello stato di gravidanza della donna - Le modifiche al reato di maltrattamenti in famiglia - Le modifiche ai delitti di violenza sessuale - Le modifiche al delitto di atti persecutori (*stalking*) … - … e la sua perseguibilità - L'ammonimento del questore - Le misure a favore della vittima … - … e quelle nei confronti del reo - Le altre disposizioni penali - Conclusioni

Premessa

I mezzi di comunicazione di massa hanno dato largo spazio ad una recente normativa, subito definita come la legge sul "femminicidio": inelegante neologismo che vuole rimarcare l'intervento repressivo dell'ordinamento penale per arginare il fenomeno degli omicidi di donne, ritenuto in accentuata espansione e che avrebbe suscitato forte allarme nella pubblica opinione.

Invero, trattasi del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93[(1)], 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*, convertito, con modificazioni, con la legge 15 ottobre 2013, n. 119[(2)]. Il provvedimento, come si evince dalla sua stessa intitolazione, è dunque volto a disciplinare istituti di diversi settori: così, accanto alle norme penali, sia di diritto sostanziale sia di quello processuale, innovative di determinati istituti, troviamo una nutrita serie di disposizioni, rivolte alle più disparate materie[(3)]. La lista è alquanto lunga: dalla disciplina della Protezione civile al potenziamento del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, dalla gestione commissariale delle province alle Disposizioni finanziarie concernenti l'accelerazione degli interventi del Piano Operativo Nazionale Sicurezza nelle regioni del Mezzogiorno, il comparto sicurezza e difesa e la chiusura dell'emergenza nord Africa, dagli Interventi a favore della montagna alle Disposizioni finanziarie per gli enti locali e, perfino, a quelle concernenti l'uniforme del personale e la bandiera del Dipartimento della protezione civile ovvero al contenuto degli articoli pirotecnici.

In questa sede ci soffermeremo solamente sulle disposizioni penali di tale normativa[(4)], con particolare riferimento a quelle del diritto sostanziale[(5)].

Non "femminicidio" ma violenza di genere

Veniamo, dunque, alla normativa sul contrasto al "femminicidio" ovvero, come afferma la rubrica del decreto legge, alla "violenza di genere". Rubrica affatto corretta, posto che una disposizione penale riferibile, in qualsiasi modo, al femminicidio letteralmente inteso in tale articolato non esiste proprio. Come dire che non sussiste alcuna previsione, vuoi come fattispecie incriminatrice, vuoi, a tacer d'altro, come circostanza aggravante, che contempli l'omicidio c.d. di genere. Vengono invece introdotte alcune disposizioni penali, ovvero modificate quelle già esistenti, in

una prospettiva di repressione della violenza contro le donne, ovvero - auspicabilmente - di prevenzione, più che di deterrenza, del femminicidiostesso.

A tale proposito, l'art. 5 del decreto-legge dispone che il Ministro delegato per le pari opportunità emani un "Piano d'azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere", atto a: prevenire la violenza contro le donne, sensibilizzare sul tema gli operatori dei mezzi di comunicazione, promuovere un'adeguata formazione del personale della scuola, potenziare le forme di assistenza e di sostegno alle vittime della violenza, accrescere la protezione delle vittime, promuovere il recupero dei responsabili di tali azioni anche al fine di evitarne la recidiva, prevedere una raccolta dati su tale tema da aggiornare periodicamente e delineare specifiche azioni positive, attraverso un sistema strutturato di *governance*, specie mediante l'istituzione di centri anti-violenza e case di rifugio, per la cui attuazione l'art. 5-*bis* dispone un incremento finanziario del Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità[6].

Peraltro, deve anche premettersi che il legislatore aveva presente quanto stabilito da alcune disposizioni della "Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica", comunemente nominata come Convenzione di Istanbul, in quanto in quella località fatta l'11 maggio 2011, poco prima ratificata con la legge 27 giugno 2013, n. 77[7], ma non ancora entrata in vigore[8].

Una nuova aggravante comune …

L'art. 1, comma 1, della norma in esame ha introdotto nell'art. 61 c.p. il n. 11-*quinquies*, in forza del quale il reato è aggravato per l'avere, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'articolo 572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di una persona in stato di gravidanza.

Trattasi, dunque, di una nuova aggravante comune ad effetto comune (aumento della pena fino ad un terzo, *ex* art. 64 c.p.), ovvero, *rectius*, come è stato rilevato[9], semi-comune, posto che non è riferibile a tutti i reati, ma solo a quelli elencati. Trattasi, in ogni caso di delitti non colposi commessi con tre distinte modalità: a) in danno di un minore; b) in presenza di un minore; c) in danno di una persona in stato di gravidanza. La prima e l'ultima viene, in un certo qual senso, ad etichettare il minore e la donna incinta come soggetti deboli, richiedenti una maggiore protezione: e sul punto, invero, poteva già richiamarsi l'aggravante di cui all'art. 61, n. 5, c.p., per avere il reo approfittato di circostanze di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa: situazioni che ora trovano dettagliato riferimento.

Affatto nuova, invece, l'ipotesi dell'aggravante per avere commesso il reato non in danno, ma in presenza del minore: trattasi della c.d. violenza assistita. Al riguardo deve ammettersi che in riferimento al reato di maltrattamenti in famiglia la giurisprudenza[10] aveva già affermato che, ad esempio, il minore non oggetto di violenza fisica, ma testimone dei maltrattamento fisico effettuato nei confronti di altro componente della famiglia, come la madre, doveva considerarsi vittima di

maltrattamento psichico, posto il clima di violenza che veniva ad avvolgere il consorzio familiare. Ora, il concetto della violenza assistita viene esteso a tutti i delitti richiamati dalla norma, ritenendo che il minore che assiste a tali reati viene turbato nel suo sviluppo psichico, che deve evolversi in serenità ed armonia.
In riferimento al delitto di maltrattamenti in famiglia, si noti che trattasi di un reato necessariamente abituale: pertanto l'aggravante della violenza assistita va riferita a tale fattispecie e non al singolo comportamento maltrattante che, isolatamente considerato, non viene a costituire quel determinato illecito criminale.

In effetti, la citata elencazione viene a suscitare qualche perplessità. Innanzi tutto, in essa, non viene contemplato il reato di *stalking* che, previsto dall'art. 612-*bis* c.p., rientra nei delitti contro la libertà morale e non fra quelli, richiamati, contro l'incolumità individuale e la libertà personale. Vero è, peraltro, che - e lo vedremo *infra* - tale disposizione prevede autonomamente la fattispecie aggravata del reato commesso contro il minore o la donna incinta, ma resta comunque esclusa l'ipotesi degli atti persecutori commessi in presenza del minore.

In secondo luogo, già intuitivamente si intravede una certa disomogeneità nel riferimento a tali fattispecie: se la *ratio* doveva essere il contrasto alla violenza di genere ovvero in danno del minore, poco coerente ci sembra il riferimento, a tacer d'altro, all'omissione di soccorso (art. 593: delitto contro l'incolumità individuale) ovvero all'arresto illegale ed alle disposizioni seguenti (artt. da 606 a 609: delitti contro la libertà personale). E, in effetti, se, non tutte le fattispecie previste sono di violenza fisica, può sempre formularsi l'ipotesi del minore che assiste alla commissione di tali delitti, con possibile detrimento del suo sviluppo psichico. Ma tale rilievo non coglie nel segno, posto che, così ragionando, il minore presente alla consumazione di un qualsiasi reato, e non solo di quelli elencati, potrebbe risentirne, se non altro nel suo processo educativo.

Peraltro, correttamente sul punto ci si è chiesti[11] se la "presenza" del minore testimone della violenza implichi necessariamente la "consapevole percezione" della violenza stessa: si pensi al bambino di tenera età o, peggio, all'infante che, *a fortiori* minorenne, non è in grado di comprendere il significato di quanto dinanzi a lui sta accadendo. Donde sono prevedibili contrasti interpretativi, che dovranno trovare soluzione a livello giurisprudenziale (a tacere dei possibili riferimenti a livello costituzionale).

… che si sovrappone a quelle esistenti

Tale aggravante comune, tuttavia, viene a convivere con le specifiche aggravanti, di identico contenuto, seppur parziale, previste nelle fattispecie di parte speciale. A tale proposito il legislatore sembrerebbe schizofrenico, dimostrando, da un lato, di avere avvertito il problema e, dall'altro, di non esserne consapevole o, perfino, di averlo esasperato. Così, da un lato, ha provveduto[12], ad abrogare la esistente disposizione dell'art. 572 c.p., laddove prevedeva l'aggravante ove il reato fosse commesso a danno del minore degli anni quattordici. Dall'altro lato, l'art. 609-*ter*, continua a prevedere l'aggravante ad effetto speciale se, come previsto al n. 1, il delitto

di violenza sessuale è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici, mentre proprio la normativa in commento[13] ha modificato il n. 5 che prevede l'aggravante se il reato è commesso dall'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore nei confronti del minore, elevando l'età di questi dai quattordici ai diciotto anni, nonché ha introdotto[14] il n. 5-*ter* che fa scattare l'aggravante se il delitto è commesso nei confronti di donna in stato di gravidanza, in netta duplicazione rispetto a quanto appena disposto introducendo l'aggravante comune di cui all'art. 61 n. 11-*quinquies*.

Si tenga, poi, presente che l'art. 583-*bis* c.p., il quale punisce le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, dispone, al comma 3, che la pena è aumentata di un terzo[15] quando le pratiche sono commesse a danno di un minore[16], così come l'art. 605 c.p., prevede una serie di aggravanti ad effetto speciale se il sequestro di persona è commesso in danno di un minore, ovvero una pena ancora maggiore se il minore ha meno di quattordici anni[17].

In siffatte ipotesi, laddove sembrano convergere sia la aggravante comune dell'art. 61, n. 11-*quinquies*,c.p. sia quelle previste nelle varie fattispecie incriminatrici, dovranno applicarsi quest'ultime in forza del principio di specialità[18] di cui all'art. 15 c.p.

Infine, deve rimarcarsi che il medesimo art. 61 c.p., al n. 11-*ter*[19], prevede la medesima aggravante comune per l'aver commesso un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione. In tal caso, ove questa si ponga in concorso apparente con la disposizione di cui all'art. 61, n. 11-*quinquies*, dovrebbe essa stessa prevalere, in quanto speciale rispetto alla seconda[20].

L'ignoranza dell'età del minore o dello stato di gravidanza della donna

In ordine al quesito se il reo debba essere a conoscenza dell'età minore ovvero dello stato di gravidanza della donna, deve innanzi tutto richiamarsi la regola generale di cui all'art. 59, comma 2, c.p., in forza del quale le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.

Inoltre, proprio per quanto riguarda l'errore sulla persona dell'offeso, l'art. 60 c.p. dispone, al primo comma, che non sono poste a carico dell'agente le circostanze aggravanti che riguardano le condizioni o qualità della persona offesa o i rapporti fra offeso e colpevole, anche se il terzo comma ne esclude l'applicabilità se si tratta di circostanze che riguardano l'età o le altre condizioni o qualità, fisiche o psichiche, della persona offesa: esattamente come nella diposizione in commento, posto che si riferisce alla minore età ovvero allo stato di gravidanza dell'offeso.

Devono, invece richiamarsi gli articoli 602-*quater* e 609-*sexies*[21] c.p., i quali dispongono che, rispettivamente, quando i delitti contro la personalità individuale (la Sezione I del Capo III dedicato ai delitti contro la libertà individuale) ed i delitti di violenza sessuale ed affini[22] sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile. Tale normativa, com'è noto, discendeva da

quanto espresso dalla sentenza della Corte costituzionale 24 luglio 2007, n. 322[23], che aveva ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 609-*sexies* c.p., il quale sanciva la presunzione assoluta di conoscenza dell'età del minore infraquattordicenne nei reati sessuali, poiché della disposizione doveva darsi una lettura costituzionalmente orientata, secondo la quale, alla luce del principio di colpevolezza sancito dall'art. 27, comma 1, Cost. e di quanto affermato dalla Corte stessa nella "storica" sentenza n. 364 del 1988 in riferimento all'art. 5 c.p., tale presunzione ammette la prova dell'ignoranza inevitabile.
Pertanto, per quanto riguarda la conoscenza dell'età del minore e dello stato di gravidanza della donna vale la regola generale dell'art. 59 cpv. c.p., mentre per quanto concerne la conoscenza dell'età del minore in riferimento alle disposizioni appena richiamate (articoli 602-*quater* e 609-*sexies* c.p.) il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile, da considerarsi alla luce dei princìpi posti dalle sentenze nn. 364/1998 e 322/2007 della Corte costituzionale.

Le modifiche al reato di maltrattamenti in famiglia

Il testo originario dell'art. 572 c.p., che prevede e punisce i maltrattamenti in famiglia, era già stato sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. d) della legge 1° ottobre 2012, n. 172[24], la quale ne aveva elevato la pena edittale ed aveva scorporato il fatto in danno del minore degli anni quattordici nella fattispecie base di cui al primo comma per introdurlo nel comma successivo come circostanza aggravante.
Ebbene, il decreto-legge n. 93 del 2013, all'art. 1, comma 1-*bis*, aveva aggiunto a tale disposizione le parole "o in presenza di minore degli anni diciotto". Come dire che i maltrattamenti potevano risolversi a danno del minore infraquattordicenne, mentre veniva introdotta l'aggravante della violenza c.d. assistita a danno del minore degli anni diciotto. Tuttavia, la legge di conversione n. 119 del 2013, come già cennato, ha abrogato del tutto tale comma, introducendo, invece, in riferimento all'art. 572, la circostanza aggravante comune di cui all'art. 61, n. 11-*quinquies*, che contempla il fatto commesso a danno ovvero in presenza del minore degli anni diciotto.

Due, pertanto, le innovazioni prodotte dalla normativa in commento: l'elevazione dell'età del minore offeso dai maltrattamenti dai quattordici ai diciotto anni e l'introduzione della violenza assistita in riferimento al minore degli anni diciotto. Se la prima è frutto di una precisa scelta di politica criminale del legislatore che viene, così, ad allargare la tutela nei confronti del minore, per quanto concerne la violenza assistita, si è posto il quesito se il minore possa essere anche estraneo al nucleo familiare, posto che il reato commesso in danno del minore ne postula la ovvia appartenenza. E, non a caso, si è fatto l'esempio, sorto dai casi pratici, dei maltrattamenti inferti dal coniuge in danno della moglie alla presenza del figlio di questa, ma nato da un precedente matrimonio e non convivente[25].
La risposta non può che essere positiva, avuto riguardo il dato letterale della disposizione e la evidenziata *ratio* che la sostiene, ossia come il semplice assistere ad

uno dei delitti richiamati, senza esserne la vittima, possa compromettere l'equilibrato sviluppo psichico del minore stesso.

Le modifiche ai delitti di violenza sessuale

Già si è fatto cenno come nell'art. 602-*ter*, comma 1, c.p. che prevede le varie circostanze aggravanti nei reati sessuali innanzi tutto è stato modificato il n. 5, elevando l'età del minore da sedici a diciotto anni, quando il reato è commesso nei suoi confronti dall'ascendente, dal genitore anche adottivo e dal tutore, mentre per il nuovo n. 5-*ter* il reato è aggravato quando è commesso nei confronti di una donna in stato di gravidanza. Ben vero che tale fattispecie è identica a quella introdotta dall'art. 61, n. 11-*quinquies*, anche se deve rimarcarsi come quest'ultima sia una circostanza ad effetto comune, mentre la prima una circostanza ad effetto speciale, che vede instaurarsi una nuova pena edittale (da sei a dodici anni)[26].

Inoltre è stato introdotto il n. 5-*quater*, in forza del quale viene prevista la nuova pena aggravata nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza.

Siffatta aggravante che, come si vedrà *infra*, è stata introdotta anche per lo *stalking*, ha suscitato alcune perplessità, sottolineando come essa sia comprensibile nel contesto della fattispecie degli atti persecutori, ma molto meno nei reati di violenza sessuale, in quanto porta alla conclusione che la violenza sessuale operata dall'estraneo viene punita di meno rispetto a quella esercitata da una persona cui, nel passato, la vittima è era sentimentalmente legata[27]. Il rilievo, almeno a nostro avviso, non coglie nel segno, in quanto proprio il legame affettivo, anche pregresso, istituzionalizzato o meno, può comportare un atteggiamento di maggiore insidiosità da parte del reo ed una minore difesa da parte della vittima.

Più plausibile, invece, il dubbio, parimenti espresso[28] in ordine alla sufficiente determinatezza della disposizione e, quindi, della sua aderenza con il dettato dell'art. 25, comma 2, Cost., allorché si riferisce alla relazione affettiva, anche senza convivenza. Se, infatti, la convivenza rafforza l'immagine consueta di una "coppia", sia essa eterosessuale ovvero omosessuale, e del plausibile legame affettivo sotteso, una relazione senza convivenza deve essere con maggiore difficoltà provata nella sua dimensione affettiva. L'affetto, peraltro, può anche ben prescindere dalla relazione sessuale (usualmente implicata nella convivenza) e ben ridursi ad un rapporto meramente amicale. Non solo: esso può sussistere solamente da parte di uno solo dei due, che magari fraintende l'atteggiamento dell'altro, non potendo, in tal caso, parlarsi di "relazione" affettiva. Insomma: l'aver fondato una norma penale su un requisito non fisico, ma puramente spirituale, come la relazione affettiva, rischia di essere anche "in contrasto con il principio di colpevolezza della norma penale, perché autore del reato e vittima potrebbero, entrambi in buona fede, non dare esattamente la stessa qualificazione a cosa effettivamente li abbia legati in passato"[29]. Importante sarà, dunque, porre attenzione alla giurisprudenza che verrà a formarsi sul tema e come questa andrà ad interpretare tale locuzione.

Le modifiche al delitto di atti persecutori (*stalking*) …

In premessa deve ricordarsi che, pochi giorni prima, l'art. 1-*bis* del decreto-legge 1° luglio 2013, n. 153, recante *Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della* pena[30], convertito nella legge 9 agosto 2013[31], aveva modificato la pena edittale del delitto di Atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* c.p., prevista da sei mesi a quattro anni, elevando il termine massimo a cinque anni.

Il capoverso di tale articolo, nella sua dizione originale, prevedeva l'aumento della pena se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa[32]. In effetti, non si comprendeva perché mai non fosse prevista l'ipotesi aggravata dello *stalking* perpetrato a danno nel coniuge in costanza di matrimonio, ossia non ancora separato, o comunque nel contesto di una presente e perdurante relazione affettiva. A tale lacuna ha provveduto la normativa in oggetto, la quale ora dispone che la pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici. Si noti, peraltro, che l'art. 1, comma 3, lett. a) del decreto-legge n. 93aveva sì introdotto il riferimento al coniuge anche separato o divorziato, ma aveva mantenuto immutato il riferimento alla relazione affettiva trascorsa. Poi, in sede di conversione, si è allargato il concetto anche alla relazione affettiva in corso.

Affatto nuovo l'ultimo periodo della disposizione laddove prevede l'aumento di pena se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici[33]: è l'ipotesi del c.d. *cyberstalking*. Si tratta dei casi di atti persecutori commessi mediante invio di posta elettronica, ovvero postando commenti, frasi, foto, filmati sui c.d. *social network*, tipo *Facebook* e via dicendo. Discutibile ritenere che in tale fattispecie possa rientrare l'uso del telefono e dubbio l'invio (che potrebbe avvenire anche tramite computer) degli sms. Aperto il dibattito su tale scelta legislativa: da un lato, si sostiene come la persecuzione a distanza non sia più grave di quella effettuata con la presenza della persona fisica; dall'altro lato, si rimarca la particolare insidiosità del mezzo e, soprattutto, la sua visibilità pubblica se postato nel vari *blog* aperti ad una vastissima comunità.

Si ricordi, peraltro, che l'art. 612-*bis*, comma 3, prevede una pena aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata. Ebbene, si sostiene che il travisamento possa essere non soltanto fisico, ma anche telematico, ad esempio, usando un nome d'invenzione ovvero impedendo, con vari mezzi di mascheramento, di riconoscerne l'autore: in tal caso le aggravanti di cui al comma 2 ed al comma 3 della citata norma andrebbero in concorso fra loro[34].

… e la sua perseguibilità

Nella sua versione originale l'art. 612-*bis*, comma 4, disponeva la perseguibilità del reato a querela di parte, anche se il termine per la sua proposizione era non di tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce il reato, come stabilito dall'art. 124

c.p., bensì di sei mesi, sulla falsariga di quanto analogamente disposto in ordine a (certi) reati sessuali dall'art. 609-*septies* c.p., con la differenza che, in quest'ultima ipotesi, una volta presentata era irrevocabile, ma nel delitto di atti persecutori no.

La *ratio* del legislatore del 2009 probabilmente era quella di lasciare aperta la possibilità di una sorta di transazione fra vittima e *stalker*: a fronte della apertura del processo penale, la revoca della querela poteva essere barattata con la cessazione degli atti persecutori. Peraltro, deve riscontrarsi che subito si erano elevate forti critiche a tale prospettiva, contrapponendola a quella, affatto opposta, delle pesanti minacce che lo *stalker* poteva effettuare affinché la vittima ritirasse la sua querela.

Opposte concezioni che hanno alimentato anche il dibattito parlamentare in sede di conversione del decreto legge che ci occupa. Il d.l. n. 93/2013, infatti, aveva modificato il comma 4 della disposizione, inserendo la secca dizione che "la querela proposta è irrevocabile". Ebbene, nel Parlamento si era anche sostenuto la primitiva ipotesi di un possibile accordo fra le due parti con la conseguente cessazione degli atti persecutori, il che avrebbe reso il processo penale forzosamente instaurato forse anche pregiudizievole agli interessi della vittima stessa.

Come conseguenza si è addivenuti ad una forma di compromesso, sancito dalla dizione definitivamente adottata, in forza della quale "la remissione della querela può essere soltanto processuale". Come dire che la remissione non può avvenire al di fuori del processo, senza controllo sulla reale volontà della vittima, scevra da minacce o pressioni di qualsiasi tipo, ma effettuata nel processo dinanzi al giudice che procede, il quale ne deve controllare la spontaneità e la fondatezza.

A questo punto sorge il quesito se la remissione possa avvenire dinanzi al pubblico ministero ovvero, ancor prima, dinanzi alla polizia giudiziaria. A tale proposito deve rimarcarsi che, come è noto, quella gestita dal pubblico ministero non è una fase processuale, bensì procedimentale e che lo stesso p.m. (checché egli pensi di se stesso) è sì un magistrato, ma non un giudice. Pertanto, secondo il dato letterale potremmo avere l'ipotesi di una vittima di *stalking*, la quale, dopo aver presentato la querela, affermi di volerla rimettere dinanzi alla polizia giudiziaria prima ed al pubblico ministero poi, ma debba riaffermare tale sua decisione dinanzi al giudice in un procedimento penale che dovrà comunque aprirsi. Discutibile, almeno a nostro avviso, la previsione che, all'insegna delle esigenze di economia processuale, si addiverrà ad una interpretazione adeguatrice tale da consentire la remissione della querela anche nella fase delle indagini preliminari dinanzi al pubblico ministero[35].

Il comma 4 dell'art. 612-*bis* continua con un ulteriore periodo, ove viene sancito che la querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso con minacce reiterate nei modi di cui all'art. 612, secondo comma (che disciplina, per l'appunto, il delitto di minaccia), la quale norma è applicabile se la minaccia è grave ovvero è fatta in uno dei modi indicati dell'art. 339 c.p., ossia: commessa con armi, o da persona travisata, o da più persone riunite, o con scritto anonimo, o in modo simbolico, o valendosi della forza intimidatrice derivante da segrete associazioni, esistenti o supposte, ovvero ancora mediante il lancio o l'utilizzo di corpi contundenti o altri oggetti atti ad offendere,

compresi gli artifici pirotecnici, in modo da causare pericolo per le persone[36]. Trascurando il dubbio richiamo e riscontrabilità nella prassi, per la fattispecie che ci occupa, a queste ultime ipotesi, si sottolinea il fatto che, al di là della loro gravità o delle modalità appena espresse, tali minacce devono essere reiterate, non essendo sufficiente una sola pur nella pluralità di atti persecutori di diversa natura.
Infine, la medesima disposizione conclude con un ultimo periodo, il quale dispone che si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.

In definitiva, alla stregua della norma in oggetto, tre possono essere le tipologie della perseguibilità del delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* c.p., alla stregua delle rispettive ipotesi ivi previste: a) mediante querela revocabile in sede processuale; b) mediante querela irrevocabile; c) d'ufficio.

Si noti che viene ad aprirsi, in tal modo, una complessa questione di successione di leggi penali nel tempo, che avendo la querela natura processuale deve seguire il principio di *tempus regit actum*[37].

L'ammonimento del questore

Il decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella legge 23 aprile 2009, n. 38, recante *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*[38], che aveva introdotto, per l'appunto, il reato di cui all'art. 612-*bis* c.p., aveva sancito, all'art. 8, che, finché non è stata proposta la relativa querela, la persona offesa può rivolgersi al questore, esponendo i fatti ed avanzando richiesta di ammonimento nei confronti dell'autore della condotta. Il questore, assunte le necessarie informazioni, se ritiene fondata l'istanza, ammonisce oralmente il soggetto invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge e, concludeva la disposizione, "valuta l'eventuale adozione di provvedimenti in materia di armi e munizioni". Ora, posto che non sembrava proprio opportuno rimettere alla discrezionalità del questore se consentire o meno ad un soggetto indiziato di *stalking* di mantenere la disponibilità di armi, l'art. 1, comma 4, della normativa in oggetto stabilisce nitidamente che il questore "adotta" (quindi: obbligatoriamente) i provvedimenti in materia di armi e munizioni.
Non solo. Prendendo lo spunto da tale istituto, l'art. 3 di tale normativa, non a caso rubricato come *Misura di prevenzione per condotte di violenza domestica*, ha disposto che nei casi in cui alle forze dell'ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che debba ritenersi riconducibili ai reati di cui agli art. 581 (Percosse), e 582, secondo comma (Lesione personale c.d. lieve[39]), consumato o tentato, del codice penale, nell'ambito della violenza domestica, il questore, anche in assenza di querela, può procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, all'ammonimento dell'autore del fatto.
Peraltro la disposizione continua definendo, ai fini di quanto stabilito, la violenza domestica come uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo

familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima.

Si noti che le segnalazioni possono derivare, pertanto, anche da terzi estranei, purché non anonime ovvero, come disposto dal comma 5, dalla vittima stessa che ne informa le forze dell'ordine, i presidi sanitari (ad esempio: il medico del pronto soccorso) e le istituzioni pubbliche.

Il procedimento è quello stesso, in quanto compatibile, previsto per lo *stalking* prima della presentazione della querela, come appena delineato *supra*, con l'ulteriore possibilità per il questore, prevista dal comma 2, di richiedere al prefetto del luogo di residenza del destinatario dell'ammonimento l'applicazione della misura della sospensione della patente di guida da uno a tre mesi.

Come è stato osservato[40], i reati di percosse o di lesioni lievi sono rilevanti non di per sé, ma in quanto sintomatici di un comportamento grave o non episodico di violenza domestica e vengono considerati, in sostanza, come dei "reati sentinella" di forme di violenza o di aggressione che possono precedere delitti di *stalking*, di maltrattamenti in famiglia, oppure delitti di sangue, ovvero ancora, per ritornare al tema da cui avevamo preso le mosse, lo stesso femminicidio. In tale contesto l'ammonimento si pone come una misura cautelare di natura amministrativa, non dissimile dall'avviso orale di cui alle misure di prevenzione[41].

Come cennato, la segnalazione proveniente da terzi non può essere anonima, per l'ovvio intento di evitare strumentalizzazioni od abusi; tuttavia, il comma 4 della normativa dispone che in ogni atto del procedimento per l'adozione dell'ammonimento devono essere omesse le generalità del segnalante, salvo che la segnalazione risulti manifestamente infondata. Peraltro, la segnalazione stessa è utilizzabile soltanto ai fini dell'avvio del procedimento.

Le misure a favore della vittima …

Infine, l'art. 1, comma 4-*bis*, della normativa, innovando quanto già previsto dall'art. 11 del citato d.l. n. 11 del 2009 in riferimento al delitto di *stalking*, estende le misure poste a sostegno delle vittime dei reati di violenza. Più esattamente si dispone che le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche che ricevono dalla vittima del reato di cui agli articoli 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* o 612-*bis* del codice penale hanno l'obbligo di fornire alla vittima stessa tutte le informazioni relative ai centri antiviolenza presenti sul territorio e, in particolare, nella zona di residenza della vittima. Peraltro, le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche provvedono a mettere in contatto la vittima con i centri antiviolenza, qualora ne faccia espressamente richiesta.

Inoltre, l'art. 2, comma 3, della normativa viene ad ampliare i reati la cui vittima, anche in deroga ai previsti limiti di reddito, può essere ammessa al gratuito patrocinio[42]. Infatti, alle fattispecie dei c.d. reati presupposti[43] vengono aggiunte quelle relative

agli art. 572 (Maltrattamenti in famiglia), 583-*bis* (Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili), 609-*octies*(Violenza sessuale di gruppo) e 612-*bis* (Atti persecutori).
A sua volta, l'art. 4 della normativa prevede la *Tutela per gli stranieri vittime di violenza domestica*, inserendo l'art. 18-*bis* nel decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero)[44]. Pertanto, alla stregua di tale disposizione, quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti ivi previsti[45], commessi nel territorio nazionale e nell'ambito di violenza domestica, siano accertate situazioni di violenza o di abuso nei confronti di uno straniero ed emerga un concreto ed attuale pericolo per la sua incolumità, come conseguenza della scelta di sottrarsi alla medesima violenza o per effetto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, con il parere favorevole dell'autorità giudiziaria procedente ovvero su proposta di quest'ultima, rilascia un permesso di soggiorno per consentire alla vittima di sottrarsi alla violenza.
Inoltre, il medesimo permesso di soggiorno può essere rilasciato dal questore quando le situazioni di violenza o di abuso emergano nel corso di interventi assistenziali dei centri antiviolenza, dei servizi sociali territoriali o dei servizi sociali specializzati nell'assistenza delle vittime di violenza. In tal caso la sussistenza dei citati elementi e condizioni è valutata dal questore sulla base della relazione redatta dai medesimi servizi sociali. Ai fini del permesso di soggiorno è comunque richiesto il parere dell'autorità giudiziaria competente.

Peraltro, il permesso di soggiorno concesso è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, segnalata dal procuratore della Repubblica o, per quanto di competenza, dai servizi sociali, o comunque accertata dal questore, ovvero quando vengono meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio.

Invero, quest'ultima ipotesi suscita fondate perplessità, in quanto, seguendo il suo tenore letterale, ove, per esempio ed auspicabilmente, fosse cessato il pericolo per la sua incolumità, il permesso in precedenza concessogli dovrebbe essere revocato al soggetto straniero, che, pertanto, ritornerebbe nella sua condizione di clandestinità, con tutte le conseguenze previste dalla relativa legislazione.

Questo per quanto riguarda lo straniero c.d. clandestino, ossia irregolarmente presente nel territorio nazionale. Ove, invece trattasi di uno straniero regolarmente presente, ma condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella a seguito di patteggiamento (art. 444 c.p.p.), per uno dei previsti delitti commessi in ambito di violenza domestica, possono essere disposte la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione ai sensi dell'art. 13 del citato testo unico, come disposto dall'art. 4, comma 4-*bis* della normativa in oggetto.

… e quelle nei confronti del reo

Per altro verso, l'art. 3, comma 5-*bis* della normativa prevede che, quando il questore procede all'ammonimento, come delineato *supra*, informa senza indugio l'autore del fatto circa i servizi disponibili sul territorio, inclusi i consultori familiari, i servizi di

salute mentale e i servizi per le dipendenze, come individuati dal Piano di cui all'art. 5 (riferito nell'*incipit* di queste note), finalizzati ad intervenire nei confronti degli autori di violenza domestica o di genere.

Le altre disposizioni penali

La normativa *de qua* nella sua complessa eterogeneità contempla anche l'introduzione ovvero la modifica di altre disposizioni penali che non attengono proprio al tema della violenza di genere ovvero familiare ovvero ancora a danno di minori: ne diamo un rapido cenno.

A) L'art. 1, comma 2-*ter* ha elevato la pena edittale dell'art. 612 c.p., portandola da una multa fino a euro 51 ad una multa fino ad euro 1.032.

B) Ai sensi dell'art. 2, comma 7, lett. a), nel delitto di rapina di cui all'art. 628 c.p., l'aggravante prevista dal comma 3, n. 3-*bis*, che viene ad operare quando il fatto è commesso nei luoghi di cui all'art. 624-*bis* (ossia in edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa) è estesa anche al fatto commesso in luoghi tali da ostacolare la pubblica o privata difesa. Invero, il riferimento ci sembra alquanto ambiguo, rimesso ad una discrezionalità e ad una valutazione difficilmente proponibile *ex ante*, ma solo verificabile *ex post*, a fatto conclusosi.

C) Sempre nel delitto di rapina, l'art. 2, comma 7, lett. b) ha introdotto l'aggravante di cui al comma 3, n. 3-*quinquies*, quando il fatto è commesso nei confronti di persona ultrasessantacinquenne.

D) Nel reato di furto, l'art. 8, comma 1, lett. a) ha inserito l'aggravante di cui all'art. 625, n. 7-*bis*, se il fatto è commesso su componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestiti da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica. Trattasi dei furti di rame che viene sottratto, e sempre con maggiore frequenza, dato l'elevato valore economico dell'elemento, dai cavi telefonici, ferroviari, elettrici e via dicendo.

E) L'art. 8, comma 1, lett. b) ha aggiunto nel primo comma dell'art. 648, che prevede il delitto di ricettazione, un periodo in forza del quale la pena è aumentata quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, terzo comma, di estorsione aggravata ai sensi dell'art. 629, secondo comma, ovvero di furto aggravato ai sensi dell'articolo 625, primo comma, n. 7-*bis*.

F) L'art. 9, comma 1, lett. a) ha inserito nell'art. 640-*ter* (Frode informatica) il terzo comma che prevede la nuova fattispecie di "Frode informatica commessa con sostituzione d'identità digitale": la pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 600 a euro 3.000 se il fatto è commesso con furto o indebito utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti. Il frequente caso che viene alla mente è quello del soggetto che, ad esempio, in un *social network* o tramite la posta elettronica assume l'identità di altra persona ovvero utilizza le sue credenziali elettroniche al di là dell'autorizzazione concessagli.

Conclusioni

Da quanto schematicamente delineato, trascurando, come s'è detto, le disposizioni, ben ampie, relative al diritto processuale penale, è possibile formulare alcune conclusioni su tale complessa normativa.

Innanzi tutto, ed in via più generale, suscita perplessità l'uso del decreto-legge, ossia della legislazione da emanarsi in casi di necessità ed urgenza, per disciplinare una congerie di istituti o frammenti degli stessi ben diversi fra loro. L'impressione, certamente non infondata, è quella di voler evitare, in tal modo, il normale percorso legislativo che richiede tempi molto più estesi. Non dissimile la inveterata consuetudine di approfittare della legge di conversione per inserirvi ulteriori disposizioni del tutto estranee al decreto stesso.

Nel campo penale, poi, da tempo si sta assistendo a quella che oramai è identificata come una perenne emergenza(46), che muove più da istanze provenienti da una pubblica opinione da sopire, che da reali esigenze e secondo fondate scansioni di politica criminale: donde spesso l'emanazione di norme-manifesto, di scarsa o punta effettività o deterrenza.

Nel presente caso, la norma chiave è rappresentata dal termine "femminicidio", di recente conio, che nella sua dizione letterale viene, ovviamente, a significare l'omicidio della donna: fenomeno cui tutti i mezzi di informazione danno largo spazio e la cui crescente frequenza(47) suscita pronunciato allarme nella pubblica opinione. Invero, posto che tali reati di sangue particolarmente efferati, in genere commessi nel contesto familiare o di convivenza, quasi sempre sono preceduti da episodi di violenza, per femminicidio viene ora da intendersi un concetto molto più ampio e complesso di quello semantico, volendo indicare tutte le violenze commesse dagli uomini o dalle istituzioni maschili sulle donne in quanto tali(48). Non a caso, dunque, la normativa in commento, non contemplando disposizioni rivolte al femminicidio nel senso letterale, non ha usato tale espressione neanche nella sua accezione più lata, ma ha preferito, e correttamente, riferirsi alla "violenza di genere".

Invero, l'aver emesso tale normativa in un contesto emergenziale come risposta alle esigenze d'intervento espresse dalla pubblica opinione(49) evidenzia la considerazione della violenza di genere da parte del legislatore più come un problema di ordine pubblico(50) che come una questione strutturale da affrontare con mezzi normativi non solo penali e non solo repressivi. Profilo di politica criminale in un certo qual senso "riequilibrato"(51)dalla diversa impostazione propria della Convenzione di Istambul, appena ratificata ed alla quale si è voluto dare una prima attuazione.

Tuttavia, l'aver incluso nella normativa anche i minori rende l'idea della donna intesa come soggetto debole da tutelare e non come soggetto vulnerabile per la condotta violenta esplicata nei suoi confronti.

Insomma, da un punto di vista criminologico e di politica sociale, prima che penale, il tema deve essere ancora considerato nei suoi termini più corretti e non solo come oggetto di una emergenza che viene in luce per il suo rilevante allarme sociale(52).

Se ora poniamo mente alle disposizioni penali che tale normativa ha delineato come contrasto alla violenza di genere, se togliamo quelle riferibili ai minori, troviamo una serie di aggravanti riferibili, da un lato, alla donna in stato di gravidanza come vittima del reato e, dall'altro lato, fattispecie che fanno riferimento alla violenza domestica nonché ad un rapporto affettivo presente o passato, legato o meno alla convivenza.

Sinceramente: un po' poco[53], specie se consideriamo che le circostanze aggravanti, anche quelle ad effetto speciale, sottostanno al principio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. e che possono soccombere anche a fronte di una sola circostanza attenuante, perfino di quella generica di cui all'art. 62-*bis* c.p.[54], posto che il legislatore non ha ritenuto di ritenerle come "privilegiate"[55], ossia non bilanciabili: un'ennesima, ulteriore discrezionalità attribuita al giudice. Disposizioni, peraltro, che spesso suscitano qualche dubbio o perplessità nella fattispecie o nel collegamento sistematico e che, lo si deve ammettere, di non proprio agevole lettura per il continuo riferimento ovvero intrecciarsi ad altre norme.

Attenta dottrina[56] si è anche chiesta perché la violenza esercitata nei confronti di una donna non gravida ovvero non legata affettivamente sia meno grave rispetto a quella incinta ovvero sposata o convivente.

Il quesito, invero, è cruciale e, almeno a nostro avviso, di fondo rispetto all'intera questione della disciplina giuridica della violenza di genere. Ammettere icasticamente, *sic et simpliciter*, che un qualsiasi reato (omicidario o di violenza) è aggravato dal semplice genere del soggetto passivo, ossia, in poche parole, se commesso nei confronti di una donna, incorrerebbe nel vizio di illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost. Ecco perché, allora, a fronte di una uguaglianza dei soggetti, un diverso trattamento può solo ammettersi per una situazione di debolezza o di vulnerabilità, da tutelare espressamente: quale, per l'appunto, lo stato di gravidanza, al pari nella minore età, dell'età avanzata o dell'*handicap*: ossia, alla fin fine, tutte quelle situazioni già espresse dall'art. 61, n. 5, c.p.

Peraltro, aver dedicato larga parte della normativa ai reati sessuali (compreso quelli di pedopornografia), oggetto da tempo di continui interventi legislativi, l'avere introdotto il concetto di violenza domestica e di relazione affettiva, pur con tutti i dubbi che questo concetto potrebbe sollevare in ordine alla sua tassatività, potrebbe condurre l'interprete a considerare la violenza di genere, quella sessuale, quella domestica e quella nel contesto delle relazioni affettive come una sorta di sottosistema con proprie regole di diritto penale sostanziale, di diritto penale processuale, di diritto amministrativo (in chiave preventiva), e di interventi sociali dedicati, e con le inevitabili connessioni con il diritto di famiglia e minorile a matrice civilistica: un sottosistema destinato ad una continua espansione anche in riferimento ai sempre più numerosi atti inter - o sovranazionali sul tema, cui il nostro ordinamento deve dare attuazione.

(1) In *Gazz. Uff.*, 16 agosto 2013, n. 191.

(2) In *Gazz. Uff.*, 15 ottobre 2013, n. 242.

(3) Per una visione ed analisi della normativa cfr. *Guida al diritto*, 2013, 44, 7 s.; Russo, *Femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n. 93)*, Milano, 2013.

(4) Su tale normativa v. Pistorelli, *Prima lettura del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (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)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 agosto 2013; Recchione, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere*, ivi, 2013, 15 settembre 2013; Pavich, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, ivi, 24 settembre 2013; Idem, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2013, 4314 s.; Pistorelli, *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di «violenza di genere» e di reati che coinvolgano minori*, ivi, 18 ottobre 2013; Basile, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, ivi, 11 dicembre 2013; Lo Monte, *Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. 119/13, in tema di 'femminicidio'*, ivi, 12 dicembre 2013.; Macrì, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 12 s. Si noti che le due Relazioni di Pistorelli sono state effettuate a nome dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione.

(5) Approfondiscono le disposizioni attinenti al diritto penale processuale De Martino, *Le innovazioni introdotte nel codice di rito dal decreto legge sulla violenza di genere, alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 ottobre 2013; Iasevoli, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 1392 s.

(6) Di cui all'art. 19, comma 3, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

(7) In *Gazz. Uff.*, 1° luglio 2013, n. 152. Su tale normativa v. Battarino, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istambul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 ottobre 2013.

(8) Non essendo stato allora raggiunto il numero minimo di ratifiche necessario da parte degli Stati firmatari: il che è avvenuto di recente, per cui la Convenzione entrerà in vigore il 1° agosto 2014.

(9) Russo, *Femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n. 93)*, cit., 10.

(10) Cass. pen., sez. V, 22 ottobre 2010, m. 41142, in *Cass. pen.*, 2012, 1012.

(11) Amato, *Giro di vite su violenza sessuale e maltrattamenti*, in *Guida al dir.*, 2013, 44, 77.

(12) All'art. 1, comma 1-*bis*.

(13) *Ex* art. 1, comma 1-*ter*.

(14) Art. 1, comma 2.

(15) Si noti che l'aumento, a differenza della circostanza ad effetto comune, non è fino ad un terzo, bensì di un terzo secco.

(16) Ovvero il fatto è commesso a fini di lucro.

(17) Ovvero se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero.

(18) Si richiama alla *lex specialis*, che disciplina il principio di consunzione, Russo, *Femminicidio*, cit., 12.

(19) Come introdotto dall'art. 3, comma 20, legge 15 luglio 2009, n. 94.

(20) Nello stesso senso Pistorelli, *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di «violenza di genere» e di reati che coinvolgano minori*, 2.

(21) Come introdotti o modificati dall'art. 4, comma 1, lett. p) e t) della legge 1° ottobre 2012, n. 172. Sul punto cfr., volendo, Pittaro, *Ratificata la Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale: le modifiche al codice penale*, in questa *Rivista*, 2013, 4, 408.

(22) Il richiamo è agli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqies*, 609-*octies* e 609-*undecies* c.p.

(23) Sulla quale ci permettiamo rinviare a Pittaro, *La Consulta introduce nei reati sessuali l'ignoranza inevitabile dell'età del minore*, in questa *Rivista*, 2007, 11, 983 s.

(24) Di cui, *supra*, alla nota n. 21.

(25) Come riportato da Russo, *Femminicidio*, cit., 14.

(26) Deve evidenziarsi, per completezza, come, successivamente alla normativa in oggetto, il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 39, recante *Attuazione della direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI*, in *Gazz. Uff.*, 22 marzo 2014, n. 68, ha aggiunto, fra l'altro, ulteriori ipotesi all'art. 602-*ter* c.p., fra le quali il nuovo n. 5-*sexies*, che prevede l'aggravante se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave. Per un rapido schema di tale normativa cfr. Pittaro, *Innovate le norme penali contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 3 aprile 2014.

(27) Tali i rilievi di Russo, *Femminicidio*, cit., 16.

(28) Russo, *Femminicidio*, cit., 16 s.

(29) Così Russo, *Femminicidio*, cit., 17.

(30) In *Gazz Uff.*, 2 luglio 2013, n. 153.

(31) In *Gazz Uff.*, 19 agosto 2013, n. 193.

(32) Su tale istituto ci permettiamo rinviare, per tutti, quanto delineato da Pittaro, *Introdotta la disciplina penale dello stalking dalle misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in questa *Rivista*, 2009, 7, 659 s.

(33) Sul punto, e sulla nozione di strumento informatico o telematico cfr. Amato, *Pena più alta anche per il coniuge-stalker convivente*, in *Guida al dir.*, 2013, 44, 84 s.

(34) In tale senso si esprime Russo, *Femminicidio*, cit., 20-21.

(35) Formulata da Russo, *Femminicidio*, cit., 22.

(36) L'art. 339 c.p. prevede le circostanze aggravanti per i delitti di cui agli artt. 336 (Violenza o minaccia a pubblico ufficiale), 337 (Resistenza a pubblico ufficiale) e 338 c.p. (Violenza o minaccia ad un Corpo politico, amministrativo e giudiziario).

(37) Sul punto, *amplius*, cfr. Amato, *Pena più alta anche per il coniuge-stalker convivente*, cit., 86.

(38) Cfr., *supra*, la nota n. 32.

(39) Ossia dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente che ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dagli articoli 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'art. 577. Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

(40) Amato, *Con un atto di violenza grave scatta l'ammonimento*, in *Guida al dir.*, 2013, 44, 90.

(41) In tal senso Amato, *Con un atto di violenza grave scatta l'ammonimento*, cit., 88.

(42) Trattasi del comma 4-*ter* dell'art. 76 del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

(43) Sono i vari reati di pedofilia e di pedopornografia, di tratta di persone, nonché di violenza sessuale. Sul punto cfr. Russo, *Femminicidio*, cit., 72.

(44) Sul punto cfr. Cisterna, *Il piano straordinario ha ora un "braccio operativo"*, in *Guida al dir.*, 2013, 44, 101 s.

(45) Trattasi dei reati di cui agli artt. 572, 582, 583-*bis*, 605, 609-*bis* e 612-*bis* c.p. ed all'art. 380 c.p.p.

(46) Secondo il classico lavoro di Moccia, *La perenne emergenza*, II ed., Napoli, 1987.

(47) Non vogliamo entrare qui nel contrastato campo delle statistiche, ufficiali o meno, ove, a fronte di chi rimarca l'aumento degli omicidi di genere, altri ne sottolinea la limitata percentuale sulla complessità dei reati omicidari, peraltro in costante diminuzione, ovvero pone in risalto sì il fenomeno, ma solo di recente emerso nella sua ampiezza, in quanto finora coperto da un rilevante numero oscuro.

(48) Sul punto, *sed amplius*, v. Spinelli, *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milano, 2008.

(49) Lo Monte, *Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. 119/13, in tema di 'femminicidio'*, cit., 1, definisce tale normativa come "l'ennesimo pacchetto sicurezza".

(50) In effetti si rammenti che nella normativa sono anche inseriti reati di particolare attualità e tutti più o meno esplicitamente connessi ad esigenze di ordine pubblico come il furto di rame, la ricettazione, la rapina in determinate situazioni ovvero il furto dell'identità digitale.

(51) Cfr. pure Cisterna, *Con un riequilibrio delle esigenze di sicurezza il provvedimento arriva sul "banco di prova"*, in *Guida al dir.*, 2013, 44, 73 s.

(52) Secondo Basile, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, cit., 4, il legislatore "sembra aver perseguito un *intento prevalentemente rassicuratorio* della collettività [corsivo del testo], anche a costo di approntare una legge con un'efficacia in parte solo simbolica e comunque eccessivamente confidante nelle capacità taumaturgiche del diritto penale".

(53) Pavich, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, cit., 20, considera che lo strumentario predisposto dalla normativa non appare, sul piano prognostico, di particolare incisività.

(54) Evidenzia tale considerazione Macrì, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, cit., 13.

(55) Su tale punto cfr. Peccioli, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.

(56) Lo Monte, *Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. 119/13, in tema di 'femminicidio'*, cit., 7.

Gli Orfani dei reati di fenmminicidio

di Natalina Folla(*)

L. 11-01-2018, n. 4, epigrafe

Con la L. 11 gennaio 2018, n. 4, il Parlamento italiano ha approvato una disciplina che, attraverso una gamma diversificata di strumenti normativi, mira a offrire sostegno agli orfani di femminicidio. Il provvedimento è particolarmente meritevole di attenzione anche perché contribuisce a fare luce su un nodo cruciale del fenomeno della violenza domestica e di genere, ignorato per moltissimo tempo, e ancora oggi poco esplorato, quello relativo ai traumi e alle devastanti conseguenze psicologiche e sociali patiti da questi orfani, che si riflettono, poi, indirettamente anche sulla applicazione di istituti giuridici come la decadenza dalla responsabilità genitoriale o la designazione del tutore.

Sommario: Chi sono gli orfani di femminicidio - La L. 11 gennaio 2018, n. 4 e gli obblighi sovranazionali - Obiettivi e contenuto della L. 11 gennaio 2018, n. 4 - Le modifiche al codice penale e al codice di procedura penale - Le altre misure - Riflessione conclusiva

Chi sono gli orfani di femminicidio

"Orfani speciali"(1) sono stati definiti i figli e le figlie delle madri uccise per mano del loro padre, o da una persona a cui la stessa era legata da una relazione familiare o affettiva.

Si tratta di figli che, oltre a dover affrontare il dolore per la perdita della loro madre, si ritrovano anche con un padre in carcere, o, come talvolta accade, suicida.

Ciò che rende "speciale" il loro essere diventati orfani è, per un verso, la causa che sta all'origine del loro *status*, ossia il femminicidio, in forza anche della valenza socio-culturale e psico-sociale che esso comporta; per l'altro verso, la condizione peculiare che essi vengono a vivere dopo tale evento, bisognosa di attenzioni, tutele e risposte del tutto particolari.

Poco ancora si conosce di questo problema. Solo recentemente, infatti, ricercatori e studiosi(2) hanno messo in luce l'impatto devastante che i femminicidi generano nella sfera psicologica, fisica, relazionale e scolastica degli orfani, al quale si sommano poi le difficoltà che scaturiscono sul fronte giuridico in ordine ad aspetti legali, come la decadenza dalla responsabilità genitoriale, l'affidamento del minore o la designazione del tutore; profili, questi ultimi, complicati e delicati sempre, ma che, com'è intuibile, e come diremo, in queste vicende, risultano decisamente problematici(3).

Da decenni l'organizzazione Mondiale della Sanità definisce la violenza contro le donne come un problema di salute enorme e uno dei principali fattori di rischio di cattiva salute e di morte prematura per donne e ragazze(4).

Da tempo, inoltre, è stata posta al centro della riflessione anche la c.d. "*violenza assistita*" che colpisce i minori, quando condotte di violenza fisica o psicologica realizzate da un genitore nei confronti dell'altro siano commesse in loro presenza. Nel Preambolo alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, nota come Convenzione di Istanbul(5), è riconosciuto che "i bambini sono vittime di violenza domestica anche in quanto testimoni di violenze all'interno delle famiglie".

Se, dunque, gradualmente, la consapevolezza circa i danni procurati dal coinvolgimento dei minori nelle vicende di violenza domestica esercitata dai padri o dai conviventi nei confronti delle madri ha cominciato ad emergere e a delinearsi grazie al contributo di studiosi e operatori(6), per contro, le conseguenze indirette di quella che rappresenta la forma più estrema di violenza, ossia la morte della madre per mano del padre, sono ancora da scandagliare a fondo.

Per meglio comprendere questa realtà, va, anzitutto, ribadito quanto già anticipato, ossia che la chiave di lettura di questo dramma rimanda all'origine del dramma stesso: il femminicidio. È ben vero che la disciplina introdotta dalla legge in esame si occupa di figli minori (o maggiorenni economicamente non autosufficienti) che hanno perso un genitore per mano del coniuge o dell'*ex* coniuge, del partner, del convivente, o dell'altra parte dell'unione civile, senza alcuna connotazione di genere; cosa che, peraltro, non sarebbe compatibile con i nostri principi costituzionali. Tuttavia, è altrettanto evidente che il legislatore aveva ben chiaro il quadro di riferimento sul quale intendeva intervenire. Basta analizzare i lavori parlamentari della "Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere", per rendersene conto(7).

Tralasciando le questioni teoriche e i dibattiti concernenti lo sviluppo concettuale e normativo del femminicidio, che in questa sede non possono essere affrontati[8], ci limitiamo a ricordare, per quel che qui rileva, che in Italia e nei paesi della Unione Europea non esiste una definizione giuridica di femminicidio e non vi è nemmeno una fattispecie codificata di tale reato[9]. In ogni caso, la inquietante dimensione del fenomeno[10] ha determinato un rilevante interesse nella pubblica opinione, nel mondo e anche in Italia, tale da imporre alle istituzioni e agli organismi internazionali l'obbligo di individuare risposte e azioni di contrasto concrete ed efficaci. Obiettivi, questi, che, però, non è agevole conseguire. Mancando, infatti, una definizione, anche giuridica, del concetto di femminicidio, la ricognizione dei dati e delle informazioni nonché l'analisi dei medesimi finiscono per risultare alquanto problematiche e ambigue. A scopo statistico, dunque, il parametro usato per la misurazione è la relazione tra la vittima dell'omicidio e il suo autore. Tale scelta, condivisa anche a livello internazionale, ha portato gli esperti[11] a riconoscere il femminicidio come un "omicidio di una donna compiuto nell'ambito familiare, ovvero dal partner, da un ex partner, o da un parente". Secondo tale criterio, risulta che, dei 149 omicidi volontari di donne avvenuti in Italia nel 2016, quasi 3 su 4 sono stati commessi nell'ambito familiare: 59 donne sono state uccise dal partner, 17 da un *ex* partner e altre 33 da un parente[12].

Non si conoscono, invece, statistiche che diano conto del numero degli orfani di questi femminicidi(13); si tratta quindi, di stime che si possono ipotizzare sulla base del numero delle donne uccise, verificando se avevano figli e, se si, quanti. Informazioni queste che è possibile apprendere, ad esempio, dalle già menzionate statistiche Istat, dalle notizie di cronaca giornalistica o dai rapporti dei centri antiviolenza, ai quali le madri, prima di essere uccise, si siano, eventualmente, rivolte per gli abusi e/o i maltrattamenti subiti in precedenza. Cosa, questa, del resto, molto frequente; è noto, infatti, che molte donne uccise avevano denunciato la violenza subita ma gli interventi sono stati intempestivi o inadeguati oppure non sono stati affatto attivati[14].

Dobbiamo, allora, chiederci che ne è di questi orfani, che si ritrovano con una madre uccisa e un padre assassino e/o suicida.

Gli studi dimostrano come già vivere una situazione di violenza domestica rappresenti per i bambini un fattore di rischio molto elevato di sviluppare, anche nel lungo periodo, problemi comportamentali e psicologici con importante compromissione del loro benessere psico-fisico, esattamente come le vittime di maltrattamento diretto[15]. E se è vero che la situazione di violenza domestica può alterare gli equilibri nelle relazioni genitori - figli, talora anche in forma molto grave, tuttavia, nella maggior parte di questi casi, almeno un genitore, più frequentemente la madre, resta, ed è in grado, per lo più, di assumersi la responsabilità dei figli. Per gli "orfani speciali", invece, questo non avviene, venendo essi a perdere, contemporaneamente, entrambe le figure di riferimento, quella della madre, uccisa, e quella del padre, o suicida o detenuto in carcere: una condizione che genera "un trauma nel trauma"[16]. L'omicidio della madre provoca, dunque, una trasformazione radicale della vita dei figli,

specialmente se minori, scardinando l'assetto affettivo e relazionale preesistente e generando nodi e criticità, estremamente complessi, di natura materiale, emotiva, sociale e giudiziaria, nella sfera personale e nell'ambiente familiare, disgregato e perduto per sempre[17]. La loro sarà una vita connotata da dislocazione e insicurezza, rispetto a dove e con chi vivranno, e da stigma sociale e conflitti identitari, *in primis*, per coloro che si troveranno nella duplice posizione di essere, al contempo, figli della vittima e figli dell'autore[18].

Da qui la necessità che siano le Istituzioni a farsi carico di questi orfani dimenticati e delle loro vite, attraverso scelte politiche di protezione e supporto: la legge in commento è la prima risposta mirata e specifica in materia del Parlamento italiano, e, per quanto migliorabile e perfettibile, essa ha, comunque, il pregio di avere acceso i riflettori sulla crudezza di una realtà sommersa e in parte ancora sconosciuta.

La L. 11 gennaio 2018, n. 4 e gli obblighi sovranazionali

Il provvedimento legislativo in esame è stato approvato dal Parlamento all'unanimità l'11 gennaio 2018 ed è in vigore dal 16 febbraio 2018.

Esso va a colmare una insufficienza normativa, ormai incompatibile con gli impegni assunti dal nostro Paese a livello sovranazionale. Tra essi, quello previsto dalla Convenzione di Istanbul di adottare "misure legislative e di ogni altro tipo necessarie per garantire che siano debitamente presi in considerazione, nell'ambito dei servizi di protezione e di supporto alle vittime, i diritti e i bisogni dei bambini testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione", comprensivi anche delle consulenze psico-sociali adattate all'età dei bambini, che debbono essere effettuate considerando come primario l'interesse superiore del minore (cfr. commi 1 e 2, art. 26 "Protezione e supporto ai bambini testimoni di violenza").

Obiettivi di assistenza e protezione speciale per le donne vittime della violenza di genere e per i loro figli nonché di supporto e di servizi specifici per i minori che sono vittime dirette o indirette di reati sono contemplati anche dalla Dir. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, che l'Italia ha recepito con il D.Lgs. 15 dicembre 2015, n. 212. Giova ricordare, specificamente per quel che qui rileva, che il legislatore europeo impone agli Stati di adottare misure che abbiano a garantire alle vittime il diritto di accedere ai servizi di assistenza (artt. 8 e 9 della Direttiva), di effettuare una valutazione individuale delle medesime per individuare le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura esse trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale (art. 22.1. Direttiva). Inoltre, riconosce una tutela rinforzata, nell'ambito della valutazione individuale, alle vittime che hanno subito un notevole danno a causa della gravità del reato e a quelle che si trovano esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato (cfr. art. 22. 3. Direttiva). Va aggiunto, infine, che il sistema di protezione è ulteriormente intensificato per le persone particolarmente vulnerabili, tra le quali

sono indicate espressamente, oltre che le vittime della violenza di genere, proprio i minori, vittime dirette o indirette di reati, ai quali vanno assicurati un'assistenza psicologica a breve e lungo termine, un trattamento del trauma, consulenza legale, patrocinio legale e servizi specifici (considerando n. 38 Direttiva)[19].
Esortazioni puntuali agli Stati, affinché si facciano carico dei problemi psicologici e materiali dei minori che loro malgrado sono testimoni di episodi di violenza perpetrati all'interno delle loro famiglie e un invito ad elaborare misure che aiutino ad evitare la "vittimizzazione secondaria" sono contenuti anche in due atti della Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa: la Ris. 12 marzo 2010, n. 1714, *Children who witness domestic violence* e la Raccomandazione del 12 marzo 2010, n. 1905, *Children who witness domestic violence* nonché nelle Linee Guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010[20].

Obiettivi e contenuto della L. 11 gennaio 2018, n. 4

La legge in parola affonda, dunque, le sue radici nella normativa sovranazionale, più o meno recente, che ha determinato il legislatore interno ad intervenire in modo più articolato di quanto non avesse fin qui fatto, quando, con la L. n. 119 del 2013, introdusse all'art. 61, n. 11 *quinquies*, c.p., l'ipotesi della circostanza aggravante di "violenza assistita", con la quale è stato previsto un aggravamento della pena base fino ad un terzo per chi, nei delitti colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di Maltrattamenti contro familiari e conviventi, di cui all'art. 572 c.p., ha commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto (ovvero in danno di una persona in stato di gravidanza)[21], ma che nulla aveva predisposto per i minori vittime di femminicidio(22).
Questa volta, la visione sottesa al provvedimento è ad ampio spettro e lo sguardo del legislatore attento a cogliere i molteplici aspetti che caratterizzano queste drammatiche storie, secondo una visione multidisciplinare che è la sola in grado di offrire risposte adeguate ed efficaci. Lo confermano i vari piani di intervento e i presidi di diversa natura introdotti, rivolti, a seconda dell'obiettivo perseguito, a figli minori ma anche a figli maggiorenni.

Le modifiche al codice penale e al codice di procedura penale

La novella ha operato modifiche e/o integrazioni legislative, *in primis*, sul versante penalistico e processual penalistico.

Patrocinio gratuito - L'art. 1 della legge aggiunge al testo dell'art. 76 del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il comma 4 *quater*, in forza del quale "i figli minori e i figli maggiorenni economicamente non autosufficienti rimasti orfani di un genitore a seguito di omicidio commesso in danno dello stesso genitore dal coniuge, anche legalmente separato o divorziato, dall'altra parte dell'unione civile, anche se l'unione civile è cessata, o dalla persona che è o è stata legata da relazione affettiva e stabile convivenza possono essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato, anche in deroga ai limiti di reddito previsti"; la disposizione riguarda i limiti di reddito previsti per

poter accedere al procedimento penale, ma anche a tutti i procedimenti civili derivanti dal reato, compresi quelli di esecuzione forzata.

Questa disposizione, che contempla il diritto a una difesa gratuita, indipendentemente dalle soglie reddituali[23], rende decisamente concreta per le vittime in questione la percorribilità di tutto l'*iter* procedimentale, consentendo loro non solo di potersi avvalere della assistenza di un difensore, ma anche di poter ottenere gratuitamente le copie degli atti processuali o di potersi vedere anticipate dall'erario alcune spese, come quelle per i consulenti tecnici di parte o per eventuali incarichi dati a investigatori privati (cfr. art. 107 del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), nonché quelle relative all'attivazione dell'azione di risarcimento del danno nell'ambito del processo penale (art. 108 Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia).

Sequestro conservativo - Il legislatore è intervenuto anche in materia di Misure cautelari reali, prevedendo che, a garanzia del risarcimento dei danni civili, il P.M., quando accerta la presenza di figli della vittima di omicidio minorenni o maggiorenni economicamente non autosufficienti, in ogni stato e grado del procedimento, chiede il sequestro conservativo dei beni mobili o immobili dell'imputato o delle somme o cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne consente il pignoramento[24].

Provvisionale - In una prospettiva di ulteriore rafforzamento del sostegno economico, entra, poi, nel dettato normativo dell'art. 539 c.p.p.[25], una nuova disposizione, quella del comma 2 *bis*[26], che, anzitutto, consente al giudice del giudizio penale (per l'omicidio del genitore) di provvedere, anche d'ufficio, nei confronti dei figli minorenni e dei maggiorenni economicamente non autosufficienti, che si siano costituiti parte civile, all'assegnazione di una provvisionale in loro favore, quantificata in un importo non inferiore al 50% del danno presumibile, da liquidare in un separato giudizio civile. Inoltre, in deroga alla disciplina dell'art. 320 c.p.p., che riguardo alla "Esecuzione dei beni sequestrati" fissa come requisito per la conversione del sequestro conservativo in pignoramento la irrevocabilità della sentenza di condanna al pagamento di una pena pecuniaria ovvero l'esecutività della sentenza che condanna l'imputato e il responsabile civile al risarcimento del danno in favore della parte civile, permette che, laddove vi siano beni dell'imputato sottoposti a sequestro conservativo, il sequestro si converta in pignoramento già con la sentenza di condanna di primo grado, entro, comunque, i limiti della provvisionale accordata. Da ultimo, e sempre in relazione alla disciplina dei beni sottoposti a sequestro, contenuta nel primo periodo del comma 1 dell'art. 320 c.p.p., ora richiamata, va puntualizzato che essa resta ferma, "*fatto salvo quanto previsto dal comma 2* bis *dell'art. 539*" introdotto dalla novella[27].

Circostanze aggravanti art. 577 c.p. - Sempre nel campo penale, spicca, in particolare, l'innovazione apportata dall'art. 2 della legge all'assetto normativo delle circostanze aggravanti del reato di omicidio, di cui al comma 1, n. 1), e al comma 2 dell'art. 577 c.p.

La nuova disciplina comporta l'estensione della pena dell'ergastolo, prevista per i soli casi di omicidio dell'ascendente o del discendente, alle ipotesi di omicidio "contro il

coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente" nonché la riformulazione della trama normativa del comma 2 dell'art. 577 c.p., che sancisce la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni per le ipotesi di omicidio del coniuge divorziato e dell'altra parte dell'unione civile, ove questa sia cessata.

Con la prima innovazione, che, superfluo ribadirlo, è stata formulata proprio per reprimere con la pena più aspra le ipotesi di femminicidio, il legislatore ha tracciato una marcata inversione di rotta rispetto al dettato originario del codice penale, specificamente sotto due profili.

In primo luogo, ha posto coniuge e convivente *more uxorio* sullo stesso piano, mettendo fine a incertezze e conflittualità della prassi giurisprudenziale[28], e ha consolidato il percorso del riconoscimento penale delle unioni di fatto, assolutamente giustificata dalla necessità di garantire anche al convivente una tutela adeguata rispetto all'aggressione gravissima arrecata al bene della vita.

In secondo luogo, superando finalmente gli ultimi retaggi culturali di natura autoritaria e patriarcale ancora presenti del nostro codice penale in relazione alla concezione della famiglia[29], ha assimilato la posizione del partner (sia esso il coniuge, l'altra parte dell'unione civile o il convivente) a quella degli ascendenti e dei discendenti, attribuendogli dunque pari dignità e considerandolo, pertanto, meritevole di essere protetto con la medesima risposta sanzionatoria.

Inoltre, con una operazione di coerenza sistematica, dettata dal D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, e dall'art. 574 *ter* c.p., ha esteso lo stesso riconoscimento anche alle parti delle unioni civili[30].

Tuttavia, tale omogeneità sistematica, che equipara coniuge, convivente *more uxorio* e parte dell'unione civile, palesa un *deficit*che si coglie nella mancata menzione dell'*ex* partner convivente nella modifica apportata al 2 comma dell'art. 577 c.p. Una dimenticanza o una scelta intenzionale del legislatore?

Le altre misure

Se le novità che hanno fatto ingresso nel codice penale e in quello di procedura penale sono di portata decisamente significativa (alcune di esse, poi, non solo ai fini che qui interessano, ma pure per la valenza che riverberano in tutta l'orbita penale), particolarmente qualificanti sono anche le altre misure, che a queste si affiancano, e dalle quali affiora in modo ancor più incisivo il tratto dominante di questa legge, improntato ad una prospettiva olistica di tutela dei figli, specie di quelli minorenni, che, per le specifiche difficoltà di ordine psicologico e affettivo ma anche familiare ed esistenziale sopra accennate, risultano essere quelli maggiormente bisognosi di protezione.

Disciplina successoria - La prima serie di disposizioni attiene alla normativa successoria. In questo contesto si colloca, anzitutto, la previsione dell'art. 5 della L. n. 4/2018, che inserisce nel codice civile l'art. 463 *bis*, rubricato "*Sospensione della successione*". Esso statuisce la sospensione a succedere per l'autore del reato (il coniuge, anche legalmente separato, nonché la parte dell'unione civile indagati per l'omicidio

volontario o tentato nei confronti dell'altro coniuge o dell'altra parte dell'unione civile) fino al decreto di archiviazione o alla sentenza definitiva di proscioglimento. In questa ipotesi, occorrerà nominare un curatore, seguendo le regole imposte dall'art. 528 c.c. Se, poi, vi sarà condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., il responsabile è automaticamente[31] escluso dalla successione, come indegno, *ex* art. 463 c.c. (Casi di indegnità)[32].
A questo punto, il comma 2 dell'art. 5 completa il rinnovamento del quadro normativo relativo alla successione, con l'inserimento nel codice di procedura penale del nuovo art. 537 *bis*, che sancisce l'"Indegnità a succedere"[33]. La rimodulazione della disciplina evita, quindi, quello che, fino all'entrata in vigore della presente legge, si poteva verificare: un padre omicida, chiamato come erede della moglie (da lui uccisa), avrebbe potuto accettare l'eredità e, solo in forza di una sentenza che lo avesse dichiarato indegno, avrebbe dovuto restituire quanto acquisito, con la possibilità di pretendere il rimborso delle spese e delle passività eventualmente pagate nonché un'indennità per le migliorie apportate[34].
L'indegnità del genitore, in base all'art. 16 della nuova legge, consente, poi, il "*Cambio del cognome per gli orfani di crimini domestici*". I figli[35] della vittima dell'omicidio di cui all'art. 575, aggravato ai sensi dell'art. 577, comma 1, n. 1), e comma 2, c.p., possono, infatti, chiedere la modificazione del proprio cognome, ove coincidente con quello del genitore condannato in via definitiva[36].
Quota di riserva - Con l'art. 6, "Diritto alla quota di riserva in favore di figli orfani di crimini domestici", il legislatore interviene nel comparto del lavoro, dove, effettuando un ampliamento della sfera di operatività della norma di cui all'art. 18, comma 2[37], L. 12 marzo 1999, n. 68[38], riconosce anche a questi orfani il diritto a vedersi riservato un posto di lavoro, in base a una quota prestabilita, in taluni specifici contesti lavorativi.
Pensione di reversibilità - Secondo una scelta di equità, del tutto condivisibile, l'art. 7, in tema di "Pensione di reversibilità", nel riformulare l'art. 1 della L. 27 luglio del 2011, n. 125, sospende dal diritto alla pensione di reversibilità o indiretta o all'indennità *una tantum* il coniuge, anche legalmente separato, separato con addebito o divorziato, quando sia titolare di assegno divorzile, nonché la parte dell'unione civile, anche se l'unione è cessata, quando la parte stessa sia titolare di assegno, per il quale sia stato chiesto il rinvio a giudizio per l'omicidio del partner (art. 1, comma 1 *bis*). Nel regime della legge previgente, un familiare superstite rinviato a giudizio per omicidio poteva chiedere e ottenere dagli enti previdenziali la pensione di reversibilità o indiretta o un'indennità *una tantum* della persona che aveva (presumibilmente) assassinato, per tutto il periodo dell'*iter* processuale, quindi, anche per molti anni, considerati i tempi della nostra giustizia, in quanto, la L. 27 luglio 2011, n. 125[39], stabiliva la perdita del diritto in caso di omicidio solo a seguito di sentenza definitiva passata in giudicato. Con l'integrazione del comma 1 *bis*, il legislatore anticipa, invece, al momento della richiesta del rinvio a giudizio gli effetti conseguenti alla sentenza di condanna. Durante il periodo di sospensione, e solo per esso, in sostanza fino alla conclusione del processo, ai sensi del nuovo comma 1 *ter*,

poi, la novella prevede che la titolarità di suddetto diritto venga attribuita ai figli minorenni o ai figli maggiorenni economicamente non autosufficienti, senza obbligo di restituzione.

Diritto di accesso ai servizi di assistenza - Le peculiarità dello stress che colpisce questi orfani richiede, per le ragioni dette, servizi assistenziali di altissima specializzazione.

Rapportarsi con un "orfano speciale" significa, infatti, rapportarsi con una persona, la cui dimensione affettiva, familiare e relazionale risulta completamente stravolta e l'elaborazione del lutto è estremamente complessa, in particolare quando egli abbia assistito all'omicidio della madre (che, come sappiamo, è l'ipotesi di gran lunga più ricorrente). La sua posizione di testimone già delicata in un processo in cui egli sia vittima diretta o indiretta di "mere" violenze familiari diventa delicatissima quando egli sia sentito in giudizio in qualità di figlio dell'assassino della propria madre[40]. Ecco, allora, che la presenza in queste vicende di operatori dotati di una formazione adeguata e specifica è imprescindibile al fine di valutare correttamente quali siano le scelte più opportune e le misure più incisive da intraprendere per contenere i danni devastanti già in atto e per evitarne altri potenziali.

Tale profilo rappresenta, pertanto, il fulcro del sistema di sostegno offerto ai figli orfani. Di esso dovranno essere artefici Stato, regioni e autonomie locali, ciascuno in relazione alle proprie attribuzioni. In attuazione dei già menzionati artt. 8 e 9 della Dir. 2012/29/UE, l'art. 8 della legge prevede, infatti, che tali Istituzioni possano promuovere e sviluppare *presidi e servizi, pubblici e gratuiti, di informazione e di orientamento in favore delle vittime*, tenendo conto delle necessità specifiche e dell'entità del danno subito nonché della loro eventuale condizione di particolare vulnerabilità. La gestione potrà essere affidata anche alle associazioni riconosciute operanti sul territorio. Al riguardo, per il lavoro di prossimità svolto da decenni con le vittime (donne e minori) delle violenze qui in esame e per la conseguente robusta competenza acquisita sul campo, riteniamo che, tra esse, un punto di riferimento nevralgico sia costituito dai Centri antiviolenza, ai quali, peraltro, la stessa Convenzione di Istanbul, all'art. 9, ha attribuito un ruolo di interlocuzione stabile e autorevole e di cooperazione con le Istituzioni[41].

Stato ed enti locali sono chiamati, inoltre, a *favorire sistemi assicurativi adeguati* in favore degli orfani per crimini domestici e a *predisporre misure di sostegno allo studio e di avviamento al lavoro*, tenendo in considerazione la disponibilità delle risorse finanziarie destinate a tale scopo dall'art. 11 della riforma, che estende il *Fondo di rotazione per la solidarietà* alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive, dell'usura e dei reati intenzionali violenti anche agli orfani per crimini domestici. Anche in rapporto a questi ambiti la qualità professionale degli operatori sarà un indiscutibile valore aggiunto nell'attivare aiuti marcatamente personalizzati a bambini o adolescenti, sui quali l'impatto del lutto nella sfera psichica ed emozionale si ripercuote con conseguenze differenti, ma sempre destabilizzanti, sull'andamento scolastico o lavorativo[42].

In tema di superamento del trauma, un ruolo decisivo potrà svolgere la previsione dell'art. 9, "*Disposizioni in materia di assistenza medico-psicologica*". Essa introduce misure di sostegno medico-psicologico, che sono garantite gratuitamente ai figli minorenni e ai figli maggiorenni economicamente non autosufficienti, a cura del Servizio sanitario nazionale, per tutto il tempo necessario al pieno recupero dell'equilibrio psicologico; percorso, come sottolineato, tutt'altro che agevole[43].
Una cenno, anche se il problema è cruciale, merita l'incoraggiamento, contenuto nell'art. 8, n. 1, lett. e), alla *raccolta dei dati e al monitoraggio dell'applicazione che verrà fatta delle nuove norme*. Quello della raccolta dei dati sulla violenza di genere e su tutte le altre forme di violenze che attorno ad essa ruotano, come quella di cui ci stiamo occupando, è un nervo scoperto, si sa, del nostro ordinamento, per il quale da anni le organizzazioni internazionali ci richiamano e che la Convenzione di Istanbul (art. 11) esorta ad implementare; con l'evidente scopo di delineare, attraverso una indagine empirica, la dimensione reale dei fenomeni in questione e di studiarne a fondo cause ed effetti, frequenze e percentuali delle condanne ed efficacia delle strategie repressive, preventive e di supporto adottate. Un tema, questo, che è stato molto ricorrente anche nelle audizioni degli esperti che sono stati ascoltati durante i lavori parlamentari della Commissione di inchiesta sul femminicidio e che è stato posto come obiettivo primario nella relazione finale della Commissione stessa che proprio di recente ha completato la sua attività.
Nodo particolarmente doloroso e spinoso, come si è detto, è quello dall'affidamento dei bambini che hanno perso entrambi i genitori[44]. Di fronte alla scomparsa dei riferimenti affettivi più significativi per la vita di un minore e all'annientamento del loro assetto familiare precedente, si rende necessario individuare una nuova collocazione adeguata a questa mutata realtà. In ordine a queste problematiche, se il trauma può essere parimenti devastante sul piano psicologico, tanto per i figli minorenni quanto per i figli maggiorenni, è solo per i primi, però, che si profila la necessità di operare delle scelte in materia di responsabilità genitoriale, di nomina di un tutore, di affidamento o, persino, di adozione.
Ferme restando le regole del codice civile che disciplinano gli istituti in questione, si può osservare che l'art. 10 introduce l'istituto specifico dell'"*Affidamento dei minori orfani per crimini domestici*", oggetto del nuovo comma 5 - *quinquies*, inserito nell'art. 4 della L. 4 maggio 1983, n. 184[45]. In continuità con l'indirizzo già espresso dal legislatore in riforme precedenti, è previsto che il tribunale competente decide quale debba essere il nuovo nucleo familiare, "privilegiando la continuità delle relazioni affettive consolidatesi tra il minore stesso e i parenti fino al terzo grado" e, se vi sono fratelli o sorelle, provvede "assicurando, per quanto possibile, la continuità affettiva tra gli stessi". Nel successivo comma 5 *sexies*, poi, viene rimarcato l'impegno a cui sono chiamati i servizi sociali che, su segnalazione del tribunale competente, assicurano agli orfani minorenni "un adeguato sostegno psicologico e l'accesso alle misure di sostegno volte a garantire il diritto allo studio e l'inserimento nell'attività lavorativa"[46].

Per quanto riguarda l'istituto della *responsabilità genitoriale*, la drammatica e complicata situazione in cui vengono a trovarsi questi bambini orfani richiede qualche ulteriore, per quanto sintetica, puntualizzazione. Il genitore che si sia reso responsabile dell'omicidio dell'altro genitore non decade automaticamente dalla titolarità della responsabilità genitoriale. Ai sensi dell'art. 34 del codice penale è, infatti, la legge che determina i casi nei quali la condanna importa la pena accessoria della decadenza e l'avere ucciso l'altro genitore del proprio figlio non è tra i casi espressamente previsti. Solo se il genitore sarà condannato all'ergastolo, *ex* art. 32 c.p., opererà nei suoi confronti la decadenza. Tuttavia, se il genitore omicida è detenuto in carcere, egli si trova, di fatto, nella impossibilità di esercitare la responsabilità genitoriale e, dunque, la nomina di un tutore si renderà necessaria. A questo risultato si dovrebbe pervenire anche in forza di un'altra argomentazione. La legge prevede un controllo dell'ordinamento per verificare che la responsabilità genitoriale venga esercitata nel rispetto delle finalità per cui essa è stata attribuita e riconosce al giudice la possibilità di dichiarare la decadenza dalla responsabilità genitoriale "quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio" (art. 330 c.c.). Sul punto è utile rilevare che l'evoluzione interpretativa di tale disposto è approdata ad un concetto ampio di condotta pregiudizievole, quale requisito per la decadenza, ravvisandola ogniqualvolta al figlio venga arrecato un pregiudizio che rischi di inquinare il suo sereno processo formativo[47]. Ebbene, questa premessa ci porta ad affermare che, se è pur vero che tale requisito andrà valutato dal giudice caso per caso, non vi sembrano essere dubbi che chi uccide la madre dei propri figli compromette irreversibilmente l'equilibrato e il sereno sviluppo formativo cui ogni figlio ha diritto e quindi la sua condotta integra il presupposto per la dichiarazione della decadenza dalla potestà genitoriale da parte del giudice.
Infine, sempre in tema di pene accessorie, il legislatore, con l'art. 12, ne ha introdotta una nuova: la "*Decadenza dall'assegnazione dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica per gli autori di delitti di violenza domestica*". Essa ha una sfera d'azione che va ben oltre le ipotesi di omicidio, prevedendo che, in caso di condanna, anche non definitiva, o di patteggiamento, per una gamma molto ampia di reati, consumati o tentati, come l'incesto, i maltrattamenti, le lesioni, il sequestro di persona e i reati in materia di violenza sessuale, quando siano realizzati nell'ambito della famiglia, del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio, da unione civile o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto della coabitazione, anche in passato, con la vittima, il condannato assegnatario di un alloggio di edilizia residenziale pubblica decade dalla relativa assegnazione, mentre non perdono il diritto di abitazione, subentrando nella titolarità del contratto, le altre persone conviventi[48].

Riflessione conclusiva

Chiudiamo questa rassegna con una breve considerazione: con la L. n. 4 del 2018 il nostro Paese fa un apprezzabile passo in avanti nell'affrontare il problema degli orfani "speciali" sia dal punto di vista culturale, esprimendo una visione chiara e consapevole

della complessità che caratterizza queste vicende, sia dal punto di vista politico e legislativo, attraverso la predisposizione di forme di intervento non sporadiche ed occasionali, ma calate in un'ottica integrata e organica e di dialogo tra le varie istituzioni, associazioni ed agenzie in campo. Sarà, però, su un terzo fronte, quello operativo, che si potrà misurare la bontà di queste scelte. L'auspicio è che la coralità che ha sostenuto questo provvedimento nella fase della sua approvazione, abbia a replicarsi con convinzione anche nella sua dimensione applicativa, con il contributo di tutti coloro che sono stati chiamati a svolgere la loro parte.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Così li ha efficacemente chiamati A.C. Baldry, *Orfani speciali. Chi sono, dove sono, con chi sono. Conseguenze psico-sociali su figlie e figli del femminicidio*, Milano, 2017.

(2) Alludiamo al progetto europeo *Switch-off*. V. *Linee guida d'intervento per gli* special orphans, a cura di C. Baldry - V. Cinquegrana, reperibile in *http://www.switch-off.eu/*.

(3) Sul sito *http://www.lastampa.it/2016/09/28/italia/cronache/voi-non-lo-immaginate-ma-questa-la-vita-che-fanno-gli-orfani-di-femminicidio*, si può leggere la testimonianza di una coppia di zii, affidatari di due minori travolti da questa durissima realtà, che hanno partecipato al Convegno, tenutosi il 21 settembre 2017, alla Camera dei Deputati per la presentazione del Progetto europeo *Switch-off*, i quali raccontano la fatica immane della quotidianità, che accomuna la famiglia affidataria e i minori affidati. Essi fanno luce, con la loro narrazione, sul triplice dramma che questi bambini vivono: il dramma degli orfani, il dramma della guerra, il dramma del terremoto. Il primo perché perdono i genitori in un modo unico e terribile; il secondo perché vedono la guerra a casa loro: spari, urla, sangue e morte; il terzo perché perdono la loro casa, le loro cose, i loro giochi, per sempre; nulla esiste più, solo distruzione.

(4) Così P. Romito, *I servizi sanitari di fronte alle donne vittime di violenza: cogliere l'opportunità, rispondere ai bisogni*, in *Introduzione all'edizione italiana* di *Come rispondere alla violenza del partner e alla violenza sessuale contro le donne. Orientamenti e linee - guida cliniche dell'OMS*, Roma, 2013, XI. Sulle conseguenze dirette e indirette in cui la violenza si estrinseca, sulla dimensione fisica e/o psicologica che essa può riguardare nonché sulle sue ricadute di breve e lungo periodo, v. P. Romito - M.G. Apollonio, *Violenza e salute delle donne*, in P. Romito - N. Folla - M. Melato (a cura di), *La violenzasulle donne e sui minori. Una guida per chi lavora sul campo*, Nuova ediz., Roma, 2017, 163-167.

(5) Come è noto, la Convenzione è stata adottata dal Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011 ed è stata aperta alla firma degli Stati membri in occasione della sessione del Comitato dei Ministri che si è tenuta a Istanbul il 10-11 maggio, 2011; è stata ratificata dall'Italia con la L. 27 giugno 2013, n. 77, ed è entrata in vigore il 1° agosto 2014.

(6) Nel panorama italiano, v., in particolare, P. Romito, *La violenza di genere su donne e minori. Un'introduzione*.Nuova edizione riveduta e ampliata, Milano,

2011, *passim*; *Ead.*, *Un silenzio assordante. La violenza occultata su donnee minori*, Milano, 2005, *passim* e la bibliografia straniera ivi riportata; M.G. Apollonio, *Testimoni invisibili. I bambini vittime di violenza assistita*, in *La Rivista del Lavoro sociale*, 2017, 17, 3, 10-15; Ead., *Il coinvolgimento dei minori - figli e figlie - nella violenza contro le donne. La violenza assistita*, in *La violenza sulle donne e sui minori*, cit., 139-141. Cfr. anche i dati della ricerca dell'ISTAT del 2015, *La violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia. Anno 2014*, in *https://www.istat.it/it/archivio/161716*.

(7) I Lavori parlamentari, compresa la relazione finale della presidente, senatrice Francesca Puglisi, presentata nella seduta n. 39 del 6 febbraio 2018, si possono leggere in *https://www.senato.it/*. Tra i documenti delle audizioni, cfr. quello del CISMAI (Coordinamento Italiano Servizi Maltrattamento all'Infanzia), del 17 novembre 2017, in *cismai.it/wp-content/uploads/2017/12/Documento-Cismai-Senato.pdf.*, in particolare, 8 ss.
Si veda anche il Rapporto del Ministero della Giustizia, *Inchiesta con analisi statistica sul femminicidio in Italia*, a cura di F. Bartolomeo, in *https://webstat.giustizia.it/*.

(8) Nell'ampio panorama della letteratura italiana in argomento, rinviamo, tra gli altri, a E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Napoli, 2017; B. Spinelli, *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milano, 2013; O. Di Giovine *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, in *www.archiviopenale.it/multiculturalismo-e-violenza-contro-le-donne/articoli/15318*; *Ead.*, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il "dilemma del femminismo" è anche il "dilemma del diritto penale")*, in *ww.archiviopenale.it*, 2017; C. Pecorella, *Sicurezza* vs *libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 ottobre 2016; A. Merli, *Violenzadi genere e femminicidio*, Napoli, 2015; M. Agliastro, *La violenza sulle donne nel quadro della violazione dei diritti umani e della protezione del testimone vulnerabile*, Ariccia, 2014; F. Macrì, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1, 12-18; P. Pittaro, *La legge sul femminicidio: le disposizioni penali di una complessa normativa*, in questa *Rivista*, 2014, 7, 715-725.

(9) Nel nostro ordinamento, per reprimere più severamente questo crimine, il legislatore è intervenuto, con due provvedimenti normativi, la L. 23 aprile 2009, n. 38, e la L. 1° ottobre 2012, n. 172, che hanno modificato l'art. 576, comma 1, nn. 5) e 5.1), contemplando come circostanza aggravante, punita con la pena dell'ergastolo, l'omicidio realizzato in occasione della commissione dei delitti di Maltrattamenti contro familiari e conviventi, Prostituzione minorile, Pornografia minorile, Violenza sessuale, Violenza sessuale aggravata, Atti sessuali con minorenne, Violenza sessuale di gruppo e Atti persecutori. Molti di questi reati, come l'esperienza insegna, assai frequentemente si realizzano nei contesti delle relazioni intime e familiari e quasi sempre sono il preludio al peggio.

L'omicidio commesso contro il coniuge, invece, era punito con la pena della reclusione da ventiquattro a trenta anni, *ex* art. 577, comma 2, c.p.; ma di questo diremo più avanti.

(10) Per la quale si rinvia alle audizioni della "Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio nonché su ogni forma di violenza di genere", in *https://www.senato.it/*.

(11) Ci riferiamo alla posizione espressa nel maggio del 2017 dal gruppo di esperti, cui l'Istat partecipa e di cui si avvale, l'UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), per la definizione e l'implementazione della Classificazione Internazionale dei reati (ICCS - *International Classification of Crime for Statistical Purposes*), rinvenibile in *www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2017/May/femicide-watch-platform-prototype-launched-at-2017-un-crime-commission.html.*

(12) I risultati sono quelli presentati dal Presidente dell'Istituto nazionale di Statistica (ISTAT), Giorgio Alleva, il 27 settembre 2017, durante l'Audizione presso la "Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio nonché su ogni forma di violenza di genere", come si può leggere in *https://www.senato.it/*, su elaborazione dei dati del Ministero dell'Interno.
Cfr. anche il Rapporto "I femicidi in Italia", curato dal Gruppo di Lavoro sui femicidi della "Casa delle donne per non subire violenza" di Bologna, che dal 2005 fa una ricognizione annuale dei dati raccolti sulla stampa nazionale e locale. Per prenderne visione, cfr. *https://femicidiocasadonne.wordpress.com/ricerche-pubblicazioni/*. Secondo questo rapporto il numero delle donne uccise nel 2016 è pari a 121; un dato che diverge da quello del Ministero dell'Interno, elaborato dall'Istat, perché, a parere delle redattrici del gruppo di lavoro di Bologna, i dati del Ministero riferiscono di 149 donne uccise, di cui si considerano 111 femminicidi, ma facendo riferimento esclusivamente ai femminicidi nell'ambito delle relazioni familiari. Molto utile anche una esplorazione di: *http://www.stopfemminicidio.it/stats_relazione.html.*

(13) Una stima, invero, si può ricavare dalla relazione tecnica svolta dal Ministero dell'economia e delle Finanze sulla legge in esame e presentata il 27 settembre 2017, reperibile in *senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/48515.htm.* In rapporto alle Disposizioni in materia di assistenza medico-psicologica, si afferma che, da uno studio effettuato da una associazione privata che svolge la propria attività nell'ambito del diritto di famiglia, con l'intento di fornire un supporto alle vittime di reati che riguardano, più o meno direttamente, la sfera familiare o quella affettiva, risulta che dal 2000 al 2015 i figli rimasti orfani per femminicidi sono 1628, di cui la maggior parte minorenni, ed 84 nell'anno 2016. Della popolazione complessiva di 1.712 soggetti, il 60%sarebbe costituito da minorenni e il 40% da maggiorenni. Non vengono considerati i figli rimasti orfani prima del 2000, sia per mancanza di dati, sia per il troppo tempo trascorso che potrebbe rendere non più necessaria l'assistenza prevista dalla legge.

(14) Per quanto concerne l'aspetto del ritardo e della inadeguata competenza delle autorità italiane in relazione a vicende di violenza domestica e di genere, ricordiamo

che l'Italia è stata condannata dalla Cedu, con la sent. Sez. I, 2 marzo 2017, n. 41237/14, ric. Talpis c. Italia. Per un commento della pronuncia, cfr. N. Folla, *Violenza domestica e di genere: la Corte EDU, per la prima volta, condanna l'Italia*, in questa *Rivista*, 2017, 7, 626-635.

(15) Si veda M. G. Apollonio, *Il coinvolgimento dei minori - figli e figlie - nella violenza contro le donne. La violenzaassistita*, in *La violenza sulle donne e sui minori*, cit., 140. *Ead.*, *Testimoni invisibili*, cit., 10. Cfr. anche il Documento del CISMAI (Coordinamento Italiano Servizi Maltrattamento all'Infanzia), Requisiti minimi degli interventi nei casi di violenza assistita da maltrattamento sulle madri, 23 giugno 2017, in *cismai.it/requisiti-minimi-degli-interventi-nei-casi-di-violenza-assistita/*, dove si fa presente che la violenza sulle donne può mettere a rischio, a partire dalle prime fasi della gravidanza, la salute psico-fisica e la vita stessa, sia delle madri che dei figli e che il "coinvolgimento dei bambini nella violenza domestica può avvenire non solo durante la convivenza dei genitori, ma anche nella fase di separazione e dopo la separazione stessa. Queste ultime due fasi sono particolarmente a rischio per il coinvolgimento dei figli da parte del padre/partner violento, il quale può utilizzare i bambini come strumento per reiterare i maltrattamenti sulla madre e per continuare a controllarla. Inoltre in queste fasi aumenta il rischio di escalation della violenza e la possibilità di un esito letale (omicidio della madre, omicidi plurimi, omicidio-suicidio)".

(16) Come sottolinea A.C. Baldry, *op. cit.*, 44.

(17) Afferma ancora A.C. Baldry, *op. cit.*, 43, che "Quando la morte è conseguenza di un omicidio commesso da una persona con cui si aveva un forte legame di attaccamento [...], l'intensità del trauma rischia di aggravare il quadro clinico", come accade nei casi in cui il bambino o l'adolescente è testimone dell'omicidio di un genitore (di solito la madre) ad opera dell'altro genitore (solitamente il padre). Cfr. anche *Linee Guida d'intervento per gli* special orphan, cit., 6-8.

(18) Si osserva in *Linee Guida d'intervento per gli* special orphan, cit., 8, come "Le insidie di questa duplice posizione si rivelano sia nella propria identità, che negli aspetti che riguardano i percorsi giudiziari quando l'orfano è chiamato a testimoniare circa l'accaduto. Se, malgrado la sua testimonianza, per esempio, vi è un'assoluzione o una derubricazione del reato, il bambino si può sentire traditore nei confronti della madre. Se la testimonianza, nel vissuto del bambino, poi porta all'incarcerazione del padre, l'orfano può sentirsi responsabile e colpevole del fatto che il padre dovrà trascorrere anni, o anche il resto della vita, in carcere.

(19) Ricordiamo che il D.Lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 ha introdotto nel nostro codice di procedura penale l'art. 90 *quater*, il quale definisce la categoria di "*Condizione di particolare vulnerabilità*": "Agli effetti della disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto 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".

(20) Sulle strategie finalizzate a porre fine a tutte le violenze contro i minori entro il 2030, cfr. *www.coe.int/children*.

(21) Precisiamo che, in relazione al delitto di Maltrattamenti contro familiari e conviventi di cui all'art. 572 c.p., la categoria della violenza assistita veniva già di fatto riconosciuta nella prassi giurisprudenziale; si veda, tra le altre, Cass. Pen., Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41142, C., in *Cass. pen.*, 2012, 3, 1012. Sul tema, ci permettiamo di rinviare a N. Folla, *Le leggi per il contrasto della violenza su donne e minori: in teoria e in pratica*, in *La violenza sulle donne e sui minori. Una guida per chi lavora sul campo*, cit., 24. V., inoltre, F. Roia, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi, buone pratiche*, Milano, 2017, 60-61.

(22) Il CISMAI (Coordinamento Italiano Servizi Maltrattamento all'Infanzia), *Requisiti minimi degli interventi nei casi di violenza assistita da maltrattamento sulle madri*, 23 giugno 2017, in *cismai.it/requisiti-minimi-degli-interventi-nei-casi-di-violenza-assistita/*, ha riformulato di recente la definizione di "Violenza assistita", inserendovi anche il riferimento agli orfani di femminicidio: "Per violenza assistita intrafamiliare si intende l'esperire da parte della/del bambina/o e adolescente qualsiasi forma di maltrattamento compiuto attraverso atti di violenza fisica, verbale, psicologica, sessuale, economica e atti persecutori (c.d. stalking) su figure di riferimento o su altre figure affettivamente significative, adulte o minorenni. Di particolare gravità è la condizione degli orfani denominati speciali, vittime di violenza assistita da omicidio, omicidi plurimi, omicidio - suicidio. Il/la bambino/a o l'adolescente può farne esperienza direttamente (quando la violenza/omicidio avviene nel suo campo percettivo), indirettamente (quando il/la minorenne è o viene a conoscenza della violenza/omicidio), e/o percependone gli effetti acuti e cronici, fisici e psicologici. La violenza assistita include l'assistere a violenze di minorenni su altri minorenni e/o su altri membri della famiglia e ad abbandoni e maltrattamenti ai danni degli animali domestici e da allevamento".

(23) Cfr. art. 77, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, "Adeguamento dei limiti di reddito per l'ammissione".

(24) È il contenuto del nuovo comma 1 *bis*, aggiunto, per effetto dell'art. 3 (Sequestro conservativo) della L. n. 4/2018, nell'art. 316 c.p.p., relativo a "Presupposti ed effetti del provvedimento" concernenti, appunto, il Sequestro conservativo.

(25) L'art. 539 c.p.p. è rubricato "*Condanna generica ai danni e provvisionale*".

(26) Introdotta dall'art. 4, intitolato "Provvisionale", della L. 11 gennaio 2018, n. 4.

(27) Il comma 2 dell'art. 4 della legge in commento, infatti, aggiunge, alla fine del primo periodo del comma 1 dell'art. 320 c.p.p., la locuzione riportata nel testo: "*fatto salvo quanto previsto dal comma 2* - bis *dell'articolo 539*".

(28) Sulle aperture della giurisprudenza in ordine alla preoccupazione di tutelare dalle violenze domestiche anche le persone conviventi di fatto, ci sia consentito richiamare N. Folla, *Maltrattamenti contro familiari e conviventi*, in P. Pittaro (a cura di), *Reato e danno. Fattispecie criminose e ipotesi risarcitorie*, in P. Cendon (a cura di), *Trattati*, Milano, 2014, 257. Sull'orientamento della Corte costituzionale in merito alla difesa della famiglia legittima nella dimensione penale, cfr. Corte cost. 20 aprile 2004, n. 121, con commento di P. Pittaro, *Il convivente* more uxorio *non può considerarsi prossimo congiunto ai fini della non punibilità del favoreggiamento personale*, in questa *Rivista*, 2004, 329 ss. In senso contrario al consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, v. Cass., Sez. II, 21-30 aprile 2015 (dep. 4 agosto 2015), n. 34147, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2015, con commento di L. Prudenzano, *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co. 1 c.p., ai conviventi* more uxorio. Per una ampia riflessione sulla prospettiva costituzionale circa le questioni di illegittimità costituzionale degli artt. 384, primo comma, c.p. e 649, c.p. in riferimento all'art. 3, nella parte in cui non prevedono l'applicazione anche nei confronti del convivente, cfr. R. Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1617 ss. Per una attenta ricognizione della giurisprudenza sulla questione, v. P. Pittaro, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in questa *Rivista*, 2010, 933-943.

(29) In argomento, v. la puntuale ricostruzione critica di S. Riondato, in *Cornici di "famiglia" nel diritto penale italiano*, Padova, 2014, 92 ss.; Id., *Introduzione a "famiglia" nel diritto penale italiano*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, IV, *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, II ed., Milano, 2011, 3-93; nonché M. Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 572 ss. Sul rapporto tra violenza nei rapporti parentali e familiari e violenza di genere nel sistema penale italiano, v. M. Bertolino, *Violenza e famiglia: attualità di un fenomeno antico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1710 ss.

(30) Il D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, reca "*Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*"; quest'ultima, conosciuta come legge Cirinnà, ha istituito le unioni civili tra persone dello stesso sesso e ha disciplinato le convivenze di fatto. L'art. 574 *ter* c.p., introdotto dal D.Lgs. n. 6 del 2017, "*Costituzione di un'unione civile agli effetti della legge penale*", al primo comma, afferma "Agli effetti della legge penale il termine matrimonio si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso" e, al secondo comma, " Quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato essa si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso".

(31) Secondo la disciplina anteriore alla riforma, i figli e i familiari della vittima erano costretti ad intentare, e a vincere, una causa civile contro il coniuge omicida per escluderlo dall'eredità.

(32) In forza del secondo comma del nuovo art. 463 *bis* c.c. tale disciplina, contenuta nel primo comma, si applica anche nei casi di persona indagata per l'omicidio volontario o tentato nei confronti di uno o entrambi i genitori, del fratello o della sorella.

(33) Il nuovo art. 537 *bis* c.p.p. recita: "*Quando pronuncia sentenza di condanna per uno dei fatti previsti dall'art. 463 del codice civile, il giudice dichiara l'indegnità dell'imputato a succedere*".

(34) Lo mette in evidenza C. Garlatti, *Aspetti legali*, in A, C. Baldry, *Orfani speciali*, cit., 90-91.

(35) Il figlio maggiorenne può presentare la domanda personalmente, il figlio minorenne, invece, per mezzo del tutore, previa autorizzazione del giudice tutelare (cfr. art. 13, comma 2, L. n. 4/2018).

(36) L'opzione di sostituire il cognome paterno con quello materno può, forse, in taluni casi, aiutare gli orfani a superare il peso insostenibile della vergogna e dell'imbarazzo per quanto accaduto, come emerge da alcune delle storie raccolte nella ricerca di *Switch-off*, e che si possono leggere in A. C. Baldry, *op. cit.*, 61.

(37) Questo il testo dell'art. 18 "Disposizioni transitorie e finali": "In attesa di una disciplina organica del diritto al lavoro degli orfani e dei coniugi superstiti di coloro che siano deceduti per causa di lavoro, di guerra o di servizio, ovvero in conseguenza dell'aggravarsi dell'invalidità riportata per tali cause, nonché dei coniugi e dei figli di soggetti riconosciuti grandi invalidi per causa di guerra, di servizio e di lavoro e dei profughi italiani rimpatriati, il cui status è riconosciuto ai sensi della legge 26 dicembre 1981, n. 763, è attribuita in favore di tali soggetti una quota di riserva, sul numero di dipendenti dei datori di lavoro pubblici e privati che occupano più' di cinquanta dipendenti, pari a un punto percentuale e determinata secondo la disciplina di cui all'articolo 3, commi 3, 4 e 6, e all'articolo 4, commi 1, 2 e 3, della presente legge. La predetta quota è pari ad un'unità per i datori di lavoro, pubblici e privati, che occupano da cinquantuno a centocinquanta dipendenti. Le assunzioni sono effettuate con le modalità di cui all'articolo 7, comma 1. Il regolamento di cui all'articolo 20 stabilisce le relative norme di attuazione".

(38) Recante: "Norme per il diritto al lavoro dei disabili".

(39) La legge disciplina l'"*Esclusione dei familiari superstiti condannati per omicidi del pensionato o dell'iscritto a un ente di previdenza dal diritto alla pensione di reversibilità o indiretta*".

(40) Per un approfondimento delle teorie scientifiche più aggiornate sul tema e sulle buone pratiche e gli errori da evitare in questi contesti, si veda M. Crisma (a cura di), *I bambini vittime di abuso. La consulenza tecnica psicologica*, Roma, 2017, *passim*.

(41) Il riconoscimento ai centri antiviolenza di elemento cruciale dei sistemi integrati di *governance* territoriale locale e delle relative reti è confermato anche dal "*Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2017-2020*", 27, che si può consultare in *www.pariopportunita.gov.it/media/3394/testo-piano-diramato-conferenza.pdf.*

(42) Per un approfondimento di questi aspetti, v. A.C. Baldry, *op. cit.*, 61 - 62.

(43) Sul difficile percorso di cura degli esiti post-traumatici per i minori vittime di violenza assistita, v. M.G., Apollonio, *Testimoni invisibili*, cit., 14.

(44) Le vicende più frequenti, come si è detto, raccontano di bambini orfani di madre, con il padre in carcere, o di bambini orfani di entrambi i genitori a seguito di omicidio-suicidio; quindi, in entrambe le ipotesi, essi si ritrovano privi dei riferimenti genitoriali.

(45) Precisiamo che la legge del 1983, il cui titolo, a seguito della riforma apportata dall'art. 1, L. 28 marzo 2001, n. 149, è "*Diritto del minore ad una famiglia*" è stata successivamente rimodulata dalla L. 19 ottobre 2015, n. 173 "*Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184 sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*".

(46) È bene rimarcare che solo specialisti altamente qualificati e di comprovata esperienza in tema di aiuto a donne e minori vittime di violenza diretta o assistita saranno in grado di offrire risposte appropriate e all'altezza delle aspettative.

(47) È di questa opinione, A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, V ed., Bologna, 2014, 220-221.

(48) L'art. 12 indica esattamente i reati di cui ai seguenti articoli del codice penale: 564, 572, 578, 582, 583, 584, 605, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quinquies*, 609 *sexies* e 609 *octies*. La presenza dell'art. 609 *sexies* c.p. nel catalogo dei reati riteniamo sia una svista, atteso che esso disciplina l'"*Ignoranza dell'età della persona offesa*" riferita ai reati in materia di violenza sessuale.

OMICIDIO STRADALE

c.p. art. 589-bis. Omicidio stradale [1]**.**

Chiunque cagioni per colpa la morte di una persona con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale è punito con la reclusione da due a sette anni.

Chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi rispettivamente degli articoli 186, comma 2, lettera c), e 187 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, cagioni per colpa la morte di una persona, è punito con la reclusione da otto a dodici anni . [c.p. 590-quater]

La stessa pena si applica al conducente di un veicolo a motore di cui all'articolo 186-bis, comma 1, lettere b), c) e d), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, il quale, in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera b), del

medesimo decreto legislativo n. 285 del 1992, cagioni per colpa la morte di una persona [c.p. 590-quater] .

Salvo quanto previsto dal terzo comma, chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera b), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, cagioni per colpa la morte di una persona, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni [c.p. 590-quater] .

La pena di cui al comma precedente si applica altresì:

1) al conducente di un veicolo a motore che, procedendo in un centro urbano ad una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita e comunque non inferiore a 70 km/h, ovvero su strade extraurbane ad una velocità superiore di almeno 50 km/h rispetto a quella massima consentita, cagioni per colpa la morte di una persona;

2) al conducente di un veicolo a motore che, attraversando un'intersezione con il semaforo disposto al rosso ovvero circolando contromano, cagioni per colpa la morte di una persona;

3) al conducente di un veicolo a motore che, a seguito di manovra di inversione del senso di marcia in prossimità o in corrispondenza di intersezioni, curve o dossi o a seguito di sorpasso di un altro mezzo in corrispondenza di un attraversamento pedonale o di linea continua, cagioni per colpa la morte di una persona [c.p. 590-quater] .

Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti la pena è aumentata se il fatto è commesso da persona non munita di patente di guida o con patente sospesa o revocata, ovvero nel caso in cui il veicolo a motore sia di proprietà dell'autore del fatto e tale veicolo sia sprovvisto di assicurazione obbligatoria [c.p. 590-quater] .

Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole, la pena è diminuita fino alla metà.

Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, qualora il conducente cagioni la morte di più persone, ovvero la morte di una o più persone e lesioni a una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni diciotto [c.p. 589-ter; c.p.p. 359-bis] .

---

(1) Articolo inserito dall'art. 1, comma 1, L. 23 marzo 2016, n. 41, a decorrere dal 25 marzo 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 8, della medesima legge n. 41/2016. Per quanto concerne il raddoppio dei termini di prescrizione per i reati di cui al presente articolo vedi il sesto comma dell'art. 157 del codice penale.C

GIURISPRUDENZA

Cass. pen. Sez. Unite, 19/07/2018, n. 40986
P.F.

LEGGE PENALELEGGI, DECRETI E REGOLAMENTI

Efficacia della legge nel tempo e nello spazio
In tema di successione di leggi penali, nel caso in cui l'evento del reato intervenga nella vigenza di una legge penale più sfavorevole rispetto a quella in vigore al momento in cui è stata posta in essere la condotta, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta. (Nella specie la Corte ha annullato la sentenza di patteggiamento con cui era stata applicata la pena più severa introdotta dalla norma incriminatrice dell'omicidio stradale di cui all'art. 589 bis c.p., entrata in vigore medio tempore, prima della verificazione dell'evento lesivo).

FONTI

Dir. Pen. e Processo, 2019, 1, 65 nota di GAMBARDELLA

Cass. pen. Sez. IV, 13/06/2018, n. 41357
I.A.

CIRCOLAZIONE STRADALE Reati, in genere
L'art. 154 C.d.S. impone al conducente che intenda fare retromarcia di assicurarsi di poter effettuare la manovra senza creare pericolo o intralcio agli altri utenti della strada. Ciò posto, qualora il conducente si renda conto di avere alle spalle una strada che non rende percepibile l'eventuale presenza di un pedone, se non può fare a meno di effettuare la manovra, deve porsi nelle condizioni di controllare la strada, ricorrendo, se del caso, alla collaborazione di terzi che, da terra, lo aiutino per consentirgli di fare retromarcia senza alcun pericolo per gli altri utenti della strada.(Nella specie l'attraversamento della pedone era avvenuto in una strada vicina ad un mercato rionale e dunque la manovra del conducente avrebbe dovuto essere particolarmente attenta e cauta poichè nell'area era presumibile la presenza di persone ed altri veicoli).

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2018

Cass. pen. Sez. IV, 29/05/2018, n. 26857
V.M.

CIRCOLAZIONE STRADALE Ebbrezza
REATO COMPLESSO
In tema di reati, nel caso in cui si contesti all'imputato di essersi, dopo il 25 marzo 2016, data di entrata in vigore della L. 23 marzo 2016, n. 41, posto alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza e di avere in tale stato cagionato, per colpa, la morte di una o più persone, ovvero lesioni gravi o gravissime alle stesse, la condotta di guida in stato di ebbrezza alcoolica viene a perdere la propria autonomia, in quanto circostanza aggravante dei reati di cui agli artt. 589-bis, comma l, c.p. e 590-bis, comma 1, c.p., con conseguente necessaria applicazione della disciplina sul reato complesso ai sensi dell'art. 84, comma l, c.p. ed esclusione, invece, dell'applicabilità di quella generale sul concorso di reati.

FONTI

Massima redazionale, 2018

Dir. Pen. e Processo, 2019, 1, 65 (nota a sentenza)

TEMPUS COMMISSI DELICTI E PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ SFAVOREVOLE. IL CASO DELL'OMICIDIO STRADALE

di Marco Gambardella(*)

Cass. pen. Sez. Unite, 19 luglio 2018, n. 40986

c.p. art. 2

c.p. art. 589

c.p. art. 589-bis

L. 04-08-1955, n. 848, 7.

Le Sezioni unite - in una vicenda relativa ad un omicidio stradale - hanno affermato che qualora, nell'ipotesi di un significativo intervallo cronologico intercorso tra condotta ed evento, sopravvenga una disciplina legislativa sfavorevole all'imputato, il *tempus commissi delicti* va individuato nel momento della condotta. Il commento mira a mettere in evidenza come non può essere decisivo il "criterio della condotta" contrapposto al "criterio dell'evento", ma piuttosto occorra sempre muovere dai "principi intertemporali" operanti nel nostro sistema (costituzionali, convenzionali, eurounitari) e dalle garanzie che essi accordano al reo per individuare il tempo del commesso reato.

The Court of cassation "a Sezioni unite" - in a case involving a road killing - have stated that if, in the case of a significant time interval between conduct and event, a legislative discipline unfavorable to the accused, the "tempus commissi delicti" should be identified in the moment of the conduct. The author's reflections aim to highlight how the "criterion of conduct" as opposed to the "criterion of the event" can not be decisive, but rather we must always move from the "intertemporal principles" operating in our system (constitutional, conventional, euronitarian) and the guarantees that they grant to the offender to identify the moment of the committed crime.

Sommario: La questione sottoposta alle Sezioni unite - Omicidio stradale e successione di leggi - Principi intertemporali e tempus commissi delicti - I c.d. reati di durata (permanenti e abituali) - La legalità della pena

La questione sottoposta alle Sezioni unite

Nel giugno del 2017 l'imputato "patteggiava" la pena in relazione al reato di omicidio stradale di cui all'art. 589 *bis* c.p., avendo cagionato "per colpa" la morte della persona offesa; la vittima veniva investita, in prossimità di un attraversamento pedonale, dall'automobile guidata dallo stesso reo.

La condotta del soggetto agente è stata posta in essere all'inizio di gennaio del 2016; e *illo tempore*, se si fosse verificato l'evento morte, il fatto sarebbe stato sicuramente riconducibile all'omicidio colposo per violazione delle disposizioni in materia di circolazione stradale di cui all'art. 589, comma 2, c.p. Tale figura aveva natura di

circostanza aggravante (ad effetti speciali) del reato di omicidio colposo, soggetta al giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee; e comminava la pena della reclusione da due a sette anni.

L'evento morte si è prodotto, invece, vari mesi più tardi (agosto 2016) nella vigenza di una legge penale da considerarsi più sfavorevole: l'omicidio stradale di cui all'art. 589 *bis* c.p. (in vigore dal marzo 2016). Si tratta certamente di una nuova previsione normativa che inasprisce il trattamento sanzionatorio per i casi come quello preso in considerazione dalle Sezioni unite, sebbene la cornice edittale sia la medesima: la reclusione da due a sette anni.

E questo perché, come precisato nella giurisprudenza di legittimità, le fattispecie tipizzate negli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p. (omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi e gravissime), introdotte dall'art. 1 della L. 23 marzo 2016, n. 41, costituiscono autonome incriminazioni e non ipotesi aggravate dei reati di omicidio colposo e lesioni colpose[1]. Pertanto, non è più possibile operare il giudizio di bilanciamento con le eventuali circostanze attenuanti, come per il previgente omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme sulla circolazione stradale.

In breve, la qualificazione giuridica del fatto ascritto all'imputato è avvenuta secondo il meno favorevole art. 589 *bis* c.p., e sulla cornice edittale di questa disposizione è stata calcolata la pena finale *ex* art. 444 c.p.p.

La questione rimessa alla cognizione delle Sezioni unite penali - sulla scorta di un preesistente contrasto di giurisprudenza - è formulabile in tal modo: se, a fronte di una condotta che quando è stata posta in essere era sussumibile sotto una legge penale più favorevole (art. 589, comma 2, c.p.) e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più repressiva (art. 589 *bis*c.p.) alla quale è riconducibile ora l'intero fatto storico, debba trovare applicazione la *lex mitior* operante al momento della condotta ovvero quella più severa applicabile al tempo della verificazione dell'evento.

In particolare, occorre stabilire se si tratti di una qualificazione giuridica che - compiuta sulla base della norma in vigore al prodursi dell'evento - viola il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole; e se dunque la pena qui inflitta con la pronuncia di patteggiamento sia "illegale", con la necessità di annullare senza rinvio la sentenza di applicazione della pena *ex*art. 444 c.p.p. impugnata.

Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità, evidenziato dall'ordinanza di rimessione della quarta Sezione[2] (che aderisce al secondo e più risalente orientamento), concerne alcune vicende di omicidio colposo per inosservanza della normativa antinfortunistica e in materia di circolazione stradale; vicende tutte caratterizzate da un apprezzabile intervallo cronologico intercorso tra condotta ed evento, nonché dalla sopravvenienza di una disciplina legislativa meno favorevole per l'imputato.

Ad avviso del primo indirizzo giurisprudenziale, bisogna aver riguardo al momento della consumazione per individuare la normativa applicabile; e pertanto - se è intercorso un significativo intervallo di tempo tra condotta ed evento e la legge

subentrante ha inasprito il trattamento sanzionatorio - la legge applicabile è quella vigente al momento dell'evento lesivo[3].

Per un diverso e più risalente orientamento, nel caso di successione di leggi penali che regolano la stessa materia, la legge da applicare è quella vigente al momento dell'esecuzione dell'attività del reo e non già quella del momento in cui si è verificato l'evento che determina la consumazione del reato. Altrimenti, "il reo verrebbe ad essere punito più gravemente per il fatto puramente casuale che nel periodo di tempo intercorrente tra la sua condotta e l'evento sia sopraggiunta la nuova legge, in tal modo determinandosi quell'incertezza sul grado di illiceità del comportamento umano che è esclusa in modo assoluto dal principio di irretroattività"[4].

Omicidio stradale e successione di leggi

Anzitutto, sembra opportuno mettere in luce che, nella vicenda oggetto della pronuncia delle Sezioni unite Pittalà, la variazione di disciplina - avvenuta nel significativo lasso di tempo che ha separato la condotta dall'evento - si è prodotta tramite la successione nel tempo di "più" norme incriminatrici nella regolamentazione della fattispecie concreta (art. 589, comma 2, c.p. - art. 589 *bis* c.p.).

Tale precisazione si rende necessaria perché in proposito può configurarsi anche una ipotesi "più semplice", e quindi con meno implicazioni teoriche e ricadute pratiche; e ciò si verifica quando le modifiche *in peius* di disciplina interessino la "medesima" disposizione incriminatrice. Per esempio, nel caso di mero aumento da parte del legislatore del limite edittale massimo della pena, allorché l'incremento sanzionatorio sia intercorso tra la condotta e l'evento di reato.

Inoltre, va sottolineato che vi è una premessa implicita nel quesito rimesso alle Sezioni unite: ossia di essere in presenza di una successione fra più leggi penali "semplicemente modificativa" (art. 2, comma 4, c.p.). Dobbiamo, invero, postulare che l'immissione nel sistema penale dell'art. 589 *bis* c.p. (l'omicidio stradale) - con l'esplicita e coeva soppressione della disposizione prima applicabile, rappresentata dall'omicidio colposo di cui all'art. 589 c.p. nella forma aggravata del comma 2 (in relazione alla circolazione stradale) - abbia comunque determinato un caso di c.d. "continuità normativa" (art. 2, comma 4, c.p.), e non già una ipotesi di nuova incriminazione operante soltanto per i fatti futuri (art. 2, comma 1, c.p.).

Questa prospettazione ha d'altronde già trovato piena conferma nella giurisprudenza di legittimità, che ha messo in risalto la "piena continuità normativa e sanzionatoria" tra la fattispecie criminosa dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale e quella del nuovo omicidio stradale[5].

La soluzione in parola, come diremo a breve, trova il suo fondamento giuridico nell'ambito della teoria dei rapporti strutturali accolta dalla giurisprudenza di cassazione a Sezioni unite[6]: è nella sussistenza di una relazione di specialità tra norme incriminatrici in successione cronologica che si rinviene la garanzia del rispetto del principio costituzionale di irretroattività (art. 25, comma 2, Cost.). Logicamente, infatti, la subentrante norma speciale punisce una classe di condotte - per definizione - già ricomprese nella precedente norma generale.

Ebbene, i meccanismi giuridici che vengono qui in rilievo e operano congiuntamente per spiegare la continuità normativa tra l'omicidio colposo aggravato in materia di circolazione e il nuovo omicidio stradale sono due: quello collegato al fenomeno della cosiddetta *abrogatio sine abolitione* e quello della relazione di "specialità sincronica sopravvenuta" fra norme penali.

Quanto all'*abrogatio sine abolitione*, la formale (espressa) eliminazione da parte della L. n. 41 del 2016 della porzione di enunciato di cui al comma 2 dell'art. 589 c.p. relativa alla circolazione stradale (*abrogatio*) non ha comportato l'abolizione della rilevanza penale delle condotte in esso tipizzate; persistendo la illiceità penale di queste tipologie di condotte ai sensi del nuovo art. 589 *bis* c.p. (*sine abolitione*). Vi è stata in pratica l'espressa abrogazione di questa porzione di testo (art. 589, comma 2, c.p.) con la simultanea introduzione legislativa di un'altra disposizione (art. 589 *bis* c.p.), che ha ricompreso la tipologia di fatti prima punibile tramite l'enunciato normativo esplicitamente soppresso[7].

Riguardo alla specialità sincronica, essa sussiste quando vi sia una relazione di specialità tra norme "coesistenti" all'interno del sistema penale nel medesimo tempo; relazione che impone l'applicazione esclusivamente della norma speciale, evitando così il concorso formale eterogeneo[8]. La specialità di tipo sincronico è disciplinata a livello positivo dall'art. 15 c.p.: qui la norma speciale non toglie vigore alla norma generale, ma ne circoscrive solo l'ambito di efficacia e di applicabilità. Siamo in presenza di due norme incriminatrici contemporaneamente vigenti, poste tra loro in astratta relazione di genere a specie, e sotto le quali la condotta storicamente tenuta dal reo sia riconducibile. Secondo quanto previsto dall'art. 15 c.p.: "la legge speciale deroga alla legge generale"; in tal senso l'art. 15 c.p. contiene una regola di "prevalenza" che impone l'applicazione unicamente della norma speciale, escludendo pertanto il concorso effettivo di reati[9].

La specialità sincronica non presuppone, tuttavia, che le due norme (in relazione di genere a specie) siano entrate in vigore contemporaneamente. La specialità sincronica può anche "sopravvenire": nel senso che la norma speciale si "aggiunge" alla norma generale. La norma speciale quindi non si sostituisce in tale evenienza a quella generale, sicché la norma generale non viene espunta dall'ordinamento giuridico, ma ne viene circoscritta unicamente l'ambito di efficacia e di applicabilità. In questa ipotesi, si ha in pratica l'introduzione di una norma incriminatrice speciale senza l'eliminazione della corrispondente norma generale. La norma speciale sottrae la disciplina di alcuni tipi di fatti, prima puniti attraverso la norma generale, la quale comunque continua a sanzionare quella parte della classe di fatti che non ricade nell'area della norma speciale.

In definitiva si può affermare che qui la norma speciale successivamente immessa nel sistema (art. 589 *bis* c.p.) non ha abrogato la norma generale antecedente nel tempo (l'omicidio colposo di cui all'art. 589 c.p.), bensì l'ha "derogata": ossia ne ha ristretto il campo di applicazione. L'area incriminatrice non si è ridotta, poiché la diminuzione dell'area della norma generale è stata compensata dalla contemporanea apparizione

dell'area incriminatrice della norma speciale. La porzione sottratta alla norma generale è confluita così nella nuova norma speciale[10].
La figura dell'omicidio colposo applicabile al momento della condotta non è stata abrogata con l'immissione nel codice penale dell'art. 589 *bis* (l'omicidio stradale); essa coesiste sincronicamente nell'ordinamento. Si tratta soltanto di una "deroga": al campo di applicazione dell'art. 589 c.p. sono stati sottratti una classe di casi prima riconducibili alla figura aggravata di omicidio colposo per violazioni in materia di circolazione stradale.

È possibile spiegare la deroga prefigurando una sorta di "prova di sostituzione" tra la norma speciale e la norma generale: immaginando come sarebbe regolata la controversia se nell'ordinamento non vi fosse la norma speciale[11]. Il *test* da compiere è dunque il seguente: se venisse eliminato il reato di omicidio stradale (art. 589 *bis* c.p.) sarebbe penalmente irrilevante tale condotta? Oppure l'eliminazione della figura di reato farebbe riespandere una diversa figura criminosa coesistente nel sistema? Ebbene, nella nostra vicenda caducando l'art. 589 *bis* c.p. si riespanderebbe certamente la figura di omicidio colposo di cui all'art. 589 c.p.
La specialità sincronica sopravvenuta non attiene al fenomeno della "*abolitio criminis* parziale" (né tanto meno integrale), si applica dunque qui solo il comma 4 dell'art. 2 c.p.; a differenza della specialità diacronica dove l'avvicendamento nel tempo di due norme in relazione di "genere a specie" conduce al fenomeno della limitata abrogazione normativa.

Principi intertemporali e *tempus commissi delicti*

Veniamo ora a una affermazione delle Sezioni unite Pittalà di cruciale importanza per risolvere la questione oggetto di rimessione. La Corte ritiene che l'individuazione del *tempus commissi delicti* non possa essere delineata in termini generalizzanti, bensì vada riferita ai singoli istituti e ricostruita sulla scorta della *ratio* di ciascuno di essi e dei principi (costituzionali) che li governano; anche perché nel codice penale non è rinvenibile una definizione onnicomprensiva del *tempus commissi delicti*.

Ad avviso delle Sezioni unite, sebbene non possa accreditarsi un criterio generale di individuazione del *tempus commissi delicti* a qualsiasi fine e rispetto a qualsivoglia istituto, il riferimento letterale nell'art. 2, comma 4, c.p. alla "commissione del reato" permette certamente l'impiego della "interpretazione adeguatrice", giacché "nell'area semantica dell'espressione "reato commesso" è riconducibile, in via interpretativa, il criterio della condotta, senza fuoriuscire dall'ambito dei significati autorizzati dal testo legislativo, ossia dal quarto comma dello stesso art. 2".

E ciò consente alla Corte di escludere la necessità, postulata dal Procuratore generale nella sua requisitoria scritta, di promuovere un incidente di costituzionalità dell'art. 2, comma 4, c.p. nella parte in cui fa riferimento alla commissione del "reato" e non del "fatto" anche con riguardo ai reati di evento, allorché quest'ultimo sia differito nel tempo e, dopo la realizzazione della condotta, sopravvenga una disciplina punitiva meno favorevole.

Dunque per le Sezioni unite Pittalà, qualora nel periodo di tempo intercorrente fra la condotta del reo e l'evento tipico sopraggiunga una nuova legge penale sfavorevole, deve trovare applicazione la legge *in mitius* operante al momento della "condotta"; tale soluzione è imposta soprattutto dai principi costituzionali e sovranazionali, che governano il fenomeno della successione di leggi penali nel tempo.

Ma seguiamo le condivisibili considerazioni della Corte di cassazione. Valorizzando le indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale, si mette in evidenza come, tramite il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, si dà rilievo all'istanza di preventiva valutabilità da parte dell'individuo delle conseguenze penali della propria condotta; istanza funzionale altresì a preservare la libera autodeterminazione della persona. Si tratta di un principio espressivo dell'esigenza di calcolabilità delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. Esigenza quest'ultima che contrasta con un successivo mutamento peggiorativo "a sorpresa" del trattamento penale della fattispecie incriminatrice.

Pertanto, ad avviso delle Sezioni unite è la "condotta" il punto di riferimento temporale essenziale qui a garantire la "calcolabilità" delle conseguenze penali, e di conseguenza l'autodeterminazione del singolo individuo. A tale punto di riferimento temporale deve essere quindi ricollegata l'operatività del principio di irretroattività ex art. 25, comma 2, Cost., giacché spostare in avanti siffatta operatività, correlandola all'evento del reato, determinerebbe nella nostra ipotesi la sostanziale retroattività della legge sfavorevole rispetto al momento in cui è effettivamente possibile per la persona "calcolare" le conseguenze penali del proprio agire. Con l'inevitabile svuotamento dell'effettività della garanzia di autodeterminazione della persona e della *ratio* di tutela del principio costituzionale di irretroattività della norma penale sfavorevole al reo.

In definitiva, per il massimo Consesso, la *ratio* di garanzia del principio di irretroattività sfavorevole e il suo necessario riferimento alla valutabilità delle conseguenze penali della condotta dell'uomo sono decisivi nell'indirizzare la soluzione della questione verso l'adesione al "criterio della condotta".

Ora non vi è dubbio che il problema comune all'intera disciplina della successione di leggi penale sia rappresentato dall'individuazione del tempo in cui è stato commesso il reato. E in proposito occorre altresì tener presente che il legislatore non ha espressamente disciplinato in via generale il *tempus commissi delicti*[12].

La soluzione prescelta dalle Sezioni unite Pittalà trova conferma nel pensiero della dottrina, secondo cui la funzione di garanzia del principio di irretroattività impone di applicare la "legge vigente al momento della condotta"; ossia in vigore nel momento in cui si è realizzata l'azione o l'omissione. Cosicché, non necessariamente il tempo del commesso reato coincide con la consumazione dell'illecito penale: ad esempio, nei "reati di evento" si fa riferimento al momento della condotta che precede il momento della consumazione[13]. In particolare, nei "reati omissivi propri", il *tempus* si

determina con riguardo al momento in cui scade il termine per la realizzazione della condotta doverosa[14].

Senonché, allo stato attuale sembra necessario almeno in parte ripensare la prospettiva che contrappone il "criterio della condotta" al "criterio dell'evento".

Non bisogna, invero, collocare *a priori* (in astratto) il "tempo" del commesso reato: né dunque al momento della realizzazione della "azione", e neppure al momento della produzione dell'"evento tipico" (ovvero della "consumazione" del reato). Occorre, piuttosto, muovere dai "principi intertemporali" operanti nel nostro sistema (costituzionali, convenzionali, eurounitari) e dalle garanzie che essi accordano al reo, per individuare nella "vicenda concreta" il tempo del commesso reato[15].

Ebbene, il *tempus commissi delicti* - o meglio il punto temporale da individuare per scegliere la legge da applicare in presenza di una successione nel tempo di leggi nel regolare un certo fatto penalmente rilevante nel nostro ordinamento - dipende dai principi intertemporali che operano nel caso di specie[16]. Intendendo per "principi intertemporali" quei canoni che hanno la funzione di risolvere i conflitti fra norme nel tempo in ambito penale. Si tratta di meta-norme (norme su norme): di prescrizioni che sotto il profilo strutturale risultano strumentali all'individuazione della norma (fra tutte le norme coinvolte nel conflitto temporale) concretamente applicabile alla vicenda storica[17].

È decisivo, allora, il principio intertemporale che opera nella fattispecie concreta, a prescindere dal criterio della condotta o dal criterio dell'evento: non è possibile in pratica aderire in assoluto o *a priori* all'uno o all'altro criterio.

Se si tratta infatti di un avvicendamento tra una legge più favorevole ed una meno favorevole, il principio di irretroattività sfavorevole impone senza eccezioni di applicare la legge più favorevole della condotta. Qualora poi al posto di una legge meno favorevole subentri una *lex mitior*, il principio di retroattività della legge più favorevole (quale diritto fondamentale dell'uomo) rende invece applicabile la legge sopravvenuta *in mitius* (derogabile solo limitatamente), nelle diverse declinazioni ancora imposte dall'art. 2, commi 2 e 4, c.p.: con la iperretroattività dell'*abolitio criminis* e con il limite delle condanne passate in giudicato nelle ipotesi di mere variazioni favorevoli di disciplina.

In particolare, volendo approfondire l'ipotesi in cui nel periodo di tempo fra la condotta e l'evento sopraggiunga una legge sfavorevole, può osservarsi quanto segue.

Nel modello costituzionale italiano della legalità penale - sulla scorta dell'art. 25, comma 2, Cost., che fa esplicito riferimento al concetto che "nessuno può essere 'punito' se non in forza di una legge" - le garanzie del principio di legalità includono in modo ampio ogni aspetto della "punizione" (e ciò anche per quanto concerne l'istituto di diritto penale "sostanziale" della prescrizione). Inoltre, sempre seguendo la disposizione costituzionale, la punizione può essere inflitta soltanto se la legge "sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

E pertanto qualsiasi modifica sfavorevole del sistema penale deve essere determinata e non può operare che per le future condotte (determinatezza/irretroattività). La

Corte costituzionale nell'ordinanza n. 24 del 2017 sul "caso Taricco" ha messo in risalto che il principio di legalità in materia penale, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano una efficacia retroattiva sfavorevole, costituisce uno dei "principi supremi" dell'ordinamento italiano posto a presidio di diritti inviolabili dell'uomo[18].

Dalla nozione di legalità, intesa nella giurisprudenza della Cedu in relazione all'art. 7 della Convenzione europea e nella Carta dei diritti fondamentali UE (art. 49) quale conoscibilità e prevedibilità della regola, si ricava che il fatto di reato e la pena devono essere conoscibili e prevedibili dall'autore della condotta penalmente illecita, fin da quando essa è realizzata[19].

Come evidenziato dalla ormai celebre sentenza "Contrada" della Corte europea quello che conta è di stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti alla persona, la legge applicabile definisse chiaramente il reato: "si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale" (par. 64)[20].

Il concetto di prevedibilità della norma penale e delle sue conseguenze nei termini appena tratteggiati è d'altronde noto da tempo nella giurisprudenza costituzionale. Basti pensare alla sent. n. 322 del 2007, in materia di ignoranza dell'età della persona offesa nei reati sessuali, nella quale si è affermato che il principio di colpevolezza partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale: esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione, sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta.

I c.d. reati di durata (permanenti e abituali)

Nell'ultima parte della motivazione (par. 8) le Sezioni Unite Pittalà per "esigenze di completezza" affrontano un tema logicamente connesso a quello principale. Si tratta in pratica di individuare il "tempo del commesso reato" - in presenza, come detto, di un avvicendamento di leggi penali nella regolamentazione del caso concreto in cui la legge successiva "in continuità normativa" è meno favorevole - con riguardo a "modelli di incriminazione" connotati tuttavia dal protrarsi nel tempo della condotta, in cui perciò è la previsione legale a descrivere la condotta in termini di durata.

La differenza con l'ipotesi oggetto della rimessione alle Sezioni unite risiede nella circostanza che in quest'ultimo caso non abbiamo un peculiare modello di reato (come quello "di durata"), bensì una vicenda concreta nella quale si è verificata un apprezzabile e significativo lasso temporale fra la condotta storica e l'evento naturalistico: pur sempre la fattispecie concreta nel suo intero riconducibile ad un modello di illecito penale - l'omicidio colposo (stradale) - non caratterizzato necessariamente da uno sfasamento significativo sul piano cronologico fra condotta ed evento come nei c.d. reati di durata.

Il *tempus* nel modello dei reati di durata costituisce una questione della massima importanza pratica e di difficile definizione teorica. A ben vedere, essa trova nella

sentenza delle Sezioni Unite Pittalà una soluzione giuridica che non dovrebbe ritenersi assoggettata alla vincolatività "relativa" del precedente, la quale connota adesso le sentenze a sezioni unite. Come noto, tramite la nuova previsione di cui al comma 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p. si è prescritto un "meccanismo di rimessione obbligatoria" da parte della Sezione semplice, che non condivide il "principio di diritto" formulato in una pronuncia delle Sezioni unite penali.

Quello relativo ai c.d. reati di durata, non sembra infatti trattarsi di un principio di diritto su cui si è basata la decisione del ricorso delle Sezioni unite Pittalà: è piuttosto un *obiter dictum* che non può essere quindi considerato un principio di diritto da ritenersi rilevante ai sensi dell'art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p. E dunque la (non condivisibile, come diremo,) soluzione di tale questione da parte delle Sezioni unite non sembra idonea a obbligare le Sezioni semplici alla rimessione, se nel futuro non la condivideranno[21].

Nella sentenza in commento si aderisce al prevalente orientamento giurisprudenziale, secondo cui - ad esempio, nei "reati permanenti" - se la condotta si protrae sotto la vigenza di una legge penale più sfavorevole, il *tempus commissi delicti* va individuato nel momento della cessazione della permanenza, ferma restando la necessità che nella vigenza della legge più severa si siano realizzati tutti gli elementi del fatto-reato.

Quanto poi al modello del c.d. reato abituale, le Sezioni unite anche qui si ricollegano al prevalente indirizzo, asserendo che il tempo del commesso reato, ai fini della successione di leggi penali, coincide con la realizzazione dell'ultima condotta tipica integrante il fatto di reato.

Nel "reato abituale" il tempo del commesso delitto viene ravvisato nel momento in cui si pone in essere l'atto che, unito al precedente, conferisce agli episodi la particolare rilevanza giuridica[22]. La consumazione può nondimeno protrarsi nel tempo se nuove azioni od omissioni vengono successivamente commesse: il reato si consuma qui in via definitiva quando gli atti integrativi della condotta sono terminati[23]. Sul presupposto che la legge del tempo del commesso reato è la legge in vigore al momento in cui è stato posto in essere anche l'ultimo degli atti che integrano il modello di illecito penale abituale, in materia di successione di leggi nel tempo, si sostiene che, se gli atti sono proseguiti dopo l'entrata in vigore di una legge più severa, il soggetto agente deve essere punito in base alla nuova legge anche se essa prevede un trattamento sanzionatorio meno favorevole[24].

Si pensi alla seguente ipotesi relativa ad una modifica legislativa sfavorevole che investa un reato permanente. Nel corso del periodo consumativo (dello stato di permanenza) del reato, il legislatore inasprisce la risposta punitiva: ad esempio, inserisce una sanzione più severa quale conseguenza della realizzazione della figura criminosa. Pertanto, si verifica una successione di leggi meramente modificativa: ad una legge vigente nel momento dell'inizio della permanenza, subentra, prima che la condotta illecita cessi, una nuova legge meno favorevole. Lo stato di permanenza del reato si protrae, a seguito della volontaria condotta dell'agente, anche sotto il vigore

della nuova legge meno favorevole. Nel senso che pure in costanza della legge successiva più sfavorevole il reato è integrato in tutti i suoi elementi costitutivi.

Ebbene l'inasprimento della disciplina penale pone l'alternativa sulla norma da applicare: quella più mite, sotto la vigenza della quale il reato permanente si è realizzato (la norma in vigore nell'istante in cui si sono realizzati al completo gli elementi della fattispecie); ovvero quella più severa, relativa alla consumazione finale del reato permanente (la norma in vigore nel momento in cui la condotta criminosa è venuta a cessare)[25].

Secondo l'indirizzo maggioritario in giurisprudenza, nel caso di successione di una legge penale più severa, qualora la permanenza continui sotto la vigenza della nuova legge, è questa soltanto che deve trovare applicazione, in quanto sotto il suo vigore è commesso il reato con la realizzazione di tutti gli elementi costitutivi[26].

Si è così asserito che nell'ipotesi di reato permanente, il cui stato di consumazione si sia protratto sotto il vigore di due leggi diverse, di cui quella nuova preveda una sanzione più grave, va applicata solo l'ultima e cioè quella sotto la cui vigenza la consumazione del reato è cessata[27]. In particolare, in relazione alle modifiche che negli anni passati hanno investito i reati di cui agli artt. 13 e 14 T.U. immigrazione (D.Lgs. n. 286 del 1998), la giurisprudenza di legittimità si è orientata per l'applicazione della disciplina penale sopravvenuta più severa[28].

Allo stesso modo per una parte consistente della "dottrina", il reato permanente deve considerarsi commesso nel momento in cui cessa la condotta di mantenimento della situazione illegale: il momento consumativo coincide con l'ultimo atto della condotta tipica[29]; ovvero si reputa commesso nel momento in cui il soggetto agente compie l'ultimo atto con cui mantiene volontariamente la situazione antigiuridica: la condotta tenuta dall'agente per conservare la situazione antigiuridica appartiene, infatti, ancora al periodo consumativo del reato[30].

Si è chiarito in tal senso che, in presenza di un reato permanente, con riferimento alla condotta tenuta dopo l'entrata in vigore della nuova legge, la legge sopravvenuta è la legge del tempo, e la sua applicazione è pertanto perfettamente rispondente al principio di legalità. Invero anche la nuova legge modificativa, intervenuta mentre la condotta è in svolgimento, può funzionare come imperativo allorché il soggetto agente è in grado di tenere conto della modifica e di conseguenza di cessare l'azione illecita[31].

Nel Progetto Pagliaro del 1992 (art. 5 n. 9, sull'efficacia della legge penale nel tempo) è stata prevista la possibilità per il colpevole di un reato che dura nel tempo di desistere dalla sua condotta criminosa senza incorrere nel più afflittivo trattamento sanzionatorio della nuova legge. Si è stabilito così che "nei reati a condotta frazionata, permanenti o abituali, ove parte della condotta sia stata realizzata prima dell'entrata in vigore di una legge più sfavorevole, questa si applica solo dopo decorsi quindici giorni dalla sua entrata in vigore".

Ora, non v'è dubbio che la questione della determinazione del *tempus commissi delicti* appare particolarmente delicata con riferimento ai c.d. reati di durata (reati

permanenti e reati abituali) e si collega strettamente con la valorizzazione del principio costituzionale di irretroattività.

Tuttavia, nel caso della modifica *in peius* di un reato permanente, in cui la permanenza del reato si protragga sotto il vigore di una legge successiva più sfavorevole, il principio costituzionale di irretroattività impone oggi una soluzione diversa da quella adottata dalla prevalente giurisprudenza e da una parte consistente della dottrina.

Riguardo al divieto di applicare una disciplina successiva *in peius* a chi ha commesso il reato in presenza di un trattamento sanzionatorio più favorevole, il principio costituzionale di irretroattività impone - a differenza delle regole codicistiche di diritto intertemporale (art. 2 c.p.) - di far sempre coincidere il tempo del commesso reato con il momento d'integrazione del modello legale della fattispecie incriminatrice di durata. L'art. 25, comma 2, Cost. esige, infatti, che si venga puniti alla stregua della legge in vigore nel momento in cui è stato commesso il "fatto", cioè sia stato posto in essere il concreto comportamento che realizzi tutti gli elementi previsti nella fattispecie astratta di reato.

Per rispettare nella sostanza il principio costituzionale, bisogna quindi prendere in considerazione il momento perfezionativo della fattispecie incriminatrice, da cui origina lo stato di permanenza o di abitualità del reato. Diversamente si applicherebbe una legge meno favorevole, con la sostanziale elusione del contenuto del principio costituzionale di irretroattività, nella parte in cui vieta di applicare retroattivamente una legge meno favorevole[32].

Nel reato permanente bisogna, dunque, individuare il tempo del commesso reato con il momento dell'inizio della consumazione. Invero - si aggiunge in modo ineccepibile - se il tempo fosse quello della cessazione della permanenza, un eventuale inasprimento sanzionatorio finirebbe per violare nella sostanza il principio costituzionale di irretroattività della legge più sfavorevole[33].

Può ben dirsi, allora, che, per gli illeciti penali nei quali la condotta ha una durata, il momento di realizzazione del reato, ai fini dell'art. 2 c.p., si identifica con quello in cui la condotta assume il carattere di tipicità: e quindi nel reato permanente con l'inizio della consumazione; e nel reato abituale col primo atto della serie che segna l'inizio della abitualità[34].

In conclusione, se nell'originario sistema codicistico appariva ammissibile l'impiego della legge più sfavorevole allorché l'aggravamento della risposta penale fosse avvenuto quando la permanenza era in atto. A seguito dell'introduzione del principio costituzionale di irretroattività, il *tempus commissi delicti* deve necessariamente essere individuato - ai fini della applicazione delle regole intertemporali - con l'inizio del periodo consumativo, ossia dello stato di permanenza[35].

Analoga soluzione va, inoltre, adottata per il reato abituale. In caso di disposizioni soltanto modificative, non si applica la nuova legge la quale contenga modifiche *in peius:* per il principio del *favor rei* la nuova e più sfavorevole legge non opera rispetto a fatti precedenti alla sua entrata in vigore[36].

Per completezza del discorso, si accenna infine ad un altro modello, di origine giurisprudenziale, in cui sussiste uno iato temporale fra la condotta e l'evento tipico: quello dei c.d. "reati a consumazione prolungata" (ovvero a condotta frazionata)[37]. Sebbene per questa categoria di reato (impiegata in relazione soprattutto alla corruzione e alla truffa ai danni di un ente pubblico) il momento della consumazione del reato, dal quale far decorrere il termine iniziale di maturazione della prescrizione, è quello in cui cessa la situazione di illegittimità, la determinazione del *tempus commissi delicti*, in presenza di una variazione di disciplina legislativa *in peius*, deve essere individuato - come per il reato permanente e abituale - nel momento in cui si perfeziona la condotta tipica.

La legalità della pena

Da ultimo sembra opportuno esaminare il tema della "legalità della pena". Ebbene può dirsi "legale" l'irrogazione di una pena - sia pure frutto di un accordo fra le parti *ex* art. 444 c.p.p. - che, al momento della azione tenuta, si sarebbe dovuta riferire ad una cornice edittale più favorevole rispetto a quella presa a base del patteggiamento e ricavata dalla nuova e più severa cornice edittale in vigore al momento dell'evento naturalistico della morte della vittima?

Invero, sebbene la pena concordata risulti compresa nei limiti edittali vigenti all'epoca della condotta, se la pattuizione fosse avvenuta seguendo la *lex mitior* applicabile al momento della condotta, si sarebbe potuti giungere alla determinazione di un trattamento sanzionatorio di maggior favore per il reo[38].

Per le Sezioni unite Pittalà, nella vicenda in esame viene in rilievo un caso di pena illegale, perché in contrasto con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. E pertanto il procedimento di commisurazione da parte del giudice si è sviluppato all'interno di una comminatoria edittale del tutto illegale, in quanto lesiva di un principio supremo non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali. Si è quindi in presenza di una pena illegale denunciabile anche con riferimento alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Per effetto dell'errore di diritto nella determinazione del trattamento sanzionatorio frutto dell'accordo delle parti, la pena può dirsi "illegale"; sicché in modo condivisibile le Sezioni unite hanno annullato senza rinvio la sentenza di patteggiamento, trasmettendo poi gli atti al Procuratore della Repubblica per l'ulteriore corso.

Sotto quest'aspetto la pronuncia in esame appare molto interessante e innovativa, giacché sembra aggiungere alla nozione di pena illegale un'ulteriore ipotesi rispetto a quanto ricavabile dai recenti arresti sempre a Sezioni unite in materia di stupefacenti conseguenti alla sentenza costituzionale n. 32 del 2014 (sentenze Jazouli e Marcon).

Più nel dettaglio, nella pronuncia Jazouli, si è ritenuta illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato, per le droghe cosiddette "leggere", sui limiti edittali dell'art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990 (come modificato dalla L. n. 49 del 2006), in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014; e ciò anche nel caso

in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità[39].
Secondo poi le Sezioni unite Marcon la pena applicata con la sentenza di patteggiamento avente ad oggetto uno o più delitti previsti dall'art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990 relativi alle droghe c.d. leggere, divenuta irrevocabile prima della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, deve essere rideterminata in sede di esecuzione in quanto pena illegale, e ciò anche nel caso in cui la pena concretamente applicata sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità[40].
In quest'ultime decisioni (Jazouli e Marcon) l'illegalità della pena discende da una pronuncia della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato illegittima costituzionalmente una norma che incide sul trattamento sanzionatorio[41]. Mentre nella sentenza Pittalà in commento, la pena è illegale in quanto è stata applicata una sanzione in contrasto con un principio penale costituzionale.
Non va tralasciato infine, nella valorizzazione della nozione di pena illegale nel patteggiamento (come nel caso Pittalà in commento), il nuovo art. 448, comma 2 *bis*, c.p.p. (introdotto dalla L. n. 103 del 2017), il quale ha esplicitamente previsto il ricorso per cassazione del pubblico ministero e dell'imputato contro la sentenza a pena patteggiata per l'illegalità della pena o della misura di sicurezza[42].

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

(1) Cfr. Cass., Sez. IV, 1° marzo 2017, n. 29721, Venni, *CED*, n. 270918. In senso conforme, Cass., Sez. IV, 24 maggio 2018, n. 27425, Bertani, ivi, n. 273409, secondo cui gli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p. prevedono autonome figure di reato e non circostanze aggravanti ad effetto speciale degli artt. 589 e 590 c.p., e pertanto per la procedibilità del reato di lesioni colpose stradali non è richiesta la querela.

(2) Cass., Sez. IV, 5 aprile 2018, n. 21286.

(3) Cfr. Cass, Sez. IV, 17 aprile 2015, Sandrucci, n. 22379. In tal senso, v. altresì Cass., Sez. V, 13 marzo 2014, n. 19008, Calamita, *CED*, n. 260003.

(4) Così Cass., Sez. IV, 5 ottobre 1972, n. 8448, Bartesaghi, *CED*, n. 122686.

(5) Cass., Sez. IV, 1° marzo 2017, n. 29721, Venni, cit.

(6) Solo in via esemplificativa, cfr. Cass., SS.UU., 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano, in *Cass. pen.*, 2003, 3310, con nota di T. Padovani; Cass., SS.UU., 27 settembre 2007, n. 2451, Magera, *ivi*, 2008, 898, con nota di M. Gambardella; Cass., SS.UU., 24 ottobre 2013, n. 12228/2014, Maldera, *ivi*, 2014, 1992, con nota di M. Gambardella.

(7) M. Gambardella, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 664 ss.

(8) M. Gambardella, *L'art. 2 del codice penale tra nuova incriminazione*, abolitio criminis, *depenalizzazione e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1224 ss.; ID., Lex mitior *e giustizia penale*, Torino, 2013, 25 ss.

(9) In argomento, cfr. GA. De Francesco, Lex specialis, Milano, 1980, 119 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 173 ss.; B. Romano, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996, 179 ss.; M. Gambardella, Lex mitior, cit., 26 ss.

(10) Cfr. al riguardo le osservazioni di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 63 ss. Per una ampia analisi della figura della deroga, cfr. S. Zorzetto, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010, 440 ss.

(11) Cfr. ancora S. Zorzetto, *La norma speciale*, cit., 440 ss.

(12) G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2010, 104 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 288 ss.

(13) Così A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 1996, 138 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Milano, 2017, 93 ss.; A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, Torino, 2018, 156 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2017, 569 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., 105; GA. De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, 152 ss. Nel Progetto Pagliaro del 1992 (art. 5, n. 9) si identifica esplicitamente il *tempus commissi delicti* nel momento in cui si è compiuta la condotta.

(14) M. Romano, *Commentario*, cit., 53; G. Fiandaca -E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., 105 ss.

(15) Sulle garanzie intertemporali in materia penale, cfr. V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 138 ss.

(16) In tal senso, sembrerebbe orientato T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2017, 56, secondo cui il *tempus commissi delicti*deve essere determinato, ai fini della successione di leggi, tenendo conto della funzione propria dell'irretroattività sfavorevole.

(17) Cfr. M. Gambardella, *L'irretroattività*, in *Trattato di diritto penale*, Vol. I, *Il diritto penale e la legge penale*, diretto da A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, Torino, 2012, 222 ss.

(18) Sull'ordinanza costituzionale n. 24 del 2017, si veda AA.VV, *Il caso* Taricco *e il dialogo tra le Corti*, a cura di A. Bernardi - C. Cupelli, Napoli, 2017, 3 ss.

(19) Sulla legalità come prevedibilità del diritto nel sistema della Cedu, cfr. V. Zagrebelsky - R. Chenal - L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 234 ss.; F. Mazzacuva, Nulla poena sine lege, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis - F. Viganò, Torino, 2016, 237 ss. Cfr. inoltre Corte giust., Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, Taricco.

(20) Corte eur., Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, ric. n. 66655/13.

(21) Cfr. sul tema, talvolta con differenti soluzioni, G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ss.; R.

Aprati, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in A. Marandola - T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 294 ss.

(22) M. Romano, *Commentario*, cit., 56.

(23) F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, 282; G.D. Pisapia, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 526.

(24) G. Marinucci - E. Dolcini - G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2018, 145 ss.

(25) Cfr. M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, 136; R. Rampioni, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988, 104 ss.; M. Siniscalco, Tempus commissi delicti *reato permanente e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 1103; G. De Santis, *Gli effetti del tempo nel reato*, Milano, 2006, 266 ss.; L. Alibrandi, voce *Reato permanente*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 4; S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, 176 ss.

(26) Così Cass., Sez. I, 7 ottobre 1987, n. 11669, Liccardo, in *Cass. pen.*, 1989, 66; Cass., Sez. II, 11 aprile 1987, n. 9501, Calluso, *ivi*, 1988, 1644; Cass., Sez. VI, 14 novembre 1985, n. 2296, Dell'Aquila, *ivi*, 1987, 730; Cass., Sez. II, 14 marzo 1984, n. 7514, Germani, *ivi*, 1986, 741. Da ultimo Cass., Sez. III, 9 settembre 2015, n. 43597, Fiorentino, *CED*, n. 265261, secondo la quale nell'ipotesi di condotta protrattasi unitariamente sotto l'imperio di due diverse leggi, l'ultima delle quali abbia aggravato il regime sanzionatorio del fatto, elevandolo da contravvenzione a delitto, va applicata solo la disposizione vigente alla data della cessazione della permanenza e, per l'effetto, il più lungo termine di prescrizione.

(27) Cfr. Cass., Sez. I, 21 marzo 1989, n. 8864, Agostani, in *Cass. pen.*, 1990, I, 2131; Cass., Sez. I, 21 febbraio 1995, n. 3376, Gullo, *ivi*, 1996, 930.

(28) Cfr. Cass., Sez. I, 2 marzo 2010, Altin, n. 10716, in *CED*, n. 246517; Cass., Sez. I, 1° ottobre 2008, n. 40651, Gjika, *ivi*, n. 241433. V., inoltre, Cass., Sez. III, 12 febbraio 2008, n. 13842, Mbay, in *CED*, n. 240344; Cass., Sez. I, 18 gennaio 2006, n. 3999, Ben Atmane, in *Cass. pen.*, 2006, 2806; Cass., Sez. I, 15 febbraio 2006, n. 11101, Codarcea, in *Foro it.*, 2006, II, 473 ss.; Cass., Sez. I, 10 novembre 2005, n. 1032, Da Silva, in *Cass. pen.*, 2007, 1245. In senso difforme nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Roma, 14 gennaio 2005, Pochopie, *ivi*, 2005, 2393, con nota di V. Pazienza, *Brevi note in tema di continuità normativa tra vecchia e nuova formulazione del reato di trattenimento ingiustificato dello straniero nel territorio dello Stato*.

(29) A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., 140, 510.

(30) G. Marinucci - E. Dolcini - G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 145 ss.; GA. De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., 153; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, cit., 136.

(31) D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 569 ss.

(32) M. Gambardella, *Modificazioni legislative sfavorevoli e reato permanente in materia di immigrazione clandestina*, in *Cass. pen.*, 2009, 1916 ss.

(33) Così M. Romano, *Commentario*, cit., 55.

(34) In tal senso F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, 156; nello stesso senso R. Rampioni, *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., 111 ss.; il quale richiama il principio del *favor rei*, sotteso alla disciplina dell'art. 2 c.p.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., 105 ss. Inoltre, nel senso che il "tempus" va individuato nel momento della realizzazione della condotta tipica, cfr. E. Musco, *Coscienza dell'illecito, colpevolezza ed irretroattività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*1982, 794 ss.; L. Alibrandi, voce *Reato permanente*, cit., 5.

(35) Cfr. M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 114 ss.

(36) M. Petrone, *Reato abituale*, Padova, 1999, 59 ss.; S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., 180 ss. Inoltre, per F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 156, il momento di realizzazione del reato ai fini dell'art. 2 c.p., è qui il primo atto della serie che segna l'inizio della abitualità.

(37) Si pensi al noto caso "Eternit". In tale sentenza la Corte di legittimità ha ritenuto che il c.d. disastro innominato di cui all'art. 434, comma 2, c.p. è riconducibile nella categoria del c.d. reato a consumazione prolungata e non in quella di reato ad evento differito. Di conseguenza, la consumazione del c.d. disastro ambientale viene spostata in avanti fintantoché la condotta dell'agente sostenga concretamente la causazione dell'evento (Cass., Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941/2015, in *CED*, n. 262789. In proposito, si veda M. Poggi d'Angelo, *L'estinzione per prescrizione del reato di disastro doloso nel processo "Eternit"*, in *Cass. pen.*, 2015, 2638 ss.).

(38) La questione è ben messa in evidenza dalla ordinanza della quarta Sezione penale che ha disposto la rimessione alle Sezioni Unite penali (Cass., Sez. IV, 5 aprile 2018, n. 21286, cit.). In tal senso, v. già Cass., SS.UU., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *CED*, n. 264206, secondo cui nella sentenza di patteggiamento l'illegalità sopraggiunta della pena - concordata sulla base dei parametri edittali dettati per le cosiddette "droghe leggere" dall'art. 73, d.P.R. n. 309/1990 (come modificato dalla L. n. 49 del 2006), in vigore al momento del fatto ma dichiarato successivamente incostituzionale con la sent. n. 32 del 2014 - determina la nullità dell'accordo e la Corte di cassazione deve annullare senza rinvio la sentenza basata su tale accordo.

(39) Cass., SS.UU, 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *CED*, n. 264205.

(40) Cass., SS.UU., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, in *CED*, n. 264857.

(41) Cfr., in proposito, M. Gambardella, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma, 2017, 187 ss.

(42) In argomento, si rinvia a R. Aprati, *Maggiori incentivi, minori garanzie: ridimensionato l'accesso ai riti differenziati?*, in S. Lorusso (a cura di), *Le garanzie difensive dopo la riforma orlando*, Torino, 2018, in corso di pubblicazione, par. 5 del contributo.

OMICIDIO STRADALE: PRIME OSSERVAZIONI

di Donato D'Auria

c.p. art. 589-bis

c.p.p. art. 224-bis

c.p.p. art. 359-bis

L. 23-03-2016, n. 41, epigrafe

D.Lgs. 30-04-1992, n. 285, Art. 186

D.Lgs. 30-04-1992, n. 285, Art. 187

L'Autore analizza la nuova fattispecie incriminatrice dell'omicidio stradale di cui all'art. 589 *bis* c.p., mettendone in luce - tra l'altro - il carattere simbolico espressivo, cui si accompagnano, specularmente, numerose criticità applicative con riferimento al profilo causale, al principio di colpevolezza ed al principio della funzione rieducativa della pena. Tali criticità, infine, vengono esaminate in una prospettiva attenta alle funzioni di prevenzione integrazione della pena.

Sommario: Premessa - Il coefficiente psicologico doloso presente nelle prime proposte di legge del delitto di omicidio stradale - Il superamento del dolo eventuale nella nuova fattispecie di cui all'art. 589 *bis* c.p. - I (non pochi) problemi applicativi - a) il profilo causale - b) il principio di colpevolezza - c) il principio della funzione rieducativa della pena - Omicidio stradale e violazione degli artt. 186 e 187 c. str.: concorso di reati o reato complesso? - La disciplina delle circostanze - Le modifiche di natura processuale

Premessa

Tanto tuonò, che piovve!

Sull'onda di spinte emozionali e populistiche il legislatore interviene in una materia, quella della circolazione stradale, che è stata oggetto negli ultimi anni di numerose novelle, ancora una volta con una logica asseritamente emergenziale, introducendo all'art. 589 *bis* c.p. una nuova fattispecie (di cui forse gli addetti ai lavori non sentivano il bisogno): l'omicidio stradale, cui si aggiunge l'altra delle lesioni personali stradali di cui al novellato art. 590 *bis* c.p.

Non se ne sentiva il bisogno, si diceva, posto che non è dato intravedere alcuna ragione pratica[1], ma solo una stigmatizzazione meramente simbolica del disvalore del fatto previsto dalla norma.

Ed invero, la nuova fattispecie non trova giustificazione nella circostanza per cui, se si fosse mantenuto ferma la natura circostanziale dell'omicidio aggravato dalla violazione delle regole della circolazione stradale, gli aumenti di pena avrebbero potuto essere vanificati dal bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti, atteso che a mente del previgente art. 590 *bis*c.p., *quando ricorre la circostanza di cui all'art. 589, comma 3, ovvero quella di cui all'art. 590, comma 3, ultimo periodo, le concorrenti circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli artt. 98 e 114, non possono essere*

ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni si operano sulla quantità di pena determinata ai sensi delle predette circostanze aggravanti. Evidentemente analogo regime si sarebbe potuto prevedere per le ulteriori circostanze aggravanti previste dal nuovo art. 589 *bis* c.p., sì da sottrarle al giudizio di bilanciamento.

Altrettanto deve dirsi per la prescrizione, nel senso che non vi era bisogno dell'introduzione della autonoma fattispecie di omicidio stradale per dilatare i termini di prescrizione, sol che si consideri che il comma 6 dell'art. 157 c.p. già prevedeva per l'omicidio colposo cagionato violando le regole della circolazione stradale il raddoppio dei termini di prescrizione.

Si tratta, dunque, dell'ennesimo intervento legislativo evidentemente improntato alla soddisfazione di logiche simboliche, mediatiche e di consenso elettorale, ispirate al concetto di *tolleranza zero*[2] quale panacea di tutti i complessi problemi connessi al fenomeno cosiddetto della *criminalità stradale*, cioè di quel settore delinquenziale il cui tratto comune è costituito dalla violazione delle regole relative alla circolazione stradale.

Anche questo intervento si caratterizza unicamente per l'inasprimento sanzionatorio, quale deterrente in funzione generalpreventiva negativa[3], che si è già in passato dimostrato assolutamente inidoneo a prevenire la commissione di reati connessi alla guida di veicoli in stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica dovuta alla assunzione di sostanze stupefacenti. Ed invero, questi continui interventi del legislatore, posti in essere in assenza di qualsivoglia coordinamento, peraltro assolutamente privi di una visione di insieme del fenomeno che mirano a disciplinare ed ispirati ad una costante logica emergenziale, rischiano "*di far perdere alle cornici edittali di pena la funzione di esprimere una scala coerente di valutazioni di gravità, di meritevolezza e di bisogno di pena*"[4].

E dire che sarebbe potuta andare addirittura peggio, laddove avessero trovato seguito le proposte di legge che costruivano la fattispecie dell'omicidio stradale in termini dolosi, come si vedrà meglio nel paragrafo che segue, posto che si sarebbe attribuito all'agente un evento generalmente non voluto con la abusata (e del tutto insoddisfacente) formula della accettazione del rischio.

Senza scendere nel dettaglio, non essendo questo il fine della presente riflessione, è sufficiente evidenziare come la soluzione dei problemi relativi alla criminalità stradale sia legata ad una più ampia (e più costosa) politica di prevenzione, fondata sulla sensibilizzazione rispetto a queste tematiche e sulla educazione stradale, unitamente a più sostanziosi investimenti, pubblici in termini di adeguamento della rete stradale e privati, da parte delle aziende costruttrici in relazione alla realizzazione di veicoli dotati di maggiori ed ancor più efficaci dispositivi di sicurezza, piuttosto che fondata unicamente sullo sterile innalzamento delle cornici edittali.

Il coefficiente psicologico doloso presente nelle prime proposte di legge del delitto di omicidio stradale

Come si è accennato, alcune delle prime stesure proposte della norma - poi modificate dal Senato della Repubblica nella redazione definitiva del 10 giugno 2015, come

trasmessa alla Camera dei Deputati - ne prevedevano l'inserimento nel codice penale dopo l'omicidio doloso (il disegno di L. n. 859 all'art. 575 *bis*, quelli n. 1378 e n. 1553 all'art. 577 *bis*). Dunque, ipotizzavano di punire l'omicidio stradale a titolo di dolo, sia pure con diverse sfumature.

Ed invero, la proposta di L. n. 859, prevedendo la punizione del conducente che si fosse posto alla guida con la consapevolezza del suo stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica derivante dall'assunzione di sostanza stupefacente[5], in buona sostanza codificava per la prima volta il dolo eventuale, circostanza questa che trova evidente conferma nella relazione che precede l'articolato, laddove si chiariva che sarebbe stato punito il conducente che "consapevole della pericolosità della propria condotta ne accetta il rischio in totale dispregio delle pressoché inevitabili conseguenze della stessa".

La proposta di L. n. 1378, invece, in maniera più generica puniva chiunque avesse cagionato la morte di una persona, ponendosi alla guida in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psicofisica dovuta all'uso di sostanze stupefacenti, ovvero procedendo ad una velocità superiore al doppio di quella consentita, ovvero si fosse dato alla fuga dopo l'incidente, senza tuttavia chiarire il profilo dell'elemento psicologico, preoccupandosi solo dell'aspetto sanzionatorio. Si legge, invero, nella relazione di accompagnamento all'articolato che "con il presente disegno di legge, si intende introdurre, all'articolo 577-bis del codice penale, una fattispecie autonoma e specifica, rubricata 'omicidio stradale', caratterizzata da un trattamento sanzionatorio intermedio tra quello previsto per l'omicidio colposo e quello previsto per l'omicidio volontario e realizzabile da chiunque causi la morte di una persona, essendosi posto alla guida in stato di ebbrezza o alterazione da assunzione di sostanze stupefacenti". La collocazione sistematica della norma, immediatamente dopo l'art. 577 c.p., che disciplina le circostanze aggravanti che accedono all'omicidio volontario, lasciava tuttavia intendere che anche l'omicidio stradale fosse punibile a titolo di dolo.

La proposta di L. n. 1553, infine, puniva all'art. 577 *bis* c.p. chiunque, ponendosi alla guida in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psicofisica dovuta all'uso di sostanze stupefacenti, ovvero si fosse dato alla fuga dopo l'incidente, avesse cagionato la morte di una persona. Anche in questo caso la norma era formulata in modo da non esplicitare se il conducente fosse punito a titolo di colpa o di dolo. Tuttavia, la sua collocazione dopo l'art. 577 c.p. lasciava intendere che l'elemento psicologico fosse da inquadrare nella categoria del dolo. In ogni caso, eventuali dubbi erano fugati dalla relazione che accompagnava l'articolato, nella quale si legge che "particolarmente evidente è il disvalore di chi, sotto l'effetto di tali sostanze, assume il rischio che mettendosi alla conduzione di un veicolo e provochi un sinistro stradale"; contraddittoriamente che "in questo caso chi agisce, pur non avendo il proposito di cagionare l'evento delittuoso, si rappresenta anche la semplice possibilità che esso si verifichi e ne accetta il rischio" (contraddittoriamente perché, se chi agisce non vuole cagionare l'evento morte, questo non può essergli attribuito a titolo di dolo); che, dunque, "il comportamento descritto è qualificato nel disegno di legge come omicidio

stradale e rientra nel novero dei reati sorretti da dolo eventuale e, come tale, viene caratterizzato da un trattamento sanzionatorio intermedio tra quello previsto dall'omicidio colposo e l'omicidio volontario".

Tali proposte prendono le mosse da quell'orientamento giurisprudenziale (fortunatamente) minoritario che ricorre alla categoria del dolo eventuale per "lanciare messaggi dissuasivo-responsabilizzanti"[(6)] e per stigmatizzare condotte gravemente offensive dei beni della vita e della integrità personale, in casi nei quali la condotta pare più correttamente inquadrabile nell'ambito della imputazione colposa[(7)].

Peraltro, l'utilizzazione della categoria del dolo eventuale nella ricostruzione dei delitti di omicidio cagionati da una condotta di guida inosservante delle regole cautelari che disciplinano la circolazione stradale desta non poche perplessità ed è il frutto del processo di *normativizzazione* del dolo, che da tempo ha trovato applicazione in settori della vita iper-regolamentati, finendo così con il perdere la sua connotazione volitiva, sostituita nella sostanza dal giudizio di rimproverabilità per aver violato regole cautelari, secondo un'accezione tipicamente normativa. In altri termini, l'estensione del dolo eventuale ha portato a sostituire la volontà dell'evento, intesa come coefficiente psichico reale, con il giudizio di rimproverabilità per la violazione di regole cautelari, con la conseguenza che, più numerose sono le violazioni (assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti, violazione del limite di velocità e del divieto di circolazione contromano, per rimanere al caso Beti di cui alla citata Cass., Sez. I, 30 maggio 2012, n. 23588), più si è portati ad individuare un coefficiente doloso[(8)]. In buona sostanza, la violazione di plurime regole cautelari equivale - secondo l'orientamento giurisprudenziale in discorso - ad accettare il rischio che si verifichi l'evento per scongiurare il quale dette regole erano state poste. Seguendo questa impostazione, dunque, si arriva a ritenere che ad una reiterata violazione di regole cautelari consegua quasi automaticamente l'affermazione della responsabilità a titolo di dolo.

Un'altra proposta di legge inseriva il delitto di omicidio stradale dopo quello di cui all'art. 586 c.p., che disciplina l'ipotesi di morte o lesioni come conseguenza non voluta di altro delitto (il disegno di legge n. 1357 all'art. 586 *bis*). Una siffatta soluzione avrebbe dato luogo a non pochi problemi, posto che il contesto di base nel quale si sarebbe dovuto inserire l'evento morte non voluto avrebbe dovuto essere necessariamente lo stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica (dovuta all'uso di sostanze stupefacenti) dolosi, restando dunque escluse tutte le ipotesi di ebbrezza o di stupefazione colpose, dovute cioè ad una imprudente o negligente leggerezza.

Il superamento del dolo eventuale nella nuova fattispecie di cui all'art. 589 *bis* c.p.

Forse l'unico aspetto positivo della novella, che permette di superare a piè pari l'ormai annosa querelle in ordine all'elemento psicologico che caratterizza i reati aggravati dalla violazione delle regole della circolazione stradale (colpa con previsione o dolo eventuale) e la conseguente oscillazione giurisprudenziale di cui si è dato conto, è

costituito dalla costruzione della nuova fattispecie di cui all'art. 589 *bis* c.p. in termini di delitto colposo[9].

Ora che la norma afferma a chiare lettere che l'evento non è voluto dall'agente (e, dunque, cagionato per la inosservanza di regole cautelari), dovrebbe essere scongiurato il ricorso da parte della giurisprudenza alla categoria del dolo eventuale, posto che allo stato la morte cagionata dal conducente di un veicolo a motore ebbro o in stato di alterazione psicofisica segue lo schema della imputazione colposa.

Non è chiaro se lo stato di ebbrezza o di stupefazione debba essere consapevole o se una siffatta consapevolezza non sia necessaria. L'eliminazione del termine "*consapevolmente*", che era presente nel disegno di legge n. 859, farebbe propendere per la seconda ipotesi.

Dunque, la nuova norma punisce il conducente che - volontariamente, per negligenza o imprudenza, consapevolmente ovvero inconsapevolmente - si pone alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica e cagioni per colpa la morte di una persona.

Se così è, non è dato comprendere quale sia la differenza sostanziale con la fattispecie previgente dell'omicidio colposo aggravato dalla violazione degli artt. 186 o 187 c. str., vale a dire dalla guida in stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica dovuta all'uso di sostanze stupefacenti, ipotesi aggravata questa già prevista dall'art. 589, comma 3, c.p. e punita con la pena della reclusione da tre a dieci anni. Se la *ratio* dell'intervento legislativo era quella di prevedere pene più elevate per le ipotesi di omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme del codice della strada, come si evince dalla lettura delle relazioni di accompagnamento alle varie proposte di legge, sarebbe stato sufficiente, dunque, novellare il comma 3 dell'art. 589, cit.

Anzi, paradossalmente, il legislatore con la novella che si sta esaminando pare aver prodotto una eterogenesi dei fini: ha sì aumentato le cornici edittali per lanciare un messaggio *dissuasivo-responsabilizzante*, ma ha legato le mani al giudice, che non potrà più stigmatizzare le condotte incriminate facendo ricorso alla categoria del dolo, che in termini di segnale simbolico ha certamente più presa sulla collettività dei consociati!

Ciò, oltre che nelle ipotesi di ebbrezza o di alterazione psicofisica dovuta all'uso di sostanze stupefacenti, anche in presenza della violazione di plurime regole cautelari, quali ad esempio il superamento (qualificato) del limite di velocità, il superamento di intersezioni con il semaforo che proietta il rosso, la circolazione contromano, l'inversione (qualificata) del senso di marcia, il sorpasso azzardato, tutte violazioni che - come si è visto - nel momento in cui concorrevano inducevano una parte della giurisprudenza a optare per l'omicidio volontario, secondo quello sciagurato processo di *normativizzazione* del dolo di cui si è detto[10].

I (non pochi) problemi applicativia) il profilo causale

In primo problema che la nuova norma pone - con specifico riferimento all'ebbrezza o alla alterazione psicofisica - riguarda il profilo causale: l'evento morte deve essere collegato etiologicamente a tale stato soggettivo? Detto altrimenti: il conducente

risponderà del delitto di cui all'art. 589 *bis* c.p. anche se l'evento morte non è causalmente collegato allo stato di ebbrezza o di stupefazione, cioè anche quando l'evento si sarebbe verificato ugualmente, se l'agente fosse stato sobrio o non alterato?

Viene, dunque, in rilievo il profilo della causalità della colpa, vale a dire l'incidenza del comportamento colposo sulla verificazione dell'evento, posto che, dopo aver accertato la causalità della condotta (cioè che il comportamento di guida del conducente abbia interferito nella causazione dell'evento), occorre verificare se la violazione della regola cautelare abbia contribuito a cagionare l'evento in concreto verificatosi[11] (l'art. 43 c.p., invero, collega l'evento alla violazione della regola cautelare, scritta o generata da fonte sociale).

La risposta al quesito, a sommesso avviso di chi scrive, non può che essere nel senso che l'evento morte debba essere collegato etiologicamente allo stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica, ciò in ossequio ai principi generali dell'ordinamento penale, atteso che - in caso contrario - troverebbe applicazione la logica del *versari in re illicita* (si pensi al caso di un conducente ebbro o stupefatto fermo allo stop, che venga violentemente tamponato da un'altra autovettura, il cui conducente nell'impatto trovi la morte).

È evidente che in siffatte ipotesi lo stato di alterazione non ha alcuna influenza sulla causazione dell'evento, con la conseguenza che dovrebbe essere escluso il nesso di causalità tra la condotta del guidatore ebbro o in stato di alterazione psicofisica dovuta all'assunzione di sostanze stupefacenti - che costituisce solo un'occasione del sinistro - e l'evento morte, dovendo il primo rispondere solo della contravvenzione di cui all'art. 186/187 c. str.

Tuttavia, la *ratio* della novella pare andare in senso decisamente diverso.

Si è detto, invero, che l'intervento legislativo è ispirato al concetto di *tolleranza zero* per chi si pone alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza o in stato di alterazione psicofisica, nel senso che l'inasprimento sanzionatorio previsto per il conducente ebbro o in stato di stupefazione pare ispirata ad una logica di pericolo astratto. Ne consegue che reali sono i rischi di una siffatta interpretazione ad opera della giurisprudenza.

Per vero, con riferimento ai reati circostanziati previsti dal comma 2 *bis* dell'art. 186 c. str. e dal comma 1 *bis* dell'art. 187 c. str., che - disciplinando l'ipotesi del conducente che in stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica determinata dall'assunzione di sostanze stupefacenti provochi un incidente - presentano significative similitudini con l'art. 589 *bis* c.p. che si commenta, deve essere posto in evidenza che la Suprema Corte richiede che sia accertato il coefficiente causale della condotta di guida rispetto al sinistro, ritenendo insufficiente il mero coinvolgimento nello stesso. In altri termini, si sostiene che equiparare tale ultima situazione alla condotta di chi "*provoca*" l'incidente costituirebbe una inammissibile ipotesi di analogia *in malam partem*[12]. In particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che è necessaria l'individuazione di "un obiettivo nesso di strumentalità-occasionalità tra lo stato di ebbrezza del reo e l'incidente dallo stesso provocato, non potendo certamente giustificarsi l'inflizione di

un deteriore trattamento sanzionatorio a carico del guidatore che, pur procedendo illecitamente in stato di ebbrezza, sia stato coinvolto in un incidente stradale di per sé oggettivamente imprevedibile e inevitabile e in ogni caso privo di alcuna connessione con lo stato di ebbrezza del soggetto"[13].

Tale più che condivisibile interpretazione, però, trova fondamento nella lettera della legge, che utilizza il verbo *provocare* (*Se il conducente in stato di ebbrezza provoca un incidente stradale* … - recita il comma 2 *bis* in discorso), che ha significative implicazioni causali, per cui con riferimento all'art. 589 *bis* c.p. - che ha una formulazione non così esplicita - può solo auspicarsi una applicazione giurisprudenziale che richieda l'accertamento della incidenza dello stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica sulla verificazione dell'evento morte.

b) il principio di colpevolezza

Gli aspetti più problematici della nuova fattispecie incriminatrice - sempre con specifico riferimento allo stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica determinata dall'uso di sostanze stupefacenti - si riscontrano con riferimento al principio di colpevolezza, rispetto al quale devono evidenziarsi molti punti di frizione.

La novella prosegue nella logica del legislatore del 1930, in luogo di ovviare agli annosi problemi che tale impostazione ha comportato e continua a comportare rispetto alla imputabilità e, di conseguenza, al principio di colpevolezza. Ed invero, premesso che l'imputabilità è la capacità di colpevolezza, vale a dire è presupposto per la rimproverabilità al soggetto di un determinato comportamento da lui posto in essere[14], nelle ipotesi di ubriachezza o di stupefazione non accidentali, come oggi disciplinate, il giudizio di rimproverabilità si fonda sull'utilizzo massiccio di *fictiones iuris*[15], che costituiscono una deroga espressa alla regola che esige, ai fini della punibilità, la presenza della capacità di intendere e di volere al momento della commissione del fatto. Il codice Rocco, invero, in un'ottica legata ad esigenze squisitamente autoritarie e preventive, ha dato vita per siffatte ipotesi ad un sistema di attribuzione della responsabilità penale sganciato dall'accertamento effettivo delle condizioni personali al momento della realizzazione del fatto (artt. 92 ss. c.p.)[16].

Tale disciplina risulta difficilmente armonizzabile con il principio di personalità della responsabilità penale, ma ancor prima con un diritto penale del fatto, potendosi ravvisare nelle varie ipotesi di ubriachezza e di assunzione di sostanze stupefacenti non accidentali, più che forme di responsabilità oggettiva, vere e proprie figure di colpa d'autore, in cui al centro del giudizio di disapprovazione vi è esclusivamente l'atteggiamento interiore del soggetto ovvero le scelte esistenziali di quest'ultimo e non la singola offesa al bene giuridico. Le scelte normative in materia sembrano fondarsi, in sostanza, su una *colpevolezza per la condotta di vita* in spregio ai principi di offensività, integrazione sociale e ragionevolezza[17].

In altri termini, si tratta di una disciplina dove evidente risulta lo iato tra fatto e colpevolezza, caratteristico dello schema dell'*actio libera in causa*, tra norma e realtà sottostante, che costringe il legislatore al ricorso a finzioni giuridiche, le quali a loro volta finiscono per collidere irrimediabilmente con il principio di colpevolezza, dando

luogo ad ipotesi di responsabilità oggettiva occulta o mascherata, che in quanto tali vanno rigorosamente bandite dall'ordinamento giuridico[18].
Si vuole evidenziare, in buona sostanza, che non è possibile (o meglio, pensabile) muovere qualsivoglia rimprovero ad un soggetto che non sia in grado di autodeterminarsi secondo i valori espressi dalle norme giuridiche, che cioè non sia in grado di esprimere un giudizio sul significato del proprio comportamento illecito, né di conformarsi a tale comprensione. Occorre a questo punto precisare che capacità di comprendere il significato del proprio comportamento illecito non significa coscienza dell'antigiuridicità del fatto, valutata alla stregua della norma incriminatrice, ma più semplicemente comprensione del suo significato offensivo, nella sua dimensione fattuale concreta, poiché altrimenti si innalzerebbe troppo il livello di conoscenza e di valutazione richiesto all'agente. Due delle commissioni ministeriali per la riforma del codice penale, quella presieduta dal prof. Carlo Federico Grosso e quella presieduta dall'avv. Giuliano Pisapia, hanno fatto riferimento alla "capacità di comprendere il significato del fatto"[19].
Può dunque affermarsi che l'imputabilità riguarda il rapporto dell'agente con la pretesa dell'ordinamento penale all'osservanza dei suoi comandi o dei suoi divieti.

Del resto, quanto si sta qui sostenendo è in piena sintonia anche con le funzioni della pena: dal punto di vista della prevenzione generale, invero, in tanto la minaccia della sanzione può avere effetti deterrenti sui consociati, in quanto i destinatari siano in grado di essere motivati da tale minaccia; dal punto di vista della prevenzione speciale, analogamente, la finalità rieducativa della pena ha senso solo se rapportata alla possibilità della sua percezione. Sotto quest'ultimo profilo, si vuol dire che l'espletamento del finalismo rieducativo della pena presuppone che l'autore del reato abbia manifestato ribellione o almeno indifferenza verso il bene giuridico tutelato e, dunque, la consapevolezza di commettere un fatto penalmente illecito.

L'imputabilità presuppone, dunque, un soggetto potenzialmente libero e, quindi, sul terreno delle funzioni della pena, un soggetto motivabile attraverso la norma penale (c.d. motivabilità normativa)[20].
Orbene, anche la costruzione della nuova fattispecie colposa si fonda su una *fictio iuris*, che comporta la anticipazione della valutazione dell'elemento soggettivo ad un momento antecedente a quello in cui viene posta in essere la condotta incriminata, cioè quando il (futuro) conducente assume sostanze alcoliche o stupefacenti (condotta questa che di per sé non costituisce reato e che, anzi, è estranea al fatto tipico[21]) e non quando cagiona la morte del malcapitato di turno, momento questo in cui la capacità di intendere e di volere è presunta.
La soluzione del problema - inutile nasconderlo - è complessa, ma la sensazione è che il legislatore non ci abbia nemmeno provato, più preoccupato di riscuotere consenso sull'onda dell'emergenza - come si è detto in premessa - con un intervento che esula da una ragionata e razionale politica criminale e che prescinde da un ripensamento generale del sistema, che dovrebbe prendere le mosse da una radicale riforma dell'istituto della imputabilità, ormai profondamente in crisi[22].

Una più che valida alternativa per la disciplina di siffatte condotte, che comprensibilmente generano forte allarme sociale, avrebbe potuto essere quella di prevedere una apposita norma di parte speciale - analoga a quella prevista dal legislatore tedesco alla lett. a) del par. 323 StGB - che punisca il conducente ebbro o stupefatto che cagiona la morte di una persona per essersi posto nello stato di incapacità di intendere e di volere. In altri termini, si sarebbe potuto costruire l'uso di alcol o di sostanze stupefacenti come un reato di pericolo, punibile solo allorché si realizzi un evento ulteriore, costituito dalla commissione del reato in stato di incapacità. Dunque, ferma restando la non punibilità dell'uso di dette sostanze, quando ciò rimanga senza conseguenze rispetto alla generalità dei consociati, il diritto penale interverrebbe con la previsione della pena nei casi in cui l'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti abbia posto in pericolo beni ritenuti meritevoli di tutela (quale quello della pubblica incolumità nella ipotesi di guida in stato di ebbrezza o in stato di alterazione psicofisica dovuta all'uso di sostanze stupefacenti ovvero quello della vita nel caso in cui il conducente ebbro o stupefatto cagioni a causa di tale stato la morte di una persona), determinando la commissione di un delitto posto in essere in stato di incapacità di intendere e di volere.

Una impostazione di tal genere - ad avviso di chi scrive - risulterebbe certamente più compatibile con il principio di colpevolezza.

c) il principio della funzione rieducativa della pena

Anche con riferimento al principio della funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 Cost. la nuova fattispecie presenta aspetti problematici. In particolare, risulta di immediata percezione un sistema sanzionatorio ispirato alla mera ed esemplare deterrenza, quasi come se l'inasprimento *tout court* delle sanzioni fosse la panacea di tutti i mali. L'esperienza insegna invece che soluzioni siffatte, oltre che portatrici di una significativa dose di irrazionalità nel sistema, si sono sempre rivelate sterili ed inadeguate dal punto di vista della politica criminale.

Ed invero, il nuovo art. 589 *bis* c.p., pur mantenendo ferma la previsione della pena della reclusione da due a sette anni nel caso di omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale (la previsione dell'art. 589, comma 2, c.p. precedente alla novella, con la conseguenza che tale ultima disposizione è ora relativa solo all'omicidio colposo commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro), punisce:

- al comma 2, con la pena della reclusione da otto a dodici anni l'omicidio stradale commesso dal conducente in stato di grave ebbrezza alcolica (oltre 1.5 g/l) o di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti (nel caso di conducente professionale, ai sensi del comma 3 dell'art. 589 *bis* c.p., è sufficiente un tasso alcolico superiore a 0.8 g/l);

- al comma 4, con la pena della reclusione da cinque a dieci anni l'omicidio stradale commesso dal conducente in stato di ebbrezza alcolica media (tra 0.8 g/l e 1.5 g/l) ed al comma 5, dal conducente che ecceda i limiti di velocità (procedendo in un centro urbano ad una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita e comunque non

inferiore a 70 km/h, ovvero su strade extraurbane ad una velocità superiore di almeno 50 km/h rispetto a quella massima consentita) o che attraversi un'intersezione con il semaforo rosso o che circoli contromano o che inverta la marcia in prossimità o in corrispondenza di intersezioni, curve o dossi o a seguito di sorpasso di un altro mezzo in corrispondenza di un attraversamento pedonale o di linea continua.

Sono poi previsti vari aumenti di pena:

a) per il conducente che non abbia conseguito la patente di guida o abbia la patente sospesa o revocata o non abbia assicurato il proprio veicolo a motore (art. 589 *bis*, comma 6, c.p.);

b) per il conducente che provochi la morte di più persone ovvero la morte di una o più persone e le lesioni di una o più persone: in tal caso è prevista l'applicazione della pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni aumentata fino al triplo, fissando il tetto massimo in diciotto anni (art. 589 *bis*, comma 8, c.p.);

c) per il conducente che, dopo aver cagionato l'omicidio stradale, si dia alla fuga (art. 589 *ter* c.p.): in tal caso l'aumento previsto va da un terzo a due terzi e in ogni caso non può essere inferiore a cinque anni. A tale ultimo proposito, deve osservarsi che l'espressione utilizzata dal legislatore - "*la pena è aumentata da un terzo a due terzi e comunque non può essere inferiore a cinque anni*" - appare alquanto infelice. Ed invero, pare palese che è l'aumento di pena a non poter essere inferiore a cinque anni e non la pena irroganda, altrimenti si creerebbe un ingiustificato trattamento di favore nei confronti del conducente in grave stato di ebbrezza che si dia alla fuga, nel senso che sarebbe punito con una pena inferiore a quella minima di otto anni prevista dal comma 2 dell'art. 589 *bis* c.p., che sicuramente disciplina una ipotesi di minore gravità, non essendo l'omicidio seguito dalla fuga.

Giova evidenziare che attualmente la fuga dopo un sinistro stradale è ipotesi criminosa che costituisce autonoma figura di reato, disciplinata dall'art. 189, comma 6, c. str. e punita con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni. Quella di cui all'art. 589 *ter* c.p. costituisce, dunque, una ipotesi speciale rispetto alla fattispecie generale disciplinata dal codice della strada.

Orbene, appare di intuitiva evidenza che un aumento così drastico delle sanzioni, anche di quelle accessorie (in caso di omicidio stradale - anche quando venga concesso il beneficio della sospensione condizionale della pena - è comunque disposta la revoca della patente di guida, con la previsione di tempi particolarmente lunghi per poterla conseguire nuovamente: nel caso di fuga in seguito ad omicidio stradale si arriva addirittura a trenta anni), risulta ispirato ad una concezione squisitamente retributiva e di prevenzione deterrenza della pena, dunque, in palese contrasto con il principio costituzionale del finalismo rieducativo della pena sancito dall'art. 27, comma 3, Cost., in funzione di specifiche esigenze specialpreventivo-risocializzative del condannato.

In particolare, la funzione della prevenzione speciale è quella di eliminare o ridurre il pericolo che il soggetto ricada in futuro nel reato attraverso il reinserimento del reo nella comunità dalla quale si era estraniato, agendo sugli stessi fattori che avevano determinato il perpetrarsi del delitto. La rieducazione, in altre parole, costituisce

l'opportunità che si offre a chi ha delinquito di reinserirsi progressivamente nel tessuto sociale, adeguando il proprio comportamento alle regole giuridiche; in breve, si tratta di accettare l'offerta di recupero sociale che lo Stato avanza con l'irrogazione della pena rispondente ai canoni costituzionali che la presidiano.

Orbene, con la previsione di pene spropositate si vanifica il precetto costituzionale in discorso e si corre il pericolo di sacrificare il singolo individuo sull'altare della prevenzione generale negativa, all'evidente fine di soddisfare bisogni di stabilità e sicurezza (*rectius*: paura collettiva) fortemente avvertiti dai consociati, strumentalizzando tuttavia il condannato; senza tacere che una pena sproporzionata viene percepita dal destinatario come ingiusta (e di conseguenza inidonea a favorirne il reinserimento sociale), tenuto conto della particolarità della materia, nella quale - va sempre ricordato - ci si muove sul terreno della imputazione colposa e si ha riguardo ad eventi che il soggetto non aveva volontà di cagionare.

Omicidio stradale e violazione degli artt. 186 e 187 c. str.: concorso di reati o reato complesso?

A questo punto occorre prendere in esame un'ulteriore questione: il delitto di cui all'art. 589 *bis* c.p. concorre con la contravvenzione di cui all'art. 186 c. str. (ovvero con quella prevista dall'art. 187 c. str.) o si è in presenza di un reato complesso?

A tale proposito va dato atto che l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è granitico nel ritenere che l'omicidio colposo (ma il discorso è identico per le lesioni colpose) aggravato dalla "violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale" concorra con la contravvenzione del codice della strada[23].

Trattasi di una impostazione che desta non poche perplessità, atteso che ritenere il concorso di reati nelle ipotesi in esame significa porre a carico del soggetto due volte la stessa circostanza di fatto, vale a dire - nel caso che qui occupa - la violazione dell'art. 186 c. str. (o dell'art. 187 c. str.), in aperta violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale[24], che, "oltre ad esprimere un'elementare esigenza razionale ed equitativa, costituisce un operante principio di diritto positivo"[25].

Risulta, dunque, del tutto condivisibile quell'orientamento dottrinario[26] che in siffatte ipotesi ritiene applicabile la disciplina del reato complesso di cui all'art. 84 c.p., in cui i reati di guida in stato di ebbrezza o di alterazione psicofisica dovuta all'uso di sostanze stupefacenti entrano a farvi parte in qualità di circostanze aggravanti.

Esso fa leva sul criterio di assorbimento - che trova la sua *ratio* non in un rapporto logico tra norme, ma in un rapporto di valore, per cui il giudizio di disvalore del fatto concreto viene ad essere compreso nella norma che prevede il reato più grave - per dare soluzione ai casi di conflitto apparente di norme non risolvibili alla stregua del principio di specialità e porta ad "escludere il concorso di reati in tutte le ipotesi nelle quali la realizzazione di un reato comporta, secondo l'id quod plerumque accidit, la commissione di un secondo reato, il quale perciò finisce, ad una valutazione normativo-sociale, con l'apparire assorbito dal primo"[27]. Tale impostazione soddisfa anche l'altro principio del tutto complementare della integrale valutazione giuridica del fatto, alla luce del quale vi è concorso di reati quando solo l'applicazione

cumulativa delle fattispecie incriminatrici "è in grado di esaurire la integrale valutazione di tutti gli aspetti giuridicamente significativi del comportamento"[28]: ebbene, non pare possa revocarsi in dubbio che l'omicidio colposo di cui all'art. 589 *bis* c.p., anche in considerazione dell'inasprimento delle sanzioni rispetto all'omicidio colposo semplice, copra l'intero disvalore della condotta criminosa.

La disciplina delle circostanze

Sempre nell'ottica della comminazione di una pena esemplare, il legislatore all'art. 590 *quater* c.p. ha previsto il divieto di equivalenza o prevalenza di eventuali circostanze attenuanti con le circostanze aggravanti di cui ai commi 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 589 *bis* c.p. e di cui all'art. 589 *ter* c.p., per cui le diminuzioni si operano sulla quantità di pena determinata ai sensi delle predette circostanze aggravanti (lo stesso è previsto in relazione alle lesioni stradali con riferimento alle circostanze aggravanti di cui ai commi 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 590 *bis* c.p. e all'art. 590 *ter* c.p.). In tal modo ha evitato che il giudice possa bilanciare le circostanze ed addivenire all'irrogazione di una pena che possa scendere al di sotto del minimo edittale (un regime analogo - come si è visto - era stato adottato anche prima della novella in commento, posto che l'art. 590 *bis* c.p. prevedeva il divieto di equivalenza o prevalenza di eventuali circostanze attenuanti nel giudizio di bilanciamento con la circostanza aggravante della violazione delle norme della circolazione stradale). Trattasi di un atteggiamento di aperta sfiducia nei confronti di chi è chiamato ad applicare la legge, posto che limita la discrezionalità nella valutazione del giudice: quest'ultimo è vincolato a fare applicazione della circostanza privilegiata, atteso il contenuto preminente sotteso alla enucleazione dell'elemento circostanziale stesso, evitando così che la valutazione comparativa con elementi di segno opposto possa eliderne la portata. Sull'altro piatto della bilancia, però, c'è la funzione di individualizzazione e personalizzazione del trattamento sanzionatorio, che viene in tal modo mortificata, in violazione dei principi di personalità della responsabilità penale e di funzione rieducativa della pena, dato che verrebbe impedita quella valutazione globale del fatto funzionale all'applicazione di una pena ad esso proporzionata[29].

È poi prevista una circostanza attenuante, per effetto della quale la pena è diminuita fino alla metà, quando l'evento, pur cagionato dalle condotte imprudenti sopra descritte, sia conseguenza anche di una condotta della vittima o di terzi ("qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole", recita il comma 7 dell'art. 589 *bis* c.p.).

Le modifiche di natura processuale

Importanti sono anche le modifiche di natura processuale.

Prima tra tutte è la previsione dell'arresto obbligatorio in flagranza nelle ipotesi di omicidio stradale, limitatamente ai casi disciplinati dai commi 2 e 3 dell'art. 589 *bis* c.p. (è, altresì, previsto l'arresto facoltativo in flagranza nei casi di lesioni colpose stradali gravi o gravissime).

L'altra significativa modifica è rappresentata dalla *vocatio in ius*: è prevista la citazione diretta a giudizio innanzi al tribunale in composizione monocratica (e la sottrazione alla competenza del giudice di pace delle lesioni personali).

Il reato di omicidio stradale (unitamente a quello di lesioni colpose stradali) è stato fatto rientrare tra quelli per i quali il P. M. può chiedere per una sola volta la proroga del termine di durata delle indagini preliminari.

Quanto alle operazioni peritali ed ai prelievi di campioni biologici, con la novella dell'art. 224 *bis* c.p.p., è prevista la possibilità per il giudice anche per il reato di omicidio stradale (oltre che per quello di lesioni personali stradali) di disporre con ordinanza motivata (e per il P.M. nei casi di urgenza - ove sussista il pericolo che dal ritardo possa derivare un grave ed irreparabile pregiudizio alle indagini - con decreto per il quale nelle quarantottore va chiesta la convalida al G.I.P., che deve provvedere nelle successive quarantotto ore) l'esecuzione coattiva del prelevamento di campioni biologici. Trattasi di disposizione la cui applicazione comporterà non pochi problemi, sol che si consideri che fino ad ora il consenso dell'interessato non era ritenuto necessario solo per i prelievi effettuati in seguito al ricovero dopo il sinistro stradale e nell'ambito della sottoposizione a cure mediche, con la conseguenza che i risultati delle analisi svolte su prelievi ematici effettuati senza il consenso - ed al di fuori dei protocolli medici di pronto soccorso - erano inutilizzabili ai sensi dell'art. 191 c.p.p., per violazione dell'art. 13 Cost., atteso che il prelievo ematico costituisce una restrizione della libertà personale, garantita dalla riserva di legge che implica l'esigenza di tipizzazione dei *casi* e dei *modi* in cui la libertà personale può essere legittimamente compressa[30].

Infine, deve essere segnalata la possibilità che la richiesta di rinvio a giudizio per il reato di cui all'art. 589 *bis* c.p. venga depositata entro trenta giorni dalla chiusura delle indagini preliminari e che tra la data che in sede di udienza preliminare dispone il giudizio e quella fissata per il giudizio stesso non debba intercorrere un termine superiore a sessanta giorni.

---

(1) Mantovani, *In tema di omicidio stradale*, in *Diritto penale contemporaneo* - 9 dicembre 2015.

(2) Sulla tematica, in generale, del diritto penale simbolico, v. Moccia, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli 1997 e, più recentemente, Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia: tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli 2001; sulla tematica specifica, sia poi consentito il richiamo a D'Auria, *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale dalla legge 15/7/09 n. 94*, in questa *Rivista*, n. 10/09 e a D'Auria, *Le modifiche apportate alla materia della circolazione stradale dalla legge 29/7/10 n. 120*, in questa *Rivista*, n. 11/10.

(3) Maiello, *Note minime sui rapporti tra pena e costituzione*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, 2006, 97 ss., nonché Monaco, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli 1984, 20.

(4) Reccia, *La criminalità stradale. Alterazione da sostanze alcoliche e principio di colpevolezza*, Torino, 2014, 71.

(5) L'art. 575 *bis* c.p. previsto nel disegno di legge n. 859, presentato al Senato della Repubblica nella XVII legislatura, comunicato alla Presidenza in data 20/6/13, così recitava: *Chiunque, ponendosi consapevolmente alla guida di un autoveicolo o di un motoveicolo, in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione dovuta all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi, rispettiva-mente, degli articoli 186, comma 2, lettere b) e c), e 187 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, cagiona la morte di una persona è punito con la reclusione da otto a diciotto anni.*

(6) Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. contemporaneo*, in *Riv. trim.*, 2012, 146.

(7) Demuro, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 142 ss.; Fiandaca, *op. cit.*, 154; sia consentito anche il richiamo a D'Auria, *Fin dove il dolo eventuale? Qualche riflessione, traendo spunto dal "caso Thyssenkrupp"*, in *Leg. Pen.*, 2013, 163 ss. In giurisprudenza, solo a titolo di esempio, si ricordano: Cass., Sez. I, 30 maggio 2012, n. 23588, Beti; Cass., Sez. I, 1° febbraio 2011, n. 10411, Ignatiuc (che viene presa a modello dalla Corte di assise di Torino del 15 aprile 2011 nel cosiddetto "caso Thyssenkrupp") e, dopo la sent. SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343, Cass., Sez. II, 30 settembre 2014, n. 43348, Mistri. Sulla tematica del dolo eventuale, cfr. altresì Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 122; Id., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in Donini - Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, 2013, 135 ss.

(8) De Vero, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 883 ss.; sia inoltre consentito ancora il richiamo a D'Auria, *Fin dove il dolo eventuale? Qualche riflessione, traendo spunto dal "caso Thyssenkrupp"*, cit., 165.

(9) Recita, infatti, il comma 2 dell'art. 589 *bis* c.p.: *Chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope …, cagioni per colpa la morte di una persona …*
In argomento, Pisa, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in questa *Rivista*, n. 2/2016, 145 ss.

(10) In tema, cfr. Pisa, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, cit., 145 ss., secondo cui - se gli *standards* probatori del dolo eventuale continuassero ad essere quelli delineati da Cass., Sez. I, 11 marzo 2005, n. 18220, Beti - "la

conclusione, ad avviso di chi scrive, sarebbe probabilmente la seguente: negli incidenti stradali il dolo eventuale è pressoché indimostrabile, soprattutto di fronte ad un guidatore ubriaco o sotto l'effetto di stupefacenti, e a questo punto andrebbe rivalutata la scelta del legislatore di costruire un 'omicidio stradale' a prova semplificata, lasciando fuori il dolo eventuale; il livello della pena sarà più contenuto ma si tratta pur sempre della reclusione con massimi di dieci/dodici anni, elevabili a diciotto anni in presenza di pluralità di vittime; se poi il responsabile si dà alla fuga è assicurato un supplemento di almeno cinque anni (aumento 'blindato' dall'art. 590 *quater*). Per le lesioni gravi o gravissime il nuovo quadro sanzionatorio è ovviamente meno rigoroso ma non lontano comunque dalle pene per le lesioni dolose (si noti che le aggravanti dell'art. 583 c.p. sono suscettibili di bilanciamento, a differenza della fattispecie 'stradale' colposa). È difficile per ora prevedere se il legislatore si fermerà qui o se assisteremo, sotto nuove pressioni mediatiche, al varo di ulteriori figure specifiche di omicidio colposo ('industriale', 'ecologico', 'sportivo' e così via), accompagnate da analoghe fattispecie di lesioni gravi o gravissime. Appare sicuro, invece, qualche eccesso sanzionatorio per i casi meno gravi: basta rileggere separatamente alcune delle ipotesi previste dal comma 5 del nuovo art. 589 *bis* e collocarle in contesti particolari. Può darsi che i limiti alla discrezionalità giudiziale vengano sottoposti all'attenzione della Corte costituzionale ma non è agevole prefigurare l'esito di eccezioni di incostituzionalità. Comunque l'appiattimento di casi molto diversi nello schema dell'omicidio colposo stradale non è risultato soddisfacente ed è quindi augurabile che non sia precluso, sia pure in vicende gravissime, l'inquadramento nell'ambito dell'omicidio doloso, rimandando in soffitta la formula di Frank".

(11) Basile, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005; Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009; Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965; Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004; Veneziani, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.

(12) Cfr. Cass., Sez. IV, 28 maggio 2013, n. 37743, Callegaro.

(13) Cfr. Cass., Sez. IV, 4 luglio 2013, n. 31360, Curti.

(14) Bertolino, *L' imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 505; Cadoppi - Veneziani, *Elementi di diritto penale, p.g.*, Padova, 2015, 374 ss.; Collica, *Vizio di mente ed imputabilità*, Torino, 2005, 17 ss.; Fiandaca - Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 341 ss.; Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 37; Marinucci - Dolcini (a cura di Gatta), *Manuale di diritto penale*, Milano, 2015, 573 ss.; Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2012, 182 ss.; Palazzo, *Corso di diritto penale, p.g.*, Torino, 2016, 441 ss.; M. Romano, in *Commentario Sistematico del codice penale, II, art. 85*, 17 ss. Per questa impostazione, in giurisprudenza, Cass. Pen., SS.UU., 25 gennaio 2005, n. 9163, Raso, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 394, con nota di Collica, con la quale è stata sottolineata l'impossibilità di far luogo a giudizio di rimproverabilità per il fatto commesso ove la

condotta esuli dalle facoltà di controllo e di scelta dell'agente. In tale sentenza si evidenzia altresì che "*i confini di rilevanza ed applicabilità dell'istituto dell'imputabilità dipendono, in effetti, anche, in qualche misura, dal concetto di pena che si intende privilegiare*".

(15) Fiandaca, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. pen.*, 2006, 257 ss.

(16) Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla terapia sociale"*, cit., 35 ss.

(17) Fiandaca Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., 298 ss.; Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 88 ss.

(18) Manna, *Corso di diritto penale, p.g.*, Padova, 2015, 421 ss.

(19) Sia consentito il richiamo a D'Auria, *Un primo passo verso la "sanitarizzazione" del trattamento sanzionatorio dei non imputabili in attesa di una riforma complessiva dell'imputabilità*, in *Cass. pen.*, 2014, 720.

(20) Cfr., per tutti, Fiandaca Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., 299; cfr. anche Bertolino, *L' imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., 59.

(21) Cfr. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 194.

(22) Sia consentito ancora il richiamo a D'Auria, *Un primo passo verso la "sanitarizzazione" del trattamento sanzionatorio dei non imputabili in attesa di una riforma complessiva dell'imputabilità*, in *Cass. pen.*, 2014, 719.

(23) Cfr., da ultimo, Cass., Sez. IV, 3 ottobre 2012, n. 46441, Cioni e Cass., Sez. IV, 29 ottobre 2009, n. 3559, Corridori; ed ancora, Cass., Sez. IV, 4 maggio 1979, n. 663, Cini; Cass., Sez. V, 15 gennaio 1979, n. 2608, Schiavone; Cass., Sez. IV, 22 maggio 1971, n. 1103, Bacci; Cass., Sez. IV, 17aprile 1970, n. 1495, Duranti; Cass., Sez. IV, 12 novembre 1969, n. 2883, Gonnelli.

(24) Sia consentito il richiamo a D'Auria, *Omicidio colposo aggravato dalla "violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale" e contravvenzione del codice della strada: concorso di reati o reato complesso?*, in questa *Rivista*, n. 6/2010.

(25) Mantovani, *Diritto Penale. p.g.*, Padova, 2015, 478 ss.

(26) De Francesco, *Profili sistematici dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, 1978, 434; Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale* I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2014, 114.

(27) Palazzo, *Corso di Diritto Penale, parte generale*, cit., 544, 556; Fiandaca Musco, *Diritto Penale, parte generale*, cit., 691.

(28) Palazzo, *Corso di Diritto Penale, parte generale*, cit., 556 ss.

(29) Michael, *Profili di incostituzionalità dell'art. 69 c.p. con particolare riguardo ai rapporti tra recidiva e violenza sessuale di "minore gravità"?*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2014, 142 ss.

(30) Cfr., da ultimo, Cass., Sez. IV pen., 10 dicembre 2013, n. 1522, Lo Faro; Cass., Sez. IV, 15 novembre 2012, n. 10605, Bazzotti; Cass., Sez. IV, 6 novembre 2012, n.

6755, Guardabascio; Cass., Sez. IV, 16 maggio 2012, n. 26108, Pesaresi; ed ancora, Cass., Sez. IV, 21 dicembre 2011, n. 8041, Pasolini; Cass., Sez. IV, 4 novembre 2009, n. 1827, Boraco; Cass., Sez. IV pen., 9 dicembre 2008, n. 4118, Ahmetovic.

Il reato di rissa

Cass. pen. Sez. I, 07-04-2016, n. 30215 (rv. 267224)
INCOLUMITA' PUBBLICA (REATI)RISSA

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la vita e l'incolumità individuale - Rissa - Rissa aggravata a norma dell'art. 588, comma secondo, cod. pen. - Concorso con i reati di lesioni e omicidio - Condizioni

Con l'ipotesi delittuosa di rissa aggravata a norma dell'art. 588, comma secondo, cod. pen. concorrono, con riguardo al solo corissante autore degli ulteriori fatti, i reati di lesioni personali e omicidio da costui commessi nel corso della contesa, non avendo detti reati valore assorbente della rissa, in quanto non sono configurabili come progressivi rispetto ad essa, né essendo quest'ultima, rispetto ai primi, "reato complesso". (Rigetta, Ass.App. Palermo, 13/11/2014)

FONTI

CED Cassazione, 2016

Cass. pen. Sez. V Sent., 07/02/2014, n. 12508 (rv. 259999)
RISSA

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la vita e l'incolumità individuale - Rissa - Estremi - Numero minimo di contendenti

Ai fini della configurabilità del reato di rissa è sufficiente la partecipazione di tre contendenti. (Annulla senza rinvio, Trib. Cassino, 03/08/2012)

FONTI

CED Cassazione, 2014

RISSA CULMINATA CON MORTE O LESIONI PERSONALI

Leo Guglielmo

Cass. pen. Sez. I Sent., 15 maggio 2008, n. 20933

Quesito

L'ipotesi della rissa aggravata ai sensi del secondo comma *dell'art. 588 c.p.* comporta sempre, ex *art. 116 c.p.*, una responsabilità per «concorso anomalo » nei delitti di lesioni o omicidio?

È maturata recentemente, in giurisprudenza, una discussione sulla portata e sulle implicazioni dell'aggravante speciale concernente il delitto di rissa: se nello scontro (o in conseguenza di esso) qualcuno rimane ucciso o riporta lesioni personali, «per il solo fatto della partecipazione » alla rissa la pena è fortemente inasprita, crescendo la previsione edittale dalla mera comminazione di una sanzione pecuniaria (per l'ipotesi

non aggravata) fino alla reclusione per cinque anni (*art. 588, secondo comma, c.p.).* Il problema, in effetti, è connaturato alla fisionomia del delitto in questione, ove più persone si scontrano con violenza e dunque, in termini strettamente causali, è forte la probabilità che qualcuno riporti ferite o addirittura perda la vita. La «facilità » dello sbocco lesivo rende conto della previsione di un'aggravante specifica per la rissa, ma condiziona, al tempo stesso, l'attribuzione delle responsabilità per i delitti concorrenti di lesioni od omicidio. Tale responsabilità si diffonde con «naturalezza » nel caso di evento da tutti programmato, ed anche nel caso di generalizzata accettazione del rischio che dallo scontro conseguano conseguenze dannose o fatali per taluno dei partecipanti alla rissa. Anche fuori dalle ipotesi di dolo, per altro, la connessione causale, proprio per il fatto di accompagnarsi ad una sorta di «prevedibilità » tipica dell'evento aggravante, evoca immediatamente un problema di «concorso anomalo », *ex art. 116 c.p.* , per tutti i corissanti.

È appena il caso di ricordare che i compilatori del codice penale, non prevenuti verso ipotesi di responsabilità oggettiva, e motivati dall'intento di scoraggiare qualsiasi forma di collaborazione a fini delittuosi, avevano stabilito che ogni concorrente dovesse rispondere del diverso reato in ipotesi commesso dal correo, anche se più grave di quello concordato, alla sola condizione che questo fosse conseguenza della sua personale condotta. È altrettanto conosciuto l'intervento «correttivo » della Consulta, la quale, con una tipica sentenza interpretativa di rigetto, aveva «inserito » in questa peculiare fattispecie di concorso un elemento aggiuntivo, tale da assicurarne la compatibilità con il principio di colpevolezza: al fianco del nesso eziologico materiale, occorre un rapporto di «causalità psichica », consistente nella possibilità che l'evento non programmato si rappresenti, nella mente dell'agente, come «uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto » (Corte cost. 31 maggio 1965, n. 42). La giurisprudenza successiva ha chiarito che la «prevedibilità » posta a fondamento della fattispecie è una sorta di potenzialità non attuata, in quanto, se l'agente giunge a cogliere la possibile implicazione del proprio atteggiamento, la situazione evolve nettamente verso l'area del dolo eventuale, e dunque verso una ipotesi di concorso non «anomala » (da ultimo, tra le molte,*Cass., Sez. VI, 22 maggio 2008, n. 20667,* Scambia, in *C.E.D. Cass.*, n. 240060).

Non è dubbio, per tornare al caso specifico della rissa, che l'eventuale corresponsabilità per i fatti di lesioni od omicidio, anche a norma *dell'art. 116 c.p.* , si affianchi a quella per il delitto di rissa aggravata. Quest'ultimo, in altre parole, non è un reato complesso (in tal senso si veda già Cass., Sez. II, 14 dicembre 1964, n. 6771, Zaniol, *ivi*, n. 099335; in seguito, tra le molte, Cass., Sez. V, 23 dicembre 1977, 16011, Alessi, *ivi*, n. 137506). Sembra invece discussa, almeno sul piano logico, la possibilità che taluno venga chiamato a rispondere del delitto di rissa aggravato senza, nel contempo, rispondere anche del concorso «anomalo » nel reato contro la vita o l'incolumità personale commesso da uno dei corissanti.

In senso negativo sembra orientata, sebbene la conclusione non sia resa esplicita, una recente decisione della Corte di legittimità (*Cass., Sez. V, 15 marzo 2007, n.*

10995, Ciurlia, ivi, n. 236512). Nella specie è stata ribadita la giurisprudenza corrente circa i presupposti di applicazione *dell'art. 116 c.p.*, e tuttavia si è manifestata l'opinione che, nel caso della rissa, sia ineluttabile la prevedibilità di un evento di lesioni o di morte, così da negare, di fatto, la possibilità di una applicazione disgiunta dell'aggravante speciale e delle fattispecie concernenti la vita o l'integrità personale. Ecco uno dei passaggi significativi: «È quasi superfluo ricordare che la rissa prevede come possibile logica conseguenza fondata sull' *id quod plerumque accidit*, che si verifichino lesioni o morte di alcuno dei contendenti, tanto è vero che *l'articolo 588 c.p.*, comma 2, considera tali eventi come aggravanti del delitto di rissa. Inoltre il delitto di rissa è reato contro l'ordine pubblico proprio perché la violenza dispiegata in tali vicende è tale che può coinvolgere numerose persone con gravi rischi non solo per la incolumità individuale ma anche per l'ordine pubblico. Quando, infatti, si progetti una rissa connotata da particolare violenza non è affatto possibile escludere che uno dei corissanti possa porre in essere anche condotte più gravi proprio perché nella rissa la violenza sfugge al controllo dei contendenti ». Insomma, la previsione dell'aggravante speciale sarebbe il segno di una generalizzazione inevitabile, di una prevedibilità ineluttabile del maggior evento lesivo.

Il ragionamento è stato apertamente contestato, dalla stessa Cassazione, in alcuni provvedimenti successivi. In una prima occasione la Corte, muovendosi ovviamente nella prospettiva imposta dal tenore delle censure considerate, si è preoccupata soprattutto di ribadire che la fattispecie di rissa aggravata non «assorbe » i reati volontari di lesioni o di omicidio, ricordando tra l'altro come la maggior sanzione sia prevista «per il solo fatto della partecipazione alla rissa ». Nel contempo, e però, i giudici di legittimità hanno specificato che i reati contro la vita o l'incolumità personale «non possono e non devono essere posti in via autonoma a carico degli altri corissanti (a meno che non sussistano gli estremi del concorso morale e materiale), agendo tali reati nei confronti di questi ultimi come semplice aggravante del delitto di rissa » (*Cass., Sez. I, 7 aprile 2008, n. 14346,* O., ivi, n. 240134).

La stessa logica caratterizza il più recente provvedimento sul tema, che polemizza apertamente con la decisione di segno opposto. Una volta che, in termini di fatto, il giudice abbia escluso «l'ipotesi concorsuale a carico dell'imputato nei più gravi eventi lesivi e omicidiari conseguenti alla rissa » - anche con riguardo alla fattispecie del concorso «anomalo » - è configurabile unicamente una responsabilità per rissa aggravata (*Cass., sez. I, 23 maggio 2008, n. 20933,* Neziri, ivi, n. 240307).

Come si vede, la discussione - curiosamente stentata, se si pensa alla frequenza degli accadimenti cui si riferisce - non sembra riguardare l'identificazione in astratto degli elementi di fattispecie, risolvendosi piuttosto in dibattito su una regola di esperienza, che sarebbe sorretta dalla previsione aggravante, ma produrrebbe i suoi effetti, in sostanza, sul piano della prova di un elemento costitutivo della fattispecie concorsuale (cioè la «prevedibilità »). E c'è da dire, in chiusura, che la Corte non si è neppure avvicinata, per il momento, al groviglio delle questioni poste dal criterio soggettivo di imputazione delle circostanze aggravanti, dopo che la riforma del 1990, dalla quale

è scaturito il testo attuale del secondo comma *dell'art. 59 c.p.* , ha indiscriminatamente introdotto una base almeno «colposa » per l'applicazione delle fattispecie che aggravano la pena (si ritiene che il secondo comma *dell'art. 588 c.p.* configuri una circostanza aggravante, suscettibile tra l'altro di comparazione con circostanze di segno opposto: Cass., Sez. V, 10 marzo 1975, n. 2686, Ortoman, *ivi*, n. 129443).

A RESPONSABILITÀ PENALE DEL SANITARIO ALLA LUCE DELLA RIFORMA "GELLI-BIANCO"

di Francesco D'Alessandro(*)

c.p. art. 590-sexies

L. 08-03-2017, n. 24, epigrafe

Con l'approvazione del d.d.l. Gelli-Bianco sono state introdotte nell'ordinamento numerose e rilevanti novità normative dirette, secondo le intenzioni degli estensori, a garantire maggiormente la sicurezza delle cure sanitarie. Nell'ambito di tale complesso e ambizioso intervento, è stato significativamente riformato lo statuto della responsabilità penale del medico, anche attraverso l'inserimento di una fattispecie di reato *ad hoc*, l'art. 590 *sexies* c.p., nel segno di un rafforzamento del ruolo delle linee guida e del superamento della distinzione incentrata sul grado della colpa, introdotta dalla Legge Balduzzi. Tale ultima scelta normativa suscita non poche perplessità nell'interprete, sollevando delicati problemi sia sotto il profilo dell'inquadramento dogmatico, sia sotto il profilo della compatibilità costituzionale dell'assetto così disegnato dal legislatore.

Sommario: Gli obiettivi della riforma - I punti deboli della Legge Balduzzi e i principali problemi interpretativi che ne sono scaturiti - Le novità introdotte dalla legge Gelli-Bianco sul tema della responsabilità penale del sanitario - Il nuovo volto della responsabilità penale in ambito sanitario: poche certezze, molte criticità

Gli obiettivi della riforma

Attraverso l'approvazione della L. 8 marzo 2017, n. 24 (pubblicata in *G.U.* 17 marzo 2017, n. 64), il legislatore ha inteso intervenire su taluni aspetti disfunzionali che hanno scosso dalle fondamenta, negli ultimi decenni, la natura fiduciaria del rapporto medico-paziente, inficiando la qualità e l'affidabilità delle cure prestate in ambito sanitario, nonché sulla materia degli obblighi risarcitori e dei relativi procedimenti giudiziari, civili e penali, a fronte di casi di *medical malpractice*. Il progetto è indiscutibilmente ambizioso e parimenti articolato. Non è possibile, pertanto, esaminare in questa sede l'intero corpo delle disposizioni delle quali si compone la riforma - o, secondo una incisiva espressione che ne sottolinea la distonia rispetto ai precedenti interventi normativi, la "controriforma" - in esame; la prospettiva sarà dunque limitata a un inquadramento delle modifiche che incidono più da vicino sul versante della responsabilità penale del sanitario. E non sarà neppure possibile ambire a un'analisi esaustiva delle implicazioni penali della riforma: essa squaderna, infatti, una pluralità di temi che, per ponderosità e rilevanza, mal si

prestano a essere ricondotti entro i confini di quello che vuole essere un primo commento "a caldo"[1].

Per un migliore inquadramento delle principali problematiche, sembra opportuno prendere le mosse da una veloce sintesi degli obiettivi della legge che ci occupa. Nella prefazione a uno dei primi commenti alla nuova disciplina, uno dei relatori da cui la riforma ha preso il nome, dopo averne ricordato l'ambizione di contribuire a salvaguardare la sicurezza delle cure mediche, ne ha espressamente individuato due direttrici principali: "aumentare le garanzie e le tutele per gli esercenti la professione sanitaria, da un lato; assicurare al paziente la possibilità di essere risarcito in tempi più rapidi e, soprattutto, certi, a fronte di danni sanitari eventualmente subiti, dall'altro"[2].

Sul primo versante, l'obiettivo dichiarato è quello di creare le condizioni normative indispensabili per favorire una riduzione del pernicioso fenomeno della medicina difensiva: si tratta, come noto, di una prassi, tanto diffusa tra gli operatori sanitariquanto studiata nella letteratura giuridica[3], secondo la quale il timore del contenzioso induce i medici ad attuare scelte terapeutiche orientate in prima battuta a minimizzare i rischi di un proprio coinvolgimento diretto in un eventuale contenzioso giudiziario promosso dal paziente (*in primis*, un possibile procedimento penale), invece che a rispondere alle effettive esigenze di cura del malato. Nei casi più gravi, usualmente inquadrati nella categoria della medicina difensiva "negativa", si arriva anche al tentativo di evitare di prestare assistenza ai pazienti maggiormente a rischio, indirizzandoli verso altri colleghi o strutture sanitarie. Anche gli atteggiamenti difensivi che non si risolvono in un immediato pregiudizio per il paziente presentano un alto coefficiente di disutilità sociale: si tratta delle ipotesi, tradizionalmente ricondotte all'ambito della medicina difensiva "positiva", che vengono declinate mediante la prescrizione di accertamenti e trattamenti superflui, finalizzati esclusivamente a delineare l'immagine di un medico impeccabilmente scrupoloso, sebbene lo stesso professionista li ritenga superflui per la formulazione della diagnosi e delle opportune strategie terapeutiche. L'indiscutibile pericolosità del fenomeno, che trae linfa vitale da una incidenza del contenzioso penale in ambito sanitario assai maggiore rispetto ad altri ordinamenti, ha da tempo dato vita a numerose proposte di riforma normativa, dirette, in molti casi, a contenere tale rischio legale in capo agli operatori sanitari e a creare le opportune "condizioni di contesto" per favorire un'inversione della crescente tendenza allo spreco, per finalità autodifensive del singolo medico, di risorse già di per sé tutt'altro che sovrabbondanti.

Proprio in questa direzione si era mossa la c.d. Legge Balduzzi (L. n. 189 del 2012), che al primo periodo dell'art. 3 aveva sancito 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". L'idea, come noto, era quella di fornire ai medici, attraverso il rimando al sapere codificato, regole di condotte certe e previamente conoscibili,

assicurando che il rispetto delle stesse avrebbe considerevolmente arginato il rischio di contestazioni in sede penale.

I punti deboli della Legge Balduzzi e i principali problemi interpretativi che ne sono scaturiti

Non si può dire che la riforma del 2012 abbia ottenuto il plauso unanime dei commentatori[(4)]: da un lato, si è censurata la specificità dell'intervento, limitato al settore medico, come fonte di un'irragionevole disparità di trattamento rispetto ad altre attività socialmente utili[(5)]; dall'altro, si è evidenziata la scarsa perspicuità intrinseca della disciplina, foriera di significative criticità interpretative[(6)]. E, in effetti, i disorientamenti giurisprudenziali non sono mancati: si pensi alla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, alla delimitazione degli spazi di rilevanza di una colpa grave a fronte del rispetto delle linee guida, al peso da attribuire alle cd. buone pratiche e, ancora, all'individuazione degli specifici profili di colpa esclusi dal rispetto delle *guidelines*(solo imperizia o, anche, negligenza e imprudenza?). Non ha senso indugiare in questa sede sui singoli temi, che appartengono ormai a un contesto normativo superato.

Vale tuttavia la pena accennare alle interpretazioni che si sono sviluppate su due aspetti, che torneranno utili per comprendere la portata della riforma di ultima esecuzione.

Il riferimento è anzitutto alla possibile coesistenza tra colpa grave e rispetto delle linee guida: in maniera convincente la giurisprudenza di legittimità aveva chiarito dove potessero annidarsi macroscopiche violazioni di regole di comportamento in un contesto di ossequio a regole cautelari scritte. E aveva individuato due classi di errore: una prima, "a monte"[(7)], consistente nell'adozione dei comportamenti suggeriti dalle linee guida nonostante le peculiarità del caso concreto segnalassero l'opportunità di discostarsene; una seconda, "a valle", comprendente tutti i possibili errori nella fase di applicazione delle linee guida al caso concreto. In estrema sintesi, si ponevano i tradizionali e noti temi circa i rapporti tra colpa specifica e (residuo di) colpa generica, fermo restando che i contenuti delle *guidelines* vanno spesso anche oltre l'enunciazione di regole cautelari[(8)].

L'altro tema concerne i profili di colpa coperti dal rispetto delle linee guida. Secondo un orientamento più restrittivo, elaborato dalla giurisprudenza più risalente[(9)], esso avrebbe inciso esclusivamente sull'imperizia del comportamento: le *guidelines*, in tale prospettiva, delineerebbero soltanto *standard* di perizia ai quali il sanitario è chiamato a conformarsi; ne deriverebbe perciò che solo sul campo della perizia si potrebbe giustificare l'arretramento della responsabilità penale. Una linea interpretativa più recente e maggiormente condivisibile ha di contro posto in luce come i contenuti delle linee guida non necessariamente si riducano a questioni di perizia, ben potendo, fissare, ad esempio, regole di diligenza o prudenza[(10)].

Le novità introdotte dalla legge Gelli-Bianco sul tema della responsabilità penale del sanitario

Su questo sfondo, si innesta la riforma Gelli-Bianco.

Appuntando l'attenzione soltanto sui punti più rilevanti nell'economia del presente lavoro, la prima novità da segnalare - che si pone come una sorta di *leitmotiv* dell'intero provvedimento - è la decisa implementazione del sistema delle linee guida(11): si sancisce espressamente che i sanitari devono attenersi alle indicazioni *ivi* contenute ("*salve le specificità del caso concreto*") e si prevede un'articolata procedura di creazione, aggiornamento e "certificazione" celle linee guida, attraverso l'interazione dei contributi di enti pubblici, istituzioni private, centri di ricerca, società scientifiche e, infine, attori istituzionali (il Sistema Nazionale per le Linee Guida e l'Istituto Superiore di Sanità) chiamati a validare gli standard e a darne evidenza alla comunità degli operatori medici (art. 5).

Come è stato efficacemente osservato si assiste a una nuova ripartizione di competenze tra lo Stato e i professionisti nell'erogazione delle prestazioni sanitarie(12), in base al quale compete al primo fornire ai secondi norme di comportamento chiare e affidabili, alle quali i medici dovranno attenersi, potendo così confida sulla tenuta di una condotta conforme alle regole codificate, nell'ambito di un eventuale contenzioso giudiziario.

La garanzia delle cure passa, dunque, per un robusto innesto di certezze, votate a rasserenare gli animi dei sanitari.

La centralità del ruolo attribuito alle linee guida è destinata a ravvivare gli scetticismi di chi ha da sempre evidenziato i limiti di tali documenti(13): cristallizzare il sapere vuol dire isolarlo dai progressi del dibattito scientifico, per lo meno finché non vengano completate le relative procedure di aggiornamento, con il rischio di vincolare i sanitari a scelte terapeutiche ormai obsolete; ancora, per quanto mitigato dalle procedure di redazione delle *guidelines* già ricordate, non può mai essere escluso il rischio che le linee guida siano in linea solo con una delle teorie scientifiche sul punto, magari espressione della scuola dominante o di chi ha più risorse per la diffusione delle ricerche(14).

Al penalista non possono, poi, sfuggire i limiti intrinseci di qualsiasi tentativo di certificazione preventiva di determinate regole di comportamento. Proprio su questo terreno pare possibile individuare i punti di maggiore delicatezza (e fragilità) della nuova disciplina della responsabilità penale del sanitario. Il riferimento normativo su cui soffermare in primo luogo l'attenzione è costituito dall'art. 590 *sexies* c.p., ultimo prodotto di una stagione di continua gemmazione di ipotesi speciali di reati colposi contro la vita e l'incolumità individuale.

La portata innovativa della nuova fattispecie, che si accompagna all'abrogazione dell'art. 3 della legge Balduzzi, si riduce alla previsione del comma secondo(15), attraverso la quale si sancisce la non punibilità dei fatti di omicidio o lesioni colpose verificatisi in ambito sanitario a causa di condotte imperite, quando siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida o, laddove esse manchino, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che si tratti di raccomandazioni adeguate al caso specifico(16).

Non è chiaro l'inquadramento dogmatico di tale esenzione da pena: pur incidendo sulla colpa, essa non sembra presentare i tratti caratteristici di una scusante e pare perciò da ricondurre più propriamente a una limitazione del tipo dell'illecito colposo, che viene amputato di uno dei profili di rimproverabilità soggettiva che potrebbero descriverlo (*i.e.*: l'imperizia); meno convincente, ma pur sempre plausibile, sembra invece la qualificazione come causa di non punibilità in senso stretto, rispetto alla quale, se può essere facilmente colta la retrostante valutazione di opportunità politico-criminale che la sorreggerebbe, non persuade la persistente sopravvivenza di un giudizio di intrinseca illiceità del fatto che essa postula e che, nella prospettiva del legislatore, sembra invece essere del tutto superato.

Venendo al merito della disposizione, essa pare contraddire apertamente i già citati approdi che la giurisprudenza aveva raggiunto nell'applicazione della disciplina previgente. Anzitutto, è inequivoco che la previsione abbia una portata limitata all'imperizia: è solo questo il profilo di colpa chiamato a dialogare con il rispetto delle linee guida.

Una siffatta delimitazione frustra significativamente le reali *chances* di successo della neonata previsione, soprattutto al cospetto delle elevate ambizioni che la stessa si pone.

Da un primo punto di vista, si deve rilevare come sia ormai assodato che le linee guida possano contenere anche prescrizioni di prudenza o diligenza, rispetto alle quali la disposizione in commento non pone alcun argine[17]. Così, a fronte di una giurisprudenza precedente che aveva man mano allargato la portata delle linee guida anche a tali profili di colpa[18], la restrizione operata dalla norma di nuovo conio determina un assottigliamento degli spazi di impunità che determina, evidentemente, un'ipotesi di nuova incriminazione in relazione ai profili della negligenza e imprudenza lieve. Il rischio penale del sanitario perito potrebbe dunque paradossalmente aumentare, all'esito dell'intervento riformatore[19]. Inoltre, non si può fare a meno di osservare che la distinzione tra i vari profili della colpa, della cui limpidezza molta letteratura dubita già in astratto, viene comunque a offuscarsi frequentemente *in action*, anche in ragione della polivalenza di talune regole di condotta[20]: una così rigida separazione si traduce, allora, in un'approssimazione che contraddice gravemente le esigenze di certezza alle quali l'intervento riformatore mirava. Infatti, la qualificazione dei profili di colpa rilevanti nel caso concreto diviene oggi il filtro per determinare la rilevanza penale delle condotte del sanitario che si sia conformato alle linee guida (da escludersi, se si tratti di imperizia; da ammettersi, laddove si ricada nella negligenza o nell'imprudenza): si tratta, però, di un'attività ad altissimo tasso di discrezionalità, rimessa, come sempre più spesso accade, all'apprezzamento del magistrato e, in prima battuta, del pubblico ministero chiamato a costruire l'imputazione. La certezza del diritto, intesa anche come prevedibilità delle decisioni giudiziarie[21], viene qui messa duramente alla prova.

Si potrà forse obiettare a queste osservazioni critiche che un indiscutibile risultato di tutela del sanitario - sia in punto di restrizione della sfera di responsabilità penale sia

di certezza della valutazione processuale - è comunque stato raggiunto attraverso l'eliminazione della distinzione tra colpa lieve e colpa grave, ponendo così il sanitario al riparo da residui di colpa *in actione perita*. Tale esito rischia però di essere solo apparente: richiamando la distinzione operata dalla ben nota sentenza *Cantore*[22], si nota come una classe di errori - quelli, per intendersi, commessi dal sanitario "a monte" - sia estromessa dalla disciplina di favore dettata dalla norma di nuova introduzione, per espressa previsione normativa: è lo stesso art. 590 *sexies*, comma 2, c.p. a chiarire, infatti, che l'esenzione vale solo se le raccomandazioni seguite siano adeguate al caso specifico: permane, dunque, la rilevanza di errori nella decisione di seguire le linee guida anche in presenza di indici fattuali di segno contrario e tale responsabilità si estende oggi anche ai casi di colpa lieve[23]. Venendo, invece, agli errori di adattamento al caso concreto delle raccomandazioni espresse dalle linee guida - commessi, dunque, "a valle" - sembra in qualche modo pronosticabile che, per lo meno nei casi di colpa grave, essi rifluiscano in contestazioni di negligenza professionale, sfruttando la già segnalata mobilità dei confini tra le diverse categorie della colpa, così "aggirando" lo sbarramento legislativo ancorato al solo profilo dell'imperizia (in tale contesto, penalmente irrilevante anche se grave). Insomma: un deformante gioco di specchi che, a ben vedere, potrebbe anche mantenere una sua plausibile ragion d'essere, risolvendosi, nella sostanza, in una valvola di sfogo affidata alla prassi, a fronte di un automatismo legislativo altrimenti assai problematico da giustificare, anche in termini di rispetto del principio costituzionale di uguaglianza[24]. Riesce difficile, infatti, ammettere - come forse immaginato dagli estensori della norma - che il rispetto delle linee guida possa costituire un *safe harbour* idoneo a proteggere il sanitario anche dinanzi a un macroscopico errore esecutivo nella trasposizione concreta della raccomandazione correttamente selezionata. Ciò in quanto evidenti ragioni di coerenza con la disciplina legale degli errori "a monte", cagionati pur sempre da una manchevole considerazione delle peculiarità del singolo paziente, impongono il mantenimento di un presidio di responsabilità penale anche in tali casi[25]. Ed ecco, allora, che la prassi finirà verosimilmente per ricondurre alla categoria della negligenza addebiti che, in realtà, integrerebbero ipotesi di imperizia, cavalcando la già ricordata opacità dei confini tra le varie categorie: viceversa, la norma finirebbe col porsi in insanabile frizione con il canone dell'uguaglianza sostanziale, dando vita a un'irragionevole disparità tra situazioni contenutisticamente sovrapponibili, in quanto attinenti al medesimo contesto di disciplina. Censura ben più fondata e temibile, dunque, di quella in passato formulata nei confronti della Legge Balduzzi, alla quale si rimproverava - invero infondatamente, attese le peculiarità del fenomeno della medicina difensiva, che ben giustificavano interventi normativi specifici - di aver arbitrariamente distinto la disciplina degli operatori sanitari da quella degli appartenenti ad altre categorie professionali, non assistite dallo scudo della non punibilità per colpa lieve[26].

Un ulteriore aspetto problematico attiene alle ipotesi di mancanza di linee guida: in tali casi, il sanitario ha la possibilità di conformarsi a quelle che vengono definite buone pratiche clinico-assistenziali; tralasciando l'ipotesi in cui anch'esse manchino e

il sanitario si trovi privo di qualsiasi "scudo protettivo", il riferimento alle buone pratiche chiama in causa conoscenze scientifiche non certificate e, per questo, certamente opinabili in sede di giudizio. Mentre il sindacato del giudice sulle linee guida non potrà spingersi a metterne in discussione la correttezza, garantita dalla rigorosa procedura di emanazione, in questi casi non si può escludere che si arrivi a una bocciatura giudiziale della prassi seguita in concreto dal sanitario, con evidenti contraccolpi sul versante della certezza giudiziaria tanto auspicata dal legislatore.

Il nuovo volto della responsabilità penale in ambito sanitario: poche certezze, molte criticità

Breve: l'impressione è che l'intervento riformatore abbia in qualche misura peggiorato il quadro rispetto alla legge Balduzzi e sia, quindi, destinato a non raggiungere i propri ambiziosi obiettivi.

Sembra, infatti, che gli spazi di discrezionalità giudiziaria siano di fatto aumentati e, inversamente, siano diminuite le certezze degli operatori sanitari. Sarà compito dell'elaborazione pretoria fissare più saldamente i confini tra perizia e altri profili di colpa e, soprattutto, valutare se mantenere fermo il limite dell'imperizia o se estendere in *bonam partem* la sfera di impunità agli altri profili di colpa in concreto coperti dalle linee guida. Quanto ai rapporti con la disciplina previgente, non si riesce a condividere la scelta di superare la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, che segnava un convincente spartiacque tra impunità e condotte meritevoli di sanzione in sede penale(27). L'unico limite di quell'impostazione, infatti, consisteva nella mancanza di indici chiari per segnare il confine tra i due emisferi della colpa(28). Si poteva, allora, intervenire specificamente su tale aspetto, senza congedarsi da una prospettiva che presentava indubbie potenzialità(29), a vantaggio di una distinzione imperniata sui profili della colpa, difficilmente idonea a garantire maggiore tenuta.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Per una diligente panoramica, si veda G. M. Caletti - M. L. Mattheudakis, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2017, *passim*.

(2) F. Gelli, *Prefazione*, in M. Lovo - L. Nocco (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, 4-5.

(3) 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 di gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, *passim*; G. Forti, *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate*, in questa *Rivista*, 2015, 6, 738 ss.; A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, *passim*; A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, *passim*.

(4) Per una lucida panoramica delle diverse posizioni in campo, D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del* novum *legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2013, 73 ss. Tra gli interventi maggiormente adesivi alle scelte formulate dal legislatore, O. Di Giovine, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi. Ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse medicina*, in *Arch. pen.*, 2014, 1 ss.

(5) A. Vallini, *L'art. 3 del decreto "Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di legittimità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 739; L. Risicato, *L'attività medica d'equipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, Torino, 2013, 73 ss.; sul punto è stata sollevata eccezione di legittimità costituzionale da Trib. Milano, Sez. IX, 21 marzo 2013, in *Dir. pen. cont.*, 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*, peraltro dichiarata manifestamente inammissibile dalla Consulta con ordinanza n. 295 del 6 dicembre 2013, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2013, con nota di 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.*

(6) F. Giunta, Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi", in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 2, 828; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[7], Bologna, 2014, 574.

(7) L'espressione è di F. Centonze - M. Caputo, *La riforma penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1367.

(8) G. Forti, "*Il quadro in movimento*", cit., 742; M. Caputo, *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012, 12 ss.

(9) Per una esaustiva ricognizione, cfr. Cass. Pen. 20 febbraio 2017, n. 8080, inedita.

(10) M. Caputo, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. Novo - L. Nocco, *La nuova responsabilità sanitaria*, cit., 26; A. Roiati, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2015, 4. Esplicitamente Cass. Pen. 16 novembre 2015, n. 45527, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 361 ss., con nota di A. M. Dell'Osso.

(11) Diffusamente, M. Caputo, *I nuovi limiti*, cit., 22 ss.

(12) F. Centonze - M. Caputo, *La riforma penale*, cit., 1363.

(13) P. Poli, *ll d.d.l. Gelli - Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2017, 28; C. Brusco, *La nuova legge sulla responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Il penalista*, 1° marzo 2017, 5.

(14) A. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino, 2013, *passim.*

(15) Così P. Piras, Imperitia sine culpa non datur. *A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 1° marzo 2017, 1.

(16) Come correttamente è stato osservato in dottrina, nello stabilire che le raccomandazioni "*risultino adeguate alle specificità del caso concreto*", il legislatore ha infelicemente utilizzato un termine ("*risultino*") di chiara matrice causale, chiedendo dunque di scrutinare il fatto *dopo* che il risultato-evento sia stato acquisito, mentre il riferimento all'adeguatezza esprime la logica prognostica del giudizio di colpa, da svolgere su basi rigorosamente *ex ante*: così M. Caputo, *I nuovi limiti*, cit., 29.

(17) Per tutti, F. Centonze - M. Caputo, *La riforma penale*, cit., 1367.

(18) Da ultimo, Cass. Pen. 6 giugno 2016, n. 23283, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1631 ss., con nota di G. De Salvatore, "Culpa levis sine imperitia non excusat": *epilogo di un dogma giurisprudenziale?*; analogamente, in precedenza, Cass. Pen. 17 novembre 2014, n. 47289, con nota di A. Roiati, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2015, nonché Cass. Pen. 15 maggio 2015, n. 20330; Cass. Pen. 6 agosto 2015, n. 34295.

(19) Il punto era già stato evidenziato da C. Cupelli, *Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2017.

(20) F. Basile, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2017, 16.

(21) In tema, segnalando come la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo abbia ormai innalzato tale esigenza a vero e proprio "principio", F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016.

(22) Cass. Pen. 29 gennaio 2013, n. 16237, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013, con nota di C. Cupelli, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*.

(23) G.M. Caletti - M.L. Mattheudakis, *Una prima lettura*, cit., 12.

(24) F. Centonze - M. Caputo, *La riforma penale*, cit., 1368.

(25) M. Caputo, *I nuovi limiti*, cit., 29 sottolinea convincentemente come la valutazione di appropriatezza al caso concreto non sia mai statica ma necessiti di essere continuamente messa in discussione in tutte le fasi applicative, sicché una così netta distinzione tra le due diverse classi di errori si rivela forzata.

(26) Il tema è affrontato, in giurisprudenza, da Cass. Pen. 25 marzo 2016, n. 12748, in *Cass. pen.*, 2016, 4387 ss., con nota di A. Marchini, *La responsabilità penale della Commissione Grandi Rischi per gli eventi lesivi causati dal terremoto dell'Aquila*. Cfr. altresì S. Dovere, *Prospettive della responsabilità penale colposa nel settore aeronautico (l'espansione* ultra limes *della colpa lieve)*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1023 ss., laddove si osserva che il limite della colpa lieve, in relazione a categorie professionali diverse da

quella sanitaria, potrà trovare spazio in base all'art. 2236 c.c., che conduce all'esclusione della responsabilità (anche penale) se la prestazione comportava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e il professionista non sia incorso in ipotesi di colpa grave.

(27) *Contra*, C. Brusco, *La nuova legge*, cit., 6, il quale sottolinea la discrezionalità che accompagnava la distinzione tra i due livelli di colpa.

(28) Sul tema, R. Bartoli, *Ancora difficoltà a inquadrare i presupposti applicativi della legge c.d. Balduzzi*, in questa *Rivista*, 2016, 643 ss.; F. Giunta, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 819 ss.

(29) Per un'analisi esaustiva del problema, unitamente a una proposta di definizione normativa della colpa grave in ambito sanitario, v. G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 77 ss.